

**O ESTIGMA DA CRIMINALIZAÇÃO NO SISTEMA PENAL BRASILEIRO:  
DOS ANTECEDENTES À REINCIDÊNCIA CRIMINAL**

**FRANCISCO BISSOLI FILHO**

**Dissertação apresentada ao Curso de Pós-Graduação  
em Direito da Universidade Federal de Santa Catari-  
na, para obtenção do título de Mestre em Direito.**

**Orientadora: Prof<sup>a</sup> Dr<sup>a</sup> VERA REGINA PEREIRA DE ANDRADE**

**FLORIANÓPOLIS  
1997**

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA  
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS  
CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO**


**DISSERTAÇÃO O ESTIGMA DA CRIMINALIZAÇÃO  
NÓ SISTEMA PENAL BRASILEIRO:  
DOS ANTECEDENTES À REINCIDÊ-  
CIA CRIMINAL**

**Elaborada por FRANCISCO BISSOLI FILHO**

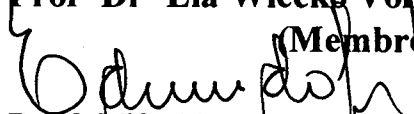
**e aprovada por todos os membros da banca examinadora, foi julga-  
da adequada para a obtenção do título de MESTRE EM DIREITO.**

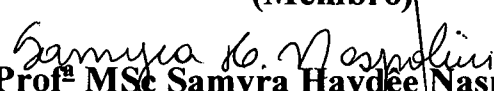
**Florianópolis, 19 de dezembro de 1997**

**BANCA EXAMINADORA:**

  
**Profª Drª Vera Regina Pereira de Andrade  
(Presidente)**

**Profª Drª Ela Wiecko Volkmer de Castilhos  
(Membro)**

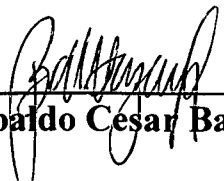
  
**Prof. MSc Edmundo José de Bastos Júnior  
(Membro)**

  
**Profª MSc Samyra Haydee Naspolini  
(Suplente)**

**Orientadora**

  
\_\_\_\_\_  
**Profª Drª Vera Regina Pereira de Andrade**

**Coordenador do Curso**

  
\_\_\_\_\_  
**Prof. Dr. Ubaldo Cesar Balthazar**

## RECONHECIMENTOS

À minha esposa **Jane Maria**, amada companheira, que não apenas soube compreender e aceitar os momentos que subtraí de sua companhia, como esteve ao meu lado, incentivando-me e apoiando-me, em todos os momentos.

Aos meus filhos **Francisco Neto** e **Jane Alessandra**, que, apesar da tenra idade, souberam ser compreensivos pela devida e merecida atenção que não lhes pude dar em muitos momentos.

Aos meus pais **Francisco** e **Florinda**, eternos amigos, que souberam me ensinar os primeiros passos, despertando em mim, pelos bons exemplos, obstinada devoção e dedicação ao estudo e ao trabalho.

## AGRADECIMENTOS

À professora e orientadora **Dra. Vera Regina Pereira de Andrade**, que, muito mais que uma orientadora, foi uma amiga paciente, tendo, não somente pelo conhecimento, mas pelo exemplo de dedicação incansável ao estudo, indicado caminhos que me levaram a transpor as barreiras do saber tradicional, sem o que os objetivos não seriam alcançados.

Ao professor **M.Sc. Edmundo José de Bastos Júnior**, por ter me iniciado no estudo do Direito Penal, seguindo sempre uma linha humanística, bem como pelo exemplo de humildade, apesar do seu elevado saber, e de jovialidade, apesar dos seus cabelos brancos.

À professora **Dra. Ela Wiecko Volkmer de Castilhos**, que desde cedo participou da minha formação jurídica.

À professora **M.Sc. Samira Haydêe Naspolini**, pelo incentivo indispensável.

Aos membros do Conselho Superior e à Secretaria-geral do Ministério Público, pelo necessário e indispensável apoio, sem o qual esta tarefa não teria sido realizada a contento.

Às funcionárias **Terezinha Weber** e **Solange Margarida José**, da Biblioteca da Procuradoria-geral de Justiça, bem como à amiga **Cristina de Oliveira Rosa e Souza**, pelo auxílio dispensado na obtenção da bibliografia pesquisada.

Ao professor **Luiz Antônio Urnau**, que de forma prestativa e dedicada realizou a revisão gramatical e ortográfica deste trabalho, abdicando do seu descanso.

À cunhada **Joicenara da Rosa** pelo auxílio na formatação e impressão do texto.

Aos professores do Curso de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina que contribuíram para o meu avanço intelectual e cultural, em especial aqueles que tiveram participação direta nas disciplinas, ministrando aulas e presidindo seminários e conferência, os quais passo a nominá-los: **Nilson Borges Filho, José Alcebíades de Oliveira Júnior, Olga Maria Boschi Aguiar de Oliveira, Leonel Severo Rocha, Luiz Adolfo Olsen da Veiga, Luiz Alberto Warat, Antônio Carlos Wolkmer, Alessandro Baratta, Clóvis de Souto Goulart e Vera de Araújo Grillo.**

Aos funcionários do Curso de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina, que de várias formas nos auxiliaram nesta longa caminhada, em especial as Senhoras **Dilsa Mondardo, Rosângela Alves, Melissa Andréia Indalêncio, Gilvana Pires Fortkamp e Ivonete Almeida.**

Aos amigos e familiares pelo incentivo e auxílio dispensado.

Aos colegas de curso e do Ministério Público, magistrados, advogados e oficiais da Polícia Militar do Estado, pelas idéias trocadas nas discussões de temas e casos em concreto, que muito contribuíram para o alcance dos objetivos.

## RESUMO

Esta dissertação, como o seu título está a indicar, trata do estigma da criminalização no sistema penal brasileiro, mais especificamente em razão dos *antecedentes* e da *reincidência criminal*. Constitui-se em uma descrição produzida a partir de uma pesquisa bibliográfica, que almejou identificar, na legislação (penal, processual penal e de execução penal) brasileira e no respectivo discurso dogmático, as ocasiões em que os *antecedentes* e a *reincidência criminal* exercem influência nos processos de criminalização (primária e secundária), transformando-se em instrumento de estigmatização do desviado.

Inspira-se na concepção criminológica do *labelling approach*, surgida na década de 60, que desloca o objeto da investigação científica do crime, do criminoso e da pena para o sistema penal, buscando atribuir a este a produção das condições da criminalidade, ao contrário do paradigma etiológico, que concebia estas categorias como ontológicas e pré-constituídas.

Seguindo o método hipotético-dedutivo, a dissertação está estruturada em quatro capítulos. O primeiro trata de uma abordagem acerca do discurso produzido pelas Escolas Penais Clássica, Positiva e Neoclássica ou Técnico-jurídica que envolveu o crime, o criminoso e a pena e que reflete a ideologia dominante no sistema penal, até a Criminologia Crítica, com especial destaque para o paradigma do *labelling approach* (as matrizes que lhe deram origem), que constitui uma das correntes desconstrutoras do moderno sistema penal e que, juntamente com outras correntes criminológicas, conduz à Criminologia contemporânea. Também são formuladas, neste capítulo, algumas considerações relacionadas à conceituação de sistema penal e das Ciências Criminais em ambos os paradigmas. O segundo capítulo, aborda os *antecedentes* e a *reincidência criminal* no âmbito da técnica jurídica, procurando delimitar os conceitos dos dois institutos e ressaltar a influência que exercem no Direito Positivo Penal, Processual Penal e de Execução Penal brasileiros e na sua aplicação pelos operadores jurídicos-penais. O terceiro trata das teorias crimi-

nais tradicionais, ou seja, das teorias do crime, do criminoso e da pena, que se formularam a partir da Escola Clássica e que perduram até os dias atuais, nas quais se encontram os fundamentos teóricos dos *antecedentes* e da *reincidência criminal* no sistema penal. Também são mencionadas, neste capítulo, numa visão técnico-jurídica, as teorias contrárias aos institutos penais em questão. Por fim, o quarto e último capítulo descreve as teorias que, orientadas pelo *labelling approach*, explicam como se realiza o processo de criminalização, com especial destaque para a sua seletividade, para os efeitos do etiquetamento sobre o indivíduo e para o desvio secundário. Este capítulo tem como ponto central de estudo as teorias dos estigmas e dos estereótipos, em face das quais se procura construir uma série de argumentos no sentido de demonstrar que os *antecedentes* e a *reincidência criminal*, no paradigma do *labelling approach*, constituem-se em *estigmas* que marcam o delinqüente, servindo com eficiência à seletividade do processo de criminalização. Além disso, descreve-se o discurso desconstrutor das teorias tradicionais acerca do crime, do criminoso e da pena, a fim de se demonstrar a inconsistência dessas teorias, o que se reflete nos institutos dos *antecedentes* e da *reincidência criminal*.

## RESUMEN

Esta disertación, como su título indica, se trata del estigma de la criminalización en el sistema penal brasileño, mas específicamente en razón de los *antecedentes* y de la *reincidencia criminal*. Se constituye en una descripción producida a partir de una pesquisa bibliográfica, que deseó identificar, en la legislación (penal, procesual y de ejecución penal) brasileña en el respectivo discurso dogmático, las ocasiones en que los *antecedentes* y la *reincidencia criminal* ejercen influencia en los procesos de criminalización (primaria y secundaria), transformándose en instrumento de estigmatización del desviado.

Se inspira en la concepción criminológica del *labelling aproach*, que surgió en la década de 60, que desplaza el objeto de la investigación científica del crimen, del criminal y de la pena para el sistema penal, buscando atribuir a este la producción de las condiciones de la criminalidad, al contrario del paradigma etiológico que concebía esas categorías como ontológicas y preconstituídas.

Siguiendo el método hipotético-deductivo, la disertación está estructurada en cuatro capítulos. El primer se trata de un abordaje acerca del discurso producido por las Escuelas Penales Clásica, Positiva y Neoclásica, que envolvió el crimen, el criminal y la pena y que refleja la ideología dominante en el sistema penal, hasta la Criminología Crítica, con especial resalte para el paradigma do *labelling aproach* (las matrices que le dieron origen), que constituye en una de las corrientes destructoras del moderno sistema penal y que, juntamente con otras corrientes criminológicas, conduce a la Criminología Contemporánea. También son formuladas, en este capítulo algunas consideraciones relacionadas al concepto del sistema penal y de las Ciencias Criminales en ambos paradigmas. El segundo capítulo aborda los antecedentes y la reincidencia criminal en el ámbito de la técnica jurídica, buscando delimitar los conceptos de dos institutos y resaltar la influencia que ejercen en el Derecho Positivo Penal, Procesual Penal, y de Ejecución Penal brasileños y



en su aplicación por los operadores jurídico-penales. El tercero se trata de las teorías criminales tradicionales, o sea, de las teorías del crimen, del criminal y de la pena, que se formularan a partir de la Escuela Clásica y que siguen hasta estos días, en los cuales se encuentran los fundamentos teóricos de los *antecedentes* y de la *reincidencia criminal* en el sistema penal. También son nombradas en este capítulo, en una visión técnico-jurídica, las teorías contrarias a los institutos penales en cuestión. Al fin, el cuarto y último capítulo describe las teorías que, orientadas por el *labelling approach*, explican como se realiza el proceso de criminalización, con especial resalte para su selectividad, para los efectos de rotulación sobre el individuo y para el desvío secundario.

Este capítulo tiene como punto central de estudio, las teorías de los estigmas y de los estereotipos, en face de las cuales se busca construir una serie de argumentos en el sentido de demostrar que los *antecedentes* y la *reincidencia criminal*, en el paradigma del *labelling approach*, se constituye en estigmas que fijan el delincuente, sirviendo con eficiencia a la selectividad del proceso de criminalización. Además de eso, se describe el discurso destructor de las teorías tradicionales acerca del crimen, del criminal y de la pena, con el fin de se demostrar la inconsistencia de las teorías, que se refleje en los institutos de los *antecedentes* y de la *reincidencia criminal*.

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO.....</b>	<b>01</b>
<b>CAPÍTULO I: O CRIME, O CRIMINOSO E A PENA: DO DISCURSO TRADICIONAL À CRIMINOLOGIA CRÍTICA</b>	
1. Considerações iniciais.....	07
2. O discurso acerca do crime, do criminoso e da pena: do paradigma tradicional à Criminologia Crítica.....	08
2.1 O antigo regime.....	09
2.2 As principais Escola Penais .....	10
2.2.1 A Escola Clássica.....	10
2.2.2 A Escola Positiva.....	19
2.2.3 A Escola Técnico-jurídica ou Neoclássica.....	32
<b>2.3 O <i>labelling approach</i>.....</b>	<b>35</b>
2.4 A Criminologia Crítica.....	44
3. As Ciências Criminais no velho e no novo paradigma.....	47
4. O sistema penal: conceito e ideologia dominante.....	51
<b>CAPÍTULO II: OS ANTECEDENTES E A REINCIDÊNCIA CRIMINAL: ABORDAGEM TÉCNICO-JURÍDICA E A SUA INFLUÊNCIA NO SISTEMA PENAL</b>	
1. Considerações iniciais.....	57
<b>2. Os Antecedentes.....</b>	<b>58</b>
2.1 Conceito .....	58
2.2 Situações consideradas pela Dogmática Penal como <i>antecedentes</i> .....	63
2.3 O caráter dos antecedentes: negatividade, subjetividade, relatividade, antijuridicidade e perpetuidade.....	65
<b>2.4 A influência dos <i>antecedentes</i> no Direito Positivo Penal, Processual Penal e de Execução Penal brasileiros.....</b>	<b>71</b>
2.4.1 Na lei penal.....	72
2.4.1.1 Na aplicação da pena.....	73

2.4.1.2 Na substituição de penas.....	74
2.4.1.3 Na fixação do regime inicial de cumprimento da pena.....	75
2.4.1.4 Na concessão da suspensão condicional da pena.....	77
2.4.1.5 Na substituição da prestação de serviços à comunidade e da limitação de fim de semana no primeiro ano do período de prova do <i>sursis</i> .....	78
2.4.1.6 Na transação penal .....	78
2.4.2 Na lei processual penal.....	80
2.4.2.1 Como providência policial.....	80
2.4.2.2 Na decretação ou revogação de prisão do réu pronunciado.....	81
2.4.2.3 Na suspensão condicional do processo.....	81
2.4.3 Na lei de execução penal.....	82
2.4.3.1 Na guia de recolhimento do preso.....	83
2.4.3.2 Na progressão para o regime aberto.....	83
2.4.3.3 Na conversão da pena privativa de liberdade não superior a dois anos em restritiva de direitos.....	84
<b>3. A reincidência criminal.....</b>	<b>84</b>
3.1 Conceito.....	85
3.2 Classificação.....	85
3.2.1 Quanto à identidade dos fatos: reincidência genérica, específica e especialíssima.....	86
3.2.2 Quanto à obrigatoriedade ou não do reconhecimento: reincidência obrigatória e facultativa.....	92
3.2.3 Quanto ao pressuposto de configuração: reincidência verdadeira e ficta.....	93
3.2.4 Quanto à abrangência territorial: reincidência nacional e internacional.....	101
3.2.5 Quanto à abrangência material: reincidência ampla e limitada.....	104
3.2.6 Quanto à reiteração: reincidência simples e reiterada (multi-reincidência) ..	107
3.2.7 Quanto à temporalidade: reincidência permanente e temporária.....	108
3.2.8 Quanto à previsão legal: reincidência de direito e de fato.....	111
3.3 Configuração da reincidência no sistema penal brasileiro: definição e elementos caracterizadores.....	114
<b>3.4 A influência da <i>reincidência criminal</i> no Direito Positivo Penal, Processual Penal e de Execução Penal brasileiros.....</b>	<b>123</b>
3.4.1 Na lei penal.....	124
3.4.1.1 Na aplicação da pena.....	124
3.4.1.2 Na concessão e revogação da suspensão condicional da pena.....	125
3.4.1.3 Na substituição e diminuição de penas.....	126
3.4.1.4 Na concessão e revogação do livramento condicional.....	127
3.4.1.5 Na prescrição penal.....	128
3.4.1.6 Na fixação do regime inicial de cumprimento de pena.....	128
3.4.1.7 Como causa especial de aumento de pena e como qualificadora do delito.....	129
3.4.1.8 Como elemento do tipo contravencional do artigo 25 da LCP.....	130
3.4.1.9 Na reabilitação criminal.....	130
3.4.1.10 Na transação penal.....	131
3.4.2 Na lei processual penal.....	131

3.4.2.1 No exercício do direito de apelação em liberdade.....	132
3.4.2.2 Na prisão do réu pronunciado.....	132
3.4.2.3 Na suspensão condicional do processo.....	133
3.4.2.4 Como hipótese para a decretação da prisão preventiva.....	133
3.4.2.5 Como óbice à concessão da fiança.....	134
3.4.3 Na lei de execução penal.....	135
3.4.3.1 Na saída temporária.....	135
3.4.3.2 No indulto penal e na comutação de penas.....	136
<b>4. A influência implícita dos antecedentes e da reincidência criminal no sistema penal brasileiro .....</b>	<b>137</b>

### **CAPÍTULO III: AS TEORIAS CRIMINAIS COMO FUNDAMENTO DOS ANTECEDENTES E DA REINCIDÊNCIA NO SISTEMA PENAL**

1. Considerações iniciais.....	144
<b>2. As teorias criminais.....</b>	<b>144</b>
2.1 A teoria dogmática do crime.....	145
2.1.1 A tipicidade.....	147
2.1.2 A antijuridicidade.....	151
2.1.3 A culpabilidade.....	154
2.2 As teorias do homem criminoso.....	161
2.2.1 As tipologias criminais.....	162
2.2.1.1 A tipologia lombrosiana.....	163
2.2.1.2 A tipologia de Garófalo.....	169
2.2.1.3 A tipologia de Ferri.....	172
2.2.2 A teoria da personalidade perigosa.....	176
2.3 As teorias da pena.....	186
2.3.1 As teorias absolutas.....	192
2.3.2 As teorias relativas.....	195
2.3.2.1 As teorias da prevenção geral (negativa e positiva).....	197
2.3.2.2 As teorias da prevenção especial (negativa e positiva).....	200
2.3.3 As teorias mistas.....	206
2.3.4 A teoria da individualização da pena .....	207
<b>3. Teorias criminais como fundamento dos <i>antecedentes</i> e da <i>reincidência criminal</i> .....</b>	<b>214</b>
<b>4. As teorias contrárias aos <i>antecedentes</i> e à <i>reincidência criminal</i>.....</b>	<b>228</b>
4.1 Lesão do direito à honra .....	228
4.2 Lesão ao princípio do <i>non bis in idem</i> .....	229
4.3 Lesão ao princípio da igualdade.....	231
4.4 Lesão ao princípio da legalidade.....	231
4.5 Lesão aos princípios da presunção da inocência, do devido processo legal e da ampla defesa.....	232
4.6 Ausência ou diminuição da culpabilidade.....	232

4.7 Ausência de definição explícita da personalidade perigosa no Direito Positivo Penal brasileiro.....	235
---	-----

## **CAPÍTULO IV: OS ANTECEDENTES E A REINCIDÊNCIA CRIMINAL COMO ESTIGMAS: O ENFOQUE DO ETIQUETAMENTO**

1. Considerações iniciais.....	237
<b>2. A teoria do processo de criminalização.....</b>	<b>238</b>
2.1 A seletividade do sistema penal.....	253
2.2 As etiquetas negativas e seus efeitos.....	258
2.3 Os desvios primário e secundário (as carreiras criminais).....	267
<b>3. A teoria dos estigmas.....</b>	<b>271</b>
4. A teoria dos estereótipos.....	285
<b>5. A influência dos estigmas e dos estereótipos na seletividade do sistema penal: o aumento da vulnerabilidade do desviado.....</b>	<b>292</b>
6. As teorias tradicionais face ao <i>labelling approach</i> .....	294
<b>7. Os antecedentes e a reincidência criminal como estigmas do desviado .....</b>	<b>312</b>
7.1 Os <i>antecedentes</i> e a <i>reincidência criminal</i> como produtos da criminalização primária .....	314
7.2 Os <i>antecedentes</i> e a <i>reincidência criminal</i> como produtos do processo de criminalização secundária e seus efeitos na produção do desvio secundário (carreiras criminais).....	315
<b>8. Os estereótipos criminais como resultantes dos <i>antecedentes</i> e da <i>reincidência criminal</i>.....</b>	<b>320</b>
<b>CONCLUSÃO.....</b>	<b>321</b>
<b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....</b>	<b>331</b>

## INTRODUÇÃO

Esta dissertação trata dos *antecedentes* e da *reincidência criminal* como estigmas da criminalização no sistema penal. Delimita-se pela identificação no Direito Positivo Penal, Processual Penal e de Execução Penal brasileiros, e no seu respectivo discurso dogmático, das ocasiões em que os *antecedentes* e a *reincidência criminal* exercem influência nos processos de criminalização, primária e secundária, transformando-se em instrumento de estigmatização do desviado.

A problematização que formula, portanto, restringe-se aos efeitos da influência dos *antecedentes* e da *reincidência criminal*, como instrumento de estigmatização do desviado, nos processos de criminalização no sistema penal brasileiro, partindo-se da hipótese de que o paradigma etiológico em Criminologia, de concepção positivista, que é recepcionado pelo sistema penal brasileiro, propicia a formulação do conceito de desviado (criminoso), como sendo este produto de fatores biológicos, sociológicos e psicológicos. A incidência de tais fatores seria capaz de determinar a propensão do indivíduo para o ato criminoso. Assim, especificamente, a prática reiterada de determinados atos indicaria ser o indivíduo portador de uma personalidade desviada e peri-

gosa, sujeita a uma atenção especial. Inspirado no referido paradigma, o legislador brasileiro fez inserir na legislação penal, processual penal e de execução penal brasileira inúmeras normas, diferenciando dos demais o tratamento do indivíduo detentor de antecedentes ou reincidente criminal. Também o discurso dogmático trata com diferença o indivíduo que possui antecedentes ou é reincidente criminal, via de regra sendo-lhe desfavorável. Essa diferenciação produzida, contida na legislação e no discurso dogmático, passa a ser um critério de seleção, na qual os indivíduos que detém antecedentes ou são reincidentes criminais passam a ser mais facilmente selecionados do que outros pelas diversas agências do sistema penal. Essa diferenciação, por sua vez, produz a estigmatização do criminoso, pois, mesmo após cumprida a pena, perdura a marca por ter sido anteriormente condenado, processado ou investigado, resultando, muitas vezes, numa carreira criminal.

A pesquisa e a dissertação orientaram-se no marco teórico do paradigma da reação social. Far-se-á necessária, todavia, uma abordagem sobre o paradigma etiológico, orientador da Criminologia positivista, que inspira o sistema penal brasileiro, segundo o qual a Criminologia é uma ciência causal-explicativa da criminalidade, que tem por objeto a criminalidade concebida como um fenômeno criminal, causalmente determinado, buscando explicar as suas causas e prever os remédios para combatê-la, compreendendo o desvio e a criminalidade como realidades ontológicas e pré-constituídas.

Contra-pondo-se ao paradigma etiológico e influenciado pelo interacionismo simbólico e pela Etnometodologia, o paradigma da reação social ou *labelling approach* considera o desvio uma qualidade (etiqueta) atribuída a determinados sujeitos através de complexos processos de interação social, isto

é, de processos formais e informais de definição e seleção. Sob esta ótica, uma conduta não é criminoso em si, nem seu autor um criminoso, em razão dos traços de sua personalidade ou influência de seu meio-ambiente, mas sim, a criminalidade se revela como uma condição atribuída a determinados indivíduos mediante um duplo processo: a definição legal de crime (que atribui à conduta o caráter de criminal) e a seleção (que etiqueta e estigmatiza um autor como criminoso entre todos aqueles que praticam tais condutas). Assim, o indivíduo selecionado e etiquetado, além de estigmatizado pela própria reação social, acaba, muitas vezes, sendo induzido a um desvio secundário, iniciando uma carreira criminal. Por isso, são de relevante importância as teorias que, sob o enfoque do etiquetamento, explicam o processo de criminalização, a sua seletividade e os efeitos das etiquetas negativas, mormente o desvio secundário, bem como aquelas que explicam os estigmas e os estereótipos criminais.

O objetivo traçado para esta pesquisa é, portanto, identificar, na legislação penal, processual penal e de execução penal brasileira (Direito Positivo), e no discurso dogmático respectivo, a influência dos *antecedentes* e da *reincidência criminal* nos processos de criminalização, constituindo-se em instrumento de estigmatização do desviado.

A pesquisa se justifica para que se possa apontar na legislação penal, processual penal e de execução penal brasileira, assim como no respectivo discurso dogmático, em que situações os *antecedentes* e a *reincidência criminal* se constituem em instrumento identificador de uma personalidade má ou perigosa, influenciando na seleção e estigmatização do criminoso. Aceitando a influência dos *antecedentes* e da *reincidência criminal*, o sistema penal estigmatiza o indivíduo, expondo-o facilmente à seleção e induzindo-o a uma



carreira criminal. Além disso, outras instâncias da sociedade podem acabar, também, recepcionando esta influência, de forma tal que a estigmatização do indivíduo passa a obstar-lhe as oportunidades de vida. Assim, a influência dos *antecedentes* e da *reincidência criminal* constitui-se como negativa, porquanto produz a estigmatização do indivíduo criminalizado.

A importância da pesquisa torna-se mais evidente, no momento em que, a cada dia mais, passam a vigor leis penais, processuais penais e de execução penal, que apresentam uma série de dispositivos que admitem a influência dos *antecedentes* e da *reincidência criminal*. Na verdade, o que se percebe é que o paradigma tradicional tem orientado, cada vez mais, os criadores e aplicadores das normas a admitirem essa influência, acabando os *antecedentes* e a *reincidência criminal* por se constituírem em instrumento de *apartheid* social, uma vez que os indivíduos detentores de antecedentes ou criminalmente reincidentes passam a pertencer a um grupo especial de pessoas, diferentes dos demais cidadãos, diferenciados pelo seu estigma, de modo que o sistema penal, a cada dia que passa, se torna mais feroz com este grupo de pessoas, a ponto de organizar banco de registro de dados acerca de indivíduos envolvidos nos processos de criminalização, inclusive via *internet*. Por fim, verifica-se a importância da pesquisa, pois, em que pese a evolução do pensamento criminológico brasileiro nos últimos anos, não se conhece nenhum estudo mais aprofundado sobre o tema proposto.

O método de abordagem utilizado foi o hipotético-dedutivo e o método de procedimento foi o histórico, descritivo e argumentativo. As técnicas de pesquisas foram a coleta de dados na legislação (fontes primárias) e na pesquisa bibliográfica e documental (fontes secundárias).

A dissertação é apresentada em quatro capítulos. O primeiro retrata uma abordagem acerca do discurso oficial que envolveu três categorias principais tratadas nesta pesquisa, ou seja, o crime, o criminoso e a pena, desde as Escolas Penais Clássica, Positiva e Neoclássica, até o *labelling approach* e a Criminologia Crítica, que, juntamente com outras correntes desconstrutoras do moderno sistema penal, orientam a Criminologia contemporânea. Neste capítulo formularemos, também, algumas considerações acerca das Ciências Criminais, procurando situá-las dentro do velho e do novo paradigma criminológico, bem como a respeito do sistema penal, seu conceito e sua ideologia dominante. O segundo capítulo trata especificamente de uma abordagem técnico-jurídica dos *antecedentes* e da *reincidência criminal* e sua influência no Direito Positivo Penal, Processual Penal e de Execução Penal brasileiro, bem como no seu respectivo discurso dogmático. O terceiro descreve as teorias criminais que se construíram sob a orientação do paradigma tradicional e sua concorrência na fundamentação dos *antecedentes* e da *reincidência criminal*. Também neste capítulo mencionaremos as teorias que, numa visão técnico-jurídica, são contrárias a estes dois institutos. Por fim, o quarto capítulo, orientado pelo *labelling approach*, procura não somente ressaltar a inconsistência das teorias tradicionais que fundamentam os *antecedentes* e da *reincidência criminal*, como também ressalta que o processo de criminalização, por sua seletividade e devido aos efeitos produzidos pela imposição de etiquetas negativas sobre o indivíduo, acaba gerando o desvio secundário e a estigmatização da pessoa criminalizada, assim como a estereotipação de grupos de criminosos.

Os autores citados nos diversos capítulos são os que, de uma forma ou de outra, se dedicaram ao estudo do fenômeno criminal, com preferência para aqueles ligados ao enfoque teórico abordado, sem impedimento da contribuição de autores ligados à corrente criminológica diversa, quando estas contribuições visam demonstrar as divergências entre as diversas correntes do pensamento criminológico.

Segue, no final, a relação de obras das quais foram extraídas as citações bibliográficas contidas no texto, bem como de obras que, não obstante não referidas expressamente, inserem-se no contexto estudado e serviram para a produção do presente trabalho. Salientamos que o texto da dissertação contém várias citações extraídas de citações de outros autores, o que fizemos dada a dificuldade de se conseguirem as obras originais dos autores citados.

Cumprе salientar que esta dissertação é marcadamente descritiva, não se comprometendo, diante da problematização formulada, a prescrever sugestões para que se solucione o problema abordado, pois, ainda que necessárias, escapam aos objetivos e limites da presente pesquisa. Mesmo que se formule alguma sugestão, esta não implica soluções para o grave o problema do crime e da criminalidade.

## CAPITULO I

### O CRIME, O CRIMINOSO E A PENA: DO DISCURSO TRADICIONAL À CRIMINOLOGIA CRÍTICA

#### 1. Considerações iniciais

Neste primeiro capítulo, formularemos uma abordagem acerca do discurso que envolveu o crime, o criminoso e a pena, desde as Escolas Penais Clássica, Positiva e Neoclássica, que teceram a ideologia dominante no sistema penal, até o *labelling approach* (suas matrizes) e a Criminologia Crítica, que constituem as correntes desconstrutoras do moderno sistema penal e que, juntamente com outras correntes criminológicas, orientam a Criminologia contemporânea. Por fim, faremos algumas considerações relacionadas à conceituação de sistema penal e das Ciências Criminais nos marcos teóricos dos paradigmas etiológico e da reação social.

## 2. O discurso acerca do crime, do criminoso e da pena: do paradigma tradicional à Criminologia Crítica

O estudo do fenômeno criminal e das formas de reação a ele constituiu preocupação de todas as sociedades, até mesmo como expressão natural do instinto de conservação individual e coletiva<sup>1</sup>.

Percebe-se, no entanto, que inicialmente as Ciências Criminais não estavam sistematicamente estruturadas, somente vindo isto a ocorrer após o surgimento das “escolas criminológicas ou penais”.

Por isso, DIAS e ANDRADE (1992, pp. 03-4) destacam que,

“(...) só aparentemente é curta a história da Criminologia, cujo aparecimento como *ciência* costuma localizar-se há pouco mais de um século. É que a história da Criminologia é a história de um *tempo* enriquecido pela contínua sucessão, alternância ou confluência de métodos, de técnicas de investigação, de áreas de interesse, de envolvimento teórico e ideológicos - em suma, de *escolas criminológicas*”.

---

<sup>1</sup> As emoções ligadas ao crime tiveram peso nas diversas manifestações culturais, no folclore, no conto, no drama, desde a tragédia grega ao teatro de SHAKESPEARE. Nas teorias psicanalíticas freudianas do *totem* e do *tabu* encontramos as simbolizações mais ou menos diretas da culpa emergente do crime originário. FOUCAULT refere-se ao crime como um dos tópicos fundamentais (a par da guerra contra o inimigo exterior) para a definição, afirmação e consagração do poder dos príncipes que estaria na origem do Estado moderno. É possível mencionar uma série de autores anteriores à consolidação das Escolas Penais que se preocuparam com o fenômeno criminal e as suas reações. PLATÃO, em “As Leis”, acentua que o crime é o sintoma de uma doença cuja causa seria tríplice: as paixões (inveja, ciúme, ambição, cólera), a procura do prazer e a ignorância, encarando a pena como um remédio destinado a libertar o delinqüente do mal e que poderia chegar à sua eliminação se aquele se mostrasse refratário ao tratamento. ARISTÓTELES, por seu turno, em “Ética a Nicômano”, considerava o criminoso um inimigo da sociedade, que deveria ser castigado “tal qual se bate num animal bruto preso ao jugo”, atribuindo, em “A Política”, um grande relevo à miséria como causa do crime e fator de revolta. Também SÃO TOMÁS DE AQUINO reputou à miséria as causas do crime, enquanto TOMÁS MORUS, em “Utopia” considerou o crime como reflexo da própria sociedade. De outro lado, foi DELLA PORTE quem abriu as portas às teorias “craneoscópicas” ou “frenológicas”, concluindo pela existência de conexões entre as formas do rosto e o crime. (DIAS e ANDRADE, pp. 6 e 7).

## 2.1 O antigo regime

As manifestações filosóficas e os estudos isolados realizados sob a égide do antigo regime, no entanto, não impediam que a legislação penal vigente fosse heterogênea e caótica, ou, no dizer de BECCARIA (1994, p. 9), “um código informe e produto monstruoso de séculos mais bárbaros”.

Tais vícios da legislação possibilitavam a arbitrária e desigual aplicação da lei conforme a condição social do acusado. As penas estavam assentadas no duplo pilar da expiação moral e da intimidação coletiva. Eram arbitrárias e bárbaras, prodigalizando os castigos corporais e a pena de morte. O processo penal era inquisitivo, rigorosamente secreto e ignorava as mais elementares garantias dos direitos de defesa. A tirania da investigação da verdade a qualquer preço sacramentava o sistema de provas ilegais, mormente a confissão do acusado, considerada a rainha das provas, obtida mediante a obrigação do acusado prestar juramento. O antigo regime, assim, caracterizava-se pela incerteza do Direito e pela insegurança individual. (ANDRADE, 1997, p. 49).

FOUCAULT (1991, p. 74), que se dedicou à historiografia do sistema penal, ressalta que o antigo regime é caracterizado pelo império do poder do soberano sobre o súdito, um poder ilimitado e arbitrário, ao qual denominou “má economia do poder”. Esta ilimitação e arbitrariedade decorrem do

“(…) poder excessivo nas jurisdições inferiores que podem - ajudadas pela pobreza e pela ignorância dos condenados - negligenciar as apelações de direito e mandar executar sem controle sentenças arbitrárias; poder excessivo do lado de uma acusação à qual são dados quase sem limite meios de prosseguir, enquanto que o acusado está desarmado diante dela, o que leva os juízes a ser, às vezes severo demais, às vezes, por reação, indulgentes demais; poder excessivo para os juízes que podem se

contentar com provas fúteis se são *legais* e poder excessivo dado à *gente do rei*, não só em relação aos acusados, mas também aos outros magistrados; poder excessivo enfim exercido pelo rei, pois ele pode suspender o curso da justiça, modificar suas decisões, cassar os magistrados, revogá-los ou exilá-los, substituí-los por juizes por comissão real. A paralisia da justiça está ligada menos a um enfraquecimento que a uma distribuição mal regulada do poder, a sua concentração em certo número de pontos e aos conflitos e descontinuidades que daí resultam.”

## 2.2 As principais Escolas Penais

O surgimento das Escolas Penais marca o início da sistematização do estudo acerca do crime, do criminoso e da pena pelas Ciências Penais. Primeiramente a Escola Clássica, depois a Positiva, seguindo-se a Escola Técnico-jurídica, todas com suas variações<sup>2</sup>. As categorias citadas e os diversos aspectos que lhe são inerentes, são tratados de maneira peculiar por cada uma das escolas.

### 2.2.1 A Escola Clássica

A Escola Clássica<sup>3</sup>, segundo ANDRADE (1997, pp. 45-6), formou-se no marco histórico do Iluminismo, no período de transição da ordem feudal e do Estado absolutista para a ordem capitalista e o Estado de Direito Liberal na Europa, mais precisamente na França e na Itália, e se desenvolveu ao longo do

<sup>2</sup> BITENCOURT e PRADO (1995, pp. 33-8) mencionam ainda as escolas Crítica, Moderna Alemã, Penal Humanista, Correccionalista, Defesa Social e Nova Defesa Social. PIZÓN (1986, pp. 31-5) destaca também o “Sociologismo Francês”, a Escola Cartográfica e Geográfica, a Escola Enciclopédica da Áustria, a Escola Eclética Alemã, a Escola Socialista de Marx e Engels, a Criminologia Norte-americana, a Criminologia Latino-americana e, na atualidade, a Criminologia Clínica e o Abolicionismo. FERRI (1931, pp. 29 e 38) se refere à Escola Clássica Penitenciária como variação da Escola Clássica, da qual JOHN HOWARD foi um dos principais expoentes, cujo movimento, fiel aos princípios e ideais do classicismo, constituiu-se numa “reação à vida dos encarcerados abandonados em grande parte à beneficência pública, à preguiça e por isso à corrupção física e moral”, o que levou a defender a necessidade do trabalho e da instrução e, sobretudo, do isolamento celular diurno e noturno.

<sup>3</sup> Esta denominação foi concedida “por reverência”, por ENRICO FERRI, para caracterizar o movimento reformador levado a efeito por CÉSAR BECCARIA, FRANCISCO CARRARA, HENRIQUE PESSINA e outros. (FERRI, 1931, p. 29).

processo de consolidação dessa nova ordem, cujo período foi de meados do século XVIII a meados do século XIX. Nesse período, o saber clássico e criminológico é marcado por dois momentos: o filosófico e o jurídico. As obras “Dos Delitos e das Penas”, de CESAR BECCARIA (1764) e “Programa do Curso de Direito Criminal”, de FRANCESCO CARRARA (1859), são as representações mais completas e fiéis destes dois momentos<sup>4</sup>.

A orientação filosófica da Escola Clássica provém da obra de BECCARIA, expressão filosófica maior do classicismo. Essa obra apresenta duas dimensões críticas: uma negativa e outra positiva do antigo regime de justiça penal. Em sua dimensão *negativa* ressalta o obscurantismo das leis penais do antigo regime, responsabilizando-as pela arbitrária e desigual aplicação da lei conforme a condição social do acusado. As penas eram arbitrárias e bárbaras porque estavam assentadas no duplo pilar da expiação moral e da intimidação coletiva. O processo penal, de caráter inquisitivo, secreto e sem qualquer garantia ao direito de defesa, privilegiava a confissão do acusado, contemplando um sistema de incerteza jurídica e de insegurança individual. Por outro lado, BECCARIA permitiu a reconstrução de um discurso *positivo* ao propalar “a formulação programática dos pressupostos do Direito Penal e Processual Penal no marco de uma concepção liberal do Estado e do Direito, nas teorias do contrato social, da divisão de poderes, da humanidade das penas e no princí-

---

<sup>4</sup> A par dos autores e obras mencionados, é importante ressaltar que inúmeros outros filósofos alinharam-se ao pensamento clássico penal, muito embora não se pode dizer que formavam um bloco homogêneo. GIANDOMÊNICO ROMAGNOSI, em *Genesi del diritto penale* (1791) e na *Filosofia del diritto* (1825), mencionou a natureza originariamente social do homem e negou o conceito abstrato de uma independência natural, à qual o indivíduo renunciaria por meio do contrato para entrar no estado social. O princípio do direito natural é a conservação da espécie humana e a obtenção da máxima utilidade, do qual derivam três relações ético-jurídicas fundamentais: 1 - o direito e dever de cada um de conservar a própria existência; 2 - o dever recíproco dos homens de não atentar contra sua existência; e 3 - o direito de cada um de não ser ofendido por outro. A pena, tem por finalidade a defesa social, mas não é o único meio para tal. (ROMAGNOSI, 1956, pp. 86-107). Também JEREMIAS BENTHAN, GAETANO FILANGIERI e ANSELMO VON FEUERBACH, do período filosófico, GIOVANI CARMIGNANI e PELLEGRINO ROSSI, do período jurídico, podem ser citados. (ANDRADE, 1997, p. 45).



pio utilitarista da máxima felicidade para o maior número de pessoas.” (ANDRADE, 1997. p. 49).

Com essa visão, BECCARIA defendia a segurança individual contra a arbitrariedade do príncipe, a instauração de um regime estrito de legalidade, que evitasse toda a incerteza do poder punitivo e promovesse a humanização e instrumentalização utilitária. O fundamento e legitimidade para as penas e o direito de punir, no seu entender, está no contrato social.

“Cansados de só viver no meio de temores e de encontrar inimigos por toda parte, fatigados de uma liberdade que a incerteza de conservá-la tornava inútil, sacrificaram uma parte dela para gozar do resto com mais segurança. A soma de todas essas porções de liberdade, sacrificadas assim ao bem geral, formou a soberania da nação; e aquele que foi encarregado pelas leis do depósito das liberdades e dos cuidados da administração foi proclamado o soberano do povo.(...) Por conseguinte, só a necessidade constringe os homens a ceder uma parte de sua liberdade; daí resulta que cada indivíduo só consente em pôr no depósito comum a menor porção possível dela, isto é, precisamente o que era necessário para empenhar os outros a mantê-lo na posse do resto. O conjunto de todas essas pequenas porções de liberdades é o fundamento do direito de punir. Todo exercício do poder que se afastar dessa base é abuso e não justiça; é um poder de fato e não de direito; é uma usurpação e não mais um poder legítimo.” (BECCARIA, 1994, pp. 16-7).

O poder de punir, em BECCARIA (1994, pp. 18-9), concebido como de origem contratual, traz em si três conseqüências . A *primeira* é o princípio da legalidade, ou seja, de que apenas as leis podem indicar as penas de cada delito e de que o direito de estabelecer leis penais não pode ser senão da pessoa do legislador; a *segunda*, é de que é necessário que as leis sejam gerais e escritas em linguagem comum e tão clara que, prescindindo de qualquer interpretação, submetam rigorosamente o juiz, gerando, assim, a necessária igualdade, certeza e segurança jurídica; a *terceira*, por fim, é que a pena deve ter

uma utilidade, qual seja, a de prevenir o delito, devendo ser proporcional ao delito e menos cruel ao corpo do culpado.

BECCARIA (1994, pp. 25-69) destacou também a necessidade da valoração das provas nos julgamentos, devendo estes e aquelas serem públicos, acrescentando que todo homem razoável e mentalmente sã pode ser testemunha. Sobre as formalidades destacou que são necessárias nos processos criminais, por conferirem seriedade aos atos, mas que deve haver um prazo para a investigação das provas e para a prescrição dos crimes. Insurgiu-se contra as acusações secretas, alegando que ninguém poderá defender-se da calúnia, quando esta-se arma com o escudo mais sólido da tirania, que é o sigilo. Condenou, dentre outros, os interrogatórios diretos, os juramentos do acusado e a tortura como forma de se obter a prova, dizendo que é monstruoso e absurdo exigir que um homem seja o acusador de si mesmo. Também condenou os confiscos e a pena de morte, dizendo que esta não está apoiada em nenhum direito, além de ser desnecessária e inútil.

É importante ressaltar que, em certa passagem dos seus escritos, BECCARIA fez consignar uma advertência a todos, a respeito da incidência criminal, o que no nosso entendimento seria mais um presságio sobre os pressupostos da Criminologia da Reação Social, do que propriamente uma advertência, pois era a admissão expressa de que o crime surge, na verdade, como o produto das definições legais.

Naquela ocasião assim se pronunciou BECCARIA (1994, p. 99):

“Ora, quanto mais se estender a esfera dos crimes, tanto mais se fará que sejam cometidos, porque se verão os delitos multiplicar-se à medida que os motivos de delitos especificados pelas leis forem mais numerosos, sobretudo se a maioria dessas leis não passar de privilégios, isto é, para um pequeno número de senhores.”

Se em BECCARIA encontramos os pressupostos filosóficos e ideológicos da ciência penal, em CARRARA está o apogeu da “construção sistemática da razão”. Apesar da versão contratualista do Direito Penal, insculpida nos ensinamentos filosóficos de BECCARIA, ceder lugar à versão católicotomista de CARRARA, não há uma alteração no método racionalista e na ideologia liberal no interior do classicismo. Assim, se BECCARIA buscava no *contratualismo* o fundamento do direito de punir, CARRARA encontrou este fundamento na *fórmula sacramental* do crime como *ente jurídico*. (ANDRADE, 1997, p. 53).

Na sua obra “Programa do Curso de Direito Criminal”, CARRARA (1956, p. 11) expõe que

“(...) o delito é um ente jurídico, porque a sua essência deve forçosamente consistir na violação de um direito. Mas o direito é congênito ao homem, porque lhe foi dado por Deus, desde o momento de sua criação, para que possa cumprir os seus deveres nesta vida; deve, pois, o direito ter existência e critérios anteriores às inclinações dos legisladores terrenos: critérios absolutos, constantes e independentes dos seus caprichos e da utilidade avidamente anelada por eles. Assim, como primeiro postulado, a ciência do direito criminal vem a ser reconhecida como uma ordem racional que emana da lei moral-jurídica, e preexistente a todas as leis humanas, tendo autoridade sobre os próprios legisladores”.

Desta forma, dentro de uma visão teocêntrica da ordem jurídica e moral, CARRARA (1956, p. 48) definiu o *crime* como sendo a “infração da lei do

Estado, promulgada para proteger a segurança dos cidadãos, resultante de um ato externo do homem, positivo ou negativo, moralmente imputável e politicamente danoso.”

Destaca-se ainda, no pensamento de CARRARA (1956, pp. 11-3), que a *responsabilidade penal* está fundada na-responsabilidade moral derivada do livre-arbítrio e, por isso, a imputabilidade, assim entendida como a capacidade de entender o valor ético-social da ação e de determinar-se para a própria ação, constituiu um elemento fundamental e a distinção entre imputáveis e inimputáveis. A *pena*, por sua vez, é a retribuição pelo mal causado; é um justo e proporcionado castigo que a sociedade inflige ao culpado, que o merece, em vista da falta que livre e conscientemente cometeu.

A Escola Clássica, segundo ANDRADE (1997, pp. 45-60), caracteriza-se por sua unidade ideológica e metodológica, pelas suas promessas e postulados, bem como por considerar o “fato-crime” no centro de suas análises.

A *unidade ideológica* decorre do inequívoco significado político liberal e humanitário, baseado no postulado fundamental de que “os direitos do homem tinham que ser protegidos da corrupção e dos excessos das instituições vigentes, vícios que não estavam ausentes nos regimes jurídicos da Europa do século XVIII”. (TAYLOR, WALTON, YOUNG, *apud* ANDRADE 1997, p. 47).

ANDRADE (1997, p. 47) preconiza, ainda, que a Escola Clássica, em razão do seu postulado fundamental,

“(...)empreenderá uma vigorosa racionalização do poder punitivo em nome, precisamente, da necessidade de garantir o indivíduo contra toda intervenção estatal arbitrária. Daí porque a denominação de *garantismo* seja talvez a que melhor espelhe o seu projeto racionalizador”.

A *unidade metodológica*, por sua vez, decorre da concepção racionalista de ciência, orientada por uma concepção mecanicista do universo e pelo *método racionalista, lógico-abstrato ou dedutivo* de análise do seu objeto. Segundo esta concepção científica, o mundo é visto como um sistema ordenado e regido por leis universais e necessárias que o homem, enquanto ser razoável, é dotado de capacidade de compreender. A Ciência é concebida, assim, como a adequação da razão subjetiva do homem à razão objetiva do universo. O fundamento do direito de punir está em uma realidade preexistente: em BECCARIA o contrato social; em CARRARA, a fórmula sacramental (o Direito Penal como tributo divino). É sobre essa realidade preexistente que os clássicos se debruçam, procurando “edificar a construção conceitual sistemática do Direito Penal, do crime, da responsabilidade penal e da pena que deverão submeter o novo Direito Penal” (jusracionalismo). (ANDRADE, 1997, pp. 47 e 52-3).

A *promessa* efetuada pela Escola Clássica é de segurança jurídica, por ter ela se construído em bases filosóficas contrárias ao arbítrio e ao excessivo poder punitivo do príncipe. A sua preocupação central é a instauração de um regime estrito de legalidade (penal e processual penal) que evite toda a incerteza do poder punitivo e ao mesmo tempo promova a sua humanização e instrumentalização utilitária. Decorre daí a formulação programática do “princípio da legalidade” dos delitos e das penas, certeza e igualdade jurídica. (ANDRADE, 1997, pp. 49-50).

Os *postulados fundamentais* da Escola Clássica são a responsabilidade moral, o crime como entidade jurídica, a pena retributiva ou utilitária e o criminoso como normal. (BADARÓ, 1973, p. 105; ANDRADE, 1997, pp. 53-58).

A *responsabilidade penal* do delinqüente se objetiva na sua responsabilidade moral, a qual se origina no livre-arbítrio, que é a qualidade que tem o indivíduo de escolher livremente e de forma consciente a sua maneira de conduta ou ação social. Assim sendo, o livre-arbítrio é nada mais nada menos que a liberdade moral inerente ao homem como expressão suprema da sua vontade e decisão de agir. Daí, para a Escola Clássica, ser a liberdade moral o fundamento intrínseco da responsabilidade moral, a qual dá a gradação da responsabilidade penal. (BADARÓ, 1973, p. 105).

O *delito* é um ente jurídico porque a sua essência deve forçosamente consistir na violação de um direito (CARRARA, 1956, p. 11). Assim concebido, o delito é formado por duas forças: a física (a ação objetiva e o dano causado pelo delito) e a moral (o fato subjetivo representado pela vontade livre e consciente do criminoso). (BADARÓ, 1973, p. 107).

O *criminoso* será quem, na posse do livre-arbítrio, viola livre e conscientemente a norma penal. “A única diferença entre o criminoso e o que respeita a lei é a diferença do fato”.(ANDRADE, 1997, p. 58). A Escola Clássica parte da premissa de que todos os homens, graças à sua racionalidade, são iguais perante a lei e podem, por isto, atuar responsavelmente, compreenden-

do o caráter benéfico do consenso implícito no contrato social. (TAYLOR, WALTON, YOUNG *apud* ANDRADE, 1997, p. 58).

A *pena* tem uma dupla concepção: a da pena retributiva (teorias absolutas) e a da utilitarista (teorias relativas). Assim, uns atribuem à pena uma finalidade intrínseca, meramente retributiva, ou seja, como um justo e proporcionado castigo que a sociedade inflige ao culpado, que o merece, em vista da falta que livre e conscientemente cometeu. (SODRÉ *apud* ANDRADE, 1997, p. 58). Outros, no entanto, atribuem a ela uma função essencialmente preventiva (impedir o aumento de crimes através da prevenção geral negativa).

Partindo do pressuposto que o criminoso é uma pessoa normal, a Escola Clássica não se deteve na análise da pessoa humana, restringindo a sua abordagem à objetividade do *fato-crime*, levando ANDRADE (1997, p. 58-9) a concluir que,

“Do crime como ente jurídico, ditado pela razão, à responsabilidade penal fundada na responsabilidade moral derivada do livre-arbítrio, cuja consequência lógica é a pena, concedida então como retribuição e meio de tutela jurídica, que, rigorosamente proporcionado ao crime, não deixa nenhum arbítrio ao intérprete judicial, evidencia-se que a Escola Clássica move-se num universo de conexão sistemática entre livre-arbítrio-crime-responsabilidade penal que encontra no fato-crime seu referente de gravitação e na proteção do indivíduo contra o arbítrio sua inspiração ideológica fundamental”.

A focalização do fato-crime pela Escola Clássica, com o privilegiamento da teoria acerca do crime, levou a comunidade científica a identificar a produção teórico-jurídica dessa escola como o *Direito Penal do fato*.

### 2.2.2 A Escola Positiva

Se a Escola Clássica foi fruto de um momento político e social, conforme já mencionado, a Escola Positiva também surgiu de fatores históricos e teóricos de sua época. Formou-se, a partir da década de setenta do século XIX, quando o horizonte histórico de transformações nas funções do Estado caminhavam para o intervencionismo na ordem econômica e social, sob a égide de novas ideologias políticas de cunho social ou socialista. O programa da Escola Clássica de combate à criminalidade encontrava-se em crise, sendo acusado de não ter cumprido suas promessas e apenas ter diminuído as penas. Já predominava a concepção positivista de ciência, influenciada pelo evolucionismo de DARWIN e pela obra de SPENCER<sup>5</sup>. (ANDRADE, 1997, p. 60).

Foi dentro dessas orientações que os positivistas CESARE LOMBROSO, ENRICO FERRI e RAFFAELE GARÓFALO iniciaram os estudos das causas do crime, a partir do estudo do homem criminoso, o primeiro destacando os fatores *antropológicos*, o segundo os *sociológicos* e o último os *psicológicos*. (DIAS e ANDRADE, 1992, p. 15).

Inspirado em outros estudos, em especial nos dos precursores da Antropologia Criminal<sup>6</sup> e naqueles da evolução da espécie humana, desenvolvidos

<sup>5</sup> Segundo PABLOS DE MOLINA (1992, pp. 104-14), a Escola Positiva é herdeira das orientações criminológicas que se operaram no marco das “ciências naturais” (especialmente a “ciência penitenciária” de HOWARD e BENTHAM, a “fisionomia” de DELLA PORTA e LAVATER, a “frenologia” de GALL, SPURZHEM e LAUVERGNE, a “psiquiatria” de PINEL e ESQUIROL e a “Antropologia” de BROCA, WILSON, NICHOLSON, LUCAS, VIRGÍLIO, DALLY, MAUDSLEY, MANOUVRIER, QUATREFAGES e DARWIN) e da “estatística moral ou escola cartográfica”, cujos representantes são QUETELET, GUERRY, MAIR, FREGIER e MAYGEW.

<sup>6</sup> Afirma LOMBROSO que suas conclusões foram baseadas também nos trabalhos de LISZT, KRAEPELIN, BILIAKOW, TROISKI, KÖRNFELD, KNECHT, HOLTZENDORF, SOMMER, KIRCHENHEIM, MENDEL, PULIDO, ECHEVERRIA, ZANCHES, DRILL, KOWALEWSKI, LIKACEFF, MINZLOFF, KOLOKOLOFF, ESPINAS, LETOURNEAU, TONNINI, REINACH, SOURY, CORRE, MOTET, ORCHANSKI, MANOUVRIER, FIORETTI, LE BON, BORDIER, BORNET, ROUSSEL, RIBOT, HEGER,



por DARWIN, LOMBROSO, aproveitando-se da sua condição de médico do sistema penitenciário italiano para autopsiar os cadáveres de presos, efetuou uma série de comparações anatômico-fisiológicas acerca de criminosos e internos das prisões e hospitais psiquiátricos, respectivamente do sul da Itália, isto é, utilizando-se dos dados estatísticos de pessoas já selecionadas pelo sistema penal, concluiu que o *delito* é um ente natural, um fenômeno necessário, como o nascimento, a morte, a concepção, determinado por causas biológicas de natureza sobretudo hereditárias. Estas conclusões estão contidas na sua obra “O Homem Criminoso”, publicada no ano de 1876..

Comparando os homens aos animais, LOMBROSO (1983, pp. 07 e 74) afirmou que essas ações que nos parecem delitos são, na verdade, resultados necessários da hereditariedade, da estrutura orgânica, pois, se o crime não cessou de se produzir mesmo nas raças mais cultas, não obstante todos os meios vingativos e punitivos empregados desde os primórdios da humanidade, é porque sua causa reside no atavismo. Esta conclusão tornou-se a essência da teoria do criminoso nato, que estabeleceu uma relação entre o instinto sanguinário e a regressão atávica, admitindo que o homem criminoso propriamente dito é nato, é idêntico ao louco moral, apresenta base epiléptica e constitui, por um conjunto de anomalias, tipo especial denominado *lombrosiano*.

No mesmo sentido e objetivando a defesa social pela profilaxia do crime através da sua repressão, GARÓFALO, um dos principais expoentes da Escola Positiva, estudou o delito e a repressão penal sob um critério naturalista,

---

ALBRECHT, WARNOTT, LENHOSSEK, TAMBURINI, FRIGERIO, LASCHI, MAYOR, MAJNO, BENELLI, FULCI, PAVIA, AGUGLIA, SERGI, TANZI, CAMPILI, BARZILAI, PUGLIESE, MORELLO, LESSONA C. COSENZA, LESTINGI, COLUCCKI, TURATI, MARRO, VEREZIAN, LACASSAGNE, FLESCHE, BENEDIKT, BELTRANI-SCALIA, VIRGILIO MORSELLI, GARÓFALO, PUGLIA e FERRI. (LOMBROSO, 1886, prefácio, p. XVII).

utilizando-se de métodos experimentais e da análise das estatísticas, através de documentos fornecidos pela Psicofisiologia e pela Antropologia.

A obra de GARÓFALO denominada “Criminologia: estudo sobre o delito e a repressão penal”, publicada em 1885, constitui-se num dos principais documentos de que dispõe a história do pensamento criminológico positivista. Nela, GARÓFALO (1925, p. 30-59) desenvolveu o conceito de *delito natural*, concluindo que nele aparece sempre a lesão de algum daqueles sentimentos mais profundamente radicados no espírito humano e que, no seu conjunto, formam o que se chama *senso moral*. Para tal, utilizou-se dos estudos realizados por DARWIN e SPENCER<sup>7</sup>, a respeito da evolução do senso moral, deixando certo que “todas as raças possuem atualmente uma certa soma de instintos morais inatos, não devidos ao raciocínio individual, mas, como o tipo físico, patrimônio hereditário comum”. Destacou que, a não ser pela existência de um senso moral, pode-se explicar o sacrifício voluntário e interesses em homenagem ao dever e que, se a ordem social só pode ser mantida mediante recíprocas concessões do egoísmo e do altruísmo, o *senso moral* é capaz de explicar a origem utilitária das idéias morais. Sustentou que se o senso moral fosse produto apenas do raciocínio individual, muitos homens de medíocre espírito observariam os mais rigorosos princípios de moral, não porque daí lhes venha utilidade, mas porque inconscientemente se sentem obrigados a respeitá-los, o que o fez concluir que o senso moral é ao menos em parte orgânico. O senso moral seria formado basicamente por dois sentimentos altruístas, o de  *piedade* e o de *probidade*. A *piedade* é o que impede os atos eficientes de uma dor física, que põe obstáculos aos atos produtores de

---

<sup>7</sup> Para DARWIN a origem do senso moral é a simpatia instintiva, ao passo que para SPENCER seria o raciocínio que, tendo feito compreender aos primeiros agregados humanos a necessidade de adotar algumas normas de conduta, se tornou depois um hábito mental, hereditariamente transmitido às gerações sob forma de instinto. (GARÓFALO, 1925, p. 31).

uma dor moral, que nos conduz a aliviar as dores de que somos testemunhas; é a generosidade, a filantropia e a benevolência que nos levam a tratar com solicitude de quanto possa minorar os mesmos males que não presenciamos, mas de que temos notícia ou a impedir males que podem prever-se. A *probidade*, por sua vez, é o sentimento de respeito pela propriedade alheia.

Foi em razão desta formação que GARÓFALO (1925, p. 64) conceituou *delito natural*, como sendo

“(...) a ofensa feita à parte do senso moral formado pelos sentimentos altruístas de  *piedade* e de *probidade*, não, bem entendido, à parte superior e mais delicada deste sentimento, mas à mais comum, à que se considera patrimônio moral indispensável de todos os indivíduos em sociedade”.

Com a definição de *delito natural*, GARÓFALO pretendeu destacar, dentre uma série de outras ações, um certo número de atos puníveis que podem achar-se nas leis naturais, porque revelam nos que os praticam uma grave anomalia, a falta daquela parte do “senso moral” que a evolução tornou quase universal e que se forma à custa de sentimentos que são a base da moral moderna e que pelo progresso tendem a aperfeiçoar-se incessantemente. Frisa que a noção de delito não pode, no entanto, abstrair-se da prévia definição legal.

GARÓFALO (1925, pp. 87-8 e 97) contrapõe-se ao conceito de crime e de criminoso formulado pelos juristas da Escola Clássica, pois, segundo estes, o criminoso *não* é um homem anormal. Também não considera o delito apenas no momento atual, sem dar conta da sua derivação ou das suas consequências, motivo pelo qual julga inútil o conceito jurídico de crime, pois, enquanto para os juristas o delito reside na violação de *direitos*, no seu entender

reside na violação dos *sentimentos morais* mais profundos. Por isso, a exemplo dos demais positivistas, também desenvolve a idéia da *anomia moral do criminoso*, ou seja, de que *os criminosos* constituem uma classe de seres moralmente degenerados.

Idealizou um sistema de *penas* baseado na “eliminação social” e na “neutralização” do delinqüente, admitindo a “educação” somente para os seres em formação, pois entendeu que a educação não representa senão uma das influências que atuam nos primeiros anos da vida e que, como a hereditariedade e a tradição, contribuem para a gênese do caráter. (GARÓFALO, 1925, pp. 286-9 e 294-5).

Defendendo a *responsabilidade legal*, questionou o livre arbítrio como elemento de definição da culpabilidade, dizendo que

(...) a herança, o atavismo, o temperamento, o caráter, a educação, as particulares contingências da vida, o clima, a alimentação, a profissão, a cultura, a doença - circunstâncias cuja influência não pode desconhecê-se - limitariam, pois, sem conseguir anulá-lo completamente (palavras de um jurista) o círculo de movimentos espontâneos que é dado ao homem executar em vista de um fim”. (GARÓFALO, 1925, pp. 333-4).

Em suma, é possível afirmar que GARÓFALO, através dos seus estudos criminológicos, deu consistência à ideologia da defesa social, propugnando por princípios que transformam o crime e o criminoso em um mal a ser combatido e extirpado do convívio social. Na verdade, com sua teoria criminológica, pretendeu a existência de uma sociedade sem conflitos, mas dividiu-a em “bons” e “maus”, agravando com isto os conflitos já existentes.

Um dos principais defensores da Escola Positiva, FERRI destacou-se pela importância que destinou à *personalidade do delinqüente*, como fator preponderante na aferição da sua *periculosidade*. Por isso fez consignar na sua obra “Princípios de Direito Criminal”, que

“(...) na justiça penal trata-se de ver não se o delinqüente ofendeu ou não *um direito* ou antes *um bem jurídico* e transgrediu ou não *a proibição* ou antes a *norma penal*, mas de procurar como e em virtude de que ele cometeu essa ação criminosa e qual a periculosidade que revelou em tal ação e quais as probabilidades que apresenta de voltar, depois da condenação, a uma vida regular e por isso qual sanção repressiva que lhe é mais conforme, não *ao crime* por ele levado a efeito, mas à sua *personalidade de delinqüente* pelo crime praticado”. (FERRI, 1931, p. 87).

O crime ou delito e o delinqüente são dois objetos inseparáveis da lei penal. O objeto da lei penal não pode ser apenas a ação por ela proibida, mas é e deve ser, inseparavelmente, também o “homem” que pratica essa ação, isto porque o crime não pode ser senão a “ação de um homem”. Diante de tal assertiva, FERRI, como os demais integrantes da Escola Positiva, concentram o estudo científico principalmente sobre o *homem delinqüente*.

“A Escola Positiva, proclamando que antes de estudar e regular o crime, como ente jurídico, é preciso estudar e disciplinar o homem delinqüente que o pratica, - e não somente por um fim técnico de individualização judiciária ou administrativa da pena, mas como critério fundamental para o legislador - trouxe uma inovação de método, que é insubmergível, porquanto responde às elementares quotidianas exigências da justiça penal como função de defesa social.” (FERRI, 1931, p. 131).

Por isso o *método científico* a ser empregado no estudo das Ciências Penais, segundo FERRI e os demais adeptos da Escola Positiva, deve ser o *indutivo*, ou *de observação e experiência*.,,

FERRI afirma que *criminoso* é quem comete um crime ou delito. No entanto, menciona que a solução conceitual acerca do delinqüente se dá em dois terrenos distintos, ou seja, sob o ponto de vista naturalístico (social) e no campo tecnicamente jurídico (legal).

“Sob o ponto de vista natural não pode ser delinqüente senão quem seja um anormal. Anormal por condições congênitas ou adquiridas, permanentes ou transitórias, por anormalidade morfológica ou bio-psíquica ou por doença, mas sempre, mais ou menos, anormal. Se o homem normal é o homem adaptado à vida social quem na vida social reagir aos estímulos externos com uma ação delituosa, não pode ser senão um anormal.” (FERRI, 1931, p. 197).

Neste ponto é contundente quando afirma que o criminoso é sempre um anormal, acrescentando que “o homem normal não significa homem perfeito, mas somente o homem que sabe adaptar-se ao ambiente em que vive”. (FERRI, 1931, p. 251).

Sob o prisma jurídico (abstrato) e legal (concreto), o homem somente pode ser delinqüente até que e porque vive em sociedade; isto é, tendo, para viver, relações materiais, morais, jurídicas com os outros homens. O homem que vive solitário fica fora do círculo humano das normas de conduta social: conveniência (costume ou cortesia, cerimoniais), religião, moral, direito (público, penal, privado). É por isto o homem um sujeito do direito, desde que “o direito é a força específica da sociedade humana”. (FERRI, 1931, pp. 198-200).

A principal condição para que alguém seja considerado legal ou socialmente delinqüente, segundo FERRI (1931, pp. 206 e 214), é que o crime por ele praticado seja a “expressão genuína da sua personalidade”. Assim, um

homem será considerado delinqüente se, num dado momento de sua vida, uma idéia criminosa tenha atravessado os seus sentimentos mais ou menos anormais, direta ou indiretamente, por sensações do mundo externo, e esta idéia não encontre nas suas condições fisio-psíquicas do momento (permanentes ou transitórias) uma suficiente inibição ou por repugnância moral ou por previsão de danosas conseqüências, ou por ambas conjuntamente. A diferença entre o homem honesto e o homem delinqüente está em que, no primeiro, o relâmpago dessa idéia se dissipa ou é repelida, ao passo que na mente do outro fica, se enraíza, se aprofunda e se intensifica até se transformar em volição ativa, que se exterioriza numa correspondente ação muscular.

Sobre o conceito de *crime*, FERRI (1931, pp. 371-4) acrescentou alguns elementos à definição naturalista de GARÓFALO, afirmando que há outros sentimentos (pudor, religião, patriotismo, etc.) cuja violação constitui delito natural; que além e antes da violação dos sentimentos, há a ofensa às condições de existência social; e que a violação de tais condições e de tais sentimentos constitui verdadeiramente um delito natural, quando for determinada por causas anti-sociais. Os acréscimos formulados, que foram aceitos pela Escola Positiva, resultaram na definição de crimes naturais conhecida como “definição FERRI-BERENINI”, qual seja, de que “são ações puníveis (crimes) as determinadas por *móbeis individuais* (egoístas) e *anti-sociais*, que perturbam *as condições de vida* e vão de encontro à *moralidade média* de um dado povo num dado momento”. No entanto, em que pese ter louvado a definição de delito natural formulada por GARÓFALO, FERRI deixou bem evidenciado o conceito legal de crime, como sendo a “violação da lei penal”, destacando a “anatomia jurídica do crime” como composta de sujeitos ativo e

passivo, de objeto jurídico e material, de ação psíquica e física e de um dano público e particular.

Dentro da mesma tônica dos demais integrantes da Escola Positiva, FERRI (1931, pp. 230, 231 e 239) defendeu, em relação à *responsabilidade penal*, o princípio da responsabilidade social ou legal do criminoso, como única forma eficaz de defesa social contra a criminalidade, afirmando que “o homem é responsável de todo o seu ato, *somente porque e até vive em sociedade*”. Segundo o princípio da responsabilidade social ou legal, “todo o sujeito ativo do delito é sempre penalmente responsável, desde que o ato seja *seu*, isto é, expressão de sua personalidade, quaisquer que sejam as condições físiopsíquicas em que ele o deliberou e executou”.

A periculosidade do criminoso e o princípio da individualização da pena são dois aspectos marcantes dos estudos de FERRI, os quais serão melhor abordados no terceiro capítulo.

Diante dos estudos realizados pelos seus principais representantes, também é possível dizer que a Escola Positiva caracteriza-se por sua unidade ideológica e metodológica, por suas promessas e por seus postulados fundamentais.

No que concerne à sua *unidade ideológica*, verifica-se que a Escola Positiva buscou o seu fundamento nas razões que levaram ao declínio da Escola Clássica. Os positivistas entenderam que, por ter a Escola Clássica, considerando o imputado vítima da tirania do Estado, procurado a afirmação dos direitos individuais em face do Estado, como reação contra os abusos da justiça



penal, o efeito produzido foi um maior excesso em virtude da lei do ritmo histórico, pela qual, cada reação ultrapassa os limites da reação que o provocou, resultando numa diminuição de direitos, outrotanto legítimos, da sociedade em face do delinqüente. Diante dos pressupostos da Escola Clássica, a Escola Positivista denunciou o contínuo aumento da criminalidade e da recidiva, em evidente e quotidiano contraste com a necessidade de defesa social contra a delinqüência que é a razão de ser da justiça penal (FERRI, 1931, pp. 38-9). Assim, fazia-se necessário instituir um programa de princípios voltados à “defesa social”. É em torno dessa unidade ideológica que se construíram as teorias positivistas acerca do crime, do criminoso e da pena.

Mas a crítica à Escola Clássica não se resumiu apenas ao seu conteúdo ideológico. Estendeu-se, também, ao método racional (dedutivo) decorrente da concepção racionalista de ciência da Escola Clássica. FERRI (1931, p. 39) destacou que o método dedutivo ou lógico-abstrato faz perder de vista o criminoso, enquanto na justiça penal ele é o protagonista vivo e presente, que se impõe à consciência do juiz primeiramente e mais acentuadamente que a entidade jurídica do crime e da pena. A Escola Positiva, assim, fiel à concepção positivista<sup>8</sup> de ciência, segundo a qual o universo é um conjunto de fatos, cau-

---

<sup>8</sup> Segundo a concepção positivista de ciência, há um mundo físico que existe fora do observador. O homem pode enfrentar esse mundo físico tentando desentranhar as suas relações de causa-efeito, suas conseqüências, a sua maneira de ativar-se, etc. O principal interesse do positivista é de obter uma metodologia para extrair as leis que regem o mundo físico. Por não estar o observador incluído na realidade do mundo físico observado, é possível que o conhecimento seja objetivo, e por isso a filosofia positivista se pretende neutra, objetiva e não reflexiva. Generaliza sobre os eventos recorrentes, analisando vários fatos isolados que se repetem no tempo e no espaço, pretendendo descobrir, assim, leis gerais, que seriam as leis que definiriam a realidade do mundo físico e social. Aplica as concepções do mundo físico à vida social, ignorando o contexto único no qual ocorrem os eventos, sendo que, na realidade, não se pode aplicar as leis do mundo físico aos fatos sociais. A realidade estudada se sujeita a uma série de variáveis, que não são mais do que uma seleção subjetiva feita pelo observador, que assim parcela a realidade, fazendo com que na realidade a ciência não seja neutra nem subjetiva, mas que a ideologia daquele que investiga esteja implícita no resultado da investigação, sendo que o parcelamento da realidade se opõe ao que realmente nos daria a chave do conhecimento, que é o conhecimento total das coisas: a categoria da totalidade. Aceita a realidade oficial como se esta fosse a única realidade, sendo a realidade oficial aquela que nos é imposta, nos é ensinada, é a forma como o mundo é para nós ordenado a fim de que o conheçamos, não tendo o positivista nenhum

salmente determinados, vê no *método experimental* ou *indutivo* a função de descobrir, na realidade fatural, as leis gerais através das quais o determinismo se manifesta. (ANDRADE, 1997, p. 63).

Em razão da sua unidade metodológica é que se afirma que a Escola Positiva segue o “paradigma<sup>9</sup> etiológico”, posto que procura explicar o crime a partir do estudo de suas causas, em razão do que a Criminologia, segundo essa escola, é definida como a ciência causal-explicativa da criminalidade.

A par da *promessa* de segurança jurídica (limitação e racionalização do poder punitivo estatal) formulada pela Escola Clássica, a Escola Positiva prometeu desenvolver o seu programa em torno da “diminuição da criminalidade e não somente das penas”.

“Ao diagnosticar no próprio sistema clássico a dupla e relacionada ordem de fatores responsáveis pelo aumento da criminalidade e responsáveis, conseqüentemente, pela sua ineficácia e declínio histórico, FERRI justificava, com os mesmos argumentos, a missão prática encomendada à Escola Positiva: a diminuição dos delitos e não mais, unicamente, das penas.” (ANDRADE, 1997, p. 62).

A Escola Positiva nega o livre-arbítrio e, via de conseqüência, a própria responsabilidade moral. Segundo FERRI (1904, pp. 91 e 98), a defesa social contra os delinqüentes tem sua raiz no indivíduo considerado como autor ma-

---

interesse em modificar a forma como esse mundo está ordenado, nem interesse em averiguar se pode haver uma realidade alternativa. A criminologia positivista estuda a delinqüência a partir das definições legais, que são a realidade oficial. Estuda o delinqüente e não a lei penal, procurando modificar aquele e não esta. A lei penal é a realidade estabelecida, a realidade oficial, que lhe foi dada, por isso a estuda sem criticá-la, interessando-lhe apenas o delinqüente porque é alguém que afrontou a sua realidade oficial. (CASTRO, 1983, pp. 02-06).

<sup>9</sup>Segundo KUHN (1975, pp. 13 e 219), “paradigmas são as realizações científicas universalmente reconhecidas que, durante algum tempo forneceram problemas e soluções modelares para uma comunidade de praticantes de uma ciência”. O paradigma é aquilo que os membros de uma comunidade científica partilham “e”, inversamente, uma comunidade científica consiste em homens que partilham um paradigma.

terial de um delito que é índice de sua personalidade fisio-psicológica, reagindo contra o meio físico-social. A *responsabilidade penal* do indivíduo, assim, estaria baseada na sua “responsabilidade social”, ou seja, na sua responsabilidade individual frente à sociedade, a qual não depende das condições pessoais em que se encontre (responsabilidade moral), mas sim e tão somente do fato de viver em sociedade. Sustenta, ainda, que a idéia embrionária da responsabilidade social estaria no determinismo, ou seja, de que no domínio jurídico-criminal, assim como no domínio jurídico-civil, e também no das relações extraleais, todo homem, sempre e em todo caso, determina para cada uma de suas ações uma reação social correspondente; sempre, portanto, experimenta as conseqüências naturais e sociais de seus próprios atos, pelos quais é responsável pelo só fato de tê-los realizado.

O cometimento de um crime é o único fundamento da responsabilidade penal do indivíduo, daí porque a “defesa social repressiva”, no dizer de FERRI (1931, p. 285), não pode se realizar senão depois da constatação processual e com todas as garantias, que o indivíduo efetivamente cometeu o delito. Mas o cometimento de um crime denota, também, a periculosidade criminal do criminoso, o que o faz não somente responsável penalmente pelo fato, como sujeito às providências de defesa social, posto que a periculosidade criminal traz insito o perigo da recidiva.

ANDRADE (1997, p. 64) ressalta, também, que, se para o classicismo o *crime* é apenas um ente jurídico, para a Escola Positiva consiste no “fato natural e social praticado pelo homem e causalmente determinado, que expressa a conduta anti-social de uma dada personalidade perigosa do delinqüente”. O positivismo rompe assim a barreira do livre-arbítrio, afirmando que a vontade

do homem não é livre e não pode ser tida como causa do crime, porque é, ela própria, o resultado de uma série de causas.

As *causas do crime*, sob o prisma naturalístico, estariam assim no próprio homem e no ambiente social em que o mesmo vive. FERRI (1931, p. 40) anunciou a tríplice série de causas dos crimes, como sendo oriundas de “fatores individuais” (orgânicos e psíquicos), “fatores físicos” (ambiente telúrico), “fatores sociais” (ambiente social), sustentando que “todo o crime, do mais leve ao mais terrível, não é o *fiat* incondicionado da vontade humana, mas sim o resultado destas três ordens de causas naturais. Para GARÓFALO (1925, p. 132) “o delito é o efeito de causas individuais atuando num particular ambiente físico ou em particulares contingências sociais”.

Enquanto a Escola Clássica desenvolveu uma dupla concepção acerca da pena, atribuindo-lhe um papel retribucionista e outro utilitarista, a Escola Positiva concentrou-se no papel utilitarista, considerando a *pena*, apenas, como “meio de defesa social, em face da periculosidade criminal do criminoso”, o que a levou a refutar o princípio da proporcionalidade penal e admitir as medidas de segurança, inclusive por tempo indeterminado. Neste contexto, sustentou que se faz necessária a individualização da pena, baseada na periculosidade do homem criminoso. Emerge, daí, o *princípio da individualização da pena*, que se opera tanto na cominação, como na aplicação e na execução da pena.

Ao contrário do classicismo, o positivismo viu no *homem criminoso* o protagonista de suas investigações, tendo-o como um ser anômalo, do qual depreendeu os estigmas da criminalidade. Até então o indivíduo, tido apenas

como detentor do livre-arbítrio, não tinha merecido a devida atenção das Ciências Criminais. Assim, o positivismo criminológico deteve-se mais nos estudos acerca do homem criminoso, mais precisamente as teorias da tipologia e da periculosidade criminal.

### 2.2.3 A Escola Técnico-jurídica ou Neoclássica

O conflito entre as Escolas Clássica e Positiva mostrou um horizonte para o surgimento de uma terceira escola. Há os que sustentam que não passou de uma orientação metodológica da ciência penal. (ANDRADE, 1997, p. 80). Dúvidas também haveria acerca da sua designação. Assim, a Escola Técnico-jurídica ou Neoclássica adotou da Escola Positiva as premissas acerca da gênese natural da criminalidade, com o propósito de utilizar os dados da Antropologia e da Sociologia Criminal, pondo em maior relevo o delinqüente perante o crime, mas conservou da Escola Clássica o princípio da *responsabilidade moral*, ou seja, da distinção entre delinqüentes “imputáveis” e “não imputáveis”, admitindo todavia que também destes se deve ocupar a lei penal, porém com medidas que são providências de segurança e por isso mesmo substancialmente diversas das penas, que representam o castigo proporcionado à culpa.

Salienta-se, no entanto, que, em razão da mistura de conclusões entre as duas correntes, esqueceu-se que a divergência existente entre as escolas citadas não é tanto nas conclusões particulares, mas principalmente quanto ao *método* de indagação científica.

ROCCO (1982, p. 11-5), um dos mais importantes representantes desta Escola Penal, a respeito da Ciência Penal, destaca que ela tem por tarefa o estudo da disciplina jurídica daquele fato humano e social que se chama *delito*, e daquele fato social e político que se chama *pena*, ou seja, o estudo das normas jurídicas que proíbem as ações humanas imputáveis, injustas e nocivas, indiretamente geradoras e reveladoras de um perigo para a existência da sociedade juridicamente organizada, e, portanto, o estudo do direito e do dever jurídico subjetivo, isto é, da relação jurídica penal que nasce em virtude de tais normas. Trata-se necessariamente de um estudo *técnico-jurídico*, posto que no conhecimento científico do direito não se dispõe de “meios” diferentes dos que oferece a *técnica jurídica*, motivo pelo qual preconiza, para o estudo do Direito Penal, o *método técnico-jurídico*; mas isto não quer dizer que o estudioso do Direito Penal não deva assumir de vez em quando o papel do antropólogo, do psicólogo e do sociólogo; nem se quer que neste estudo técnico do Direito não se possa, mais ainda, não se deva seguir o método positivo e experimental. Distinção não é separação e muito menos divórcio científico. Mais ainda, é precisamente por este aspecto do método que deve seguir-se na investigação técnica do Direito, pelo que a Ciência do Direito Penal, que por natureza é Ciência exclusivamente jurídica e está dirigida a estudar o delito e a pena como objetos de normas jurídicas, se vincula intimamente com a Ciência que trata do delito como fenômeno natural, isto é, com a Antropologia Criminal, e com a que trata do delito e da sanção enquanto fenômenos sociais, a saber, a Sociologia Criminal. Assim, o Direito Penal Positivo, único dado da realidade, passa a constituir o objeto da Ciência do Direito Penal, que tem por tarefa a elaboração técnico-jurídica do Direito Penal Positivo e vigente, o conhecimento científico e não simplesmente empírico do sistema de Direito Penal, tal como prescrevem as leis que nos governam, buscando proporcionar o

conhecimento científico das normas de Direito àqueles que são chamados, por sua missão na vida social, a interpretar e a aplicar o Direito, seja combatendo como advogados, seja decidindo na qualidade de magistrados, procurando dar ao intérprete, jurista ou magistrado, quando é necessário para a administração prática da justiça e fazendo-se útil à Ciência Jurídica, no campo prático da aplicação judicial, como também mantendo a vida prática quotidiana do Direito à altura do conhecimento científico da lei.

A *investigação técnico-jurídica* preconizada por ROCCO (1982, pp. 18-36) se resume em três ordens de procedimentos: 1) uma investigação *exegética* (que se detém no mero exame do documento legislativo e que se traduz por meio da interpretação da lei, segundo a ordem seguida pela mesma); 2) uma investigação *dogmática e sistemática* (que proporciona um conhecimento sistemático das normas jurídicas que, ao relacionarem-se reciprocamente, permitem descobrir sua uniformidade, determinar suas causas, fundamentos e princípios, oferecendo-nos o conhecimento científico do direito mesmo; 3) uma investigação *crítica do Direito* (que é a investigação que pergunta a si mesma se tem, e até que ponto, uma necessidade e uma razão de ser, e se eventualmente deve substituir-se dito Direito por outro diferente, pelo Direito ideal).

PRADO e BITENCOURT (1995, p. 36) sintetizaram da seguinte forma as características da Escola Técnico-jurídica: a) o delito é pura relação jurídica, de conteúdo individual e social; b) a pena constitui uma reação e uma consequência do crime (tutela jurídica), com função preventiva geral e especial, aplicável aos imputáveis; c) a medida de segurança - preventiva, aplicável aos

inimputáveis; d) responsabilidade moral (vontade livre); f) método técnico-jurídico; e g) refuta o emprego da filosofia no campo penal.

### 2.3 O *labelling approach*

O paradigma etiológico, principalmente na Europa, de onde é originário, permanece, como modelo tradicional de Criminologia, orientando os estudos relacionados às causas da criminalidade, nas perspectivas biopsicológica, sociológica e multifatorial, e comprometido com a ideologia dominante do sistema penal (as ideologias liberal e de defesa social). No curso deste século, no entanto, a Criminologia começa a mudar de rumos, deslocando-se do continente europeu para o americano, mais precisamente para os Estados Unidos da América, onde se desenvolveram estudos sobre a Sociologia Criminal, principalmente em função do surgimento de diversas teorias que negaram a ideologia de defesa social<sup>10</sup>, o que se constituiu numa preparação de terreno para a mudança de paradigma em Criminologia, advindo daí o *labelling approach*. (ANDRADE, 1997, pp. 198-200).

O *labelling approach*, ou enfoque do etiquetamento ou teoria da rotulação, constitui-se numa das correntes desconstrutoras do moderno sistema penal<sup>11</sup>. É considerado, também, o paradigma criminológico contemporâneo (ou novo paradigma), que estuda o processo de criminalização. Surgiu no final da

---

<sup>10</sup> Estas teorias serão mencionadas individualmente no item 6 do capítulo IV.

<sup>11</sup> ANDRADE (1997, p. 183), esclarece que a desconstrução do moderno sistema penal está se realizando em duas dimensões: a dimensão propriamente desconstrutora consubstanciada pela crítica historiográfica, sociológica e criminológica (na qual pode-se aludir a pelo menos cinco desconstruções fundamentais que, embora superpostas e convergentes, estruturam-se a partir de diferentes perspectivas analíticas: a desconstrução marxista, a desconstrução foucauldiana, a desconstrução interacionista do *labelling approach*, a desconstrução abolicionista e a desconstrução feminista) e a dimensão das Políticas Criminais alternativas e dos movimentos de reforma que a ela se seguiram.



década de 50 e início dos anos 60<sup>12</sup> deste século, nos Estados Unidos da América, em função dos estudos realizados pelos integrantes da “Nova Escola de Chicago”<sup>13</sup>, num contexto histórico marcado pela crise do Estado providência e por diversas formas de radicalização social, política e cultural. Os conflitos externos decorrentes da guerra fria e da do Vietnã contribuíram profundamente para a generalização de uma onda de cinismo em relação às instituições governativas, em relação aos motivos dos que ocupam o poder e em relação à credibilidade do discurso oficial. A autoridade do Estado - incluída a autoridade do Estado expressa no direito - foi posta em causa. Formam-se, paralelamente, movimentos de contracultura que deram origem a formas de vida coletiva à margem da respeitabilidade dominante (p. ex. o consumo da marijuana, o cultivo de determinados estilos de música, a vida dos *hippies*), o que fez com que o poder visse neles um desafio, fazendo deles um “problema” de controle e uma fonte de conflitos.(DIAS e ANDRADE, 1992, pp. 44-5; ANDRADE, 1997, p. 186).

Verificou-se, por outro lado, que a pretensão da Criminologia tradicional, de proporcionar uma teoria das condições (ou causas) da criminalidade não tem justificação do ponto de vista epistemológico, posto que uma investigação das causas não é aplicável a objetos definidos por normas, convenções ou avaliações sociais institucionais, de tal sorte que, em razão da aplicação a objetos deste tipo um saber causal-naturalista, produz-se uma “coisificação”

---

<sup>12</sup> A propósito, DIAS e ANDRADE (1992, p. 42) lembram que as grandes mudanças do ponto de vista da história criminológica ocorreram nas décadas de 60 e 70, sendo que a publicação da obra de BECCARIA, “Dos Delitos e das Penas”, marco do surgimento da “Escola Clássica”, ocorreu no ano de 1764, enquanto a publicação da obra de LOMBROSO, “O Homem Criminoso”, marco da Criminologia positivista, deu-se no ano de 1876.

<sup>13</sup> Representam esta Escola, dentre outros, HOWARD BECKER, KAI T. ERIKSON, JOHN KITSUSE, JOSEPH R. GUSFIELD, EDWIN M. LEMERT, WILLIAN D. PAYNE, FREDERIC L. FAUST, SHLOMO SHOHAM, DENIS CHAPMAN, ERWIN GOFFMAN, GARFINKEL e CICOUREL. (ANDRADE, 1997, p. 186).

dos resultados dessas definições normativas, tomando-os por “coisas” que existem independentemente destas. A “criminalidade”, os “criminosos” são, sem dúvida, objetos deste tipo. E são impensáveis sem a intervenção de processos institucionais e sociais de definição, a lei penal, a sua aplicação por parte das instâncias oficiais, as definições e as reações não institucionais. (BARATTA, 1983, p. 146).

BARATTA (1993, p. 86) salienta que o *labelling approach* foi influenciado, por duas correntes fenomenológicas<sup>14</sup> da sociologia americana, estreitamente ligadas entre si, ou seja, o interacionismo simbólico, inspirado na Psi-

---

<sup>14</sup> A Fenomenologia, segundo MARTINS FILHO (1997, p. 293), “é a corrente do pensamento que surgiu no começo do século XX, como reação ao positivismo científico (já que a ciência não captaria toda a realidade) e ao apriorismo idealista: trata-se de um *retorno às próprias coisas*, pela busca do *concreto* (filosofia ligada aos *dados imediatos*, que quer fundamentar-se em *evidências estáveis*). Seria a *ciência das essências* (idéias universais), fundadas nos *fenômenos* captados pela *consciência*. Teve como precursores BERNHARD BOLZANO e FRANZ BRETANO (cujas críticas ao idealismo se fizeram mediante o retorno ao *realismo* baseado em ARISTÓTELES) e como principais expoentes EDMUND HUSSERL e MAX SCHELER, que representam as duas posturas opostas quanto à solução final do problema da realidade: HUSSERL acaba caindo em postura *idealista*, ao considerar que é a consciência que *cria* o fenômeno, enquanto SCHELER, com sua *teoria dos valores objetivos*, reconhece que a consciência apenas *capta* os fenômenos (posturas *realistas*). CAPALDO (1987, pp. 13-20) acrescenta que, se numa concepção clássica da Filosofia realista o dado era reconstruído a partir de uma dedução sistemática de alguns princípios básicos que funcionavam como axiomas, a Fenomenologia irá se colocar em outra perspectiva. Ela terá a preocupação em mostrar (descrevendo com rigor) e não demonstrar, em explicitar as estruturas em que a experiência se verifica, em deixar transparecer, na descrição da experiência, as suas estruturas universais. A Fenomenologia também sustenta que toda consciência é consciência de alguma coisa. Se na tradição escolástica realizava-se uma separação entre o sujeito e o objeto, entre a consciência que percebe e o objeto que é percebido, para a Fenomenologia, segundo HUSSERL, a consciência se define essencialmente em termos de intenção voltada para um objeto. Não nos é possível separar fenômeno e coisa em si. O fenômeno é conhecido diretamente, sem intermediário, ele é objeto de uma intuição originariamente doadora. Não há fenômeno que não seja fenômeno para uma consciência de algo, não há consciência sem que ela seja consciência de algo, sem que ela seja determinada como uma certa maneira de visar os objetos, o mundo. Para toda modalidade da consciência intencional temos uma correspondência ou uma certa maneira do objeto se apresentar à consciência. A todo conteúdo visado, a todo objeto (*noema*), corresponde uma certa modalidade da consciência (*noesis*). O objeto é o correlato intencional do polo subjetivo; O objeto alvo da descrição da consciência contém um núcleo central invariante, que permanece ao longo de todas as variações imaginárias, ao que HUSSERL denominou *eidos* ou essência do objeto, que se refere ao sentido do ser fenômeno; A relação entre o sujeito e o objeto não é vista, pela Fenomenologia, como uma relação entre duas realidades externas independentes, mas sim entre dois pólos correlativos da relação intencional na consciência. Perceber um objeto é intencioná-lo e torná-lo significativo. O ego transcendental é visto, portanto, como o fundamento, a origem, de toda a significação. Ele é doador da intenção e de significação. A tarefa da Fenomenologia consistirá, daí por diante, em explicar essa atividade fundadora e constitutiva do ego transcendental. A análise intencional nos revela que o objeto é constituído como significante e compete agora à Fenomenologia analisar este processo da sua constituição.

cologia Social e na Sociolingüística de MEAD, e na Etnometodologia, originária da Sociologia Fenomenológica de SCHUTZ.

Para o *interacionismo simbólico*, a sociedade, ou seja, a realidade social, é constituída por uma infinidade de interações concretas entre indivíduos, às quais um processo de tipificação confere um significado que se afasta das situações concretas e continua a estender-se através da linguagem. (BARATTA, 1993, p. 86).

Mas a definição do que seja *interacionismo simbólico*, conforme BERGALLI (1982, pp. 178-9), não é tarefa fácil, interpretando-se de diversas formas, dizendo que é em MEAD que se pode encontrar as premissas desta matriz sociológica, a saber: 1) Os seres humanos buscam certas coisas com base no significado que estas coisas têm para eles; 2) Estes significados constituem o produto da interação social nas sociedades humanas; e 3) Estes significados resultam tratados e definidos através de um processo interpretativo que é utilizado por cada indivíduo para associar os signos que ele encontra. A perspectiva do *interacionismo simbólico*, desta forma, é construída sobre o pressuposto básico de que o homem e a sociedade constituem unidades inseparáveis.

O *interacionismo simbólico* representa uma certa superação da antinomia rígida das concepções antropológicas e sociológicas do comportamento humano, ao evidenciar que não é possível considerar a sociedade, assim como a natureza humana, como dados estanques e estruturas imutáveis. Na Sociolo-

gia contemporânea, é abraçado por diversas escolas do pensamento<sup>15</sup>, mas todas partem de um ponto comum, de que os seres humanos constroem suas realidades num processo de interação com outros seres humanos. O comportamento do homem é assim inseparável da *interação social* e sua interpretação não pode prescindir desta mediação *simbólica*. (DIAS e ANDRADE, 1992, pp. 344-5; ANDRADE, 1997, p. 204).

BERGER e LUCKMAN (1996) produziram importante abordagem acerca do construtivismo social<sup>16</sup>, destacando a linguagem como veículo da interação social e de compreensão da realidade, bem como relacionada à utilização dos universos simbólicos<sup>17</sup>.

---

<sup>15</sup>BERGALLI (1982, p. 182) ressalta a existência de três grupos interacionistas metodologicamente distintos entre si: *não ortodoxo* (que favorece a observação participante), outro *semi-convencional* (inclinado ao positivismo) e um terceiro *convencional* (que apoia a combinação de métodos). Outras tendências interacionistas constituem a teorização fenomenológica de P. BERGER e T. LUCKMANN, a antropológica filosófica de ERWIN GOFFMAN, dentre outras, todas derivadas das ambigüidades essenciais e das contradições em que incorreram MEAD em sua teoria geral, particularmente em relação com o ponto da determinação ou indeterminação da conduta humana.

<sup>16</sup>Segundo o “construtivismo social”, as observações estão baseadas em construções mentais, ou seja, a realidade só existe na medida em que é interpretada e, em conseqüência, apreendida; é relativista, porque interpreta a realidade social segundo a maneira que cada um tem de ver as coisas, sendo portanto uma realidade variável; é uma filosofia reflexiva que se volta sobre o investigador, ignorando a realidade objetiva; na Criminologia o construtivismo tem como aspecto positivo o ter descoberto a natureza problemática da lei, ou seja, de que a lei não é uma coisa absoluta, autônoma, valiosa em si e por si, já que existem aqueles que definem o que é delito, ou seja, as pessoas que estão numa posição de poder. (CASTRO, 1983, pp. 6-8).

<sup>17</sup>A realidade social, segundo BERGER e LUCKMAN (1996, p. 38-52), é construída a partir da interação social. A realidade aqui mencionada é a realidade da vida cotidiana, que se apresenta como uma realidade interpretada pelos homens e subjetivamente dotada de sentidos, de acordo com as suas consciências, o que faz existir diferentes esferas de realidade. A “realidade cotidiana” é a organizada em torno do “aqui e agora” e que representa o *realissimum* da consciência de cada um. Esta realidade, no entanto, não se esgota nessas presenças imediatas, mas abraça fenômenos que não estão presentes “aqui e agora”, o que quer dizer que o experimento da vida cotidiana implica em diferentes graus de aproximação e distância, espacial e temporal. É partilhada com outros homens. Na situação face a face o outro é plenamente real. Contudo, o outro pode ser real para mim sem que eu o tenha encontrado face a face, por exemplo de nome ou por me corresponder com ele. A realidade social da vida cotidiana contém esquemas tipificadores recíprocos em termos dos quais os outros são apreendidos, sendo estabelecidos os modos como “lidamos” com eles nos encontros face a face. Todas estas tipificações afetam a interação com o outro, modelando a interação face a face, tornando-se progressivamente anônimas à medida que se afastam da situação face a face. Desta forma, a realidade social da vida cotidiana também é apreendida num contínuo de tipificações, que se vão tornando progressivamente anônimas à medida que se distanciam do “aqui e agora” da situação face a face, fazendo com que, em um pólo do contínuo, estão aqueles outros com os quais freqüentemente se entra em ação recíproca em situações face a face, o “círculo interior”, por assim dizer. No outro pólo estão abstrações inteiramente anônimas, que por sua própria natureza não podem nunca ser achadas em interação

“A ordem social não faz parte da *natureza das coisas* e não pode ser derivada da *lei da natureza*. A ordem social existe *unicamente* como produto da atividade humana. Não é possível atribuir-lhe qualquer outro *status* ontológico sem ofuscar irremissivelmente suas manifestações empíricas. Tanto em sua gênese (ordem social resultante da atividade humana passada), quanto em sua existência em qualquer instante do tempo (a ordem social só existe à medida em que a atividade humana continua a produzi-la), ela é um produto humano”. (BERGER e LUCKMANN, 1996, p. 76).

A *Etnometodologia*, a segunda matriz do *labelling approach*, é tributária da Sociologia Fenomenológica de SCHUTZ.

A *Fenomenologia*, para SCHUTZ (1979, pp. 17-7), deve se ocupar da realidade cognitiva incorporada aos processos de experiências humanas subjetivas, que se realizam “no mundo da vida” de cada indivíduo, ou seja, suas atitudes naturais, os principais fatores determinantes da conduta do indivíduo

---

face a face. A estrutura social é, assim, a soma dessas tipificações e dos padrões recorrentes de interação estabelecidos por meio delas. BERGER e LUCKMANN (1996, 53-61) assinalam, ainda, que a linguagem é um veículo da interação social e de compreensão da realidade. As interações sociais e a compreensão dão-se através dos sinais, que se agrupam em um certo número de sistemas. A linguagem, que pode aqui ser definida como sistema de sinais vocais, é o mais importante sistema de sinais da sociedade humana. Destaca-se, principalmente, pela sua capacidade de comunicar significados que não são expressões diretas da subjetividade “aqui e agora”. Por isso, é capaz de se tornar o repositório objetivo de vastas acumulações de significados e experiências, que pode então preservar no tempo e transmitir às gerações. Ao tipificar as experiências, permite agrupá-las em amplas categorias, tornando anônimas as experiências. Devido a esta capacidade de transcender o “aqui e agora”, a linguagem estabelece pontes entre diferentes zonas dentro da realidade da vida cotidiana e as integra em uma totalidade dotada de sentido. Essa transcendência têm dimensões espaciais, temporais e sociais. Por meio da linguagem pode-se transcender o hiato entre uma sua área de atuação e a do outro, sincronizar biografias temporais, conversar com o outro a respeito de indivíduos e coletividade. A linguagem, assim, é capaz de transcender completamente a realidade da vida cotidiana. Qualquer tema significativo que abrange esferas da realidade pode ser definido como um símbolo e a maneira lingüística pela qual se realiza esta transcendência pode ser chamada de linguagem simbólica. É ao nível do simbolismo que a significação lingüística alcança o máximo de desprendimento do “aqui e agora” e a linguagem eleva-se a regiões que são inacessíveis, não somente “de fato” mas também *a priori*, à experiência cotidiana. A linguagem constrói, então, imensos edifícios de representação simbólica que parecem elevar-se sobre a realidade da vida cotidiana como gigantescas presenças de um outro mundo. A religião, a filosofia, a arte e a ciência são os sistemas de símbolos historicamente mais importantes deste gênero. Os universos simbólicos, por sua vez, constituem corpos da tradição teórica que integram diferentes áreas de significação e abrangem a ordem institucional em uma totalidade simbólica. Assim, os processos simbólicos são processos de significação que se referem a realidades diferentes das pertencentes à experiência da vida cotidiana. São concebidos como a matriz de todos os significados socialmente objetivados e subjetivamente reais. (BERGER e LUCKMANN, 1996, pp. 131-2).

e os meios através dos quais um indivíduo se orienta na situação da vida, da experiência que armazenou e do estoque de conhecimento à mão. Assim, de acordo com a teoria fenomenológica, cada indivíduo constrói o seu próprio “mundo”, fazendo-o com o auxílio de materiais e métodos que lhe são oferecidos pelos outros: o mundo da vida é um mundo social que, por sua vez, é pré-estruturado para o indivíduo.

Desta forma, segundo a Etnometodologia, a sociedade não é uma realidade que se possa conhecer sobre o plano objetivo, mas o produto de uma “construção social”, obtida graças a um processo de definição e de tipificação, por parte de indivíduos e de grupos diversos. (BARATTA, 1993, p. 86). A realidade, assim, é conhecida através da perspectiva do *construtivismo social*. Se para o *positivismo* existe uma ordem natural (a realidade oficial), preestabelecida, sobre a qual se debruça o cientista procurando entendê-la e explicá-la, buscando saber as suas causas, mas sem questioná-la ideologicamente, para o *construtivismo* a realidade social está sedimentada em cima das nossas construções mentais.

Dentro do contexto histórico mencionado e modelado pelas matrizes do *interacionismo simbólico* e pela *Etnometodologia*, surge o *labelling approach* (enfoque do etiquetamento), como uma alternativa ao paradigma etiológico em Criminologia. Foi HOWARD S. BECKER, da “Nova Escola de Chicago”, em sua obra *Outsiders* (Os Estranhos), publicada no ano de 1963, quem resumiu a essência do novo paradigma.<sup>18</sup>

---

<sup>18</sup> É importante salientar que TANNENBAUM já no ano de 1938, viu o fundamento do desvio e do desviado como produtos da construção social, ao afirmar que o processo de *tagging*, ou da reação social, se converte na força maior que determina exemplos e concepções desviadas de “si mesmo”. Conseqüentemente, os órgãos de aplicação da lei penal, de punição ou de reforma, favorecem o desenvolvimento da desviação

O enfoque do etiquetamento provoca, assim, uma ruptura metodológica e epistemológica em relação à Criminologia tradicional, posto que não se orienta mais pelo paradigma etiológico-determinista, substituindo-o por um modelo dinâmico e contínuo, traduzido, principalmente, na desvalorização das estatísticas, como instrumento fundamental de acesso à realidade criminal. (ANDRADE, 1997, pp. 211-12).

BARATTA (1983, p. 147) resume desta forma o que representa a mudança de paradigma em Criminologia:

“A introdução do *labelling approach*, sobretudo devida à influência de correntes de origem fenomenológica (como o interacionismo simbólico e a Etnometodologia), na sociologia do desvio e do controle social, e de outros desenvolvimentos da reflexão sociológica e histórica sobre o fenômeno criminal e sobre o direito penal, determinaram, no seio da criminologia contemporânea, uma troca de paradigmas mediante a qual esses mecanismos de definição e de reação social vieram ocupar um lugar cada vez mais central no interior do objeto da investigação criminológica. Constitui-se, assim, um paradigma alternativo relativamente ao paradigma etiológico, que se chama, justamente, o paradigma da *reação social* ou *paradigma da definição*. Na base deste *novo* paradigma, a investigação criminológica tem tendência para se deslocar das causas do comportamento criminal em direção às condições a partir das quais, numa dada sociedade, as etiquetas da criminalidade e o estatuto do criminoso são atribuídos a comportamentos e a sujeitos, e para o funcionamento da reação social informal e institucional (processos de criminalização).

Portanto, conforme DIAS e ANDRADE (1992, pp. 42-3),

“As questões centrais da teoria e da prática criminológica deixam de se reportar ao *delinqüente* ou mesmo ao *crime*, para se dirigirem, sobretudo, ao próprio *sistema de controle*, como conjunto articulado de instâncias de produção normativa e de audiência de reação. Em vez de se perguntar *por que é que o criminoso comete crimes*, passa a indagar-se pri-

---

individual, o que leva a crer que o melhor caminho para transformar os comportamentos desviados é não dar ênfase à qualidade de desviado do indivíduo e de sua conduta. (BERGALLI, 1982, p. 192).

macialmente *por que é que determinadas pessoas são tratadas como criminosos*, quais as *conseqüências desse tratamento* e qual a *fonte da sua legitimidade*. Não são, em síntese, os *motivos* do delinqüente, mas antes os *critérios* (os *mecanismos de seleção*) das agências ou instâncias de controle que constituem o campo natural desta nova Criminologia.”

Assim, se os objetos de estudo das Ciências Penais tradicionais restringiam-se ao crime, ao criminoso e à pena, o *labelling approach* desloca o objeto da investigação para o “sistema penal”, isto porque o novo paradigma

“(...)parte dos conceitos de *conduta desviada* e de *reação social*, como termos reciprocamente interdependentes, para formular sua tese central: a de que o desvio - e a criminalidade - não é uma qualidade intrínseca da conduta ou uma entidade ontológica pré-constituída à reação (ou controle) social, mas uma qualidade (etiqueta) atribuída a determinados sujeitos através de complexos processos de interação social; isto é, de processos formais e informais de definição e seleção. Uma conduta não é criminal *em si* ou *per si* (qualidade negativa ou nocividade inerente), nem o seu autor um criminoso por concretos traços de sua personalidade (patologia). O caráter criminal de uma conduta e a atribuição de criminoso a seu autor depende de certos processos sociais de *definição* que atribuem à mesma um tal caráter, e de *seleção*, que etiquetam um autor como delinqüente. Conseqüentemente, não é possível estudar a criminalidade independentemente destes processos. Por isso, mais apropriado que falar da criminalidade (e do criminoso) é falar da criminalização (e do criminalizado) e esta é uma das várias maneiras de construir a realidade social.” (ANDRADE, 1997, p. 205).

A investigação, segundo ANDRADE (1997, pp. 206 e 209), é deslocada dos controlados para os controladores e, numa dimensão macrossociológica, para o poder de controlar. Por isso, adverte para o fato de que o crime, a criminalidade, como também o criminoso, não é objeto da reação social, mas sim, produto desta, posto que resultam do processo de interação entre a ação e a reação social.

As indagações formuladas pelo *labelling approach* em torno de seu objeto cognoscitivo, segundo ANDRADE (1997, p. 208), orientaram o desen-



volvimento de três níveis explicativos: 1) investigação do impacto da atribuição do *status* de criminoso na identidade do desviante (desvio secundário e carreiras criminais); 2) processo de atribuição do *status* criminal (seleção ou criminalização secundária); 3) processo de definição da conduta desviada (criminalização primária).

Para BARATTA (1993, p. 88),

“A pergunta relativa à natureza do sujeito e do objeto, na definição do comportamento desviante, orientou a pesquisa dos teóricos do *labelling approach* em duas direções: uma direção conduziu ao estudo da formação de identidade desviante, e do que se define como desvio secundário, ou seja, o efeito da aplicação da etiqueta de criminoso (ou também de doente mental) sobre a pessoa em que se aplica a etiqueta; outra direção conduz ao problema da definição, da constituição do desvio como qualidade atribuída a comportamentos e a indivíduos, no curso da interação e, por isto, conduz também para o problema da distribuição do poder de definição, para o estudo dos que detêm, em maior medida, na sociedade, o poder de definição, ou seja, para o estudo das agências de controle social”.

O processo de criminalização, assim como o seu caráter seletivo, será objeto de estudo do último capítulo, ocasião em que a abordaremos de maneira mais aprofundada, por considerarmos de importância relevante para os objetivos delineados na presente pesquisa.

## 2.4 A Criminologia Crítica

Muito embora esta pesquisa esteja orientada pelo *labelling approach*, é importante mencionar, na abordagem que se faz acerca do desenvolvimento do pensamento criminológico através dos tempos, o surgimento da *Criminologia Crítica*, como sucedâneo de outras correntes criminológicas que tam-

bém se orientam pelo novo paradigma e como representação da Criminologia contemporânea.

Conforme asseverou BARATTA (1983, p. 147),

“(...) a simples introdução do *labelling approach* numa teoria da criminalidade não basta para a qualificar. Os álibis teóricos e práticos ligados ao emprego do *labelling approach* no interior de contextos teóricos subjetivistas e idealistas (como o interacionismo simbólico e a Etnometodologia), foram amplamente denunciados numa crítica *de esquerda*, em parte de inspiração marxista, que se desenvolveu entre outras também a partir de posições teóricas caracterizadas por uma radical realização do paradigma da reação social.”

ANDRADE (1997, pp. 187) esclarece que “é freqüente a referência à Criminologia *radical, nova* ou *crítica* como equivalentes em sua delimitação externa face a outras Criminologias e, sobretudo, face à Criminologia positivista tradicional”.

Estas três Criminologias podem ser identificadas por três elementos que lhes são comuns: 1) a referência a um mesmo período histórico determinado (surgiram entre final dos anos sessenta e meados dos anos setenta nos países do capitalismo avançado e sua formação política, o Estado providência, quando havia sido posta em crise a ideologia do tratamento, bem como ocorria a radicalização e politização de certos profissionais do desvio, dos desviantes e delinqüentes mesmos); 2) a referência a um mesmo momento criminológico determinado (mudança do paradigma etiológico para o paradigma da reação social); 3) uma atitude comum, vincadamente crítica, frente ao sistema de bem-estar e controle sociopenal e de proposição de alternativas políticas criminais. (ANDRADE, 1997, p. 187).

As diferenças da Criminologia Crítica diante das Criminologias Nova<sup>19</sup> e Radical<sup>20</sup>, reside no seguinte: A Criminologia Nova teve como contexto geográfico a Europa; a Criminologia Radical, os Estados Unidos da América, e precederam a Criminologia Crítica<sup>21</sup>, que se formou em razão da evolução interna dos estudos de caráter materialista e marxista. Assim, a Criminologia Crítica “é tida como um estágio avançado” das duas outras Criminologias, “englobando um conjunto de obras que, desenvolvendo um pouco depois as indicações metodológicas dos teóricos do paradigma da reação social e do conflito e os resultados a que haviam chegado os criminólogos radicais e novos, chegam, por dentro desta trajetória, à superação deles”. (ANDRADE, 1997, p. 188).

A Criminologia Crítica, segundo BARATA (1983, p. 153), tem por objeto “o sistema positivo e a prática oficial” e a sua tarefa consiste

“(...) em examinar de maneira científica a gênese do sistema, a sua estrutura, os seus mecanismos de seleção, as funções que ele realmente exerce, os seus custos econômicos e sociais, e em avaliar sem preconceitos o tipo de resposta que ele está em condições de fornecer e que efetivamente fornece aos problemas sociais reais. Ela coloca-se ao serviço de uma construção alternativa ou antagonista dos problemas sociais ligados aos comportamentos socialmente negativos.”

<sup>19</sup> Organizou-se na Inglaterra em torno da *National Deviance Conference (N.D.C.)*, fundada em 1968 e encabeçada por TAYLOR, WALTON e IOUNG. (ANDRADE, 1997, p. 187)

<sup>20</sup> Desenvolveu-se a partir da Escola de Criminologia de BERKELEY, na Califórnia, entre os anos de 1968 a 1976, em torno da *Union of Radical Criminologists (U.R.C.)*, cujos principais representantes são SCHWENDINGER e PLATT. (ANDRADE, 1997, p. 187).

<sup>21</sup> A Criminologia Crítica representa o pensamento criminológico contemporâneo, estando representada em inúmeros países da Europa e América. Dentre os autores que se vinculam à Criminologia Crítica, podemos citar, dentre outros: SACK, BARATTA, SMAUS, SCHUMANN, QUENSEL SCHERER, WERKENTIN, FEEST (na Alemanha); MATIESEN, COHEN, SPPILLI, PAVARINI, MELOSSI, SIMONDI, PITCH (na Escandinávia e Itália); STEINER e PILGRAN (na Áustria); SZABO, ANIYAR DE CASTRO, BERGALLI, ZAFFARONI, KOSOVSKI, ROSA DEL OLMO, CIRINO DOS SANTOS e VERA ANDRADE (na América Latina, sendo que os dois últimos são os representantes brasileiros). (ANDRADE, 1997, p. 188).

Ainda conforme BARATA (1983, p. 159), a perspectiva de reforma radical que decorre de uma Criminologia Crítica do conhecimento dos mecanismos seletivos e das funções reais do sistema ligados à desigual distribuição do “bem negativo” (criminalidade) parte da “consciência da desigualdade”, a qual não significa somente desigual distribuição dos estatutos de criminosos entre os indivíduos, mas também resposta desigual a situações negativas e a problemas sociais homólogos.

Investigando como ocorrem as relações de poder atual nos processos de definição e etiquetamento, produzindo e reproduzindo a desigualdade social, a Criminologia Crítica, segundo HUERTAS (1994, pp. 115-6), propõe, dentro desta perspectiva crítica, a seguinte pauta: 1) máxima redução do âmbito de ação do sistema penal; 2) máxima redução do uso da privação da liberdade; 3) reforço das garantias individuais frente à atividade punitiva estatal; 4) democratização e humanização do sistema penal; 5) vinculação a outros movimentos progressistas; e 6) legitimação pública da perspectiva crítica e seu projeto.

### **3. As Ciências Criminais no velho e no novo paradigma**

O crime, o criminoso e a pena constituem objeto de várias ciências, dentre elas, a *Criminologia*, a *Dogmática Penal* (Direito Penal) e a *Política Criminal*. A definição das Ciências Criminais, no entanto, depende do paradigma orientador, de tal forma que diversas podem ser as concepções, isto porque as Ciências são definidas principalmente em razão do seu objeto. Enquanto através do paradigma tradicional (etiológico) procura-se explicar as causas da criminalidade e indicar meios de combatê-las (em especial através da pena),

no paradigma da reação social (o novo paradigma) procura-se investigar a “reação social”, ou seja, a ação do sistema penal em face à criminalidade. Assim, as categorias crime, homem criminoso e pena, das Ciências Criminais tradicionais, passam a ser estudadas sob uma nova ótica, não mais nas suas “causas” (paradigma etiológico), mas sim como resultado da reação (definição e seleção), ensejada pelo próprio sistema penal, que, no novo paradigma, converte-se em objeto.

Reputamos necessário mencionar como as Ciências Criminais estão conceituadas no velho e no novo paradigma, para que se possa situá-las adequadamente ao empregar-se tais designativos científicos. Apresentaremos a seguir algumas considerações que refletem a visão do discurso tradicional acerca dessas Ciências, para, em seguida, ressaltar aquela referente ao novo paradigma.

A *Dogmática Penal*, ciência normativa do Direito Penal ou ciência jurídico-penal em sentido estrito, foi definida por FERRI (1931, p. 62) como a construção sistemática dos institutos jurídicos singulares, segundo as normas legais. A auto-imagem transnacionalizada da Dogmática Jurídico-penal é evidenciada por ANDRADE (1997, p. 117), segundo a qual seria

“(...) uma ciência do *dever-ser* que tem por objeto o Direito Penal positivo vigente em dado tempo e espaço e por tarefa metódica (técnico-jurídica, de natureza lógico-abstrata) a *construção* de um *sistema* de conceitos elaborados a partir da *interpretação* do material normativo, segundo procedimentos intelectuais de coerência interna, tendo por finalidade ser útil à vida, isto é, à aplicação do Direito”.

No que concerne à *Criminologia*, a maior parte dos criminólogos tradicionais, que se orientam pelo paradigma etiológico, define-a como o estudo

das “causas” do delito, com o fim de prevenir e reprimir a criminalidade.(PÉREZ PINZON, 1986, p. 03).

ANDRADE (1995, pp. 24-5), por sua vez, diz que, sob a ótica positivista, a Criminologia é conceituada como uma ciência causal-explicativa da criminalidade, ou seja, que tendo por objeto a criminalidade concebida como um fenômeno natural causalmente determinado, assume a tarefa de explicar as suas causas segundo o método científico ou experimental e o auxílio das estatísticas oficiais e de prever os remédios para combatê-la, indagando, fundamentalmente, o que o homem criminoso faz e por que o faz.

Por fim, a *Política Criminal*, que para FERRI (1931, p. 62) não é uma ciência, mas a arte do legislador em utilizar as conclusões e as propostas que as Ciências dos crimes e das penas lhe apresenta, adaptando-as às condições do próprio país, segundo o seu clima histórico e social.

LISZT vê na *Política Criminal* um conjunto sistemático dos princípios fundados na investigação científica das causas do crime e dos efeitos das penas, segundo os quais o Estado deve levar a cabo a luta contra o crime por meio da pena e das instituições com esta relacionadas. JESCHECK, por sua vez, menciona que a mesma deve se preocupar em constituir um Direito Penal mais adequado, que possa corresponder a sua missão de proteger a sociedade.(ZIPF, 1979, pp. 02-03).

Assim, se esta é a concepção tradicional acerca das Ciências Criminais, outra seria à luz do paradigma da reação social.

ANDRADE (1997, p. 257), orientando-se pelo novo paradigma, concluiu que

“(...) a Dogmática Penal e a Criminologia constituem, para além de duas instâncias científicas externas *sobre*, respectivamente, o Direito Penal e a criminalidade, duas instâncias internas e funcionais ao sistema, com um duplo código (tecnológico e legitimador). E ambas não apenas colocam seu saber tecnológico ao serviço dos objetivos declarados do sistema, mas produzem (e reproduzem) o próprio discurso interno que os declara, consubstanciando uma imagem do sistema dominada por tal racionalidade. Neste sentido, a sua contribuição para a racionalização do sistema é, sobretudo, uma contribuição legitimadora (autolegitimação oficial).”

ANDRADE (1997, p. 258) ressalta, ainda, a ambiguidade da *Dogmática Penal*, uma vez que está destinada a atender duas espécies de exigências, ou seja, as exigências de dominação e legitimação, e as de segurança jurídica individual.

Os criminólogos da reação social também modificaram o conceito da *Criminologia*, deslocando o objeto da investigação do crime e do criminoso para a reação social. Conceituaram a Criminologia como o estudo do processo de criminalização e mais amplamente do controle social formal e informal. Ou seja, enquanto a Criminologia tradicional tem se ocupado da criminalidade, a atual tem a ver com a criminalização. (PINZON, 1986, p. 05).

O limite de alcance da *Política Criminal*, também, ampliou-se consideravelmente após as discussões oriundas dos movimentos de reforma penal, de tal sorte que passou-se a compreender que esta Ciência não deve apenas tratar de “como reagir-se”, mas também e principalmente “a que deve reagir-se”.(DIAS e ANDRADE, 1992, p. 106).

É importante salientar, no entanto, que, dada a multidisciplinariedade que envolve o estudo do crime, do criminoso e das penas, tais Ciências apresentam uma autonomia apenas relativa, nem sempre sendo possível identificar claramente a área de abrangência de cada uma delas. Não se pode dizer que estas três áreas do conhecimento formam uma unidade coerente e harmoniosa, conforme sugere LIZST (*apud* DIAS e ANDRADE, 1992, p. 93), que as designou de “Ciência global do Direito Penal”, mas sim e apenas, que, não obstante individualmente, cada uma destas Ciências, na sua concepção tradicional, têm concorrido para a realização da ideologia penal dominante.

#### **4. O sistema penal: conceito e ideologia dominante**

A expressão *sistema penal*, no dizer de HUERTAS (1994, pp. 5-6), faz referência ao conjunto de instituições estatais e suas atividades, que interferem na “criação” e “aplicação” das normas penais, concebidas estas no seu sentido mais extenso, desde as disposições substantivas, até as procedimentais e administrativas.

Assim compreendido, o *sistema penal* é composto pelo aparato total de normas, instituições, saberes, ações e decisões direta ou indiretamente relacionados com o fenômeno criminal. Abrange não somente as agências legislativas (responsáveis pela criação das normas), instituições policiais, Ministério Público, Poder Judiciário e Sistema Prisional (responsáveis pela imposição ou aplicação das normas), como também inúmeras outras agências que concorrem para a aplicação das leis penais, dentre elas os órgãos públicos e agentes financeiros e econômicos que têm o dever de noticiar a prática de crimes (Polícia Ambiental, Banco Central, Vigilância Sanitária, Defesa do Consumi-



dor, etc), a Ordem dos Advogados, a Medicina Legal, a Psiquiatria Forense, as Perícias Forenses, e aquelas responsáveis pela produção e reprodução dos saberes que envolvem o sistema penal, o que se faz principalmente através das Escolas de ensino jurídico.

O aparato do *sistema penal*, no entanto, não é estanque ou isolado do universo social, estando inserido no contexto do sistema social. Por isso, torna-se relevante mencionar as instituições sociais, entre elas a Mídia, a Escola em sentido amplo, a Família, a Igreja, os Clubes e Associações, etc., as quais produzem e reproduzem o senso comum, modelando o *sistema penal*.

A conceituação do *sistema penal* leva à indagação quanto à atuação das divergas agências, posto que, à primeira vista, tem-se a impressão de que estas formam um todo racional, sério, uniforme e harmônico. Sobre este aspecto as opiniões são divergentes.

HULSMAN (1993, p. 58), afirma que as agências encarregadas do controle não formam um sistema, dada a desvinculação dos diversos órgãos, o que impede uma atuação conjunta e harmônica. O discurso oficial (político, jurídico, científico, etc.), que se refere ao sistema penal como um sistema racional, sério, concebido, criado e controlado pelo homem, para que a sociedade fosse libertada de elementos anti-sociais que perturbam a sua evolução normal, segundo HULSMAN, “é um discurso totalmente abstrato e falso”.

“Na realidade - diz - cada órgão ou serviço trabalha isoladamente e cada uma das pessoas que intervém no funcionamento da máquina penal desempenha o seu papel sem ter que se preocupar com o que se passou antes dela ou com o que se passará depois. Não há uma correspondência rigorosa entre o que um determinado legislador pretende num momento dado - o que ele procura colocar na lei, no Código Penal - e as diferentes

práticas das instituições e dos homens que as fazem funcionar. Tais instituições não tem nada em comum, a não ser uma referência genérica à lei penal e à cosmologia repressiva, liame excessivamente vago para garantir uma ação conjunta e harmônica. Tais instituições estão, de fato, compartimentalizadas em estruturas independentes, encerradas em mentalidades voltadas para si mesmas. A polícia, por exemplo, tem uma organização toda própria. A formação profissional, os critérios de seleção e promoção de seus agentes, a deontologia, as sanções disciplinares previstas em seu regulamento interno não têm nada a ver com as regras que vigoram, por exemplo, para os membros do Ministério Público - procuradores e substitutos - os quais, no entanto, dão continuidade à ação policial no procedimento penal. Uns e outros não obedecem aos mesmos chefes; não dependem do mesmo ministro (...) Cada corpo desenvolve, assim, critérios de ação, ideologias e culturas próprias e não raro entram em choque, em luta aberta uns contra os outros. No entanto, são vistos como um conjunto *prestando justiça, combatendo a criminalidade*. Na realidade, o sistema penal estatal dificilmente poderia alcançar tais objetivos. Como todas as grandes burocracias, sua tendência principal não se dirige para objetivos externos, assim para objetivos internos, tais como atenuar suas dificuldades, crescer, encontrar um equilíbrio, velar pelo bem-estar de seus membros - numa palavra, assegurar sua própria sobrevivência. O processo de burocratização e profissionalização, que transpassa o sistema penal, faz dele um mecanismo sem alma.” (HULSMAN, 1993, 59-60)

ZAFFARONI (1984, pp. 07-10 e 1991, p. 144), não obstante reconheça a heterogeneidade e compartimentalização das diversas agências, é no sentido de que é da soma do poder exercido por cada uma delas que surge a idéia de sistema penal, o qual é conceituado como “o controle social punitivo institucionalizado”.

ANDRADE (1997, p. 210), por sua vez, conclui que as agências formais de controle não podem ser consideradas como agências isoladas umas das outras, auto-suficientes e auto-reguladas, mas podem ser concebidas de forma integrada que permite dar uma maior consistência ao funcionamento do sistema como um todo, apresentando, assim, um “*continuum* no qual é possível individualizar segmentos que vão desde o legislador até os órgãos encarrega-

dos do controle e assistência dos liberados e os sujeitos sob o regime de liberdade condicional”.

Não obstante a compartimentalização e a independência das agências do sistema penal apontadas por HULSMAN, e mesmo que, ante a estas circunstâncias, ZAFFARONI tenha concluído que o sistema penal é a resultante da soma do exercício de poder de todas as agências, temos que, a exemplo de ANDRADE, não se pode olvidar a atuação integrada e em continuação dos diversos órgãos, desde o legislador até o sistema penitenciário, que dá consistência à funcionalidade do sistema como um todo, orientado pela mesma ideologia.

Neste sentido, apesar de ZAFFARONI (1984, p. 12) ter afirmado que “não há uma *ideologia* do sistema penal, mas sim uma pluralidade de ideologias que se expressam no discurso de cada um dos grupos humanos e facções grupais que o compõem, BARATTA ( 1993, p. 30) sustenta que

“tanto a Escola Clássica quanto a Escola Positiva realizam um modelo de ciência penal integrada, ou seja, um modelo no qual ciência jurídica e concepção geral do homem e da sociedade estão estreitamente ligadas. Ainda que suas respectivas concepções do homem e da sociedade sejam profundamente diferentes, em ambos os casos nos encontramos, salvo exceções, em presença da afirmação de uma ideologia da defesa social”.

A ideologia da defesa social<sup>22</sup> (ou do fim) nasceu contemporaneamente à revolução burguesa. A Escola Positiva herdou-a da Escola Clássica, transformando-a em algumas de suas premissas, em conformidade às exigências polí-

---

<sup>22</sup> Não confundir esta ideologia penalista geral, com o movimento de estudos sobre direito e reforma penal indicado como “Defesa Social” (FELIPO GRAMMATICA) e, depois, “Nova Defesa Social” (MARC ANCEL)” .(BARATTA, 1993, p. 39).

ticas que assinalam, no interior da evolução da sociedade burguesa, a passagem do Estado liberal clássico ao Estado social.

Para BARATTA (1993, pp. 31-2), o conteúdo dessa ideologia é sumariamente reconstruível na seguinte série de princípios:

a) *Princípio da legitimidade*: o Estado, como expressão da sociedade, está legitimado para reprimir a criminalidade, da qual são responsáveis determinados indivíduos, por meio de instâncias oficiais de controle social (legislação, polícia, magistratura, instituições penitenciárias).

b) *Princípio do bem e do mal*: o delito é um dano para a sociedade. O delinquente é um elemento negativo e disfuncional do sistema social. O desvio criminal é, pois, o mal; a sociedade constituída, o bem.

c) *Princípio da culpabilidade*: o delito é expressão de uma atitude interior reprovável, porque contrária aos valores e às normas, presentes na sociedade mesmo antes de serem sancionadas pelo legislador.

d) *Princípio da finalidade ou da prevenção*: a pena não tem, ou não tem somente, a função de retribuir, mas a de prevenir o crime.

e) *Princípio da igualdade*: a criminalidade é a violação da lei penal e, como tal, é o comportamento de uma minoria desviante; a lei penal é igual para todos. A reação penal se aplica de modo igual aos autores de delitos. ✕

f) *Princípio do interesse social e do delito natural*: o núcleo central dos delitos definidos nos códigos penais das nações civilizadas representa ofensa de interesses fundamentais, de condições essenciais à existência de toda sociedade. Os interesses protegidos pelo Direito Penal são interesses comuns a todos os cidadãos. Apenas uma pequena parte dos delitos representa violação de determinados arranjos políticos e econômicos, e é punida em função da consolidação destes (delitos artificiais).

ANDRADE (1997, p. 137) afirma que o *princípio da legalidade*, como sustentáculo da ideologia liberal, juntamente com os princípios da ideologia da defesa social, formam dialeticamente a *ideologia dominante do sistema penal*. Segundo tal princípio, o Estado não está apenas legitimado para controlar a criminalidade, mas é autolimitado pelo Direito Penal no exercício desta função punitiva, realizando-a no marco de uma estrita legalidade e garantia dos Direitos Humanos do imputado.

O sistema penal brasileiro recebe integralmente esta ideologia, que informa não somente a produção da legislação penal, processual penal e de execução penal vigente, como também, através da Dogmática Penal, a atuação dos diversos operadores jurídicos.

## CAPÍTULO II

### OS ANTECEDENTES E A REINCIDÊNCIA CRIMINAL: ABORDAGEM TÉCNICO-JURÍDICA E SUA INFLUÊNCIA NO SIS- TEMA PENAL

#### 1. Considerações iniciais

Neste capítulo far-se-á uma abordagem sobre os *antecedentes* e a *reincidência criminal* no âmbito da técnica jurídica, procurando delimitar os conceitos dos dois institutos, destacando-se os aspectos jurídicos, que lhes são relativos, e a influência explícita (face às disposições contidas expressamente no Direito Positivo Penal, Processual Penal e de Execução Penal brasileiros) e implícita (na atuação dos operadores jurídico-penais) que exercem no sistema penal. Ambos os institutos serão tratados em ítems separados, tendo em vista as diferenças que lhes são próprias, salvo no que diz respeito à influência implícita, quando serão tratados conjuntamente.

## 2. Antecedentes

Os *antecedentes* e a *reincidência criminal* constituem categorias distintas, não obstante, em determinadas situações, possam coincidir. Pode-se dizer que a *reincidência criminal* constitui espécie do gênero que são os *antecedentes*, uma vez que ambos tratam da vida pretérita do indivíduo. No entanto, para fins didáticos, convém que sejam tratados em itens separados, propiciando assim uma melhor compreensão dos aspectos que lhes são inerentes.

### 2.1 Conceito

*Antecedentes* ou precedentes, conforme a maioria dos autores, são todos os atos, episódios, comportamentos ou condutas, próximos ou remotos, ótimos, bons, maus ou péssimos da vida individual, familiar, militar, profissional, intelectual e social do agente, que possam interessar, de qualquer modo, à avaliação subjetiva do crime e da personalidade do agente. (LYRA, 1942; NORONHA, 1945; COSTA JÚNIOR, 1986; OLIVEIRA, 1994; HUNGRIA *apud* FARIA, 1961, v. 3. p. 07).

Compreendem apenas os acontecimentos anteriores ao fato em apreciação. Todavia, como “elemento determinante da personalidade do agente”, BRUNO (1978, p. 156) admite que os fatos posteriores podem também ser levados em consideração.

Consoante a delimitação conceitual ora efetuada, verifica-se que os *antecedentes* também compreendem a *reincidência criminal*, uma vez que esta também leva em consideração fatos da vida anteaecta do réu. No entanto, por

possuir características e conceitos próprios, a *reincidência criminal* tem tratamento especial, exercendo, muitas vezes, efeitos distintos dentro do sistema penal.

O Direito Positivo Penal, Processual Penal e de Execução Penal brasileiros, fez consignar disposições expressas sobre os *antecedentes* apenas a partir do Código Penal de 1940, ocasião em que os mesmos passaram a compor o rol de fatores a serem considerados na individualização da pena. É possível constatar, no entanto, que os diplomas legislativos, desde as Ordenações do Reino<sup>23</sup>, mais especificamente o Código Filipino, traziam disposições que revelavam uma certa preocupação na época com a vida antecessa dos que houvessem praticado algum ato delituoso, de tal forma que são originárias daquela época as “folhas corridas”, ou seja, documentos que eram levados pelos “corredores de folhas”<sup>24</sup> com o fim de se certificarem sobre a existência ou não de crimes em aberto em outras escriturarias. Tais disposições reais dispu-

---

<sup>23</sup> As Ordenações do Reino de Portugal que regularam a vida dos brasileiros foram as Ordenações Afonsinas, Manuelinas e Filipinas. As primeiras, consideradas “o mais antigo código de leis portuguesas”, foram assim denominadas por terem vigorado no reinado de Afonso V. Aceitavam como subsidiário, o direito romano de Justiniano, salvo onde houvesse pecado, caso em que se deveria preferir o canônico, recebendo a influência das glosas de ARCÚSIO e BARTOLO. Foram completadas em 28 de julho de 1446, vindo a público não se sabe ao certo se naquele mesmo ano ou no ano seguinte (1447), tendo exercido influência nas demais ordenações que se sucederam. Antes da sua vigência, o direito português estava fundado no direito visigótico de forte inspiração romana, tais como a “Lex Romana Visigothorum” ou “Corpus Legum Visigothorum”. As Ordenações Manuelinas se constituíram em alterações procedidas nas Ordenações Afonsinas, determinadas por D. Manuel. As revisões iniciaram-se no ano de 1505 pelo chanceler-mor do reino, Rui Boto, e pelo corregedor cível da corte, João Cotrim, tendo sofrido três impressões: nos anos de 1512 ou 1513, outra em 1514 e a final em 11 de março de 1521. As alterações principais dizem respeito à retirada de toda a legislação relativa aos mouros e aos judeus que acabaram sendo expatriados. Pouca interferência causaram no direito penal brasileiro, não obstante vigorassem durante o período das capitânicas hereditárias. As Ordenações Filipinas são de autoria de Felipe I, (ou Felipe II da Espanha), quando reinou em Portugal, ficando prontas em 05 de junho de 1595. Todavia, vieram a vigorar somente em 1603, no reinado de Felipe II (ou Felipe III da Espanha), após sofrer o texto original substancial alteração, sendo tal ordenamento de forte aplicação no território brasileiro, até ser alterado após a independência do Brasil, ocasião em que este passou a ter ordenamento jurídico próprio. Segundo THOMPSON, “foram as Ordenações Filipinas o primeiro código a vigor, de fato, no Brasil”, uma vez que somente em 1609 é que se instalou o Tribunal da Relação, na Bahia, evidenciando o interesse da metrópole em fortalecer a administração estatal nos misteres da justiça. (THOMPSON, 1976, pp. 82, 87, 94, 95 e 115 e ALMEIDA, 1957, pp. 10, 13, 15 e 28).



nham de certos cuidados que deveriam ter os “corredores de folhas”, assim como os escrivães no momento da soltura dos réus. (PIERANGELLI, 1980, p. 122), não se sabendo, todavia, qual a influência que objetivamente tais folhas corridas exerciam na apreciação do fato ou sobre o autor do fato criminoso pelo sistema penal vigente.

É possível atribuir a essa época, também, o surgimento do “rol dos culpados”, livro este onde são inscritos os nomes das pessoas condenadas pela justiça criminal. (PIERANGELLI, 1980, pp. 122-3).

O Código Criminal do Império (1831) e o Código Penal da República (1890) não tiveram nenhuma disposição acerca dos *antecedentes*. Somente a Consolidação das Leis Penais, aprovada pelo Decreto nº 22.213, de 14 de dezembro de 1932<sup>25</sup>, já sobre influência positivista, fez consignar, no seu artigo 7º, § 1º, a possibilidade da concessão do benefício da suspensão condicional da pena em relação ao acusado, “que não tenha revelado caráter perverso ou corrompido, tendo-se em consideração as suas condições individuais, os motivos que determinaram e as circunstâncias que cercaram a infração da lei penal”. Institui-se, também, a revogação do referido benefício “por fato anterior ou posterior à mesma suspensão”. (PIERANGELLI, 1980, 334-5). Estes são os primeiros registros, na legislação penal brasileira, da importância de fatos anteriores e de circunstâncias individuais, na aplicação e na execução da pena.

---

<sup>24</sup> O corredor de folhas era o oficial incumbido de correr as escrivânicas e ver se havia ali crimes em aberto. (ALMEIDA, 1957, p. 257).

<sup>25</sup> Trabalho realizado pelo Desembargador Vicente Piragibe, juiz da Corte de Apelação do Distrito Federal.

Mas é no Código Penal de 1940 (Decreto-lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940)<sup>26</sup>, conforme já mencionado, que os princípios da Escola Positiva demonstraram o seu vigor<sup>27</sup>, fazendo com que os *antecedentes* passassem a ser um fator relevante na aplicação da pena. É bom lembrar, conforme já abordamos no capítulo anterior, que a Escola Positiva deslocou o “homem criminoso” para o centro de suas análises.

Assim, conforme dispunha o artigo 42 do citado diploma legislativo,

“Compete ao Juiz, atendendo aos *antecedentes* e à personalidade do agente, à intensidade do dolo ou grau da culpa, aos motivos, às circunstâncias e conseqüências do crime: I - determinar a pena aplicável, dentre as cominadas alternativamente; II - fixar, dentro dos limites legais, a quantidade da pena aplicável.” (grifamos).

Naquele mesmo corpo de normas, no artigo 57, os *antecedentes* passaram a figurar expressamente também como fator relevante, passível de impedir a concessão do benefício da suspensão condicional da pena.

“A execução da pena de detenção não superior a dois anos, ou de reclusão, no caso do art. 30, § 3º, pode ser suspensa, por dois a seis anos, desde que: I - o sentenciado não haja sofrido, no Brasil ou no estrangeiro, condenação por outro crime; ou condenação, no Brasil por motivo de contravenção; II - *os antecedentes* e a personalidade do sentenciado, os motivos e as circunstâncias do crime autorizem a presunção de que não tornará a delinquir.” (grifamos).

O comportamento prisional e a cessação da periculosidade do apenado, conforme o artigo 60 daquele digesto penal, passam a ser componentes de

---

<sup>26</sup> Vigorou apenas em 1º de Janeiro de 1942. Baseado no projeto Alcântara Machado, teve a revisão de uma comissão formada por Nelson Hungria, Vieira Braga, Narcélio de Queiroz e Roberto Lira.

<sup>27</sup> Não obstante a sua forte inclinação positivista, há que se destacar que referido código é considerado eclético, conjugando institutos e proposições das Escolas Clássica e Positivista. (MIRABETE, 1987, p. 48).

avaliação para fins de concessão ou não do benefício do livramento condicional.

“ O juiz pode conceder livramento condicional ao condenado a pena de reclusão ou de detenção superior a três anos, desde que: I - cumprida mais de metade da pena, se o criminoso é primário, e mais de três quartos, se reincidente; II - verificada a ausência ou *a cessação da periculosidade e provados bom comportamento durante a vida carcerária* e aptidão para prover à própria subsistência mediante trabalho honesto.” (grifamos).

Ainda fez considerar os *antecedentes* do autor do crime como fator relevante na avaliação da periculosidade criminal, dispondo, no seu artigo 77, que, “quando a periculosidade não é presumida por lei, deve ser reconhecido perigoso o indivíduo, se a sua personalidade e seus *antecedentes*, bem como os motivos e circunstâncias do crime autorizam a suposição de que venha ou torne a delinqüir” (grifamos).

De acentuada inclinação positivista, o Código Penal de 1969 (Decreto-lei nº 1.004, de 21 de outubro de 1969)<sup>28</sup>, ratificou as concepções positivistas do código então vigente a respeito das influências dos *antecedentes* sobre o autor do fato criminoso. A revogação desse diploma normativo antes de sua vigência prorrogou a do Código Penal de 1940.

As disposições relacionadas às Leis nºs 7.209, de 11 de julho de 1984 (reforma da Parte Geral do Código Penal), e 7.210, também de 11 de julho de 1984 (Lei de Execução Penal), que vigoraram a partir de 12 de janeiro de 1985, ao Decreto-lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941 (Código de Processo

---

<sup>28</sup> Outorgado pela Junta Militar que se instalou no governo, este estatuto penal não resistiu às críticas tão acentuadas que lhe foram formuladas, fazendo com que ele fosse modificado substancialmente pela Lei

Penal) e à Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995 (Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais), que vigorou a partir de 26 de novembro daquele mesmo ano, as quais ainda estão em vigor, serão apreciadas ainda neste capítulo.

## 2.2 Situações consideradas pela Dogmática Penal como *antecedentes*

Diante do conceito inicialmente apresentado, é possível destacar as seguintes situações mais comuns, consideradas relevantes, pela Dogmática Penal, como *antecedentes*<sup>29</sup>: a) inquéritos policiais arquivados (COSTA JÚNIOR, 1986, p. 312; JESUS, 1986, p. 616); b) inquéritos policiais em trâmite; c) inquéritos policiais com julgamento da extinção da punibilidade do indiciado (COSTA JÚNIOR, 1986, p. 312); d) processos judiciais em trâmite (COSTA JÚNIOR, 1986, p. 312; NORONHA, 1995, p. 244; OLIVEIRA, 1994, pp. 362-3); e) processos judiciais já julgados com absolvição decretada por insuficiência de provas (COSTA JÚNIOR, 1986, p. 312; LYRA, 1942, p. 182; OLIVEIRA, 1994, pp. 362-3); f) processos judiciais já julgados com condenação em primeiro grau ainda não transitada em julgado (COSTA JÚNIOR, 1986, p. 312; OLIVEIRA, 1994, pp. 362-3); g) processos judiciais com julgamento da extinção da punibilidade do acusado (salvo se for motivada pela prescrição da pretensão executória, por não impedir esta os efeitos da reinci-

---

6.016, de 31-12-73. Mesmo assim, após vários adiamentos da data em que passaria a vigor, foi revogado pela Lei 6.578, de 11-10-78, sem nunca ter entrado em vigência. (MIRABETE, 1987, p. 48).

<sup>29</sup> A Corregedoria-geral de Justiça do Estado de Santa Catarina editou o Provimento nº 20/97, de 06 de outubro de 1997, dispondo sobre as certidões de antecedentes criminais para fins exclusivamente civis e revogando o Provimento nº 05/86, de 10 de dezembro de 1986, que regulamentava a mesma matéria. Naquele diploma normativo ficou estabelecido que, para fins exclusivamente civis, nas certidões de antecedentes criminais não deveriam constar os inquéritos arquivados, os indiciados não denunciados, o não recebimento de denúncia ou queixa-crime, as extinções de punibilidade, inclusive da penas imposta, os trancamentos de ação penal, as absolvições, as impronúncias ou despronúncias, as condenações às penas de multa quando estas já tivessem sido pagas, as condenações com suspensão condicional da pena não revogada, a suspensão do processo, a transação penal e a renúncia ao direito de queixa ou representação. Todavia, quando requisitadas pela autoridade judiciária ou quando são para fins eleitorais ou de concurso público ou para a Ordem dos Advogados do Brasil, as certidões de antecedentes criminais deverão conter todas aquelas informações.

dência) (COSTA JÚNIOR, 1986, p. 312; LYRA, 1942, p. 182); h) processos judiciais com penas já cumpridas, cujo prazo ultrapassar o previsto para os efeitos da reincidência (NORONHA, 1995, p. 244); i) processos administrativos ou fiscais em trâmite ou arquivados (LYRA, 1942, p. 182); j) infrações disciplinares civis ou militares (LYRA, 1942, p. 182); l) processos civis de suspensão ou destituição de pátrio poder, tutela ou curatela (OLIVEIRA, 1994, pp. 362-3; JESUS, 1986, p. 616); m) condenações em processos civis de separação judicial ou divórcio (OLIVEIRA, 1994, pp. 362-3; JESUS, 1986, p. 616); n) condenações em processos de insolvência civil ou falência fraudulenta (HUNGRIA, *apud* FARIA, 1961, v. 3. p. 07; OLIVEIRA, 1994, pp. 362-3; JESUS, 1986, p. 616); o) processos de apuração de ato infracional tramitados perante ao Juízo da Infância e Juventude (JESUS, 1986, p. 616); p) a inclinação ou repugnância para o trabalho ou outras atividade honestas, a conduta como pai, esposo, filho e amigo, as relações sociais, atenção manifestada no lar, assistência e carinho dispensados à família. (FARIA, 1961, v.3. p. 07; NORONHA, 1995, p. 244).

Sempre é bom ressaltar que, em se tratando de *antecedentes*, não haverá de se considerar ações judiciais ou inquéritos policiais, ou qualquer outro ato episódico da vida do réu, “posteriores ou contemporâneas” ao fato pelo qual está sendo julgado. (TORON, 1993, p. 73).

No que concerne à prova dos *antecedentes*, DELMANTO (1991, p. 59) ressalta que “a folha de antecedentes policiais e as certidões dos distribuidores criminais permitem esse exame”. Todavia, as opiniões se dividem, no sentido de que as folhas de antecedentes policiais não dispõem de “fé pública” e

por isso não podem ser consideradas, devendo a prova ser efetuada somente através de certidões das escritanias judiciais.

Para MIRABETE (1987, p. 285),

“Verifica-se a vida pregressa do réu, com base no que constar do inquérito policial (art. 6º, incisos VIII e IX, do CPP) e nos demais dados colhidos durante a instrução do processo, apurando-se se já foi envolvido em outros fatos delituosos, se é criminoso habitual, ou se sua vida anterior é isenta de ocorrências ilícitas, sendo o delito apenas um incidente esporádico.”

FARIA (1961, p. 29) acrescenta que pode ser admitida como prova dos *antecedentes* a confissão do acusado.

### **2.3 O caráter dos *antecedentes*: amplitude, negatividade, subjetividade, relatividade, antijuridicidade e perpetuidade**

Do conceito de *antecedentes* inicialmente apresentado e das situações como tal consideradas pela Dogmática Penal é possível concluir que o instituto tem por características a *amplitude*, a *negatividade*, a *subjetividade*, a *relatividade*, a *antijuridicidade* e a *perpetuidade*.

A *amplitude* é visível, à medida em que qualquer fato, desde que pretérito, bom ou mau, envolvendo qualquer espécie de relação do indivíduo podem ser considerados como antecedentes.

Por isso, TORON (1993, p. 74) afirma que as ações privadas do indivíduo, aquelas que de nenhum modo afetam a terceiros, inserindo-se nos domínios da vida privada, não podem ser levados em conta para macular os ante-

cedentes de um acusado, como também não se pode levar em consideração “fatos da vida social como dívidas ou desavenças”.

A *negatividade* é extraída da confrontação entre o conceito de *antecedentes* produzido pela Dogmática Penal e as situações por esta consideradas como tal. Assim, não obstante o conceito inicial de *antecedentes* considere como tal qualquer situação (positiva ou negativa) que revele a conduta, o comportamento anterior do autor do fato criminoso, ou os fatos ou episódios, nos quais este tenha se envolvido, as situações acima elencadas, por se restringirem basicamente aos *antecedentes judiciais e policiais*, acabam considerando apenas os *maus antecedentes*, uma vez que os registros existentes nas repartições públicas, mormente das agências judiciais e policiais, via de regra revelam o envolvimento do indivíduo em fatos *negativos*. Dentre as situações elencadas pelo conjunto de autores não se situam aquelas que revelam fatos, episódios, condutas ou comportamentos bons ou ótimos da vida do indivíduo, tais como, por exemplo, os processos de adoção e guarda de menores carentes e desassistidos, prestação de serviços públicos relevantes (como jurado, como membro do serviço eleitoral e em atividades comunitárias).

Na verdade, para se atender ao conceito apresentado de *antecedentes*, far-se-ia necessário um levantamento completo da vida pregressa do réu, em todos os seus aspectos, o que é impossível. As tentativas de se produzir prova testemunhal dos *antecedentes* positivos do réu, às vezes são mal interpretadas, a ponto de tais testemunhas serem jocosamente denominadas “testemunhas de canonização”, o que demonstra, com a devida clareza, que somente os *maus antecedentes* é que são relevantes e interferem na aplicação da lei.

A *subjetividade* decorre da amplitude do conceito de *antecedentes*, que permite que os fatos da vida anteacta do agente sejam avaliados por critérios individuais, conforme os valores do avaliador. Essa subjetividade resta cristalina na transcrição da manifestação de um juiz do interior paulista ao abordar esse aspecto durante a prolação de uma sentença:

“Muitos foram os seus envolvimento anteriores com o crime, ainda que em alguns tenha sido absolvido (*geralmente por falta de provas*). *Um bom cidadão nem sequer é absolvido. Na verdade nem se envolve*. É comum ouvir certas pessoas dizerem, como prova de um bom cidadão: *nunca entrei e nem sei como é uma Delegacia de Polícia e no Fórum só fui tirar o título de eleitor*. É no meio da nossa sociedade que se pode medir o comportamento de uma pessoa. *Como não dar valor algum a uma série de arquivamentos de inquéritos policiais e absolvições relativamente a uma mesma pessoa? Não é o juiz, é a sociedade que diz que tal pessoa não é boa cidadã.*” (TORON, 1993, p. 71)

Segundo TORON (1993, p. 72), o magistrado paulista, para aferir os bons antecedentes, invocou o “saber popular” dizendo “um bom cidadão nem sequer é absolvido. Na verdade nem se envolve”, acreditando estar captando, no senso comum, uma espécie de fonte definidora “legítima e pura”.

A *relatividade*, por sua vez, resulta do fato de que as situações consideradas como *antecedentes* pela Dogmática Penal dizem respeito basicamente a fatos constantes dos registros policiais e judiciais do agente. Ocorre, no entanto, que os registros policiais ou judiciais do agente não são suficientes para revelar se este tem bons ou maus antecedentes, pois um indivíduo pode ter uma vida pontilhada de deslizes, de pequeninas infâmias ou faltas morais, sem ter registros policiais ou judiciais, assim como pode acontecer que um indivíduo com antecedentes judiciários já tenha praticado atos de benemerência ou de especial valor social.



Relacionado a isso, TORON (1993, p. 73) chegou a duas conclusões importantes:

“Em primeiro lugar, a de que a idéia de bons antecedentes não corresponde à de pureza absoluta, apanágio dos santos e de uns poucos cidadãos virtuosos, mas sim a uma valoração positiva, numa escala que vai da apreciação de péssimos antecedentes à de ótimos antecedentes: havendo *saldo credor* há bons antecedentes, por modesto que seja o saldo. Em segundo lugar, a da relatividade dos antecedentes judiciais, que verdadeiramente (até pelo princípio da presunção da inocência) só podem fornecer uma fração das informações necessárias à composição de um quadro geral da conduta do acusado, a partir do qual se procuraria definir e avaliar seus antecedentes.”

A *antijuridicidade* também é decorrente da amplitude do conceito de *antecedentes*, que permite que sejam considerados, conforme visto, processos e inquéritos em trâmite, assim como inquéritos arquivados, contrariando os princípios da presunção da inocência, do devido processo legal e da ampla defesa.

Para FRAGOSO (1994, p. 322), “os processos judiciais anteriores contra o acusado, que tenham conduzido à sua absolvição, são irrelevantes”, uma vez que “presume-se a inocência de toda pessoa acusada de crime”. No seu entender, “as pessoas pobres, pelo ambiente em que vivem estão sujeitas a envolver-se em ação policial, aparecendo em processos”.

Também não deveriam ser considerados fatos que não constarem da peça acusativa ou dos quais o indivíduo não teve oportunidade de defesa, contrariando os princípios do devido processo e da amplitude de defesa.

O processo penal brasileiro é estruturado sobre pressupostos que levam o réu a ser julgado pelo fato praticado e não pelos seus *antecedentes*. Estes constituem uma circunstância inerente à sua pessoa, indicadora de sua personalidade, de sua conduta social e da sua periculosidade. São condições pessoais, não do fato. Não devem obrigatoriamente constar da peça acusativa, consoante o que dispõe o Direito Positivo Processual Penal brasileiro<sup>30</sup>. Por isso, não pode o agente defender-se de uma circunstância relativa à sua pessoa, se não fizer parte do fato pelo qual está sendo julgado e que não constou da acusação que lhe é formulada. Não podendo defender-se de uma circunstância que é mencionada em seu desfavor não pode a mesma ser considerada em seu prejuízo. Para que não se desrespeite o princípio da ampla defesa e para que possa influenciar nas várias instâncias do processo penal, deverão os “maus antecedentes” comporem a descrição contida na peça acusativa. No entanto, o que se verifica é que, apesar de não constar da acusação, os *antecedentes* são considerados em várias ocasiões, produzindo, assim, conseqüências antijurídicas.

TORON (1993, pp. 73-4) ressalta que não devem ser considerados como *antecedentes* os inquéritos em trâmite ou não denunciados (arquivados), pois isto seria considerar o agente culpado sem processo; os processos em andamento também não, porque seria antecipar a decisão do juiz competente e fazê-lo sem o exame da prova colhida contra o réu; de igual forma, os processos em que ocorreu a hipótese de absolvição por falta de provas, porque implicaria verdadeira revisão criminal contra o réu, feita por autoridade incompetente,

---

<sup>30</sup> Segundo dispõe o artigo 41 do Código de Processo Penal, “a denúncia ou queixa conterá a exposição do fato criminoso, com todas as suas circunstâncias, a qualificação do acusado ou esclarecimentos pelos quais se possa identificá-lo, a classificação do crime e, quando necessário, o rol das testemunhas”. Observa-se que não se inclui nenhuma circunstância inerente à pessoa do acusado, apenas do fato.

sem o devido processo legal, sem o exame da prova e em desconformidade com o mandamento consagrado no inciso LVII do art. 5º da CF.

Por fim, a *perpetuidade*, uma vez que o conceito de *antecedentes* não enseja delimitação na sua interferência temporal. Se todos os fatos da vida anteacta do réu podem ser considerados, não se cogita de tempo e espaço. A se considerar somente os fatos bons, nada se oporia à afirmação. No entanto, em se considerando os fatos negativos, vozes se erguem contra a perpetuidade dos antecedentes.

Citando o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, TORON (1993, p. 74) leciona no sentido de que os *antecedentes*, assim como a reincidência, prescrevem em cinco anos.

“O artigo 61, I, do CP determina que, para efeito de reincidência não prevalece a condenação anterior, se entre a data do cumprimento ou extinção da pena e a infração anterior houver decorrido período superior a cinco anos. O dispositivo se harmoniza com o Direito Penal e a Criminologia modernos. O estigma da sanção criminal não é perene. Limita-se no tempo. Transcorrido o tempo referido, evidencia-se a ausência de periculosidade, denotando, em princípio, criminalidade ocasional. O condenado quita sua obrigação com a Justiça Penal. A conclusão é válida também para os antecedentes. Seria ilógico afastar expressamente a agravante e persistir genericamente para recrudescer a sanção aplicada.”

A proposição pode esbarrar no conceito inicial de *antecedentes*, no entanto encontra sentido no direito, posto que a permanência dos “maus antecedentes” *ad eternum* por certo implicaria uma pena de gravame perpétuo a pesar sobre os ombros do indivíduo, não somente desumana, mas também anti-jurídica, diante da não aceitação, na maior parte dos códigos do mundo, da pena perpétua. Também a Constituição da República, em seu artigo 5º, XLVII, alínea “b”, proibiu as penas “de caráter perpétuo”.

Por outro lado, é importante salientar que a *reincidência criminal*, que será estudada no item 3 deste capítulo, está regulada no Direito Penal Positivo brasileiro como de influência transitória. Se este instituto, que é de consequências jurídicas mais definidas, rege-se pelo princípio da transitoriedade, outro não poderia ser o tratamento acerca dos “maus antecedentes”.

No entanto, o que se verifica é a possibilidade dos *antecedentes* influírem perpetuamente na vida do indivíduo, mormente quando a sociedade, patrocinada pelos organismos estatais, procura organizar bancos de dados de infrações criminais, inclusive através de redes informatizadas, com possibilidade de acesso a inúmeros cidadãos, o que faz com que o indivíduo criminalizado seja amplamente conhecido e estigmatizado, reduzindo, assim as suas condições de normal sobrevivência.

#### **2.4 A influência dos *antecedentes* no Direito Positivo Penal, Processual Penal e de Execução Penal brasileiros**

Os *antecedentes* exercem profunda influência no sistema penal brasileiro, através do seu aparato normativo (leis penais, processuais penais e de execução penal), a qual se opera de forma explícita, bem como de forma implícita, na atuação dos operadores penais. O destaque especial do breve histórico acerca do instituto dos *antecedentes* reflete muito bem que, com o passar do tempo esse instituto penal ganhou espaço no Direito Positivo brasileiro, sendo funcional ao controle seletivo do sistema penal. Se nas Ordenações do Reino ou no Código Criminal do Império pouco importavam os *antecedentes* na cominação, aplicação ou execução da pena, no Direito Positivo atual e na sua

aplicação tal circunstância desponta como uma das mais influentes. Além disso, cresce consideravelmente o interesse de diversas organizações governamentais e não governamentais, na sistematização e informatização de bancos de dados sobre *antecedentes* (criminais ou não), inclusive via *internet*, com a estruturação de órgãos específicos pelo Ministério da Justiça e a integração de diversos Estados da Federação<sup>31</sup> (BRITO, 1997, p. 19), bem como através de outros bancos de dados, como por exemplo o cadastro de cheques sem fundos e o cadastro do Serviço de Proteção ao Crédito.

Analisaremos, neste item apenas a influência explícita, ou seja, aquela determinada no Direito Positivo Penal, Processual Penal e de Execução Penal brasileiros, como requisito na avaliação dos diversos institutos penais.

Os *antecedentes* têm influência explícita na aplicação de vários institutos previstos em lei, via de regra obstando o exercício de determinados direitos, de tal sorte que o indivíduo detentor de “maus antecedentes” é tratado de forma diferente em relação aos demais.

#### **2.4.1 Na lei penal**

A lei penal comporta uma série de ocasiões em que os *antecedentes* exercem influência, desde o momento da aplicação até a execução da pena.

---

<sup>31</sup> Conforme estabelece o Decreto de 26 de setembro de 1995, foi criado, no âmbito do Ministério da Justiça, o “Programa de Integração das Informações Criminais”, com o objetivo de integrar informações criminais, por intermédio de rede informatizada e estreitar a cooperação com os Estados e será constituído pelos cadastros nacionais e estaduais de informações criminais, de mandados de prisão, de armas de fogo e de veículos furtados e roubados.

### 2.4.1.1 Na aplicação da pena

A aplicação da pena dá-se por ocasião da criminalização do indivíduo autor do fato (criminalização secundária). Na fixação da pena, obedece o juiz a uma seqüência de cálculo, levando em consideração as circunstâncias judiciais, as circunstâncias legais (agravantes e/ou atenuantes) e as causas gerais e especiais de aumento ou diminuição de pena. Essa ordem é a estabelecida no artigo 68 do Código Penal vigente. A fixação da “pena-base” é a primeira fase do cálculo da pena, com base na incidência das circunstâncias judiciais elencadas no artigo 59 do Código Penal. Dentre as circunstâncias judiciais encontram-se *os antecedentes*. É do cotejo entre os *antecedentes* que se poderá saber se estes são positivos ou negativos. Da relação dos *antecedentes* com as demais circunstâncias judiciais previstas no mencionado dispositivo legal (além dos antecedentes, a conduta social e a personalidade do agente, os motivos, as circunstâncias e as conseqüências do crime, assim como o comportamento da vítima) é que se extrai a “pena-base”.

Ao reconhecer a existência de *antecedentes* que interfiram de qualquer forma na aplicação da pena, deverá o juiz fazê-lo de forma fundamentada, sob pena de malferir o princípio da motivação das decisões, insculpido na norma do artigo 93, IX, da Constituição Federal.

“Não basta ao magistrado enunciar na sentença que o réu é portador de bons ou maus antecedentes, de conduta social relevante ou condenável. Faz-se necessário descrever, senão de modo detalhado, ao menos com algumas pinceladas, a personalidade do agente e a conduta que desempenha na comunidade em que vive. Reproduzir apenas as exigências contidas no art. 59 nada significa.” (COSTA JÚNIOR, 1986, p. 312).

Tal princípio aplica-se aos demais operadores do direito, em especial aos membros do Ministério Público (art. 43, III, da Lei 8.625, de 12 de fevereiro de 1993)<sup>32</sup>.

#### 2.4.1.2 Na substituição de penas

O Código Penal vigente contempla a possibilidade da substituição da pena privativa em pena restritiva de direitos ou multa, desde que presentes determinadas condições.

A Escola Positiva sempre propugnou pela abolição das penas privativas de liberdade de curta duração, por concebê-las destituídas de finalidade, cuidando de organizar, em decorrência, um conjunto de *substitutivos penais*, que deveriam tomar-lhe o lugar, nas legislações mais avançadas. Assim, o problema dos substitutivos penais das penas diminutas passou a receber tratamentos os mais diversos, dentre eles a admoestação, privação ou suspensão do emprego ou do exercício da profissão, confiscação total ou parcial, prisões em domicílio, exílio, trabalho obrigatório, o largo emprego de multas, o perdão judicial e a suspensão condicional da pena (SOUZA, 1982, pp. 97-8).

Dispõe o artigo 44 do Código Penal, que as penas restritivas de direito substituem as privativas de liberdade, quando a pena privativa de liberdade aplicada for inferior a um ano ou se o crime for culposos, se o réu não for reincidente e se a culpabilidade, *os antecedentes*, a conduta social e a personalidade do condenado, bem como os motivos e as circunstâncias indicarem que essa substituição seja suficiente.

---

<sup>32</sup> Lei Orgânica Nacional do Ministério Público dos Estados.

De igual forma, o artigo 60, § 2º, do mesmo código, preceitua que a pena privativa de liberdade aplicada, não superior a seis meses, pode ser substituída pela multa<sup>33</sup>, se o réu não for reincidente e se a culpabilidade, os *antecedentes*, a conduta social e a personalidade do condenado, bem como os motivos e as circunstâncias indicarem que essa substituição seja suficiente.

Todavia, sendo detentor de *antecedentes desfavoráveis*, estará o condenado impossibilitado de ser beneficiado pelo instituto desprisionalizador.

#### **2.4.1.3 Na fixação do regime inicial de cumprimento da pena**

Na *execução* da pena privativa de liberdade, em observância ao princípio da prevenção especial positiva, ou seja, de que a pena visa a ressocialização do apenado, a individualização, como se verá de forma mais aprofundada no capítulo seguinte, faz-se através de vários institutos, dentre eles o da *progres-*

---

<sup>33</sup> A multa, única pena pecuniária vigente em nosso Direito, figura igualmente, entre as providências repressivas destinadas a evitar os inconvenientes, das penas leves de prisão. É remanescente da pena de confisco do direito romano e germânico, e parece ter sua origem na “composição”, que consistia no pagamento de certa quantia pelo autor do delito ao ofendido, a fim de que este renunciasse à vingança privada. Aponta-se como inconvenientes o enfraquecimento do poder de intimidação da repressão; a desigualdade econômico-financeira do condenado; a ausência de um esquema de providências ressocializadoras do agente; a depreciação gradativa dos valores a ela fixados na lei, face à infração generalizada dos dias atuais, entre outros (SOUZA, 1982, p. 103). No entanto, em seu favor surgem inúmeros argumentos, conforme expõe GOULART (*apud* SOUZA, 1982, pp. 103-4), no sentido de que “evita os incontáveis malefícios do cárcere; não afasta o condenado da comunidade, onde pode continuar prestando serviços, nem da sua família, para a qual ainda representa apoio moral e material; não atenta contra a saúde ou a moralidade do condenado; apresenta caráter afilativo, pois o ser humano é, geralmente, apegado aos bens materiais; é extremamente flexível, podendo ser adaptada a qualquer situação econômica; e representa fonte de renda para o Estado, em contraposição aos enormes gastos com as prisões, podendo ser aplicada em indenizações às vítimas ou na assistência em geral”.

Os mesmos argumentos podem ser invocados em proveito das penas restritivas de direito, que no Direito Penal, Processual Penal e de Execução Penal positivo brasileiro, resumem-se na prestação de serviços à comunidade, na interdição temporária de direitos e na limitação de final de semana, pois também evitam que o apenado seja submetido aos malefícios das penas privativas de liberdade. O instituto da substituição da pena privativa de liberdade por outras espécies de pena, no caso por penas restritivas de direito e multa, é desprisionalizador porquanto evita o ingresso do apenado no sistema penitenciário e, via de consequência, impede que o mesmo venha a se submeter aos seus efeitos maléficos.



*são de regimes* de penas. Tal instituto, no qual se inclui o livramento condicional, propicia um retorno gradual do apenado à vida em liberdade e ao convívio na sociedade, a fim de que não sofra, com a mudança abrupta de ambiente social.

A lei penal estabelece os regimes de cumprimento de penas privativas de liberdade, assim como a forma de sua fixação (arts. 33 a 36). A progressão é estabelecida na Lei de Execução Penal (art. 112). A lei penal prevê três formas de regime de cumprimento de pena: o regime *fechado*, o regime *semi-aberto* e o regime *aberto*. O primeiro é o mais rigoroso e é o executado em estabelecimento de segurança máxima ou média. O segundo é o praticado nas colônias agrícolas, industriais ou estabelecimentos similares, onde o preso gradativamente vai despertando a autodisciplina, com vigilância relaxada. O último é o praticado nas casas de albergado, calcado basicamente na autodisciplina e na ausência de vigilância. Poder-se-ia apontar uma quarta forma de cumprimento da pena, que é o livramento condicional, que não se traduz propriamente em uma forma de regime, pois neste caso o apenado é posto em liberdade, mediante condições. Vencido o tempo faltante sem revogação, a pena é julgada extinta.

Ao aplicar a pena privativa de liberdade, deverá o juiz, dentre outras providências, fixar o regime no qual o apenado iniciará o cumprimento da pena imposta, dentre aqueles previstos na lei penal. Para tal, observará certos critérios, tais como a quantidade da pena imposta, a reincidência criminal e as circunstâncias judiciais (art. 59), que devem ser consideradas por força do disposto no artigo 33, § 3º do Código Penal. Dentre as circunstâncias judiciais

do artigo 59, conforme já nos referimos, encontram-se os *antecedentes*, que desempenham papel relevante na escolha do regime inicial.

#### 2.4.1.4 Na concessão da suspensão condicional da pena

O instituto da suspensão condicional da pena<sup>34</sup>, ou *sursis*, é um dos institutos desprisonalizadores (que impede a imposição de pena privativa de liberdade) mais importantes, porquanto visa suspender a execução da pena privativa de liberdade imposta e, via de consequência, dos seus efeitos nocivos, mediante determinadas condições.

No Direito Positivo brasileiro o benefício está regulamentado no artigo 77 do Código Penal e no artigo 11 da Lei de Contravenções Penais e somente é concedido ao condenado à pena privativa de liberdade não superior a dois anos (ou não superior a quatro, se o condenado tiver mais de setenta anos) pela prática de crime, ou ao condenado à pena de prisão simples de qualquer duração, em caso de contravenção, desde que não reincidente em crime doloso, se a culpabilidade, os *antecedentes*, a conduta social e a personalidade, bem como os motivos e as circunstâncias do crime autorizem a concessão do

---

<sup>34</sup> Entre nós, abriu caminho ao instituto da suspensão condicional da pena o projeto apresentado, em 1906, por ESMERALDINO BANDEIRA, tendo como base a lei francesa de 1891, não sendo convertida em lei. O Projeto GALDINO SIQUEIRA de 1913, que não chegou a ser considerado pelo Congresso, previa, em seu artigo 39, “a suspensão da execução da sentença” que não converteu-se em lei. Em 1922, um decreto autorizava o Governo do Presidente EPITÁCIO PESSOA a adotar e regulamentar a medida, o que veio a ser feito pelo Decreto n. 16.558, de 6 de outubro de 1924, apoiado em mensagem do ministro JOÃO LUIZ ALVES, que apresentava os seus motivos e expressamente filiava o Projeto ao sistema francês. No mesmo ano, o Decreto nº 16.571, de 31 de dezembro (Código de Processo Penal), estabelecia normas para a execução e o cumprimento do benefício (...) Na França o instituto é conhecido pelo nome de *sursis* (*sursis à l'exécution de la peine*), nome que é também geralmente empregado entre nós.” Foi instituído pela primeira vez na Bélgica, pela Lei JULES LEJEUNE, de 1880, e, em seguida na França, pela Lei BÉRENGER, de 1891. Sua repercussão foi logo sentida, principalmente nos países europeus e latino-americanos. É semelhante ao *probation*, que, sem vinculação às idéias positivista, apareceu nos países anglo-saxões, a partir de 1879. ((BRUNO, 1978, pp. 171-2 e BENEDICTO DE SOUZA, 1982, p. 98).

benefício e desde que não seja indicada ou cabível a substituição da pena por pena restritiva de direitos ou multa.

#### **2.4.1.5 Na substituição da prestação de serviços à comunidade e da limitação de fim de semana no primeiro ano do período de prova do *sursis***

Ao ser concedido o benefício da suspensão condicional da pena, o juiz deverá fixar um período de prova, que pode ser de dois a quatro anos (ou de quatro a seis anos se o condenado tiver mais de setenta anos) para os crimes ou de um a três anos para as contravenções. No primeiro ano do período de prova, o apenado estará obrigado a prestar serviços à comunidade ou se sujeitará à limitação de fim de semana, que são penas restritivas de direito, consoante disposição expressa do artigo 78, § 1º, do Código Penal. No entanto, se, dentre outros requisitos, lhes forem favoráveis as circunstâncias do artigo 59 do mesmo diploma legal, dentre elas os *antecedentes*, poderão tais penas restritivas de direito ser substituídas por outras condições mais benéficas, quais sejam, a proibição de freqüentar determinados lugares e de ausentar-se da comarca sem autorização judicial e obrigação de comparecer pessoal e mensalmente a juízo para informar e justificar as suas atividades (art. 78, § 2º).

#### **2.4.1.6 Na transação penal**

Recém ingresso no sistema penal brasileiro, o instituto da transação penal também constitui-se em um importante instrumento de desprisionalização, que já é aceito por grande parte dos juristas do Direito Penal da atualidade,

não obstante a força reacionária dos adeptos do penalismo tradicional, mormente aqueles simpatizantes do “Movimento de Lei e Ordem”<sup>35</sup>.

A transação penal, no Direito Positivo Penal e Processual Penal brasileiro, é um meio que possibilita a aplicação imediata, ao autor de uma infração penal de menor potencial ofensivo<sup>36</sup>, de uma pena não privativa de liberdade. Está regulada no artigo 76 da Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995 e envolve uma relação bilateral, ou seja, uma *proposta* da parte ativa legitimada para a ação penal pública (o Ministério Público) e a *aceitação* da parte passiva (autor de uma infração de menor potencial ofensivo), cabendo ao juiz velar pela legalidade da transação e *aplicar a pena* transacionada pelas partes, dando-lhe eficácia.

No entanto, a transação penal não terá cabimento se não indicarem *os antecedentes*, a conduta social e a personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias, ser necessária e suficiente a adoção da medida (art. 76, § 2º, III).

---

<sup>35</sup> O Movimento de Lei e Ordem constitui um dos movimentos de política criminal do nosso tempo. Além do referido movimento, ARAÚJO JÚNIOR (1991, pp. 65-79) indica, também, a “Novíssima Defesa Social”, e as “Políticas Criminais Alternativas” como movimentos atuais de política criminal. O Movimento de Lei e Ordem é reação aos fenômenos da criminalidade, orientadas num sentido diametralmente oposto ao da Defesa Social (GRAMMATICA e ANCEL). Esta procura atualizar, melhorar e humanizar a atividade punitiva, bem como reformar ou, até mesmo, abolir as instituições vigentes, procurando garantir os direitos do homem e promover os valores essenciais da humanidade, rejeitando o sistema neoclássico, que é punitivo-retributivo, bem como a utilização indiscriminada das penas privativas de liberdade. Nos Movimentos de Lei e Ordem, ao contrário, a pena se justifica como castigo e retribuição, no velho sentido, não devendo a expressão ser confundida com o que, hoje, denominamos “retribuição jurídica”, devendo os crimes atrozés ser punidos com penas severas e duradouras (morte ou privação longa da liberdade), sendo estas cumpridas em estabelecimentos de segurança máxima, onde o condenado é submetido a regime de máxima severidade. Propugnam, também, pela diminuição dos poderes do juiz na individualização da pena, bem como na execução penal, ficando esta a cargo das instituições penitenciárias. Quanto às prisões provisórias, defendem o emprego em maior escala, de maneira a propiciar uma resposta imediata ao crime.

<sup>36</sup> Considera-se de menor potencial ofensivo, consoante a norma do artigo 61 da Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995, “as contravenções penais e os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a um ano, excetuados os casos em que a lei preveja procedimento especial.”

## 2.4.2 Na lei processual penal

A lei processual penal, pela sua própria natureza, não contempla muitas situações que sugerem a influência dos *antecedentes*, não obstante seja no curso do processo que os mesmos tomam eficácia, produzindo efeitos sobre o autor do fato criminoso, face a influência que exercem sobre os operadores jurídicos.

### 2.4.2.1 Como providência policial

Dentre as atribuições elencadas no Código de Processo Penal, a cargo da autoridade policial, na investigação da prática de uma infração penal, encontra-se a juntada aos autos da *folha de antecedentes* do indiciado (art. 6º, VIII) e a averiguação da sua *vida pregressa*, sob o ponto de vista individual, familiar e social, sua condição econômica, sua atitude e estado de ânimo antes e depois do crime e durante ele, e quaisquer outros elementos que contribuirão para a apreciação do seu temperamento e caráter (inciso IX).

O Código de Processo Penal estabelece, também, sobre a lavratura do *boletim individual*, procedida em três vias, sendo que a primeira deverá ficar arquivada no cartório policial; a segunda remetida ao Instituto de Identificação e Estatística ou repartição congênere; e a terceira acompanhará o processo, devendo ser enviada ao mesmo instituto, com os dados finais, após o trânsito em julgado da decisão (art.809, § 3º). De posse das informações o instituto produzirá a estatística judiciária criminal, que levará em consideração, dentre outros, os dados relativos à *reincidência criminal* e os *antecedentes judiciais* (art. 809, “caput”, V).

#### **2.4.2.2 Na decretação ou revogação da prisão do réu pronunciado**

Nos processos de competência do Tribunal do Júri, ao formar o juízo de admissibilidade da denúncia, ou seja, ao se convencer da existência do crime e de indícios de que o réu seja o seu autor, o juiz pronunciará-lo-á, dando os motivos do seu convencimento. Nesta oportunidade, o réu poderá estar solto ou preso. A regra é que, em razão da pronúncia, seja decretada a prisão do réu, caso esteja solto. Se já estiver preso, na prisão, deverá ser nela mantido. No entanto, se o réu for primário e se bons forem os seus *antecedentes* e se estiver preso, deverá ser revogada a sua prisão. Estando solto, sua prisão não será decretada.

#### **2.4.2.3 Na suspensão condicional do processo**

A suspensão condicional do processo é um instituto despenalizador (impede a aplicação de qualquer espécie de pena) inserido no Direito Positivo Penal e Processual Penal brasileiro, através da Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995. Também de natureza bilateral, o instituto permite que, presentes determinados requisitos, possa a parte legítima ativa da ação penal pública (o Ministério Público) formular *proposta* de suspensão do processo, por dois a quatro anos, à parte passiva (o réu), mediante a *aceitação*, por este, de determinadas condições. Diferente da transação penal, a suspensão condicional do processo não o extingue, apenas o suspende por 2 a 4 anos, após o que, somente poderá ser extinta a punibilidade do réu, sem julgamento do mérito, se cumpridas as condições fixadas.

Para que possa ser formulada a proposta de suspensão do processo, deverão estar preenchidos determinados requisitos, quais sejam, que a pena mínima cominada ao crime seja igual ou inferior a um ano e que o réu “não esteja sendo processado ou não tenha sido condenado por outro crime, presentes os demais requisitos que autorizam a suspensão condicional da pena (art. 77 do Código Penal)”(art. 89). Verifica-se aqui que o legislador, ao restringir os *antecedentes*, num primeiro momento, levando em consideração apenas o fato do réu estar sendo processado ou não ter sido condenado por outro crime, no segundo momento, ao remeter para os requisitos da suspensão condicional da pena, autorizou que fossem consideradas outras situações não elencadas no primeiro momento, mas que se encontram inseridas na norma do artigo 77, II, do Código Penal, dentre elas os *antecedentes*.

#### **2.4.3 Na lei de execução penal**

A valorização da execução penal, como uma das instâncias da individualização da pena, sedimentou-se no Direito Positivo brasileiro com a vigência da Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984, denominada Lei das Execuções Penais. Este diploma legislativo, obediente ao princípio da prevenção especial positiva (art. 1º), introduziu inúmeros institutos destinados a possibilitar o retorno do apenado ao convívio social. Não obstante os objetivos da lei fossem um “olhar para frente”, ou seja, o interesse, apesar do fato, pela ressocialização ou pela reintegração do criminoso no seio social, percebe-se que a lei mencionada, em muitos dos seus aspectos, levou em consideração a vida antecedente (*antecedentes*) do apenado, a qual passou a interessar à execução da pena.

### 2.4.3.1 Na guia de recolhimento do preso

É disposição expressa da Lei de Execuções Penais, que “ninguém será recolhido, para cumprimento de pena privativa de liberdade, sem a guia expedida pela autoridade judiciária” (art. 107, *caput*). Consta, também, que a guia de recolhimento conterà “a informação sobre os *antecedentes*” do apenado (art. 106, IV). Deste regramento resta evidenciado que os *antecedentes* exercerão influência durante todo o processo de execução penal.

### 2.4.3.2 Na progressão para o regime aberto

Conforme já nos reportamos anteriormente, dentre os institutos da execução penal, o que com maior eficácia corresponde ao princípio da individualização da pena na instância executiva é o instituto da *progressão de regimes* de cumprimento da pena, substanciado nas normas do artigo 33, § 2º, do Código Penal, e do artigo 112 da Lei de Execução Penal, posto que permite ao apenado, com base em seus próprios méritos, passar de um regime mais rigoroso para um mais ameno, de modo que, gradativamente, possa reintegrar-se ao convívio social em liberdade.

Dos regimes de cumprimento de pena, o *aberto* é o que propicia um retorno quase que integral do apenado ao convívio social, posto que o mesmo, guiado pela autodisciplina, sai do estabelecimento e a ele retorna em horários preestabelecidos pela autoridade judiciária. Desta forma, a permanência do apenado no estabelecimento prisional ocorre somente durante a noite, nos finais de semana e feriados, quando o mesmo não estiver envolvido na atividade laboral.



Todavia, dentre as condições estabelecidas para que o apenado possa ter direito à progressão para o regime aberto, estão os seus *antecedentes* (art. 114, II).

#### **2.4.3.3 Na conversão da pena privativa de liberdade não superior a dois anos em restritiva de direitos**

O condenado à pena privativa de liberdade não superior a dois anos, consoante já explicitado no item 2.4.1.4. poderá ter a sua pena suspensa se preencher determinados requisitos, dentre eles os *antecedentes* favoráveis. Mas poderá, segundo disposição da Lei de Execução Penal, também ter a sua pena convertida em pena restritiva de direitos, caso esteja cumprindo a pena em regime aberto, já tenha cumprido pelo menos  $\frac{1}{4}$  (um quarto) da pena imposta e os seus *antecedentes* e a sua personalidade indiquem ser recomendável a conversão (art. 180). É de se ressaltar que esta disposição somente teria aplicação, no caso de ser o apenado reincidente criminal, posto que neste caso incabível é a suspensão condicional da pena.

### **3. Reincidência criminal**

Neste item desenvolvemos os aspectos técnico-jurídicos relacionados especificamente com o instituto da *reincidência criminal*, seu conceito, classificação, a sua configuração no Direito Positivo brasileiro, os demais aspectos jurídicos que lhe dizem respeito e a influência que exerce no sistema penal por força do Direito Positivo brasileiro.

### 3.1 Conceito

A *reincidência* deriva de *re-incidere* ou de *recidere* e significa, no seu sentido literal, recair, repetir o ato. É, em termos comuns, a repetição da prática do crime” (JESUS, 1986, p. 644). Porém, no sentido legal ou jurídico, a idéia que ela nos representa já não é a mesma nem tão simples. Antes, tem variado segundo os diversos pontos de vista conforme vão colocando os legisladores para considerá-la. (SOUZA, 1965, p. 126). Portanto, para ser conceituada ou definida, no sentido jurídico-penal, deveremos nos reportar ao texto legal, certificando-nos, no Direito Positivo Penal respectivo, quais são os elementos que a configuram. É desta configuração que se pode extrair o seu conceito, isto porque a *reincidência criminal* pode se classificar de várias formas. Assim, passaremos a classificá-la, para que após possamos configurar o modelo atual adotado pelo Direito Positivo Penal brasileiro.

### 3.2 Classificação

A *reincidência criminal* pode ser classificada quanto à identidade ou não dos fatos, quanto à obrigatoriedade ou não do seu reconhecimento, quanto ao pressuposto de sua configuração, quanto à sua abrangência territorial, quanto à sua abrangência material, quanto à reiteração, quanto à temporalidade e quanto à previsão legal.

### 3.2.1 Quanto à identidade ou não dos fatos: reincidência genérica, específica e especialíssima

Quanto à identidade ou não dos fatos, a *reincidência criminal* pode ser *genérica*, *específica* ou *especialíssima*. Considerada como uma repetição de fatos criminosos, pode ser vista sob a ótica da identidade jurídica dos crimes praticados, ou ainda genericamente, do fato delituoso em sentido amplo. Assim posta, a *reincidência criminal* pode ser *genérica*, *geral* ou *absoluta*, se não existir nenhuma identidade entre os fatos praticados, e *específica* ou *especial*, se tratarem de fatos idênticos (BETTIOL, 1976, p. 19; JESUS, 1986, p. 648; LYRA, 1942, p. 298; SABINO JÚNIOR, 1967, pp. 191-2). Para VIANNA (1933, pp. 194-6), no entanto, a *reincidência criminal* pode ser: *genérica* (quando os crimes são de natureza diversa), *específica* ou *especial* (se, ao contrário, forem da mesma natureza) e *especialíssima* (se os crimes, além de serem da mesma natureza, violarem o mesmo artigo da lei penal).

Segundo BETTIOL (1976, p. 19), “é sob este prisma que se costuma distinguir a *reincidência genérica* da *reincidência específica*. Na primeira, trata-se de uma recaída em crime genericamente considerado; na segunda, da recaída *em crime da mesma índole* do crime anterior”.

A *reincidência genérica* considera os fatos delituosos no interior de uma mesma definição jurídica básica, não se importando com as espécies. Não há a necessidade da identidade jurídica dos fatos criminosos, nem que sejam da mesma natureza. Assim, bastaria, para caracterizar a reincidência criminal, que o autor tivesse recaído na prática de “um fato delituoso”, independente da sua identidade ou espécie.

Releva-se, quanto a este aspecto, a distinção que se fez entre crime e contravenção, herança da Escola Clássica<sup>37</sup>, posto que o Direito Positivo Penal de diversos países, inclusive o brasileiro, somente reconhece a reincidência entre um crime e uma contravenção, se estes ocorrerem nesta ordem, ou se for entre contravenções. A lei penal brasileira não reconhece a reincidência quando o primeiro fato for uma contravenção e o segundo for um crime<sup>38</sup>.

A *reincidência específica* ou *especial*, por outro lado, é aquela em que os fatos criminosos são da mesma natureza ou guardam identidade entre si.

“A maioria dos códigos abriga a reincidência específica e, para determiná-la, orienta-se pela identidade, homogeneidade ou analogia entre os crimes. Outros exigem afinidade, sem identidade de tendências ou móvel ou fim. Em doutrina, teve sempre prestígio a identidade de tendência ou de caráter delituoso do agente” (LYRA, 1942, p. 301).

BETTIOL (1976, p. 19) emprega a mesma divisão, no entanto utiliza os signos “crime da mesma índole”. LYRA (1942, p. 302) segue o mesmo critério, usando o termo “homogeneidade de crimes”. O Código Penal de 1940, antes de sofrer a alteração imposta pela Lei nº 7.209, de 11 de julho de 1994, empregava a expressão “crimes da mesma natureza”<sup>39</sup>. Pouco importa o termo empregado, uma vez que o que diferencia as formas de reincidências mencionadas é a identidade ou a similaridade dos fatos, que pode ser *absoluta* ou *relativa*.

<sup>37</sup> Para FERRI (1931, p. 119), “juridicamente, crimes e contravenções são substancialmente de idêntica natureza em quanto são atos contrários às leis penais, perigosos ou prejudiciais às condições de existência social.” Moralmente e socialmente, no entanto, considera que “entre crime ou delito e contravenção há uma evidente diferença, que determina diversidade de sanções na consciência pública, como primeiro observou BECCARIA”.

<sup>38</sup> A conclusão resulta da combinação da norma do artigo 63 do Código Penal (Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940, com as alterações introduzidas pela Lei nº 7.209, de 11 de julho de 1984) com o artigo 7º da Lei de Contravenções Penais (Decreto-lei nº 3.688, de 3 de outubro de 1941).

<sup>39</sup> Artigo 46, § 2º.

*A identidade é absoluta*, segundo JESUS (1986, pp. 649-50), quando os fatos estão previstos no “mesmo dispositivo legal”, assim entendidos “não descritos no mesmo artigo de lei”, mas sim como a “mesma figura criminosa, isto é, o mesmo particular modelo do fato punível, considerado em seu integral e específico conteúdo”, apresentando os mesmos elementos que se enquadram na mesma figura típica, como por exemplo, “matar alguém” é o tipo do homicídio abrangendo as formas simples, privilegiadas e qualificadas. Considera ainda como previstas “no mesmo dispositivo legal” as formas tentadas e consumadas (dois crimes consumados ou tentados; um tentado e outro consumado ou vice versa); as formas única e continuada (dois crimes com fato único, um crime único e outro continuado ou vice-versa); as formas individuais ou concursais (dois crimes cometidos por um só sujeito; um crime cometido pelo sujeito sozinho e outro cometido por ele em concurso com outras pessoas).

*A identidade relativa*, por sua vez, ocorre quando os fatos, embora não previstos “no mesmo dispositivo legal”, possuem os mesmos caracteres fundamentais comuns. Tais caracteres fundamentais podem ser “objetivos”, se em razão dos fatos que os constituem, ou “subjetivos”, se em razão dos motivos determinantes. Para se analisar a identidade dos caracteres fundamentais comuns, haveria a necessidade de se comparar dois fatos concretos entre si. Se buscam os caracteres objetivos, ou seja, em razão dos fatos, deve-se comparar os aspectos referentes à sua execução material (forma de comportamento, lugar, tempo de execução, objetivo material, qualidade do sujeito passivo, instrumento de execução, etc.). Por este critério poderia haver identidade entre os crimes de homicídio e de lesão corporal. Por outro lado, se se buscam

os caracteres subjetivos, ou seja, a identidade em razão dos motivos determinantes, deve-se comparar os motivos que induziram o autor a praticar cada um dos fatos, buscando saber se há semelhança entre eles (violência, fraude, crueldade, vingança, insídia, lucro, avareza, vaidade, motivo político ou passional, etc.). Poderia haver identidade assim entre os crimes de homicídio e lesão corporal praticados ambos por motivo fútil. (JESUS, 1986, pp. 648-50).

Para SACKER (*apud* LYRA, 1942, p. 303), os motivos determinantes do crime, por seus caracteres fundamentais, dividem-se em quatro grupos, segundo resultam: a) do instinto de conservação e quando com este se relacionam; b) do impulso de avidez, lucro ou gozo; c) dos sentimentos de paixão, vingança, ódio ou libidinagem; d) dos sentimentos contrários à convivência social, moral, política e religiosa.

LYRA (1942, p. 302) adverte que também podem ser considerados da mesma natureza, e por isso relativamente idênticos,

“(...) os crimes definidos no mesmo capítulo ou na mesma seção do código, quando obedientes ao critério de caracteres comuns. Os títulos, porém, não procuram guardar a mesma unidade elementar, o mesmo cunho específico na sistemática, orientando-se, em linhas gerais, pelo interesse protegido.”

Por fim, conforme a classificação de VIANNA (1933, pp. 194-6), se, além de estarem previstos “no mesmo dispositivo legal”, os crimes também forem considerados idênticos pelos seus caracteres fundamentais comuns (objetivos e subjetivos), ou seja, em razão dos fatos ou dos motivos determinantes, a *reincidência* será considerada *especialíssima*.

Sobre a *gravidade da reincidência genérica e da reincidência específica* as opiniões se dividem, formando duas correntes: a que considera a *reincidência genérica* mais grave e a outra, em sentido contrário.

GIANNITI (*apud* BETTIOL, 1976, p. 19) sustentou que,

“(...) se o agente recai no crime manifesta uma capacidade de delinquir maior do que aquele que, pela primeira vez, viola um preceito penal.(...) A pessoa que recai num crime da mesma índole manifesta uma *capacidade-de delinquir qualificada*, porque não só demonstra a vontade de persistir genericamente na violação da lei penal (inclinação ao crime), mas além disso, revela uma *inclinação criminosa específica*”.

Segundo SOUZA (1965, pp. 137 e 126), os defensores da *reincidência específica* alegam que a presunção legal de um hábito criminoso no agente somente pode ocorrer “quando os dois fatos forem idênticos”. Considera que “sempre e por toda a parte, foram os reincidentes considerados como homens de um caráter perigoso, e o fato da recaída na mesma culpa tido como circunstância digna de ser levada em conta para aumentar o castigo que se lhes deveria infligir”.

Enquanto alguns autores atribuem à *reincidência específica* uma maior gravidade, outros, como o francês TREBTIEN (*apud* SOUZA, 1965, p. 138), ao contrário, procuram destacar que “não é propriamente a natureza especial da nova infração que gera tal indício de presunção mas, sim, o fato geral de uma nova culpa pouco mais ou menos da mesma gravidade que a primeira, ainda que diferente”, acrescentando que “a diversidade da infração é um sinal mais certo de uma corrupção mais profunda, do que a repetição do mesmo fato, pois que ela anuncia um homem disposto a tentar toda a sorte de crimes.”

Também CARRARA (*apud* GARCIA, 1968, pp. 472-3) entendia que a *reincidência genérica*, “externando uma habilitação constante para malefícios em geral, era mais perturbadora da ordem pública e reclamava sanções mais drásticas”.

Contraopondo-se ao acolhimento apenas da *reincidência específica*, GARÓFALO (1925, p. 214) fez questão de ressaltar, com base na teoria do crime natural que,

“(... ) se muitas vezes a imoralidade se limita à deficiência de um só dos instintos morais elementares, é, todavia, freqüentíssimo encontrar *num mesmo indivíduo a improbidade e a falta de piedade*. A estatística das reincidências fornece-nos disto a melhor prova, mostrando como no mesmo delinqüente freqüentes vezes se alternam as mais variadas formas da criminalidade, o que - seja dito de passagem - revela bem a inanidade da jurisprudência segundo a qual só a recidiva específica deve considerar-se para os efeitos penais.”

Conforme LYRA (1942, pp. 299 e 301), “as antigas legislações não se familiarizaram com a reincidência genérica, concentrando a retorsão empírica do maior mal do crime em relação à reincidência específica”. Atualmente “nas legislações domina o sistema misto, que cuida das duas espécies, dedicando sempre maior rigor à reincidência específica”.

### **3.2.2 Quanto à obrigatoriedade ou não do reconhecimento: reincidência obrigatória e facultativa**

Aspecto altamente discutível é a obrigatoriedade ou não do reconhecimento da *reincidência criminal* pelo juiz ao aplicar a pena. Por isso, BETTIOL (1976, p. 18), sob este prisma, dividiu a *reincidência criminal* em



*obrigatória*, quando o juiz, na presença de dois crimes, é obrigado a considerar o réu como reincidente para aplicar-lhe um aumento de pena, ou *facultativa*, quando o juiz, ao contrário, tem a faculdade de excluir a *reincidência criminal* em certos casos.

Os defensores da *reincidência obrigatória*, entre os quais destaca-se CARRARA, justificam-se dizendo que o agravamento da pena resulta da insuficiência ou da ineficácia da pena anterior.

Por isso, CARRARA (*apud* LYRA, 1942, pp. 283-4)

“(...) põe a reincidência entre as causas que modificam a pena, relacionando-as às condições ou ao fim, sem que se modifique a quantidade do crime. O novo crime demonstra a insuficiência da pena ordinária. O próprio réu, com o seu ato, traz a prova positiva do desprezo à pena anterior. Tal insuficiência abrange a força física objetiva da pena, ocasionada pela insensibilidade ao mal sofrido, e a força moral objetiva, uma vez que a sensação da segurança na consciência pública não pode ser restaurada senão com a agravação”.

A despeito do entendimento de CARRARA e de todos os que defendem a agravação obrigatória da pena em caso de *reincidência criminal*, muitos autores, mormente os positivistas, fiéis ao princípio da individualização da pena, têm propugnado pela *facultatividade*<sup>40</sup> do reconhecimento da *reincidência criminal*, deixando a critério do juiz individualizar a pena segundo as circunstâncias do fato e do seu autor, isto porque tal circunstância “é uma mera presunção falível” e isto porque não se pode conferir valor absoluto à referida agravante, devendo o juiz, atento ao princípio da flexibilidade, verificar as causas que deram lugar ao segundo delito, pelas quais se pode chegar à con-

<sup>40</sup> Segundo o IX Congresso Internacional de Direito Penal, reunido em Haia, em 1964, a aplicação das circunstâncias agravantes deve ser facultativa ao juiz. (JESUS, 1986, p. 643).

clusão de que não há no agente esse grau de perversidade, isto é, o hábito do crime, fazendo com que a *reincidência criminal* não seja admitida (SOUZA, 1965, p. 131; SIQUEIRA, 1947, pp. 656-7).

Também LYRA (1942, p. 290) apregoa que o juiz, se não tiver a discricionariedade de agravar a pena em razão da *reincidência criminal*, não deverá estar impedido de fazê-lo sobriamente, lembrando que

“Os positivistas comandam a doutrina, sustentando que a reincidência não deve, nem pode, importar sempre agravação da pena e que esta deve ser confiada ao prudente arbítrio do juiz. A faculdade da agravação, doutrinariamente irrecusável, nesse terreno, em que avultam o aspecto político do alarma e o aspecto social da periculosidade presumida, tornando especialmente sensível e cautelosa a defesa social, não pode ser acolhida, de improviso, pelo sistema legal, ao tentar as primeiras experiências do arbítrio judicial.”

### **3.2.3 Quanto ao pressuposto de configuração: reincidência verdadeira e ficta**

Em sentido amplo, a *reincidência criminal* é definida como a repetição do crime ou a recaída nele. No entanto, é comum o Direito Positivo dos diversos países consignarem a exigência de um pressuposto básico para que a mesma fique configurada, sem o qual pode ser confundida com o mero *concurso de crimes* ou com a simples *reiteração* (VIANNA, 1933, p. 193). O Direito Penal positivo dos países, inclusive o brasileiro, prevê, via de regra, como pressuposto básico, a existência de “uma condenação anterior transitada em julgado”.

A este respeito, SOUZA (1965, p. 145) ressaltou a inconveniência do pressuposto para a configuração da *reincidência criminal*.

“Com efeito, que contraste pungente, e que absurdo moral não ofereceria a lei, se exigisse, como condição *sine qua non*, a existência de um julgamento anterior para a agravação das penas ao reincidente? Tal indivíduo cometeu dez ou vinte delitos antes daqueles porque tem de ser agora julgado; mas teve a boa fortuna de não ser anteriormente acusado por nenhum deles: o patronato, ou a sua própria astúcia e habilidade puseram-no a salvo desse risco; e como isto aconteceu, não lhe serão levadas em conta as suas culpas passadas, não lhe será agravada a pena do último delito, por mais notórios e bem provados que possam ser os delitos anteriores. Tal outro, mais infeliz, caiu logo na rede da justiça (cujas malhas são um pouco irregulares) ao infringir a lei pela primeira vez; (...) Tal é em verdade o triste resultado a que inevitavelmente conduz a exigência de uma condenação anterior como coisa indispensável para se dar a agravação das penas pela reincidência; resultado imoral e perigoso, porque importa um prêmio aos criminosos mais sagazes ou protegidos e que deve tornar-se ainda mais apreciável e sensível nos países que, como o nosso, existe uma classe considerável de delitos, cuja punição depende exclusivamente da vontade da parte ofendida.”

O pressuposto básico caracterizador da *reincidência criminal* está intrinsecamente ligado aos fins da pena, daí o porquê do tratamento especial que este instituto tem merecido no sistema penal, posto que, a recaída no crime significa uma afronta aos fins esperados da pena anteriormente aplicada. Pressupõe-se, assim, que a pena aplicada na condenação anterior tenha surtido os seus efeitos. Ocorre, todavia, que em muitas legislações penais não se exige o cumprimento da pena anteriormente imposta para a configuração da *reincidência criminal*, bastando apenas a condenação transitada em julgado. Assim sendo, se o agente sofreu os efeitos da pena imposta em relação ao crime anterior, a *reincidência criminal* será *real, verdadeira* ou *própria*. Se, ao contrário, estes efeitos não foram integralmente sentidos pelo agente, a reincidência será *fictícia, presumida* ou *imprópria*. (LYRA, 1942, p. 292).

A *reincidência real, verdadeira* ou *própria* pressupõe o cumprimento integral ou parcial da pena anteriormente imposta. Se o apenado recair na

prática do crime após sofrer os efeitos da pena anterior, demonstrará ter sido esta insuficiente ou ineficaz o tratamento. Diversos autores entendem que a *reincidência criminal* depende do total cumprimento da pena, pois a agravante resultaria da ineficácia dos meios de correção de que dispõe o Estado.

OLIVEIRA (1994, p. 383) ressalta que os penalistas que defendem esta espécie de *reincidência* alegam que

“(...) a pena é remédio e não se pode afirmar que alguém reincidiu na doença antes de haver tomado o medicamento. O gripado que sem ter usado a droga prescrita pelo médico, persiste em espirrar não reincide na gripe a cada espirro. Assim também, o condenado que, sem ter ainda cumprido a pena, volta a delinquir, não seria reincidente”.

Também VIANNA (1933, p. 194) ressalta o propósito desta corrente doutrinária, no sentido de que,

“(...) se a sentença não foi executada, isto é, se a pena não foi cumprida, se não se submeteu o criminoso ao regime penitenciário, cuja proficuidade foi admitida pelo legislador, não se pode ajuizar a influência que deve se exercer o mesmo regime sobre a regeneração do criminoso”.

BETTIOL (1976, p. 21) apregoa que para fins de *reincidência criminal* pressupõe-se, ao menos, o cumprimento *parcial* da pena

“(...) só quem *sentiu* realmente a execução da pena pode experimentar estímulos suficientes para correção ou emenda, pelo que não se pode dizer que manifeste determinado grau de incorrigibilidade quem foi condenado mas não cumpriu ainda ou não iniciou a execução da pena”.

NORONHA (1995, p. 256) menciona que basta o cumprimento parcial da pena imposta em relação ao crime anterior. Considera mais alarmante a personalidade do réu, caso este tenha praticado o segundo crime após o cumprimento integral da pena relativa ao crime anterior.

Mais enfático, ALAUZET (*apud* SOUZA, 1965, p. 142) sustenta que, para restar configurada a *reincidência criminal* deverá haver o cumprimento *integral* da pena anterior.

“(...) para legitimar a agravação da pena pela reincidência, não basta a condenação anterior, mas é necessária a punição efetiva, visto como muito bem se pode conceber uma sentença condenatória sem o efetivo cumprimento dela pelo condenado; e, desde então, pede a justiça e pede a lógica que se não possa agravar a pena ao reincidente, senão quando ele houver cumprido *toda* a pena imposta pela sentença condenatória anterior; porque, enquanto restar alguma parte da pena a cumprir, poder-se-á sempre dizer com alguma aparência de razão: que prova podemos ter, sem o completo sofrimento dessa pena, de que ela seria insuficiente para corrigir o criminoso reincidente?” (grifamos).

Se um dos fins da pena é influir especificamente sobre o criminoso, prevenindo a prática de novos crimes (princípio da prevenção especial), a *reincidência criminal* estaria configurada, uma vez que demonstra que os fins esperados não foram alcançados, merecendo o agente, por este prisma, um tratamento diferenciado do anterior. Todavia, se a pena não foi integralmente cumprida, não haverá porque se cogitar da *reincidência criminal*, posto que o agente não foi submetido, por completo, ao tratamento que lhe foi proposto pela pena aplicada.

De outra parte, a *reincidência ficta, presumida* ou *imprópria* é assim denominada, uma vez que não pressupõe o parcial ou integral cumprimento da pena. Para defensores desta corrente bastaria apenas a sentença condenatória transitada em julgado, ou seja, o segundo crime deverá ser cometido após o trânsito em julgado da sentença relativa ao primeiro, sendo desnecessária a execução da pena. Defendem que é na *advertência* resultante de uma primeira

condenação que se encontra o fundamento para a agravação penal; só essa condenação é que pode demonstrar a ineficácia da pena ordinária (SOUZA, 1965, p. 142). Para os que assim pensam, a simples advertência contida na condenação definitiva é suficiente para destruir o propósito criminoso anteriormente revelado, de modo que o delito novamente praticado revela maior perversidade do criminoso, indiferente àquela advertência e firme no aludido propósito, em detrimento da ordem jurídica”. (VIANNA, 1933, p. 194).

ALAUZET (*apud* SOUZA, 1965, p. 142), no entanto, respondendo à essa argumentação, ressalta que

“(…) a condenação não é necessária para a advertência; a lei é quem a faz; todo mundo é considerado conhecer a lei, e de fato este princípio, que não é muitas vezes senão uma ficção legal, é uma coisa perfeitamente verdadeira nas matérias de Direito Penal: o ladrão, o falsário sabem muito bem que infringem a lei; a condenação é útil para instruí-los disso”.

Outros autores, segundo OLIVEIRA (1994, pp. 383-4), seguindo a mesma linha de entendimento de que basta a condenação para que se configure a *reincidência criminal*, propagam que

“O condenado que, apesar da acusação, do processo e da condenação, volta a delinquir revela que nem a solenidade dos atos de persecução judicial e de inflicção da pena, nem os sofrimentos por que passou foram suficientes para abater nele a inclinação para o crime. Essa pertinácia basta para que lhe seja infligida uma pena agravada. Por outro lado, a exigência de cumprimento da pena para caracterizar a reincidência seria um prêmio ao foragido que, por rebeldia, não cumpriu a pena de crime anterior”.

Portanto, o pressuposto básico caracterizador da *reincidência ficta* ou *imprópria* não é a execução integral ou parcial da pena, mas sim a sua *aplicação* através de uma sentença condenatória transitada em julgado.

Mas há situações em que, não obstante presente o pressuposto, poderá, segundo os autores, não resultar caracterizada a *reincidência criminal*.

Se a ação é executada integralmente antes, mas o crime se consuma depois de passar em julgado aquela sentença relativa ao primeiro crime, não há *reincidência criminal*, salvo se outra intervenção do agente, mesmo omissiva, ocorreu depois de passar em julgado a sentença condenatória. Se, no entanto, a ação se inicia antes do trânsito em julgado e termina depois, assim como ocorre nos crimes permanentes, quando a execução se prolonga no tempo, poderá se caracterizar a *reincidência criminal*. Esse ponto de vista também é sustentado face à teoria da atividade, uma vez que, segundo esta, o tempo do crime é o da ação ou da omissão e não o da consumação<sup>41</sup> (LYRA, 1942, p. 291 e JESUS, 1986, p. 147).

Outra situação que não implica *reincidência criminal* é a *sentença anterior anulada*. Se foi anulada depois da segunda sentença e se exerceu nesta os efeitos para a caracterização da *reincidência criminal*, pode ser objeto de revisão criminal. (LYRA, 1942, p. 292).

Também a *sentença dependente de recurso extraordinário e especial* não pode ser considerada para fins de *reincidência criminal*. MARQUES, neste sentido, esclarece que se a sentença condenatória anterior estiver no aguardo de recurso extraordinário, mesmo que sem efeito suspensivo, signifi-

---

<sup>41</sup> O Direito Penal positivo brasileiro, quanto ao tempo do crime, adotou a teoria da atividade, segundo a qual considera-se praticado o crime no momento da ação ou da omissão, ainda que outro seja o momento do resultado (art. 4º do Código Penal). A teoria do resultado, ou do efeito, considera o momento da consumação, não levando em consideração o momento em que o agente praticou a ação. A teoria mista considera ambos os momentos como o momento do crime. (MIRABETE, 1987, p. 75).

ca dizer que ainda não transitou em julgado. O entendimento se aplica também aos recursos especiais.

“(...) se houver recurso extraordinário, a sentença ainda não transitou em julgado. É irrelevante a circunstância de não ter aludido recurso qualquer efeito suspensivo. Decisão transitada em julgado é aquela sobre a qual ocorreu a preclusão máxima, ou coisa julgada formal, por ser uma decisão de que já não cabe recurso. Assim sendo, a interposição de recurso extraordinário impede que passe em julgado a decisão, muito embora o pronunciamento condenatório deva ser desde logo executado.” (MARQUES, 1956, p. 89).

Quanto à sentença sujeita à revisão criminal em nada obsta o reconhecimento da *reincidência criminal*, porque a revisão não é recurso, e sim, ação penal rescisória cabível em processos findos (Cod. Processo Penal, art. 621) e que pode ser proposta em qualquer tempo, antes da extinção da pena ou após. (MARQUES, 1956, p. 89; FARIA, 1961, p. 43).

Se houver a *extinção da punibilidade em relação ao crime anterior* e se a extinção da punibilidade ocorreu antes do trânsito em julgado da sentença condenatória, não há falar-se em *reincidência criminal*. A hipótese inclui a prescrição retroativa<sup>42</sup>. É que a *reincidência criminal* pressupõe sentença condenatória irrecorrível e se esta não existiu não há recidiva. No entanto, se a extinção da punibilidade ocorreu em face da prescrição da pretensão executória e do indulto, que não apagam os efeitos secundários da primeira condenação, a prática do novo crime caracterizará a *reincidência criminal*, posto que, nestes casos, a extinção da punibilidade não rescinde a sentença condenatória, apenas a execução da pena. (JESUS, 1986, p. 646; FARIA, 1961, pp. 44-5).

---

<sup>42</sup> A prescrição retroativa está regulada na norma do artigo 110, §§ 1º e 2º, do Código Penal.



Tanto a *anistia*, quanto a *abolitio criminis*, apagam o crime e rescindem a condenação passada em julgada, fazendo com que o sujeito que tenha sido condenado irrecorrivelmente pela prática de crime, venha a ser favorecido pela lei nova supressiva de incriminação, não caracterizando a *reincidência criminal*, caso venha a cometer outro crime. (JESUS, 1986, p. 647; FARIA, 1961, p. 45).

Em se tratando o *perdão judicial* de causa extintiva da punibilidade, faz desaparecer todos os efeitos da condenação. Assim, a sentença condenatória alcançada pelo perdão judicial não pode ser considerada como pressuposto da *reincidência criminal*.

Se a decisão anterior absolveu o acusado por ausência de culpabilidade em razão da inimputabilidade, aplicando-lhe *medida de segurança*, não pode tal sentença ser considerada para fins de *reincidência criminal* em razão de segundo crime. (LYRA, 1942, p. 291; COSTA JÚNIOR, 1986, p. 330 e SOUZA, 1965, p. 136).

A *sentença condenatória anterior à pena pecuniária* não enseja a *reincidência criminal*. Segundo COSTA JÚNIOR (1986, p. 327), para que seja reconhecida a *reincidência criminal*, faz-se necessário que a sentença condenatória imponha pena privativa de liberdade, não sendo considerada se a pena for pecuniária<sup>43</sup>.

---

<sup>43</sup> “Antes da reforma penal de 1984 havia duas posições da jurisprudência quanto à pena de multa ensejar ou não reincidência. Para uma não havia reincidência; para a outra, ela existiria se ambos os crimes fossem dolosos. A Lei 7.209/84 deu nova redação ao § 1º do inciso III do artigo 77 do Código Penal, estabelecendo que a condenação anterior à pena de multa não impede a concessão do *sursis*. DAMÁSIO entende que, não especificando o artigo 63 a esp[écie da pena, existe a reincidência.” (CARNEIRO, 1996, pp. 33-4).

### 3.2.4 Quanto à abrangência territorial: reincidência nacional e internacional

Partindo-se do pressuposto de que, para o reconhecimento da *reincidência criminal*, faz-se necessário, no mínimo, uma sentença condenatória anterior transitada em julgado, os efeitos desta sentença podem operar-se sobre o território de outro país ou apenas no território do país onde a mesma foi prolatada. No primeiro caso, estaremos diante da *reincidência internacional*, e, no segundo, da *reincidência nacional*. Ressalvados os casos de extraterritorialidade da lei penal<sup>44</sup>, os crimes são julgados no país onde ocorrerem. Por isso, se se admitir os efeitos da sentença condenatória estrangeira, a *reincidência* será *internacional*. Caso contrário, se somente se admitir os da sentença condenatória nacional, a *reincidência* será *nacional*. A esse respeito é importante ressaltar que a sentença condenatória proferida por juiz ou tribunal estrangeiro em face de contravenção, não enseja reincidência (art. 7º do Decreto-lei nº 3.688, de 03 de outubro de 1941 - Lei de Contravenções Penais).

SOUZA (1965, p. 148) sustenta que a circunstância de lugar não deve exercer nenhuma influência sobre a *reincidência criminal*, pouco importando se a sentença condenatória anterior foi prolatada em outro país. Assim, pois, ainda que o primeiro crime tenha sido perpetrado e processado em país estrangeiro, se dele resultar condenação, deve-se aplicar ao delinqüente a agravção das penas da *reincidência criminal*.

---

<sup>44</sup> A regra é que cada país julgue os crimes cometidos em seu território. O contrário é a exceção, de tal sorte que, quando a lei do país é aplicada aos casos ocorridos fora do seu território, estar-se-á diante de um caso de extraterritorialidade da lei penal, regulada no artigo 7º, do Código Penal.

Vozes há que se erguem contra a *reincidência internacional*, como por exemplo os criminalistas franceses, alegando que, se a condenação foi proferida por um tribunal estrangeiro, não está preenchida a condição da lei, porquanto

“(...) o julgamento é um ato de soberania cujos efeitos devem limitar-se ao território da nação representada pelo tribunal que o proferiu, sendo um princípio inconcusso do direito internacional, que tal julgamento nenhuma força obrigatória tem para os outros Estados”. (SOUZA, 1965, p. 148).

Rebate NICOLINI (*apud* SOUZA, 1965, pp. 148-9), afirmando que

“A agravação da pena no caso de reincidência não assenta, sobre a primeira condenação, nem sobre o primeiro delito, mas sim sobre o segundo; ela é pronunciada, não em razão do dolo já uma vez punido com o primeiro crime, mas em razão da maior perversidade e dos hábitos criminosos de que dá provas o delinqüente. A condenação anterior em tal caso deve ser considerada apenas como um fato, com um mau antecedente do agente, que induz a necessidade de uma pena maior, e nada mais. Por conseguinte, a razão geral da lei, assim como a generalidade dos seus termos exigem que a sua disposição seja aplicada a todos os casos e, sobretudo, aos condenados em país estrangeiro, cujo passado todo não é sempre bem conhecido”.

Outros autores, fundamentando os seus posicionamentos na *reincidência própria* ou *verdadeira*, ressaltam que a prática do segundo crime em país diverso, onde o prestígio da autoridade está a salvo, não implica o reconhecimento da *reincidência criminal*, uma vez que ainda não foram sentidos os efeitos da pena no país onde ocorreu o segundo crime.

SOUZA (1965, p. 149), no entanto, atento à *reincidência ficta* ou *imprópria*, aduz sobre a desnecessidade do cumprimento da pena no país estrangeiro, bastando a advertência imposta pela sentença condenatória lá profe-

rida, a qual é detentora do mesmo poder de intimidação dos tribunais nacionais.

“Parece-nos, porém, que esta nova argumentação cai por si mesma como o falso suposto em que é baseada. Se a lei exigisse como condição da reincidência o completo sofrimento da pena imposta ao primeiro delito, então ainda se poderia descobrir-lhe alguma força, contanto que a penalidade estrangeira fosse insignificante ou mesmo inferior à do país; mas quando a lei contenta-se com o simples fato da condenação, vê-se que não é possível atribuir plausivelmente maior poder de intimidação às sentenças dos tribunais nacionais, do que à dos tribunais estrangeiros.”

A advertência de que não se trata de punir novamente por um crime praticado nem de executar a sentença proferida por um tribunal estrangeiro, vem de VIANNA (1933, pp. 198-9), porquanto o exercício de tais atos seria exceder os limites da soberania territorial. Cogita-se, apenas,

“(...) é de apreciar devidamente o caráter do delinqüente pelo estudo dos seus antecedentes indicativos, ou não, de tenacidade ou obstinação no propósito criminoso. A condenação passada em julgado e proferida por tribunal estrangeiro revelará, apenas, um fato constitutivo da maior perversidade do delinqüente da sua criminalidade habitual.”

Outro aspecto discutível é a *necessidade ou não de homologação da sentença condenatória estrangeira* para que possa ser caracterizada a *reincidência criminal*. Há autores que defendem a desnecessidade da homologação (JESUS, 1986, p. 646; MARQUES, 1956, p. 88 e LYRA, 1942, p. 291), enquanto outros professam esta necessidade (BETTIOL, 1976, p. 22). A lei penal brasileira<sup>45</sup> somente permite os efeitos da sentença estrangeira, quando a aplicação da lei penal brasileira produzir na espécie as mesmas conseqüências. Portanto, para que possa ser considerada a *reincidência criminal*, há a necessidade de se saber, primeiramente, se a lei brasileira produzirá as mesmas

<sup>45</sup> Sobre a eficácia da sentença estrangeira, ver art. 9º do Código Penal e artigos 15 a 17 da Lei de Introdução ao Código Civil.

conseqüências que as havidas pela sentença condenatória estrangeira, o que somente é possível após ser submetida à homologação por tribunal brasileiro.

### 3.2.5 Quanto à abrangência material: reincidência ampla e limitada

A *reincidência criminal* pode ter abrangência sobre todos os fatos delituosos ou somente sobre alguns deles. Se não houver limites, estar-se-á diante da *reincidência ampla* ou *irrestrita*. Se, ao contrário, houver limites à sua abrangência, mediante a exclusão de alguma espécie de fatos, estar-se-á diante da *reincidência limitada* ou *restrita*. A primeira abrange todos os fatos criminosos genericamente praticados pelo agente, sem se importar com as circunstâncias pessoais dos sujeitos passivos ou ativos, natureza, gravidade ou bem jurídico lesado, ou ainda com as circunstâncias em que foi praticado. Alcança, assim, qualquer crime previsto no código ou em lei especial, ou seja, crime doloso, culposo, político, social, político-social, militar, etc. (LYRA, 1942, p. 297). A segunda, ao contrário, exclui determinados fatos infracionais, restringindo a sua esfera de abrangência. Em alguns casos não se considera a *reincidência criminal* para todos os efeitos, em outros, não se considera para determinados efeitos, como por exemplo, quando o segundo crime for culposo, não considera para fins de revogação da suspensão condicional da pena em relação ao delito anterior<sup>46</sup>.

As limitações são aquelas impostas na lei penal, por razões de Política Criminal. Assim, no Direito Penal Positivo brasileiro há restrições em relação às *contravenções penais*, aos *crimes militares próprios*, aos *crimes políticos* e aos *crimes culposos*.

---

<sup>46</sup> Ver artigo 81, I, do Código Penal.

As *contravenções penais* são consideradas para fins de *reincidência criminal*, somente em face a outra contravenção, ou se relacionadas com um crime anteriormente praticado. Se a contravenção for a primeira infração praticada e o crime a segunda, a contravenção não é considerada para fins de *reincidência*. Também não podem ser levadas em consideração, se forem praticadas no estrangeiro, posto que neste caso a sentença estrangeira não teria efeito para fins de *reincidência criminal* no território nacional<sup>47</sup>.

Outra limitação imposta à influência da *reincidência criminal* é a que diz respeito aos *crimes militares próprios*, assim entendidos os que estão tipificados exclusivamente na lei penal militar. Segundo COSTA JÚNIOR (1986, p. 334), “o Código Penal Militar contempla tipos como a deserção, ou o dormir em serviço, que não têm qualquer correspondente no Direito Penal comum. Somente estes crimes, propriamente militares, terão o condão de afastar os efeitos da reincidência”. Assim, se o delito antecedente for propriamente militar e o subsequente for comum, não estará configurada a *reincidência criminal*, posto que neste caso esta não se caracteriza, devido ao limite imposto pela lei penal<sup>48</sup>. No entanto, se a matéria está sendo apreciada à luz do Direito Penal Militar, caracterizada pode estar *reincidência criminal*, nos termos do artigo 71 do Código Penal Militar.

MARQUES (1986, p. 57) argúi no sentido de que os delitos militares, mesmo que próprios, devem ser considerados para fins de *reincidência criminal*, uma vez que as questões decididas na justiça militar constituem causa penal.

---

<sup>47</sup> Ver artigo 63, do Código Penal.

“Se os crimes propriamente militares (deserção, covardia, insubordinação, etc.) se apresentam como infrações disciplinares, nem por isso deixam de ter o caráter do ilícito penal, tanto que já se pensou em colocá-los, como delitos funcionais que são, ao lado dos crimes específicos do funcionário civil. Se as sanções do Direito Penal Militar têm o caráter de pena e são aplicadas jurisdicionalmente, não se pode negar ao crime castrense a natureza de crime propriamente dito, uma vez que é a *sanctio juris* que qualifica o ato ilícito”.

Os crimes políticos também estão excluídos da *reincidência criminal*.

Sobre crime político, COSTA JÚNIOR (1986, p. 334) argumenta que podem ser entendidos de duas formas diversas:

“Para alguns, o que conta é o bem jurídico tutelado. Conseqüentemente, será político o delito que venha a destruir ou a ameaçar a estrutura política vigente. Outros entendem que não é o bem jurídico a ser considerado, mas a motivação da conduta. Na Dogmática jurídico-penal, há uma tendência de unificar ambas as visões, considerando crimes políticos tanto os que lesionarem ou colocarem em perigo a estrutura política vigente como os que tiverem motivação de natureza política. Adotando semelhante posicionamento, o *jus positum* italiano define como crime político não apenas aquele que ofende um interesse político do Estado ou um direito político do cidadão, mas também aquele crime comum determinado, no todo ou em parte, por motivo político. Em função dessas modalidades, a doutrina dividiu os crimes políticos em: a) crimes políticos puros, de exclusiva natureza política; b) crimes políticos relativos, que compreendem os delitos políticos mistos ou complexos, quando ofendem, simultaneamente, a ordem político-social e um interesse privado (crimes não puramente políticos)”.

Verifica-se, finalmente, que também há restrições em se reconhecer a *reincidência criminal* em relação aos crimes culposos em determinadas situações. Alguns autores, dentre eles PESSINA (*apud* LYRA, 1942, p. 297), defendem que a *reincidência criminal* não deve abranger os crimes culposos, sob o fundamento de que “a agravante somente visa malefícios dolosos”. Contra esta restrição há os argumentos de que a reincidência em crimes cul-

---

<sup>48</sup> Ver artigo 64, II, do Código Penal.

posos, pela persistência na negligência, na imprudência e na imperícia, atos que o criminoso, pela consciência aumentada em razão de condenação anterior, sabia ser contrários ao direito, manifesta desprezo maior pelas normas de convivência social e desperta maior alarme social, merecendo uma sanção mais grave .(SIQUEIRA, 1947, pp. 666-7).

O Direito Penal Positivo brasileiro, no entanto, restringe o reconhecimento dos efeitos da *reincidência criminal*, em relação aos crimes culposos, em determinadas situações, não impedindo a suspensão condicional da pena (art. 77, I, do Código Penal), nem obrigando a revogação do livramento condicional (art. 81, I, do Código Penal), como ocorre em relação aos crimes dolosos.

### **3.2.6 Quanto à reiteração: reincidência simples e reiterada (multi-reincidência)**

Quanto à reiteração, ou seja, quanto ao número de fatos praticados, a reincidência pode ser *simples*, quando o agente praticar dois fatos (um antecedente e outro precedente). É a primeira *reincidência*. A reincidência *reiterada* ou *multirreincidência*<sup>49</sup>, ocorre quando a *reincidência criminal* se repete por duas ou mais vezes, ou seja, o agente já é considerado reincidente e torna a praticar novo ilícito penal que o torna novamente reincidente. (SABINO JÚNIOR, 1967, p. 192; JESUS, 1986, p. 647 e SIQUEIRA, 1947, p. 671).

---

<sup>49</sup> A multirreincidência corresponde ao conceito de crime habitual preconizado no artigo 64, § 2º, a, do Código Penal de 1969.



### 3.2.7 Quanto à temporalidade: reincidência perpétua e temporária

Sob o aspecto da temporalidade ou perpetuidade da permanência da *reincidência criminal*, os autores também se dividem. Por isso, sob este aspecto a reincidência poderá ser *temporária* e *permanente*. Será *temporária* ou *por tempo determinado*, “quando se estabelece um período de tempo a partir da precedente condenação, além do qual esta condenação não possa constituir elemento da reincidência”. Será *permanente* ou *por tempo indeterminado*, quando, sendo estabelecido nenhum termo, o estado de reincidência seja perpétuo, isto é, não há limitação entre o primeiro fato delituoso e o segundo (SOUZA, 1965, p. 147).

De cunho positivista, a *reincidência perpétua* tem entre os seus os defensores GARÓFALO, que questionou, fundamentado na Psicologia e na Antropologia criminal, a limitação temporal, por força de lei, dos efeitos da *reincidência criminal*, afirmando que isso significa estimular a habilidade do criminoso para conservar-se tranqüilo e oculto por um determinado período, apenas, e depois voltar a delinqüir.

“Com este sistema agradece a lei ao malfeitor a bondade que teve de conservar-se tranqüilo cinco ou dez anos ou a habilidade de manter-se oculto. E para corresponder dignamente a tanta generosidade, ela recusa-se a tomar em conta, para o estudo do remédio oportuno, o elemento criminal que encontra na vida anterior do réu e que, examinando em confronto com o novo, poderia fornecer uma mais exata previsão do futuro.” (GARÓFALO, 1925, p. 414).

A tendência perversa, segundo GARÓFALO (1925, p. 415), não é de natureza a desvanecer-se no tempo, surgindo sempre que todos a consideravam extinta. Os impulsos criminosos do indivíduo reaparecem sempre nas

ocasiões mais favoráveis. O delinqüente pertence ao grupo não dos que uma só vez se deixaram vencer por influências externas, mas dos incorrigíveis por ausência de inibição moral. Daí porque, no seu entender, a *reincidência criminal* é sempre de suma importância para a avaliação dos sintomas do criminoso instintivo e incorrigível e para se apreciá-la é necessário que se estude as diversas espécies de criminalidade, porque a sua significação varia consideravelmente de uma para outra classe de crimes e de criminoso.

Para VIANNA também é inaceitável a temporalidade da *reincidência criminal*, uma vez que pelo simples fato de se arbitrar um prazo de não recaída no crime, não significa que o agente efetivamente se regenerou. Por isso defende a permanência do estado de reincidência, a fim de que possa ser avaliado individualmente, podendo o juiz reconhecê-lo ou não, conforme demonstre o agente ter ou não se regenerado no curso do tempo.

“Ao critério do decurso do prazo deve forçosamente associar-se o da prova da regeneração do criminoso, não bastando mesmo demonstrar-se que o criminoso não delinqüiu durante um certo tempo. Faz-se mister provar-se que ele se mostrou regenerado durante esse tempo. Daí se induz a preferência da teoria que consagra a permanência do estado de reincidência, cuja decretação aliás não deve ser obrigatória, mas sim facultativa. Nenhum inconveniente decorrerá da permanência do estado de reincidência, desde que seja facultativa a agravação da pena. Poderá o juiz, apreciadas as circunstâncias especiais em que foi o novo crime praticado depois de um certo tempo e apurado o procedimento do criminoso no decurso desse período, agravar ou deixar de agravar a penalidade. O que não se concebe é que decorrido um certo prazo não seja lícito ao juiz semelhante agravação, como também não se concebe a agravação obrigatória da penalidade por menos indicativo que seja da permanência dos impulsos criminosos, da mesma natureza ou da natureza diversa - o crime novamente praticado, à vista das circunstâncias em que foi ele praticado. A necessidade imperiosa da individualização justifica a teoria do estado permanente da reincidência.”(VIANNA, 1933, p. 196-8).

Não obstante a *reincidência permanente* ou *perpétua* tivesse sido abolida do Direito Penal Positivo brasileiro após a vigência da Lei 6.416, de 24 de maio de 1977, percebe-se que aos poucos ela vem sendo ressuscitada, conforme se verifica no artigo 89 da Lei 9.099, de 26 de setembro de 1995 e no artigo 10, § 3º, IV, da Lei nº 9.437, de 20 de fevereiro de 1997.

Outros autores, no entanto, sustentam que o estado de reincidência não deve persistir, se a tendência ao crime deixou de se manifestar durante certo tempo. Há os que, como CARRARA, defendem que o estado de reincidência deve ser proporcional ao tempo percorrido desde a última condenação (LYRA, 1942, 296).

Sobre o fundamento racional da reincidência, MANCINI (*apud* GARÓFALO, 1925, p. 414) afirmou que

“(...) ele falta ou perde, pelo menos, muito da sua força sempre que a vida honesta, mantida por longos anos a partir da primeira pena, demonstrar que os sofrimentos da repressão ordinária foram eficazes. Não se encontra, além disso, na hipótese, aquela pertinácia no mal que torna o delinqüente perigoso para a sociedade.”

COSTA JÚNIOR (1942, p. 329), citando CASTIGLIONE defende a *reincidência temporária*, face à prescrição criminal, pois não é possível que a maior prescrição do Código Penal seja de vinte anos e a *reincidência criminal* não prescreva nunca, sugerindo que, a exemplo da prescrição, aquele instituto observe uma escala proporcional de gravidade do delito. A contagem do prazo, neste caso, deve levar em consideração o pressuposto de configuração. Se o pressuposto é o cumprimento da pena, o prazo começa a correr da data em que esta se expirou, ou seja, somente após o agente ter sofrido integralmente os seus efeitos (COSTA JÚNIOR, 1986, p. 330). Se o pressuposto for a sen-

tença condenatória transitada em julgado, o prazo deveria ser contado da data do trânsito em julgado da decisão (quando se consumou a advertência). Todavia, o Direito Positivo Penal brasileiro impõe que a contagem se faça da data do cumprimento da pena, ou, se forem concedidos e não revogados os benefícios da suspensão condicional da pena ou do livramento condicional, da data das respectivas audiências admonitórias (art. 64, I, do Código Penal).

### 3.2.8 Quanto à previsão legal: reincidência “de direito” e “de fato”

Quanto à previsão legal, a reincidência pode ser *de direito*, quando, para a sua caracterização se fizer necessária a presença de todos os elementos previstos na lei, ou *de fato*, se, ao contrário, não houver nenhuma exigência formal, consistindo na mera recaída no delito, independentemente de outros requisitos. (SOUZA, 1965, p. 145).

Quando se fala em reincidência de fato, vem à tona categorias como a *não primariedade*, *concurso de agentes* e *reiteração*, os quais, muito embora não sejam a mesma coisa, podem confundir-se, em algumas situações, com a *reincidência criminal*.

A *reincidência criminal* e a *não primariedade* podem ou não tratar de condição idêntica, o mesmo ocorrendo com o *concurso de crimes* e a *reiteração*. Na Dogmática Penal as opiniões se dividem.

Quanto à *não primariedade* e à *reincidência criminal* há duas correntes: uma que compreende como primário o indivíduo não reincidente; e outra que somente o que jamais sofreu qualquer condenação definitiva.

COSTA JÚNIOR (1986, pp. 332-3) explica que

“Reincidente é aquele que praticou um novo crime, após a sentença condenatória irrecorrível. Aquele que pratica novo crime após o decurso dos cinco anos aludidos anteriormente será denominado *não primário*. Existe pois uma diferenciação entre os primários: aqueles que são verdadeiramente primários, que jamais cometeram crime algum anteriormente, e aqueles que já o praticaram, mas não chegaram a ser condenados, ou então se beneficiaram da reabilitação. A matéria não representa hoje em dia, diante da sistemática penal atual, maior interesse. Isto porque a nova lei penal não exige mais, para a concessão do benefício, seja o réu primário, mas somente não reincidente. E o *não primário* é o *não reincidente*. (...) A classificação parece ter conservado sua importância para certos direitos, contemplados na Parte Especial do Código, que ainda não foi reformulada, permanecendo a mesma de 1940. Vejam-se, à guisa de exemplificação, os arts. 166, § 2º, 170 e 171, § 1º. Entretanto, confrontadas a Parte Geral e Especial, prepondera aquela com respeito a esta. Conseqüentemente o primário será não apenas aquele que jamais sofreu condenação alguma, como aquele que, embora condenado irrecorrivelmente, não é reincidente. Uma observação final: o art. 594 do Código de Processo Penal inclui a primariedade entre os requisitos que permitem ao réu recorrer em liberdade. A exigência deverá ser interpretada à luz do art. 64, I, de molde a permitir que os condenados, decorrido o prazo superior a cinco anos *in albis*, possam recorrer em liberdade”.

JESUS (1986, p. 645) se filia à primeira corrente, entendendo que a *não primariedade* e a *reincidência criminal* espelham a mesma realidade, ou seja, o criminoso primário seria não só “o que foi condenado pela primeira vez, como também o que foi condenado várias vezes, sem ser reincidente”. Assim, o agente que em meses seguidos cometesse vários crimes em comarcas diferentes, sendo processado e condenado irrecorrivelmente em todas, não seria reincidente, pois não cometeu delito após o trânsito em julgado de nenhuma sentença condenatória, permanecendo, no seu entender, primário, ou *tecnicamente primário*.

MIRABETE (1987, p. 295), filiando-se à segunda corrente, entende que *primário* não é apenas o *não reincidente*, mas também aquele que jamais sofreu condenação anterior transitada em julgado.

Destaca-se, no entanto, que, em ambas as correntes, faz-se necessária a existência de uma sentença condenatória anterior transitada em julgado.

O Direito Positivo Penal e Processual Penal brasileiro contém diversas situações, nas quais, em vez de mencionar a *reincidência criminal*, menciona apenas “não ter sido condenado anteriormente, levando à conclusão de que há situações distintas, como por exemplo o artigo 89 da Lei 9.099, de 26 de setembro de 1995, que estabelece como requisito para a concessão da suspensão condicional do processo, “não tenha sido condenado por outro crime”, dando a entender tratar-se de *reincidência genérica por tempo indeterminado*. Também o artigo 10, § 3º, IV, da Lei 9.437, de 20 de fevereiro de 1997, menciona que a pena do porte ilegal de arma é de reclusão de dois anos a quatro anos e multa, se o agente “possuir condenação anterior por crime contra a pessoa, contra o patrimônio e por tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins”. Neste caso, a *reincidência é específica e por prazo indeterminado*. Em ambas as situações exemplificadas, poderá ocorrer que o agente seja *não reincidente*, mas *não primário*, se a condenação anterior ultrapassar o prazo de cinco anos. No entanto, há autores que limitam o prazo para cinco anos, aplicando analogicamente o artigo 64, inciso I, do Código Penal (GOMES, 1995, p. 160).

Haverá diferença, também, entre o *concurso de crimes e a reiteração*, conforme o entendimento dogmático, por se trataram de situações diversas. O

*concurso de crimes* é a prática de duas ou mais infrações penais em uma mesma oportunidade ou em ocasiões diversas, que estejam ligadas por alguma circunstância. (MIRABETE, 1987, p. 304). A *reiteração*, por sua vez, é a prática de duas ou mais infrações, antes da prolação da sentença condenatória, sem ligação entre uma e outra. Para os que entendem que para o concurso de crimes não se exige nenhuma espécie de ligação entre um e outro fato, reiteração e concurso de crimes representam a mesma situação.

### **3.3 Configuração da reincidência criminal no Direito Positivo Penal brasileiro: definição e elemento caracterizadores**

Antes de se mencionar a configuração da *reincidência criminal* no Direito Positivo Penal brasileiro, é salutar que façamos uma breve menção acerca de como este instituto ingressou nas legislações penais, processuais penais e de execução penal vigentes no Brasil, desde o seu descobrimento.

Salienta-se, primeiramente, que as raízes do instituto da *reincidência criminal* estão no Direito Romano. A *reincidência criminal* no sistema romano, levando em consideração a classificação que anteriormente se produziu, era *específica, própria ou verdadeira, temporária*, admitia a *reincidência internacional*, era *facultativa*, mas quando admitida servia para comutar as penas em mais graves (p. ex. o primeiro furto era punido com a perda do olho, o segundo com a perda do nariz e o terceiro com a morte). (LYRA, 1942, pp. 281-2).

O direito canônico absorveu a *reincidência criminal*, levando os práticos a construir a noção de *perseveratio in crimine* (reincidência criminal) e da *consuetudo delinquendi* (crime habitual) como circunstância agravante.

A Inquisição do Santo Ofício considerava a recaída numa determinada heresia da qual abjurou ou em qualquer outra, desde que tenha abjurado, em um indício exterior de conhecimento do herege (EYMERICH, 1993, p. 128).

No Direito Positivo Penal, Processual Penal e de Execução Penal brasileiros, o instituto da *reincidência criminal* foi ingressando aos poucos, passando a exercer influência cada vez mais visível, conforme veremos em item seguinte.

As Ordenações do Reino, no entanto, não contêm registros no sentido de que a *reincidência criminal* fosse um instituto reconhecido e influente explicitamente em relação ao crime, à pena ou ao criminoso.

Foi através do Código Criminal do Império, de 07 de janeiro de 1831, que *reincidência criminal*, como instituto penal, ingressou no Direito Positivo Penal brasileiro, tendo o seu artigo 16, § 3º, previsto como circunstância agravante, “ter o delinqüente reincidido em delito da mesma natureza” (PIERANGELLI, 1980, p. 169). O dispositivo não trazia em si os requisitos necessários à configuração da *reincidência criminal*, no entanto, os tribunais somente admitiam-na se houvesse uma sentença anterior transitada em julgado (MARQUES, 1956, p. 90). Eram permanentes os efeitos da reincidência.



O Código Penal Republicano, instituído pelo Decreto nº 847, de 11 de outubro de 1890, não somente manteve o instituto da *reincidência criminal* (art. 39, § 19), como também estabeleceu que a mesma somente se verificava, em caso de *reincidência especialíssima*, mantendo a sua perpetuidade e estendendo a sua influência em relação a outros institutos penais, porquanto passou a ser causa de revogação do livramento condicional e causa interruptiva da prescrição. (PIERANGELLI, 1980, pp. 272, 273 e 277).

A Consolidação das Leis Penais, aprovada e adotada pelo Decreto nº 22.213, de 14 de dezembro de 1932, manteve o instituto da *reincidência criminal*, nos termos da legislação anterior, inclusive o seu caráter permanente, introduzindo algumas alterações e ampliando o seu alcance. Dentre elas, admitiu, no seu artigo 178, a reincidência genérica apenas no caso do segundo ser crime eleitoral, permanecendo a reincidência especialíssima para os demais casos. Além disso, segundo o artigo 177, prescreveu que “em todos os delitos de natureza eleitoral, a reincidência elevará a pena ao máximo”. A reincidência continuou a ser causa de revogação do livramento condicional, “se o liberado vier a ser condenado por qualquer infração penal, que o sujeite a pena restritiva de liberdade” (art. 50, § 7º, “a”), bem como causa interruptiva da prescrição (art. 81). Sobre a suspensão condicional da pena, limitou apenas aos condenados que sofrerem a primeira condenação (art. 51, *caput*), sendo a suspensão passível de revogação, se no período de prova vier a ser imposta outra pena ao apenado (art. 51, § 1º). (PIERANGELLI, 1980, pp. 334, 335, 356 e 338).

Das legislações até então vigentes no país, o Código Penal de 1940, aprovado pelo Decreto-lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940, foi o que

mais privilegiou a *reincidência criminal*, a ponto de ter constado da sua exposição de motivos, o tratamento especial merecido pelo instituto.

“Um dos pontos culminantes do projeto é a disciplina da agravante da *reincidência*. (...) À reincidência, na contextura do projeto, são atribuídas conseqüências legais particularmente severas, quer do ponto de vista *repressivo* ou da *pena*, quer do ponto de vista *preventivo* ou da *medida de segurança*. (...) A reincidência é *específica* ou *genérica*, conforme sejam os crimes da mesma ou diversa natureza. É abolida a *reincidência especialíssima* da lei atual. Crimes da mesma natureza não são apenas aqueles que consistem na *violação do mesmo artigo*, mas também aqueles que, embora definidos em dispositivos diversos, apresentam, pelos fatos que os constituem ou por seus motivos determinantes, caracteres fundamentais comuns. Em qualquer de suas espécies a reincidência faz presumir a periculosidade (art. 78, no IV), exclui a suspensão condicional da pena (art. 57, no I), eleva o período de tempo de cumprimento da pena necessário para a concessão do livramento condicional, aumenta o prazo de prescrição (art. 110), interrompe o curso da prescrição, duplica o prazo mínimo para o pedido de reabilitação. A reincidência genérica, além do efeito da exasperação da pena (como qualquer outra agravante), torna obrigatória, como já vimos, a conversão da multa em detenção, no caso de não pagamento. A reincidência específica produz o mesmo efeito, se a multa é aplicada, cumulativamente como pena privativa de liberdade e, além disso, segundo o art. 47, importa: I - aplicação da pena acima da metade da soma do mínimo com o máximo, se se trata de reclusão ou detenção; II - a aplicação da pena mais grave em qualidade, dentre as cominadas alternativamente, sem prejuízo do disposto no nr<sup>o</sup> 1<sup>o</sup>. (PIERANGELLI, 1980, p. 424-5).

Destaca-se que a principal modificação introduzida pelo novo código, conforme se pode extrair da sua exposição de motivos, é a *reincidência criminal* como *causa de presunção da periculosidade do criminoso* (art. 78, IV), circunstância esta inerente ao autor, não mais ao fato, o que revela a forte inclinação positivista daquele corpo normativo. Por tais razões, a agravação da pena era sempre obrigatória, ficando a critério do livre arbítrio judicial apenas a fixação do *quantum*, se a reincidência fosse genérica (art. 44, I), e limitado em se tratando de reincidência específica. (art. 47). LYRA (1942, p. 286) destaca que no Código de 1890 a reincidência figurava, em último lugar,

entre as agravantes do “crime”, enquanto que no Código de 1940 comanda o elenco de agravantes da “pena”. A concessão do benefício do livramento condicional passou a ser influenciado fortemente pela *reincidência criminal*, de modo tal que o prazo para o criminoso reincidente ter direito ao benefício era prolongado da metade para três quartos da pena imposta (art. 60, I). O instituto foi mantido como causa de revogação dos benefícios da suspensão condicional da pena (art. 59, I) e do livramento condicional (art. 64, I), assim como causa interruptiva da prescrição. A reabilitação, instituto vigente desde o Código Republicano (art. 86), passou a sofrer, após a vigência do Código Penal de 1940, a influência da *reincidência criminal*, passando esta a ser causa da revogação da reabilitação (art. 120), como também de contagem em dobro do respectivo prazo (art. 120, parágrafo único). Ainda, passou a influir na aplicação das penas em espécie, obstando a substituição das penas privativas de reclusão por penas de detenção ou multa, nos crimes de furto, apropriação indébita, estelionato e receptação (arts. 155, § 2º, 170, 171, § 1º e 180, § 3º). Há que se salientar, finalmente, que o Código de 1940 manteve intacta a perpetuidade da reincidência, herança dos demais corpos normativos que o antecederam. (PIERANGELLI, 1980, pp. 456-70 e 478-84).

Introduzida pelo Decreto-lei nº 3.688 de 03 de outubro de 1941, a Lei de Contravenções Penais amplia o alcance do instituto às contravenções, porquanto até então sua abrangência era apenas sobre os crimes (art. 7º). Pelo mencionado dispositivo, passou-se a admitir a *reincidência*, se o fato anterior for uma contravenção e o segundo também; de igual forma, se o primeiro for um crime e o segundo contravenção; e pelas disposições do Código Penal, se o primeiro fato for um crime e o segundo também, não se admitindo a sua

ocorrência se o primeiro fato for contravenção e o segundo crime. (PIERANGELLI, 1980, p. 518).

O Código Penal de 1969 tentou eliminar a reincidência específica e impor a temporalidade da *reincidência criminal*. Limitava os seus efeitos, excluindo-a em relação aos crimes políticos, militares e anistiados, mas influenciando na definição de criminoso habitual e por tendência. (PIERANGELLI, 1980, pp. 579-674).

A Lei nº 6.416, de 24 de maio de 1977, primeira reforma do Código Penal de 1940, formalizou importantes alterações no Direito Positivo vigente, com especial destaque para aquelas almejadas pelo Código Penal de 1969, alcançando tanto a esfera do Direito Positivo Penal, como do Direito Positivo Processual Penal, inclusive em aspectos atinentes à *reincidência criminal*, ressaltando-se, como os mais importantes, a eliminação da sua perpetuidade e a extinção da figura da *reincidência específica*. (PIERANGELLI, 1980, pp. 537-43).

“A Lei 6.416/77 eliminou a reincidência específica, *limitação intolerável ao poder discricionário do juiz na aplicação da pena*. Assim, atendeu-se em parte ao princípio aceito pela Comissão Redatora do Código Penal Tipo para a América Latina, segundo o qual a reincidência não é um fator relevante na aplicação e dosagem da pena, não podendo ser de fixação obrigatória, nos termos preconizados pelo IX Congresso Internacional de Direito Penal, realizado em Haia, em 1964. Eliminando a reincidência específica, a lei nova atualizou o CP brasileiro de acordo com as modernas legislações, como o vigente estatuto alemão, que não prevê mais a agravante especial. Diante disso, hoje só podemos falar em reincidência. Nem *reincidência genérica* podemos mencionar, uma vez que indicaria a existência de outra, específica. A reincidência constitui, no regime atual, circunstância agravante genérica (art. 61, I), exasperando a pena de acordo com o prudente arbítrio do juiz.” (JESUS, 1986, p. 651).

É importante lembrar que, através do art. 5º, da Lei 8.072/90, que definiu os crimes hediondos e assemelhados, restabeleceu-se a figura da *reincidência específica*, acrescentando-se o inciso V ao artigo 83 do Código Penal, de tal forma que, se o condenado não for “reincidente específico” em crimes da mesma natureza, poderá o juiz conceder-lhe livramento condicional nos casos de condenação por crime hediondo, prática da tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, e terrorismo.

Se nas legislações anteriores não havia limites à sua abrangência material, com as alterações introduzidas, para efeito de *reincidência criminal* passaram a ser considerados os crimes militares ou puramente militares (art. 47). A *reincidência criminal* decorrente da prática de contravenção penal passou a ser causa de revogação do livramento condicional em qualquer caso (art. 64, III) e não mais somente se a reincidência decorrer da prática de crime. Manteve a reincidência como causa de presunção da periculosidade do agente (art. 78, IV), presunção esta que veio a desaparecer do Direito Positivo Penal brasileiro, após a reforma penal de 1984.

Vigem atualmente o Decreto-lei nº 2.849, de 07 de dezembro de 1940 (Código Penal), com as suas alterações posteriores, em especial aquelas introduzidas pela Lei nº 6.416, de 24 de maio de 1977 e pela reforma penal de 1984, que abrangeu a parte geral do referido código, e que foram formuladas através da Lei nº 7.209, de 11 de julho de 1984; o Decreto-lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal), também com as suas alterações posteriormente introduzidas por diversas leis; a Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984 (Lei de Execução Penal) com suas alterações posteriormente introduzidas; a Lei 9.099, de 26 de setembro de 1995 (Lei dos Juizados Espe-

ciais Cíveis e Criminais), e a Lei nº 9.437, de 20 de fevereiro de 1997 (Lei de Armas), todas com importantes disposições regulamentadoras da influência da *reincidência criminal* no Direito Positivo brasileiro, a qual será abordada em ítems posteriores.

Assim, segundo as disposições contidas no Direito Positivo Penal brasileiro, é possível *configurar a reincidência criminal*, observando a classificação que se formulou no item 3.2, da seguinte forma: 1) quanto à identidade dos fatos, reconhece como regra a reincidência genérica<sup>50</sup> e excepcionalmente a reincidência específica<sup>51</sup>; 2) quanto à obrigatoriedade ou não reconhecimento, é circunstância obrigatória que sempre agrava a pena; 3) quanto ao pressuposto para a sua caracterização exige apenas a existência de sentença condenatória transitada em julgado, admitindo assim reincidência ficta ou presumida; 4) reconhece a reincidência internacional somente para os crimes; 5) é de abrangência material limitada, posto que exclui os crimes militares próprios e os crimes políticos, praticando tratamento diferenciado para as contravenções penais e crimes culposos em determinadas situações; 6) não diferencia a reincidência simples da reiterada; 7) é em regra temporária, mas admite, em algumas situações, a reincidência por tempo indeterminado<sup>52</sup>; e 8) é de direito, posto que para a sua configuração exige a observância de todos os requisitos expressos na lei penal.

Assim, considerando que a *reincidência criminal*, no Direito Positivo Penal brasileiro, está adstrita a normas rígidas de definição, é nas disposições

---

<sup>50</sup> Artigo 63, do Código Penal.

<sup>51</sup> Conforme o artigo 83, inciso V, do Código Penal, se o apenado for reincidente específico na prática de crime hediondo, prática da tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e terrorismo, não terá direito ao livramento condicional.

<sup>52</sup> Cfe. art. 89 da Lei 9.099, de 26 de setembro de 1995; art. 10, § 3º, IV, da Lei 9.437, de 20 de fevereiro de 1997.

dos artigos 63 e 64, do Código Penal, que vamos encontrar os *elementos* de sua *definição jurídica*.

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

Art. 64. Para efeito de reincidência:

I - não prevalece a condenação anterior, se entre a data do cumprimento ou extinção da pena e a infração posterior tiver decorrido período de tempo superior a cinco anos, comutado o período de prova da suspensão ou do livramento condicional, se não ocorrer revogação;

II - não se consideram os crimes militares próprios e políticos.”

Podemos sintetizar que, conforme a definição legal acima transcrita, a *reincidência criminal*, no seu sentido jurídico mais amplo, é formada de *dois elementos ou requisitos básicos*: a) uma condenação anterior transitada em julgado; b) a prática posterior de uma infração penal (tentada ou consumada), no prazo de cinco anos.

Os elementos que se apresentam devem ser adaptados às situações que envolvam contravenção penal, posto que a *reincidência criminal*, que envolva contravenção, somente ocorre se ambos ou o segundo fato for contravenção. Ressalva-se também que não ocorre a *reincidência criminal* quando a sentença condenatória anterior versar sobre crimes políticos ou militares próprios, exceto se a matéria estiver sendo apreciada à luz do Direito Penal Militar.

LYRA (1942, p. 298) ressalta que a reincidência é circunstância personalíssima e por isso não se comunica ao co-réu, em caso de concurso de agente. Neste mesmo sentido, JESUS (1986, p. 647) invoca a 1ª parte do arti-

go 30, do Código Penal, para sustentar que a *reincidência criminal* é uma “circunstância” de caráter pessoal e por isso comunicável ao co-autor.

A prova da existência de uma condenação anterior transitada em julgado, segundo JESUS (1986, p. 647) e MARQUES (1956, p. 88), haverá de ser a certidão expedida pela Escrivania do Juízo em que tramitou o processo relativo à condenação<sup>53</sup>.

As disposições legislativas brasileiras refletem a definição de *reincidência criminal*, congregando em si praticamente todos os seus elementos. No entanto é importante reafirmar que este instituto é definido de várias maneiras, conforme as orientações da Política Criminal, posto que, segundo mencionamos no item 3.2, o mesmo se classifica de diversas formas, sendo que cada país, ao dispor sobre a matéria, poderá enfatizar um aspecto e não outro, adaptando-se ao modelo que achar mais conveniente.

### **3.4 A influência da *reincidência criminal* no Direito Positivo Penal, Processual Penal e de Execução Penal brasileiros**

A exemplo dos *antecedentes*, com o passar dos tempos, a *reincidência criminal* passou a exercer uma profunda e gradual influência no Direito Positivo Penal, Processual Penal e de Execução Penal brasileiros, interferindo em todas as fases do processo de criminalização, desde a elaboração das leis até a

---

<sup>53</sup> “A jurisprudência da Suprema Corte, todavia, tem admitido a prova da reincidência de outra forma, como se vê da decisão proferida pelo Plenário e contida no DJU de 23.9.94, pág. 25.314, sendo relator o Min. Ilmar Galvão: ‘A folha de antecedentes criminais expedida pela Polícia Civil é idônea a comprovar reincidência, até prova em contrário, quando dela constem as informações necessárias à identificação da condenação anterior e de seu trânsito em julgado’. Um antigo acórdão do Supremo Tribunal Federal, relatado pelo Min. Antônio Neder, publicado no DJU de 17.10.95, pág. 7.571, entendia: ‘é admissível como prova da reincidência o telegrama (ou ofício) do juiz que, havendo proferido a sentença anterior, confirme a existência desse ato e esclareça que ele transitou em julgado’”. (CARNEIRO, 1996, p. 33).



execução da pena. Essa influência ocorre explicitamente, quando em decorrência dos preceitos regulamentadores, e, implicitamente, quando informam subjetivamente os operadores jurídicos na tomada de decisões. A influência explícita será abordada neste item, enquanto a denominada influência implícita será objeto de item próprio.

A influência explícita, conforme mencionado, é a que está expressa nas normas penais, processuais penais e de execução penal, onde a *reincidência criminal* entra como requisito na avaliação dos vários institutos penais.

### **3.4.1 Na lei penal**

As leis substantivas penais, mais precisamente o Código Penal, a Lei de Contravenções Penais, a Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995 (Leis dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais) e a Lei nº 9.437, de 20 de janeiro de 1997 (Lei de Armas) contêm uma série de disposições normativas, que revelam a influência explícita da *reincidência criminal*. É sobre estas situações que abordaremos a seguir, de forma especificada.

#### **3.4.1.1 Na aplicação da pena**

A *reincidência criminal* influi profundamente na aplicação da pena, ao ser considerada circunstância que “sempre” agrava a pena, conforme disposição expressa do artigo 61, I, do Código Penal, agindo também como circunstância preponderante, ao lado dos motivos determinantes do crime e da personalidade do agente, no caso de concurso de agravantes e atenuantes, conforme dispõe expressamente o artigo 67 do mesmo código. A aplicação da pena é o

segundo momento da individualização da pena e se faz, segundo já mencionamos no item 2.4.1.1 deste capítulo, em três fases distintas, ou seja, a definição da “pena-base” após a análise das circunstâncias judiciais<sup>54</sup>, a incidência das agravantes e atenuantes (circunstâncias legais)<sup>55</sup>, e, na terceira fase, das causas gerais ou especiais de aumento ou diminuição de pena. Se os *antecedentes* influem na primeira fase do cálculo da pena, a *reincidência criminal*, como circunstância agravante da pena, influi na segunda, como fator que sempre agrava a pena. Havendo o concurso de *maus antecedentes* com a *reincidência criminal*, esta absorverá aquela, sendo considerada apenas no segundo momento da aplicação da pena, para fins da agravação decorrente da circunstância legal (agravante). Não obstante, os *bons antecedentes* deverão sempre influir no primeiro momento, como circunstância judicial, na fixação da “pena-base”.

Acrescenta-se que o agravamento da pena decorrente da *reincidência criminal* atinge genericamente todos os delitos, incluindo os culposos (que estão excluídos das demais agravantes relacionadas no inciso II do artigo 61 do Código Penal) e as contravenções penais e excluindo os crimes militares próprios e políticos.

### **3.4.1.2 Na concessão e revogação da suspensão condicional da pena**

Conforme já nos reportamos no item 2.4.1.4 deste capítulo, a suspensão condicional da pena é um instituto desprisionalizador, que impede que o apenado ingresse no sistema prisional, deixando, assim, de ser submetido aos efeitos maléficos da pena de prisão. No Direito Positivo brasileiro a suspensão

---

<sup>54</sup> Consoante a regra do artigo 59 do Código Penal Brasileiro.

condicional da pena está regulamentada no artigo 77 a 80 do Código Penal, assim como a sua revogação, no seu artigo 81. Impõe, para a sua concessão, determinados requisitos, entre os quais, que o condenado “não seja reincidente em crime doloso”. Dentre as causas de revogação obrigatória, desponta a condenação, em sentença irrecorrível, por crime doloso, durante o período de prova. Neste caso, não se trata propriamente de *reincidência criminal* (de direito), posto que o crime pelo qual adveio a segunda condenação poderá ter ocorrido antes da primeira condenação, o que seria caso de simples *reiteração*.

### 3.4.1.3 Na substituição e diminuição de penas

Como medida desprisionalizadora, a substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos ou multas somente pode se efetivar se “o réu não for reincidente”, conforme disciplinam os artigos 44, II, e 60, § 2º, do Código Penal.

Também nos delitos patrimoniais, mormente no furto simples, na apropriação indébita, no estelionato e na receptação (artigos 155, § 2º, 170, 171, § 2º, e 180, § 5º, do Código Penal), “se o réu é primário” e de pequeno valor o objeto do crime, poderá o juiz substituir a pena de reclusão pela de detenção ou aplicar somente a pena de multa. No presente caso, a *não primariedade* pode ser equiparada à *reincidência criminal* ou não, posto que poderá ocorrer a hipótese de que o réu não seja reincidente, mas já tenha sido condenado em sentença transitada em julgado<sup>56</sup>.

---

<sup>55</sup> Circunstâncias previstas nos artigos 61 e 65 do Código Penal Brasileiro.

<sup>56</sup> Ver comentário no item 3.2.8. deste capítulo.

#### 3.4.1.4 Na concessão e revogação do livramento condicional

O livramento condicional é um dos institutos apregoados pela Escola Positiva, como instrumento da individualização da execução da pena, recepcionado pelo Direito Positivo Penal e de Execução Penal brasileiro<sup>57</sup>. Pressupõe que o apenado tenha cumprido parte da pena e revelado comportamento adequado para reintegrar-se ao convívio social. Uma vez concedido, se o liberado vier a ser condenado à pena privativa de liberdade, em sentença irrecorrível, por crime cometido na vigência do benefício, ou por delito anterior, respeitada a soma das penas (artigos 84 e 86 do Código Penal) terá o benefício obrigatoriamente revogado, e se for irrecorrivelmente condenado, por crime ou contravenção, à pena que não seja privativa de liberdade (art. 87 do Código Penal).

Dentre os requisitos necessários à concessão da medida, interessa mencionar o decurso de um prazo de cumprimento de 1/3 da pena imposta, “se o apenado não for reincidente” e tiver bons antecedentes, ou o cumprimento de 1/2, “se o apenado for reincidente” em crime doloso, ou, ainda, o cumprimento de 2/3 da pena, em se tratando de condenado por prática de crime hediondo, tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e terrorismo, não sendo cabível o benefício se o condenado, neste último caso, for reincidente específico em crimes desta mesma natureza.

Da análise dos requisitos estipulados na lei penal, extrai-se que a *reincidência criminal* exerce profunda influência na definição do *quantum* de cum-

---

<sup>57</sup> Inaugurou-se no Direito Positivo Penal brasileiro com o Código Republicano de 1890 (arts. 51 e 52).

primento de pena necessário à definição do benefício. Assim, se o apenado não for criminalmente reincidente, exige-se o cumprimento de no mínimo 1/3 da pena imposta. Se o for em crime doloso, a pena a ser cumprida é de 2/3. No entanto, se for reincidente específico, na prática de crime hediondo, tráfico ilícito de entorpecentes ou drogas afins, terrorismo e tortura, não será cabível o livramento condicional.

#### **3.4.1.5 Na prescrição penal**

A *reincidência criminal* também influi no aumento do prazo prescricional e como causa interruptiva da prescrição penal, conforme dispõem os artigos 110, “caput” e 117, VI, do Código Penal. O aumento do prazo prescricional incide apenas no caso da prescrição depois do trânsito em julgado da sentença condenatória, ou seja, a prescrição da pretensão executória ou a prescrição retroativa, quando então os prazos serão contados com o aumento de um terço. Quanto à interrupção, somente alcança a prescrição da pretensão executória, posto que, no Direito Positivo Penal brasileiro é pressuposto da *reincidência criminal* a existência de uma sentença condenatória transitada em julgado.

#### **3.4.1.6 Na fixação do regime inicial de cumprimento de pena**

Segundo mencionamos no item 2.4.1.3, as penas privativas de liberdade podem ser executadas em três diferentes regimes, distinguidos pelo estabelecimento e pela necessidade de maior ou menor segurança e vigilância na execução da pena. O Direito Positivo Penal e de Execução Penal brasileiro definiu os regimes fechado, semi-aberto e aberto. O apenado poderá cumprir a

pena em qualquer deles, obedecidos os requisitos formais existentes. Dentre eles encontra-se a *reincidência criminal*. Se a pena aplicada for superior a oito anos, o regime inicial de cumprimento de pena será sempre o fechado. Se a pena for superior a quatro anos e não exceder a oito, poderá cumprir a pena em regime inicial semi-aberto, “desde que não seja reincidente”. Se a pena não exceder a quatro anos, poderá cumprir a pena em regime aberto, também “se não for reincidente”. Portanto, segundo a norma existente no artigo 33, § 2º, alíneas “b” e “c”, do Código Penal, a *reincidência criminal* tem grande influência na fixação do regime inicial de cumprimento da pena.

### **3.5.1.7 Como causa especial de aumento de pena e como qualificadora do delito**

Muito embora evidenciado que a influência da *reincidência criminal* no Direito Positivo brasileiro ocorre de forma ampla, tradicionalmente o instituto exerceu sua influência como circunstância agravante. Percebe-se, no entanto, que há casos em que a *reincidência criminal* se converte em *causa especial de aumento de pena*, obrigando o magistrado a aumentar a pena em um *quantum* determinado, como ocorre no caso de contravenção do porte ilegal de arma (artigo 19, § 1º, do Decreto-lei nº 3.688 de 03 de outubro de 1941 - Lei das Contravenções Penais), quando a pena é aumentada de 1/3 até a metade, “se o agente já foi condenado em sentença irrecorrível, por violência contra a pessoa”. Também pode se converter em *qualificadora*, como no caso do *crime* de porte ilegal de arma tipificado no artigo 10, § 3º, IV, da Lei nº 9.437, de 20 de fevereiro de 1997. Tratam os presentes casos de *reincidência*

*perpétua*<sup>58</sup>. Ressalta-se que o crime de porte ilegal de arma abrange apenas as “armas de fogo”, enquanto a contravenção abraça todas as demais.

#### **3.4.1.8 Como elemento do tipo contravencional do art. 25 LCP**

Noutros casos, a *reincidência criminal* constitui-se em elemento do tipo infracional, como no artigo 25 da Lei das Contravenções Penais, em que, para a caracterização da contravenção de posse não justificada de instrumento de emprego usual na prática de furto, há necessidade de que o agente já tenha sido condenado por crime de furto ou roubo. Trata-se também de um caso de *reincidência perpétua*<sup>59</sup>.

#### **3.4.1.9 Na reabilitação criminal**

A *reabilitação criminal* é o instituto previsto no Direito Positivo Penal e Processual Penal brasileiro que mais procura reduzir os efeitos daninhos da *reincidência criminal* e dos *antecedentes*, porquanto visa apagar a vida criminosa passada do agente. A sua existência somente vem a corroborar que os fatos pretéritos, de qualquer espécie, estigmatizam o indivíduo, tornando-o refém do processo de criminalização. O instituto está regulamentado nos artigos 93 a 95 do Código Penal e o seu processamento nos artigos 743 a 750 do Código de Processo Penal.

Conforme está posto, o instituto não possibilita a reabilitação integral do condenado, uma vez que, não obstante assegure que as condenações anteriores não constem da sua folha de antecedentes, há a ressalva no sentido de que

---

<sup>58</sup> Ver comentário do item 3.2.8.

deverão dela constar em caso de requisição judicial (artigo 748 do Código de Processo Penal), o que faz com que, mesmo após ter cumprido a pena que lhe foi imposta e estar juridicamente reabilitado, o condenado continue sofrendo os efeitos do processo de criminalização a que foi submetido. Na verdade trata-se de uma meia reabilitação, podendo inclusive ser revogada, caso o condenado vier a reincidir (art. 95 do Código Penal).

#### **3.4.1.10 Na transação penal**

Conforme já nos reportamos no item 2.4.1.6, a transação penal é um instituto desprisonizador cabível nas infrações de menor potencial ofensivo de ação pública. Dentre os requisitos necessários para que seja admitida a transação penal está “não ter sido o autor da infração condenado pela prática de crime” (art. 76, § 2º, I, da Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995). A norma referida sugere que a *reincidência criminal*, no caso, é *perpétua*<sup>60</sup>.

#### **3.4.2 Na lei processual penal**

Também nos institutos do processo penal a *reincidência criminal* interfere, fazendo com que a utilização dos meios seja profundamente influenciada pelos fins que se quer alcançar, como se o resultado final pudesse ser previsto pelos operadores jurídicos.

---

<sup>59</sup> Ver comentário ao item 3.2.8.

<sup>60</sup> Ver comentário do item 3.2.8.



### **3.4.2.1 No exercício do direito de apelação em liberdade**

O réu *não primário*, conforme o artigo 594 do Código de Processo Penal, não poderá apelar sem antes recolher-se à prisão. Há que se considerar, aqui, que a expressão pressupõe uma condenação anterior, podendo ser ou não reincidente criminal, conforme a corrente jurídica que se seguir<sup>61</sup>.

### **3.4.2.2 Na prisão do réu pronunciado**

Igualmente o réu pronunciado, consoante o artigo 408, § 2º, do mesmo código, se for *não primário*, deverá ser mantido preso se já estiver, sendo decretada a sua prisão, se estiver solto. A expressão é utilizada para caracterizar o indivíduo já condenado, podendo ou não ser reincidente criminal<sup>62</sup>.

### **3.4.2.3 Na suspensão condicional do processo**

A suspensão condicional do processo, conforme já mencionamos no item 2.4.2.3, foi introduzida no Direito Positivo Penal e Processual Penal brasileiro através da Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995, e permite a suspensão do processo, nos crimes cuja pena mínima não exceda a um ano. A proposta pode ser formulada pelo Ministério Público, desde que o acusado “não esteja sendo processado ou não tenha sido condenado por outro crime”, consoante disposição do artigo 89 daquele diploma legal. Neste caso, basta que o acusado tenha sido condenado por outro crime, tratando-se de caso de *reincidência perpétua e limitada aos crimes*. Há autores, no entanto, que limitam a perma-

---

<sup>61</sup> Idem.

nência temporal do referido requisito, aplicando analogicamente o artigo 64, I, do Código Penal.

GOMES (1995, pp. 159-60) ressalta que, segundo a lei referida, a suspensão condicional do processo estaria impedida pela “condenação anterior” em qualquer tempo, sujeita, no entanto, a “suavização” em relação ao caso concreto.

“(…)ainda que já não tenha eficácia para efeito de reincidência, porque passados cinco, mesmo assim, em princípio, impediria a suspensão do processo. De se notar que a lei adotou aparentemente o sistema da perpetuidade. Em casos concretos, essa aparente inflexibilidade pode gerar injustiças flagrantes, *a ponto talvez de justificar alguma suavização*. Suponha-se alguém que fora condenado há trinta ou quarenta anos por um crime culposo e agora se envolve em outro da mesma natureza. A mácula pretérita acompanhará o sujeito *ad aeternum*? Pensamos que não. Aplicando-se analogicamente o art. 64, I, do Código Penal, cremos que se deva respeitar o limite de cinco anos”. (grifamos).

#### **3.4.2.4 Como hipótese para a decretação da prisão preventiva**

A prisão preventiva, regulada nos artigos 312 a 313 do Código de Processo Penal, é medida processual possível de ser adotada antes do trânsito em julgado da decisão condenatória, como providência cautelar da instrução processual, da aplicação da lei penal e da ordem pública, desde que haja indícios da autoria e prova da materialidade de crime doloso e desde que presente uma das seguintes hipóteses: 1) crime doloso punido com reclusão; 2) crime doloso punido com detenção, neste caso, se o acusado for vadio ou, havendo dúvida sobre a sua identidade, não fornecer ou não indicar elementos para esclarecê-la; e, 3) se o réu tiver sido condenado por outro crime doloso, em sentença transitada em julgado.

---

<sup>62</sup> Ver comentário do item 3.2.8.

No entanto, “se o réu for reincidente”, não obstante a delimitação expressa na norma processual, entendem alguns autores, nos quais se inclui MIRABETE (1994, p. 373) e TOURINHO FILHO (1986, 3.v. p. 425), que poderá ser decretada a prisão preventiva do acusado, em face de “qualquer crime” punido com pena privativa de liberdade, passando a *reincidência criminal*, desta forma, a influir também como hipótese legal dessa medida de constrição da liberdade individual largamente utilizada no sistema penal brasileiro, sendo que neste caso, também, os efeitos da reincidência operam-se por tempo indeterminado<sup>63</sup>.

#### 3.4.2.5 Como óbice à concessão de fiança

Se por um lado a *reincidência criminal* se constitui em hipótese para a decretação da prisão preventiva, conforme visto no item anterior, por outro é óbice à concessão da fiança<sup>64</sup>, em caso de prisão em flagrante, conforme disposição expressa do artigo 323, inciso III, do Código de Processo Penal, “se o réu já tiver sido condenado por outro crime doloso, em sentença transitada em julgado”. Também não impôs o legislador nenhuma limitação temporal à condenação anterior, levando a crer que se trata de mais um caso de *reincidência perpétua*<sup>65</sup>.

---

<sup>63</sup> Ver comentário ao item 3.2.8.

<sup>64</sup> É importante ressaltar que a fiança, diante do instituto da liberdade provisória sem fiança, estabelecido no artigo 310 e parágrafo do Código de Processo Penal, passou a ser questionada, pois, sempre que preso o indivíduo em flagrante delito, na prisão não deverá ser mantido se ausentes as hipóteses que autorizam a prisão preventiva. Lembramos, no entanto, que a liberdade provisória sem fiança é concedida apenas pela autoridade judiciária, enquanto que a liberdade provisória mediante fiança, nas infrações penais punidas com detenção ou prisão simples<sup>64</sup> deverá ser concedida pela autoridade policial, ocasiões em que o réu livrar-se-á imediatamente.

<sup>65</sup> Ver comentário ao item 3.2.8..

### 3.4.3 Na lei de execução penal

A execução penal, último momento da individualização da pena, em que se buscam os efeitos ou os fins preconizados para a pena, em especial quando se deveria concretizar a ressocialização e reintegração do indivíduo à comunidade<sup>66</sup>, também está contemplada por diversas situações em que a *reincidência criminal* influi, diferenciando o tratamento do criminoso *não reincidente do reincidente*.

#### 3.4.3.1 Na saída temporária

A saída temporária do preso do estabelecimento prisional, instituto regulado nos artigos 122 a 125 da Lei de Execução Penal, visa, acima de tudo, a possibilitar, ao lado de outros institutos penais, o reingresso paulatino do apenado no convívio social. É benefício que pressupõe que o preso esteja ao menos no regime semi-aberto, que tenha cumprido um período da pena imposta e que seja merecedor. Ocorre que o período de cumprimento da pena para a concessão do benefício é diferente para o preso *não primário* em relação ao preso *primário*, posto que, segundo o artigo 123, inciso II, da referida lei, é requisito para a concessão do benefício, o “cumprimento mínimo de 1/6 (um sexto) da pena, se o condenado for *primário* (leia-se não reincidente), e 1/4 (um quarto), se *não primário*”<sup>67</sup>.

---

<sup>66</sup> Consta do artigo 1º da Lei de Execução Penal, “a execução penal tem por objetivo efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração do condenado e do internado”.

<sup>67</sup> Ver item 3.2.8. deste capítulo. As expressões *primário* e *não primário* foram abolidas da Parte Geral do Código Penal pela reforma de 1984, levando a crer que se referem a *não reincidentes* e *reincidentes*, respectivamente. No entanto, foram mantidas pela Lei de Execução Penal (Lei 7.210/84), que vigorou conjuntamente com a referida reforma penal, fazendo-se acreditar que a *não primariedade* e a *reincidência* são situações diferentes.

### 3.4.3.2 No indulto penal e na comutação de penas

O *indulto* é um instituto penal que, ao lado da anistia e da graça, constitui causa extintiva da punibilidade<sup>68</sup>. Tanto o indulto, como a anistia e a graça, são concedidos por liberalidade ou indulgência dos Poderes Executivo ou Legislativo, ou por ambos conjuntamente. O *indulto coletivo* e a *graça (indulto individual)* são concedidos por Decreto do Presidente da República<sup>69</sup>, enquanto a anistia, por lei aprovada pelo Congresso Nacional<sup>70</sup> e sancionada pelo Presidente da República. O indulto coletivo, via de regra é concedido por ocasião das comemorações do Natal e por isso é denominado “indulto natalino”. A comutação não acarreta extinção da punibilidade, mas na atenuação ou substituição da pena, e pode ser concedida, também, por decreto presidencial. O processamento da anistia perante o Congresso Nacional obedece ao processo legislativo<sup>71</sup> e é motivado por razões de ordem política. O processo de indulto coletivo e comutação de penas é espontâneo, ou seja, de iniciativa dos órgãos do Poder Executivo, com tramitação própria, podendo ser ouvidos, se necessário for, os órgãos encarregados da execução penal. O indulto individual ou graça, no entanto, se processa na forma do artigo 188 e seguintes da Lei de Execução Penal, podendo ser provocado pelo próprio condenado, pelo órgão do Ministério Público, pelo Conselho Penitenciário ou pela autoridade administrativa encarregada do estabelecimento prisional. Em qualquer caso, ou seja, de indulto individual e coletivo, comutação de penas e anistia, a extinção da pena ou da punibilidade somente se verifica por ato do Poder Judiciário, à vista dos decretos ou da lei de anistia respectivos.

---

<sup>68</sup> Cfe. disposição do artigo 107, inciso II, do Código Penal.

<sup>69</sup> Cfe. o artigo 84, XII, da Constituição da República.

<sup>70</sup> Cfe. o artigo 48, VIII, da Constituição da República.

<sup>71</sup> Cfe. os artigos 61 a 69 da Constituição da República.

Ocorre, no entanto, que os decretos de indulto coletivo ou de comutação de penas, apesar de não haver imperativos legais para tal, mas fundamentados em preceitos teóricos (os quais serão abordadas no capítulo seguinte), têm considerado a *reincidência criminal* como requisito para a concessão dos referidos benefícios. Somente para exemplificar, o Decreto nº 2.002, de 09 de setembro de 1996, que concedeu indultos e comutou penas, estendeu o prazo de cumprimento da pena dos condenados reincidentes à pena privativa de liberdade, para fins de indulto, de 1/3 para 1/2 e de 1/4 para 1/3, no caso de comutação de penas, conforme os artigos 1º e 2º do referido decreto.

#### **4. A influência implícita dos *antecedentes* e da *reincidência criminal* no sistema penal brasileiro**

A influência dos *antecedentes* e da *reincidência criminal*, no sistema penal, não se limita apenas àquela contida no Direito Positivo Penal, Processual Penal e de Execução Penal brasileiro. Tais institutos, além da influência expressa na lei, orientam também muitos estudiosos e operadores do Direito, agindo de forma implícita e quase sempre negativa, na formação de posturas dogmáticas e na apreciação dos casos em concreto.

Os diversos agentes do sistema penal detêm, individualmente, uma parcela do poder decisório, que deve ser exercido nos limites da lei e da Dogmática Penal. No entanto, o que se verifica, é que não é somente o instrumental das leis e da Dogmática que interfere na tomada de decisões, pois estas recebem a interferência de outras regras, denominadas *second code* (segundo código), *basic rules* (regras básicas), meta-regras ou regras de aplicação, as quais, segundo McNAUGHTON-SMITH e CICOUREL, “designam a totali-

dade do complexo de regras e mecanismos reguladores latentes e não oficiais que determinam *efetivamente* a aplicação da lei penal pelos agentes do controle penal”. SACK, partindo da distinção entre *regras* e *meta-regras*, ou seja, entre as regras gerais e as regras (práticas) sobre interpretação e aplicação das regras gerais, considera, na esteira de CICOUREL, que as primeiras correspondem às *regras superficiais*, e as segundas, às *regras básicas*. (BARATTA, 1993, pp. 107-8).

BARATTA (1993, pp. 108-9) acrescenta que,

“Juntamente com CICOUREL, SACK tem o mérito de ter sugerido um deslocamento da análise das *meta-regras* do plano preceptivo da metodologia jurídica para um plano objetivo sociológico. E é precisamente sobre este plano que o conceito das *regras de aplicação* não fica limitado às regras ou aos princípios metodológicos conscientemente aplicados pelo intérprete (as agências oficiais, os juízes), mas se transforma no plano das leis e dos mecanismos que agem objetivamente na mente do intérprete, e que devem ser pressupostos para os fins de uma explicação sociológica da divergência entre a delinquência reconhecida e a delinquência latente. As meta-regras gerais, por outro lado, participam da estrutura socialmente produzida pela interação e, neste sentido, do que se pode definir, nos termos de CICOUREL, como *common culture*, ou seja, os significados, ligados à cultura, que formam a *substância de sentido* de qualquer situação ou ação. As meta-regras, pois, são regras objetivas do sistema social, que podem orientar-se para o que SACK chama *a questão científica decisiva*, que ele relaciona à diferença intercorrente entre a criminalidade latente e a criminalidade perseguida: o problema de como devemos representar o *processo de filtragem* da população criminal, ou seja, em última análise, *daqueles contra os quais, a final, se pronuncia uma sentença em nome do povo*. (...) Neste sentido, as regras sobre a aplicação (*basic rules*, meta-regras) seguidas, conscientemente ou não, pelas instâncias oficiais do direito, e correspondentes às regras que determinam a definição de desvio e de criminalidade no sentido comum, estão ligadas a leis, mecanismos e estruturas objetivas da sociedade, baseadas sobre relações de poder (e de propriedade) entre grupos e sobre as relações sociais de produção.”

Segundo ANDRADE (1997, p. 300),

“(...) o campo de intervenção vital da Dogmática Penal está limitado pelo fato de que o seu código tecnológico, isto é, o instrumental construído para a racionalização garantidora das decisões judiciais, não cobre o *second code* judicial e os processos de influência que, excluídos e predominando sobre aquele, condicionam, latentemente, a seletividade das decisões judiciais.”

A vagueza ou inexistência do conceito de *antecedentes* no Direito Positivo brasileiro faz com que os operadores jurídicos sejam obrigados a se orientar, na elaboração desse conceito, pelas meta-regras sociais, ou seja, pelo *second code*. As concepções que vão se formando no sistema social acerca dos *antecedentes* e da *reincidência criminal* (como condição de seletividade do sistema penal face à estigmatização e aos estereótipos que se produzem em torno do indivíduo criminalizado e que servem para identificar os *maus*) passam a integrar objetivamente o conjunto de meta-regras e a interferir na ação dos operadores jurídicos, tanto na produção dogmática, como na aplicação das normas, resultando daí uma influência maior do que aquela prevista no Direito Positivo.

A Dogmática Penal, sendo uma instância interna do sistema penal, segue a orientação das meta-regras contidas no *second code*, reproduzindo teoricamente o seu discurso, geralmente negativo, acerca dos *antecedentes* e da *reincidência criminal*, sendo, por isso, útil à seletividade, própria do processo de criminalização. Dentre os conceitos que recebem a influência dos *antecedentes* e da *reincidência criminal* importa destacar, face aos objetivos desta pesquisa, o conceito de *dolo*, de *previsibilidade* (nos tipos culposos), de *potencial consciência da ilicitude* (pertencentes à teoria do crime), *personalidade perigosa* (pertencente à teoria do criminoso) os quais serão estudados no capítulo seguinte, por ocasião das teorias criminais.



Não deveriam os *antecedentes* e a *reincidência criminal* interferir na formação de juízo de valor por parte dos operadores penais (MIRABETE, 1994, p. 372), nem mesmo nas decisões proferidas pelos juízes de fato (jurados). No entanto, tendo em vista o *second code* e a amplitude do conceito de *antecedentes*, o que se constata é que, implicitamente, estes e a *reincidência criminal* exercem profunda influência na atuação dos diversos agentes do sistema penal, direcionando a decisão. Esta influência pode ser constatada nas decisões que ensejam a decretação de prisão cautelar, como também nas decisões definitivas, quando da análise da prova acerca do dolo, da culpa e da culpabilidade.

BRUM (1980, p. 72) esclarece que

“Geralmente, chegado o momento de prolatar a sentença, o juiz já decidiu se condenará ou absolverá o réu. Chegou a essa decisão (ou tendência de decidir por vários motivos, nem sempre lógicos ou derivados da lei. Muitas vezes, a tendência a condenar está fortemente influenciada pela *extensão da folha de antecedentes do réu*, ou ainda, pela repugnância que determinado delito (em si) provoca no espírito do juiz. Por outro lado, o fiel da balança pode ter pendido para absolvição em razão da grande prole do réu ou em virtude do fato de estar ele perfeitamente integrado na comunidade ou, ainda, pelo fato de que o delito cometido nenhuma repugnância causa ao juiz, o que o faz visualizar tal figura penal como uma excrescência legislativa ou um anacronismo jurídico.” (grifamos).

Apesar da influência sofrida, não deveria o magistrado, ou qualquer outro operador do sistema, ao fundamentar suas decisões, lançar mão de metaregras (*second code*). Todavia, como não fazê-lo, se tais regras, conforme já mencionamos, são as que orientam a interpretação das regras escritas (superficiais)? Assim, buscará no Direito Positivo ou na Dogmática Penal (mesmo que contaminada pelo *second code*) uma base jurídica, ainda que não prevalecente, para justificar o seu entendimento. Como os juízes de fato não

precisam fundamentar as suas decisões, estão muito mais sujeitos à influência do *second code*, podendo usá-lo livremente.

Há que se ressaltar, contudo, que influência destes institutos na formação de juízos de valor é facilmente constatada nas decisões dos operadores penais. Somente para exemplificar, citamos alguns julgados, um relativo a juízo de condenação e três relativos a juízos de decretação de prisão cautelar, nos quais aparece visivelmente a influência dos *antecedentes* na formação da convicção do julgador. Face aos objetivos da pesquisa e à delimitação do tema, deixamos de aprofundar a pesquisa jurisprudencial acerca da influência dos *antecedentes* e da *reincidência criminal* na atuação dos operadores do sistema penal.

No primeiro trata-se de decisão condenatória, proferida na Comarca de São José, Santa Catarina, da qual o réu recorreu, alegando a negativa da autoria. A sentença foi confirmada pela Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, sob o fundamento de que, “sendo a autoria confirmada por veementes indícios, aliados não só ao fato de que o objeto subtraído foi apreendido em poder do agente, *como também a sua vida pregressa*, não há que se cogitar de absolvição através da aplicação do *in dubio pro reo*” (grifamos). (Jurisprudência Catarinense nº 56, p. 413).

Nos demais casos aqui tomados como exemplo, os *antecedentes* são utilizados como fundamento para a decretação ou manutenção da prisão preventiva do réu. No primeiro, *os maus antecedentes* foram usados como argumento para justificar que a prisão preventiva havia de ser mantida como “garantia da ordem pública”, uma das hipóteses previstas no artigo 312 do

Código de Processo Penal, que admite a decretação da prisão cautelar. Nessa oportunidade, aquela mesma Câmara Criminal, ao se pronunciar sobre o pedido de *Habeas Corpus* impetrado pelo réu, fez constar de seu acórdão, que “impõe-se a decretação da prisão preventiva, *para garantia da ordem pública, de réu que responde a outros dois processos criminais também pela prática de furto qualificado, admitindo ele próprio estar envolvido com pessoas desonestas*”.(grifamos) ( Jurisprudência Catarinense nº 59, p. 255). Em um segundo julgado relativo à decretação de prisão preventiva, a Segunda Câmara do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, ao se pronunciar sobre pedido de *Habeas Corpus*, fez consignar na ementa do seu acórdão que “o decreto de prisão preventiva bem fundamentado, que indica as razões justificadoras da segregação cautelar do acusado, *que possui antecedentes criminais inclusive, merece ser preservado, sendo portanto incabível a sua revogação*”. No corpo do acórdão, os magistrados explicaram que “possuindo ele *antecedentes criminais*, a presunção é a de que não hesitaria em *comprometer o andamento do processo*, caso permanecesse em liberdade.” (grifamos) .(Revista dos Tribunais nº 698, p. 340). Conforme é possível constatar, nessa ocasião os julgadores utilizaram-se dos *antecedentes* para fundamentar a “conveniência da instrução criminal”, também uma das hipóteses previstas no artigo 312 do Código de Processo Penal, que autoriza a decretação da prisão preventiva. Por fim o terceiro julgado relacionado à decretação da prisão preventiva, em que os *maus antecedentes* são usados como componente determinante da *periculosidade criminal*. Proferido pela Terceira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, no julgamento de pedido de *Habeas Corpus*, os magistrados fizeram constar da ementa do acórdão, que “a prisão preventiva pode ser decretada em face da *periculosidade* demons-

trada pela gravidade e violência do crime *e dos maus antecedentes do agente, ainda que primário*”.(grifamos). (Revista dos Tribunais nº 693, p. 347).

Essa influência, no entanto, é decisiva no momento da *análise probatória*, quando os *antecedentes* e a *reincidência criminal* são utilizados como *indício de prova*, permitindo a formação de juízos de valor. Esta posição é defendida por MOURA (1994, p. 73), para quem a capacidade de delinquir pode ser avaliada pelos *antecedentes* do acusado.

“No que concerne à *vida anterior*, o *indício* será mais forte quando o *imputado* tenha cometido vários delitos da mesma espécie, nas mesmas circunstâncias, e o será menos prevalente, quando só se demonstrarem certos hábitos criminosos em geral. Assim, do que se sabe do conjunto dos caracteres do imputado, da sua conduta passada, de seus hábitos e disposições, se infere que ele era capaz de ter cometido o ato imputado, ou mesmo de que ele foi levado a cometê-lo”. (grifamos).

Portanto, como se vê, a influência dos *antecedentes* e da *reincidência criminal*, além de se fazer expressa no Direito Positivo Penal, Processual Penal e de Execução Penal brasileiros, é exercida de forma implícita, na atuação dos operadores jurídico-penais, ampliando sobremaneira, em função do *second code*, a programação legislativa relativa àqueles institutos penais.

## CAPÍTULO III

### AS TEORIAS CRIMINAIS COMO FUNDAMENTO DOS ANTECEDENTES E DA REINCIDÊNCIA NO SISTEMA PENAL

#### 1. Considerações iniciais

Neste terceiro capítulo abordaremos, num primeiro momento, as teorias criminais tradicionais (as teorias do crime, do criminoso e da pena), as quais estão inseridas no discurso que se formulou a partir da Escola Clássica e que perdura até os dias atuais. Num segundo momento, procuraremos demonstrar que é nessas teorias que se encontram os fundamentos teóricos dos *antecedentes* e da *reincidência criminal* no sistema penal. Por fim mencionaremos as teorias que, na ótica da técnica jurídica, contrariam os institutos citados.

#### 2. As teorias criminais

Das concepções das Escolas Clássica, Positiva e Neoclássica surgiram diversas teorias, todas elas gravitando em torno do crime, do homem crimino-

so e da pena, as quais perduram até a atualidade, informando o Direito Positivo Penal, Processual Penal e de Execução Penal brasileiro. É nestas teorias que se encontram os fundamentos que na lógica tradicional justificam os *antecedentes* e a *reincidência criminal*.

## 2.1 A teoria dogmática do crime

Não é nosso propósito, até mesmo porque foge ao escopo da pesquisa, aprofundarmos o estudo acerca da teoria dogmática do crime. Entretanto, face às estreitas relações de dependência que os *antecedentes* e a *reincidência criminal* guardam com os vários aspectos pertencentes a esta teoria, em qualquer de suas categorias, entendemos conveniente lembrar as suas linhas básicas, ressaltando os tópicos que guardam valia para o desenvolvimento do tema.

Não obstante a definição jurídica de crime, produzida por CARRARA (1956, p. 48), ou naturalista, produzida por GARÓFALO (1925, p. 64), é a partir do conceito analítico, segundo o qual o crime é toda “ação típica, antijurídica e culpável, que é construída a teoria do crime. Este conceito parte de uma dupla perspectiva, que se apresenta como um juízo de desvalor que recai sobre um *fato* ou *ato* humano e como um juízo de desvalor que se faz sobre o *autor* desse *fato* ou *ato*. Ao primeiro juízo de desvalor se chama *injusto* ou *antijuridicidade*, e ao segundo, *culpabilidade*. Como nem todo ato ou fato antijurídico realizado pelo autor culpável é criminoso, surge um terceiro elemento do conceito de crime, a *tipicidade*, em razão da seleção e descrição de condutas formuladas pelo legislador, às quais comina pena, ante o princípio da

legalidade (*nullum crimen, nulla poena sine lege*). (CONDE, 1988, pp. 02-04).

A *tipicidade* “é a adequação de um fato cometido à descrição que dele se faz na lei penal”. A *antijuridicidade*, por sua vez, “é o juízo negativo de valor que recai sobre um comportamento humano e indica que este comportamento é contrário às exigências do ordenamento jurídico”. Por fim, a *culpabilidade* é a reprovação que se faz a uma pessoa por ter podido atuar de modo distinto daquele como realmente atuou, isto é, contrário ao direito. (CONDE, 1988, pp. 41-2 e 125-6).

A teoria do crime é construída, assim, a partir destas três categorias, de tal forma que o estudo da *tipicidade* abrange o estudo da ação (omissão) e do tipo e a adequação ou conformação daquela a esta (tipicidade estrito senso); o estudo da *antijuridicidade* compreende também o das causas de justificação ou de exclusão de ilicitude das ações típicas; e o estudo da *culpabilidade*, ou seja, da reprovação da ação (omissão) típica e antijurídica praticada pelo agente, compreendendo o estudo da liberdade (capacidade e formação da vontade) de agir conforme o direito.

Faz-se necessário destacar, no entanto, que o estudo destas categorias criminais esbarra em três diferentes concepções teóricas, ou seja, no positivismo naturalista (teoria causalista naturalista), no positivismo neokantiano valorativo (teoria causalista valorativa) e no finalismo (teoria finalista) (ANDRADE, 1997, p. 143), cujas características serão ressaltadas no transcorrer da exposição, mais especificamente naquilo que interessar à presente dissertação.

### 2.1.1 A tipicidade

A teoria do tipo ou da tipicidade trata do estudo da ação ou omissão (conduta) e do tipo penal, bem como da conformação deste com aquelas (tipicidade estrito senso).

A *conduta* humana, base de toda reação jurídico-penal, manifesta-se no mundo exterior tanto em atos positivos quanto em omissões. A *ação* (em sentido estrito) é o ato positivo, comportamento, dependente da vontade humana. É penalmente relevante se for voluntário. A *omissão*, por sua vez, consiste em não-fazer uma ação penal, a qual o sujeito está em condição de fazer, sendo penalmente relevante se a ação omitida for juridicamente esperada. (CONDE, 1988, pp. 10-1 e 29-30).

Segundo a *teoria causalista naturalista* (“positivismo naturalista”)<sup>72</sup>, a ação é definida como “um processo causal, com um movimento corporal que produz uma transformação no mundo exterior perceptível pelos sentidos”. (ANDRADE, 1997, p. 144). O conceito de ação possui, assim, estrutura objetiva, composta de “ação ou omissão de ação” (determinantes do resultado) e do “resultado” (como modificação do mundo exterior). Na ação ou omissão de ação, exige-se que sejam constituídas apenas da voluntariedade (ausência de coação física absoluta) sem a necessidade de vontade consciente. (SANTOS, 1993, P. 18).

---

<sup>72</sup>Foram os autores principais dessa corrente teórica FRANZ VON LISZT e ERNST BELING. (ANDRADE, 1997, p. 144 e CONDE, 1988, p. 12-3).



Também a *teoria causalista valorativa* (“neokantismo valorativo”)<sup>73</sup>, concebeu a ação em seu sentido causal, mas acrescentou-lhe os elementos subjetivos do tipo. (ANDRADE, 1997, p. 146).

Para a *teoria finalista* (finalismo), segundo WELZEL<sup>74</sup> (1993, p. 39), “a ação humana é exercício da atividade final”. Distingue-se do fato natural, pois, enquanto este é fenômeno determinado pela causalidade, aquela é o acontecimento dirigido pela vontade consciente do fim. A ação apresentaria uma estrutura constituída de elementos subjetivos, em função do projeto de realização (a proposição do fim, a seleção dos meios de ação e a representação dos efeitos colaterais), e objetivos, em função da realização do projeto, que numa versão simplificada de ação, representariam a “realização do propósito”.(SANTOS, 1993, pp. 17-9).

O *tipo*, segundo elemento da tipicidade, é a descrição legal da ação proibida, dolosa ou culposa, para a proteção de bens jurídicos, interesses e/ou necessidades considerados essenciais para a existência e desenvolvimento do indivíduo e da sociedade, no contexto de estruturas civis e instituições jurídicas e políticas de organização social. (SANTOS, 1993, p. 21). Decorre do princípio da legalidade, segundo o qual, o povo, destinatário da norma penal, deve conhecer o que é proibido para saber o que é permitido, de tal forma “que não há crime nem pena sem a lei anterior, escrita, estrita e certa que o

---

<sup>73</sup>Esta corrente teórica é originária da Escola de Baden, que segue ao Kant da Crítica da Razão Prática, representada por GUSTAV RADBRUCH, M. E. MAYER, A. HEGLER, E. MEZGER e W. SAUER. (ANDRADE, 1997, pp. 105 e 145).

<sup>74</sup>HANZ WELZEL é o fundador e principal expoente da teoria finalista da ação, ou finalismo. Seguem esta concepção, também, WERNER NESE, REINHART MAURACH, GÜNTER STRATENWERTH e ARMIN KAUFMANN (ANDRADE, 1997, p. 147). Propagam esta corrente teórica no Brasil, ALBERTO SILVA FRANCO, CELSO DELMANTO, HELENO FRAGOSO, HEITOR COSTA JÚNIOR, JUAREZ CIRINO DOS SANTOS, LUIZ LUIZI, LUIZ REGIS PRADO, MESTIERI, MIRABETE, MUNHOZ NETO, NILO BATISTA e outros. (MUNHOZ CONDE, 1988, p. 14, nota de rodapé).

defina”. (ANDRADE, 1997, p. 133). Compreende as dimensões subjetiva (tipo subjetivo) e objetiva (tipo objetivo) e três estruturas típicas fundamentais: 1) os tipos dolosos de ação; 2) os tipos culposos de ação; 3) os tipos de omissão e de ação, dolosos e culposos.

Os *tipos dolosos de ação*, que constituem a mais numerosa e importante categoria de tipos penais, possuem o dolo como elemento caracterizador. São vistos na dimensão subjetiva e objetiva. A dimensão subjetiva atém-se ao *dolo* (*consciência e vontade*), nas suas formas direta e eventual, e aos elementos subjetivos especiais (*intenções, tendências* e motivos de ação). A dimensão objetiva, por sua vez, ressalta os elementos objetivos do tipo, que devem necessariamente constituir objeto do dolo, ou seja, a ação, o objeto da ação, o resultado, detalhes de tempo, lugar, meio e modo de execução, a relação de causalidade e os sujeitos do tipo (ativos e passivos). (SANTOS, 1993, pp. 23-33).

Cumprir destacar, quanto aos tipos dolosos de ação, que o *dolo* é composto basicamente de dois elementos: um *intelectivo* (*a consciência*) e outro *volitivo* (*a vontade*). O elemento intelectual indica que, para agir dolosamente, o sujeito ativo deve *saber* o que faz e conhecer os elementos que caracterizam objetivamente a sua ação típica, ou seja, os elementos objetivos do tipo (sujeito, ação, resultado, relação causal, objeto material, etc.). O elemento volitivo, por sua vez, indica que, para agir dolosamente, não basta o mero conhecimento dos elementos objetivos do tipo, mas, além disso, *querer*, desde que essa vontade seja incondicionada. (CONDE, 1988, pp. 57-8).

Os *tipos culposos de ação*, que decorrem da lesão do dever de cuidado objetivo exigido em ações socialmente perigosas, compõem-se de dois elementos fundamentais: a) a ação, como lesão do cuidado objetivo exigido, compreendendo o risco permitido, a previsibilidade do resultado e elementos acessórios (princípio da confiança e regras de ofício); e b) o resultado de dano, como lesão do bem jurídico. (SANTOS, 1993, pp. 35-40)

Os *tipos de omissão de ação*, dolosos ou culposos, ao contrário dos tipos dolosos de ação, o conteúdo impositivo da norma jurídica engendra a forma negativa do tipo legal, que exige decomposição analítica positiva da ação que deve ser realizada para proteção do bem jurídico, motivo pelo qual também são chamados tipos de ação mandada. Analisados em dupla dimensão, são considerados subjetivamente e objetivamente. Desta forma, compõem a sua estrutura subjetiva os seguintes elementos: 1) *a consciência do perigo* para o bem jurídico incidente em dois momentos (a existência do perigo e a transformação do perigo em dano) e em duas direções (para interromper a causalidade determinante do perigo e para retirar o bem jurídico da área de eficácia de causalidade); 2) *a vontade de agir* para impedir o resultado de dano, examinada sob dois aspectos: a) o conteúdo da vontade e a capacidade de ação, esta podendo levar ao erro sobre o tipo de ação mandada (evitável ou inevitável). A dimensão objetiva, por sua vez, fundamentada nos elementos da dimensão subjetiva (consciência do perigo e vontade de agir) compreende dever jurídico de agir (dever jurídico geral de agir, que leva à omissão da ação própria, e o dever jurídico especial, que pode levar à omissão da ação imprópria, neste caso decorrente da posição de garantidor). (SANTOS, 1993, pp. 41-8).

Diz-se que há a tipicidade propriamente dita, quando ocorre a adequação entre a ação (realizada ou omitida) e o tipo legal, o que se chama “relação de tipicidade”. (ANDRADE, 1997, p. 132).

### 2.1.2 A antijuridicidade

Se a teoria do tipo ou da tipicidade estuda a ação (omissão) e os tipos penais, bem como a relação entre ambos (tipicidade), a categoria da antijuridicidade se ocupa da conduta como uma ação (omissão) contrária ao Direito. Compreende as causas que justificam a ação típica e por isso excluem ilicitude. Tais causas podem ser expressas (legítima defesa, estado de necessidade, estrito cumprimento de dever legal, exercício regular de direito e outras) ou não (consentimento do ofendido) na lei penal. As causas de justificação ou ações justificadas também são constituídas de elementos subjetivos e objetivos. (SANTOS, 1993, p. 49-50).

Assim, na *legítima defesa*, cuja situação justificante é constituída pela agressão injusta a direito próprio ou de terceiro, atual ou iminente, os elementos subjetivos da ação justificada são a *consciência da agressão e vontade de defesa*, que legitimam o dolo de tipo da justificativa. A teoria causalista não concebe tais elementos, admitindo legítima defesa sem conhecimento da agressão. Os elementos objetivos são os representados na ação de defesa, que deve ser necessária (utilização de meios necessários e permitidos) e moderada, sem o que poderá ocorrer o excesso intensivo (pelo uso imoderado dos meios) ou extensivo (pelo uso desnecessário dos meios) da defesa. (SANTOS, 1993, pp. 50-3).

No *estado de necessidade*, a situação justificante é constituída pela colisão de bens jurídicos determinada pela força da natureza, em que a proteção de um bem jurídico implica o sacrifício de outro bem jurídico, guiada pelo critério da preponderância, que na lei penal brasileira é orientado pelo princípio da razoabilidade. A ação justificada é constituída também por elementos subjetivos (*consciência de perigo e vontade de proteção*) e por elementos objetivos, representados pela ação necessária à proteção, podendo levar a situações de excesso doloso (consciente) ou culposos (inconsciente) conforme na legítima defesa, desde que a lesão ao bem jurídico continue a se realizar após a cessação do perigo (excesso intensivo) ou se for desnecessária a lesão a outros bens jurídicos (excesso extensivo).(SANTOS, 1993, pp. 53-5).

No *estrito cumprimento de dever legal* a situação justificante é a existência de lei determinante de dever ao funcionário ou assemelhado. Os elementos constitutivos da ação justificada são a *consciência do dever* e a *vontade de cumpri-lo* (elementos subjetivos) e o cumprimento efetivo do dever nos estritos limites da lei (elemento objetivo), podendo ocorrer o excesso doloso (consciente) ou culposos (inconsciente) no caso de não ser respeitado o limite legal.(SANTOS, 1993, pp. 55-6).

O *exercício regular de direito* tem como situação justificante a existência de direito, definido em lei ou sentença judicial. A ação justificada também é composta de elementos subjetivos (*consciência do direito e vontade de exercê-lo*) e objetivo (realização concreta do exercício regular do direito estabelecido), podendo haver excesso doloso (consciente) ou culposos (inconsciente), se o exercício do direito for irregular ou abusivo.(SANTOS, 1993, pp. 56-7).

Há *outras situações justificantes* que podem estar expressas na lei, como por exemplo, no Direito Positivo Penal brasileiro, o aborto necessário e no caso de gravidez resultante de estupro; a ofensa irrogada em juízo, na discussão da causa, pela parte ou seu procurador; a opinião desfavorável da crítica literária, artística ou científica, salvo quando inequívoca a intenção de injuriar ou difamar; o conceito desfavorável emitido por funcionário público, em apreciação ou informação que preste no cumprimento de dever de ofício, etc.

O *consentimento do ofendido*, causa de justificação não expressa na lei, constitui renúncia ao direito de proteção penal, podendo ter eficácia excludente da tipicidade (se o tipo protege exclusivamente a vontade do ofendido) (p. ex. o dano simples previamente autorizado) ou da antijuridicidade (se o tipo, além da vontade do ofendido, protege interesses públicos), conforme a natureza do bem jurídico protegido. Pressupõe ofendido capaz e consentimento anterior à ação consentida. Essa causa justificante também é constituída de elementos subjetivos (*consciência do consentimento e vontade de agir* no interesse expresso ou presumido do ofendido) e subjetivos (os representados pela realização da ação consentida, nos limites estritos do consentimento). (SANTOS, 1993, pp. 57-8).

Importa destacar, em relação a esta categoria, os elementos subjetivos que compõem as causas de justificação, ou seja, a *consciência* e a *vontade*, os quais, conforme veremos, fornecem fundamento teórico aos *antecedentes* e à *reincidência criminal*.

### 2.1.3 A culpabilidade

A *culpabilidade* é a reprovação que se faz a alguma pessoa por ter atuado de modo contrário ao Direito. Seu conceito resulta da história das transformações do elemento especial da culpabilidade. Assim, num primeiro momento tal elemento se constituiu na “consciência e vontade do fato” (*concepção psicológica*), tendo se aplicado num segundo momento para “consciência e vontade do fato e do valor do fato” (*concepção psicólogoico-normativa*), ambas as concepções referentes à teoria causalista da ação, e, num terceiro e atual momento, na consciência e vontade do valor do fato (*concepção normativa pura*), que redefinida pela teoria finalista, foi denominada como “consciência da antijuridicidade real ou possível”. (SANTOS, 193, p. 59).

A *teoria psicológica da culpabilidade* leva a uma separação dos elementos subjetivos e objetivos do crime (em razão da concepção causal), de tal sorte que os elementos objetivos pertencem à antijuridicidade e os elementos subjetivos à culpabilidade, como elemento psíquico entre o agente e o fato. A culpabilidade, assim entendida, é formada por dois elementos: a *imputabilidade* (como capacidade abstrata de compreender corretamente e de querer uma decisão de ação adequada à representação do valor do fato, excluída ou reduzida em situações de imperfeição - imaturidade - ou de defecção - doença mental - do aparelho psíquico) e a *relação psicológica entre o agente e o fato*, sob as formas de dolo (consciência e vontade do fato) e de culpa (como causação de resultado lesivo por imprudência, negligência ou imperícia. (SANTOS, 1993, pp. 59-60).

A *teoria psicológico-normativa* apenas acrescentou ao conceito de culpabilidade o elemento normativo, como produto de reflexões teóricas que resultaram em duas conclusões: 1) de que o dolo não se limita à consciência e à vontade do fato, mas inclui o valor do fato como realidade normativa, ampliando, assim, o conceito de dolo para consciência e vontade do fato e do valor do fato; 2) de que são admissíveis situações excepcionais de anormal motivação da vontade, o que leva à noção de *inexigibilidade* de comportamento diverso. Por isso, de acordo com a concepção psicológico-normativa de culpabilidade, conhecida como teoria do dolo, de abordagem da teoria causal, a culpabilidade tem a seguinte estrutura: *imputabilidade*, dolo ou culpa (*elemento psicológico-normativo*) e *exigibilidade de comportamento diverso*. (SANTOS, 1993, p. 60).

A *teoria normativa pura*, produto da reacomodação dos elementos do conceito de crime promovida pela teoria finalista da ação, que modificou, simultaneamente, a teoria do tipo e da culpabilidade; reduziu a culpabilidade ao seu componente normativo, fazendo com que a consciência e vontade do fato deixasse de integrar a culpabilidade e passasse a constituir o elemento subjetivo do tipo doloso; e redefiniu a consciência e vontade do valor do fato (sucedâneo da teoria do dolo) à consciência real ou possível da antijuridicidade. Assim, segundo a concepção normativa, a estrutura da culpabilidade passou a contar com os seguintes elementos: *imputabilidade*, *consciência real ou potencial da ilicitude* e *exigibilidade da conduta diversa*. (SANTOS, 1993, pp. 60-1).

O juízo de reprovação tem por objeto a realização antijurídica do tipo e por fundamento o poder atribuído ao sujeito de agir conforme o direito (a li-



berdade de agir de outro modo ou o poder de agir conforme o direito). A *normalidade* de vontade traz como consequência o poder de agir (no qual se inclui a liberdade). A *anormalidade*, que, ao contrário da normalidade, exclui o poder de agir, consiste em defeitos da capacidade ou de formação da vontade. A teoria do crime pode ser concebida como uma seqüência de conceitos sobre dimensões relevantes da vontade, de tal sorte que o *conteúdo da vontade* é matéria do tipo; o *valor da vontade* é objeto da antijuridicidade; a *capacidade e a formação da vontade* são componentes da culpabilidade, a primeira concentrada na área da imputabilidade e a segunda abrangendo as situações de erro de proibição e de inexigibilidade de conduta diversa, determinantes da anormalidade da vontade. Desta forma, o estudo da capacidade da vontade nos leva à verificação da funcionalidade do aparelho psíquico, enquanto que o da formação da capacidade induz à verificação de erros de valoração (excludentes da consciência da antijuridicidade) e de pressões psicológicas insuportáveis (excludentes da exigibilidade de comportamento diverso). A capacidade e formação anormais de vontade excluem o juízo de reprovação. (SANTOS, 1993, pp. 61-2).

A *capacidade de vontade* ou *imputabilidade*, é atributo das funções de compreensão e de volição do aparelho psíquico, que depende do desenvolvimento biológico (18 anos de idade) e da sanidade psíquica do sujeito (ausência de defeitos psíquicos funcionais ou constitucionais). A *incapacidade absoluta* de vontade ou *inimputabilidade plena* é a ausência dos requisitos mínimos de desenvolvimento biológico ou de sanidade psíquica. Caracteriza-se nas seguintes hipóteses: 1) menores de 18 anos; 2) patologias funcionais; 3) embriaguez completa, por caso fortuito ou força maior; 4) dependência, ou efeito fortuito ou por força maior, de substância entorpecente ou que determi-

ne dependência física ou psíquica. A *incapacidade relativa* de vontade ou *semi-imputabilidade* ocorre quando se constatar a presença incompleta dos requisitos mínimos de sanidade ou de normalidade psíquica. Caracteriza-se nas seguintes hipóteses: 1) perturbações mentais funcionais; 2) embriaguez incompleta, por caso fortuito ou força maior, redutora da capacidade penal; 3) dependência, ou efeito fortuito ou por força maior, de substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica. A emoção e a paixão não excluem a capacidade, mas podem privilegiar o tipo ou atenuar a pena. A *actio libera in causa* é um artifício utilizado para fundamentar a ficção de liberdade existente na situação de capacidade penal anterior, aplicável no caso de embriaguez preordenada e culposa pelo álcool ou substâncias análogas.(SANTOS, 1993, pp. 62-6).

A normal *formação da vontade*, por outro lado, implica a reprovação do sujeito pela realização antijurídica do tipo em condições normais (se possui consciência da antijuridicidade e se era exigível conduta diversa). Portanto, o juízo de reprovação, além da capacidade de vontade (imputabilidade), pressupõe a consciência real ou possível da antijuridicidade e a exigibilidade de comportamento diverso. (SANTOS, 1993, pp. 66-7)

A categoria da *consciência real ou possível da antijuridicidade* ocupa-se basicamente do erro sobre a antijuridicidade ou erro de proibição, enquanto que a da *exigibilidade de conduta diversa*, com as pressões ou coerções excludentes ou redutoras da liberdade. No que diz respeito ao erro de proibição, há duas teorias: 1) a *teoria extremada da culpabilidade* compreende que o erro de proibição pode ter por objeto a norma jurídica (do ponto de vista da existência, validade e significado), o dever jurídico de agir (nos tipos de omis-

são de ação) e de cuidado (nos tipos culposos) e as justificações (do ponto de vista das situações justificantes, dos limites jurídicos e da existência legal; 2) a *teoria limitada da culpabilidade*, adotada pela lei penal brasileira, compreende o erro evitável e inevitável, que, respectivamente, exclui e reduz a reprovação de culpabilidade em todas as hipóteses de erro, exceto o erro evitável sobre a situação justificante, que modifica a natureza do tipo, de doloso para culposo.(SANTOS, 1993, pp. 66-70).

A *exigibilidade* é a característica mais específica da norma jurídica, como reverso da obrigatoriedade do Direito. Atravessa toda a teoria do crime: no tipo (exigibilidade abstrata de abstenção ou de realização de ações para proteção de bens jurídicos), na antijuridicidade (exigibilidade concreta de abstenção ou de realização dessas ações, exceto as justificadas) e na culpabilidade (onde o poder de agir de outro modo é o fundamento concreto da exigibilidade). As condições normais conduzem à exigibilidade da conduta, enquanto condições anormais podem reduzir ou excluir a exigibilidade. Portanto, a exigibilidade da norma jurídica não é exigibilidade cega, mas limitada por situações de inexigibilidade.(SANTOS, 1993, p. 70).

Depende de previsão legal para ser admitida como causa de exculpação, como a coação irresistível e a obediência hierárquica. Na coação, a irresistibilidade deve ser medida pelas condições pessoais e pela situação existencial do coator e coagido (*vis compulsiva*, que vicia a vontade do coagido e *vis absoluta*, força física que exclui a própria ação). Na obediência hierárquica a ordem superior deve ser vinculante à conduta, a ilegalidade da ordem não deve ser evidente e o subordinado deve ser funcionário público. (SANTOS, 1993, p. 71).

Há, no entanto, hipóteses que não foram legisladas, que incluem condições sociais adversas, determinantes de anormal motivação da vontade, e que somente não foram consideradas causas de exculpação porque ampliariam a impunidade.

SANTOS (1993, pp. 71-2) adverte, no entanto, que,

“(...) quando a exceção torna-se a regra (condições sociais adversas), os critérios também devem mudar: se o crime constitui *resposta normal* de sujeitos em *situação social anormal*, então os critérios de inexigibilidade *devem incluir* as condições sociais *adversas*, determinantes de anormal motivação da vontade - porque o Direito é regra de vida. O ser humano no conjunto das relações sociais, reage contra a violência das relações estruturais, garantidas pelos sistemas jurídicos e políticos do Estado, pela única maneira realmente possível: a violência. A abertura do conceito de *inexigibilidade* para as condições *reais* de vida do povo (fome, doença, desemprego, insegurança, angústia, etc.) parece alternativa capaz de democratizar o Direito Penal, reduzindo a criminalização de sujeitos penalizados pelas condições de vida. Neste ponto, direito *justo* é direito *desigual*: considera desigualmente sujeitos concretamente desiguais. Assim, como *avaliação compensatória* da responsabilidade de *indivíduos inferiorizados*, é possível falar em *co-culpabilidade* da sociedade organizada: é responsável pela *injustiça* das condições sociais adversas da população marginalizada, determinantes de *anormal motivação da vontade* nas decisões da vida. As alternativas de comportamento individual seriam diretamente proporcionais ao *status* social, com desigual distribuição das cotas de *liberdade* e *determinação*: status social superior, maior liberdade; status social inferior: maior determinação. Essas observações abrem espaço para a inexigibilidade de comportamento diverso como *causa suprallegal de exculpação*: a *anormalidade* de motivação da vontade em condições sociais *adversas*, *insuportáveis* e *insuperáveis* pelos meios convencionais (exceto pelo crime), não pode ser variável indiferente ao juízo de reprovação”.

Quanto aos demais aspectos da teoria do crime, quais sejam, autores e partícipes, tentativa e consumação, unidade e pluralidade de crimes, são detalhamentos dos itens acima expostos, mormente relativos à ação típica, os

quais deixamos de abordar por não interessarem aos objetivos desta dissertação. (SANTOS, 1993, p.16).

Conforme se depreende dos diversos aspectos que envolvem a teoria do crime e as suas transformações, é importante ressaltar a conclusão de ROXIN, citada por ANDRADE (1997, p. 151), no sentido de que “se pode descrever a teoria do delito dos últimos decênios como uma peregrinação dos elementos do delito pelos diferentes estágios do sistema”.

As três categorias mencionadas, conforme se vê, servem aos objetivos desta pesquisa. A tipicidade, porque nela se insere o dolo como elemento subjetivo dos tipos dolosos por ação ou omissão (na teoria finalista); a antijuridicidade, posto que as causas de exclusão de ilicitude compõe-se dos elementos da consciência e vontade; a culpabilidade, uma vez que o dolo e a culpa, na teoria causalista, são elementos psíquicos que ligam o fato ao autor, e a consciência potencial ou real da ilicitude, que na teoria finalista é elemento integrante da culpabilidade. Conforme veremos, os *antecedentes* e a *reincidência criminal* encontram fundamento teórico nestas categorias. Também a causa supralegal de exculpação, consistente das condições sociais adversas, importam, como se verá, para desconstruir os fundamentos dos dois institutos estudados nesta dissertação, numa visão interna da técnica jurídica.

## **2.2 As teorias do homem criminoso**

Se a teoria dogmática do crime concentrou-se no estudo do fato delituoso em si sem se preocupar com o homem, as teorias dos criminosos, ao contrário, encontraram nestes o fundamento do próprio crime. O homem criminoso tor-

nou-se, assim, objeto de investigação científica, marcando o surgimento da Escola Positiva. As tipologias criminais e a teoria da personalidade perigosa são as que mais objetivamente abordam o estudo do homem delinqüente, merecendo especial destaque, posto que estreitamente relacionadas à fundamentação dos *antecedentes* e da *reincidência criminal*.

Dentre os autores que mais se debruçaram no estudo do homem delinqüente, formadores do pensamento criminológico positivista, encontram-se LOMBROSO, GARÓFALO e FERRI, cujas teorias serão priorizadas no estudo que se formula, por refletirem perfeitamente o “enfoque etiológico” do tema. Tais teorias, não obstante divergentes em alguns pontos, se complementam em outros, de tal sorte que são perceptíveis as óticas que as distinguem, posto que LOMBROSO procurou destacar os fatores “antropológicos” do homem criminoso, GARÓFALO os seus fatores “psicológicos” e FERRI os seus fatores “sociológicos”. (DIAS e ANDRADE, 1992, p. 15)

Os clássicos não se preocuparam com o estudo do criminoso. Viam neste apenas o “sujeito ativo primário do delito, o único em toda a criação, que, por ser dotado de vontade, é ente dirigível” (CARRARA, 1956, p. 53). O criminoso, assim considerado, não seria um ser anômalo nem diferente dos demais. Foram os positivistas, conforme já nos referimos no item 2.2.2 do capítulo primeiro, que buscaram as diferenças entre o homem criminoso e o homem normal, surgindo a partir desses estudos o *conceito do criminoso* como um ser humano anormal, dotado de uma especial tendência à prática do crime, em razão de fatores biológicos, psicológicos e sociológicos. É em função destes diferentes fatores que os positivistas classificaram os criminosos em diferentes categorias, as quais, conforme veremos, complementam-se entre si.

### 2.2.1 As tipologias criminais

Como nos demais ramos do saber, a investigação acerca do crime e do criminoso, no saber criminológico positivista, fez sentir a necessidade e a conveniência da tipologia, através da qual consegue organizar os fenômenos, evitando a dispersão na análise concreta do objeto da investigação. Desta forma, os tipos seriam construções intelectuais suscetíveis de reduzir uma multiplicidade de fenômenos a um conjunto articulado de características. Obedecem a um critério de utilidade, do ponto de vista de exposição, explicação e aplicação pragmática. As classificações tipológicas não são necessariamente esgotantes (comportam freqüentemente lacunas), nem os seus termos são mutuamente exclusivos (há sempre tipos mistos e, muitas vezes, autênticos casos atípicos). (DIAS e ANDRADE, 1992, p. 124).

Na tipologia criminal tem-se procurado retratar as características bio-psíquicas do agente, com atendimento especial às suas inclinações para a prática de atos anti-sociais e às conseqüências de sua atuação na coletividade. Essa tipologia se traduz, pela aceitação nos códigos que a acolhem, com maior ou menor amplitude, de expressões como “reincidente”, “habitual”, “profissional”, “por tendência”, etc., para designar categorias de criminosos, o que importa em verdadeira classificação. Os positivistas não buscaram que estas classificações estivessem revestidas de rigor, mas sim que se constituíssem em esquemas capazes de agrupar em categorias os delinqüentes, possibilitando, dessa forma, melhor apreciação do seu grau de periculosidade e, em conseqüência, maior acerto em seu tratamento, através da cominação e da aplicação da sanção mais adequada. (SOUZA, 1982, pp. 73-4).

Por isso se diz que a tipologia do delinqüente tem apenas um valor relativo, representando um aspecto pormenorizado do objeto da investigação científica, introduzido pela Escola Positiva, que deslocou para o centro de suas análises o homem criminoso. Assim, se para a Escola Positiva o homem criminoso constitui-se em um ser “anormal”, haverá, dentre a anormalidade, diversas espécies que agrupam os indivíduos segundo as características que os identificam.

CARVALHO (*apud* SOUZA, 1982, p. 75), em seu compêndio de Criminologia, afirmou que,

“Para que, pois, o legislador possa garantir na luta da vida dos homens honestos, os homens de atividade benfazeja, dos ataques dos criminosos, dos homens de atividade malfazeja, (...), é preciso que estes últimos estejam perfeitamente divididos e classificados, como faz o botânico com as plantas sujeitas ao objeto de seu estudo”.

### **2.2.1.1 A tipologia lombrosiana**

Realizando pesquisas nos estabelecimentos prisionais da Europa, especialmente no sul da Itália, LOMBROSO, conforme já mencionado no item 2.2.2. do capítulo primeiro, sedimentou os estudos antropológicos acerca do *homem criminoso*, concluindo que este integra uma classe “antropologicamente” anômala diferente dos demais seres humanos, devido, principalmente, aos seus caracteres físicos. Encontrou nos presos das penitenciárias e nos internos de estabelecimentos psiquiátricos, as características possíveis de identificarem o criminoso como um *tipo criminal*, assim como, em classes específicas, concluindo que havia uma relação entre o instinto san-



guinário e a regressão atávica, admitindo, portanto, que o homem criminoso propriamente dito é nato, é idêntico ao louco moral, apresenta base epiléptica e constitui, por um conjunto de anomalias, tipo especial denominado “lombrosiano”. A pesquisa empírica produzida levou em considerações dados como a forma e cor dos cabelos, a forma e cor dos olhos, maior ausência ou presença de barba e cabelos, forma do nariz e dentes, morfologia do crânio, medidas dos diversos órgãos e membros, o uso de tatuagens, a tendência à obscenidade, a prática da religião, a capacidade de associação, a agilidade psicomotora, a acuidade acústica, a sensibilidade de modo geral (olfativa, afetiva), reflexos e estímulos nervosos, longevidade, piedade, invulnerabilidade, tendência ao suicídio, instabilidade emocional, vaidade, crueldade, tendência ao jogo e à bebida, etc., acabando, não obstante as semelhanças existentes, por dividir os criminosos em três classes: o criminoso nato, o louco moral e o epiléptico. (LOMBROSO, 1983).

O *criminoso nato*, que LOMBROSO procurou descrever em toda a sua obra, é aquele que possui um conjunto de características físicas que revelam a sua tendência ao crime. Do conjunto de caracteres físicos é possível identificar o *criminoso genérico*, assim como aquele que tem tendências para determinadas formas de delinqüência, ou seja, o *criminoso específico*. Aquele seria o que reúne a maior quantidade de características físicas, que revelam a sua tendência à prática de crimes em geral. Verifica-se nele, assim, a ausência de barba, a abundância da cabeleira, a palidez, fisionomias mais delicadas, femininas e gentis, pequena capacidade craniana, mandíbula pesada e desenvolvida, grande capacidade orbital, arcadas superciliares salientes, crânio anormal e assimétrico, inserção de orelhas em asa, nariz torto ou achatado e pequeno. Revela propensão ao daltonismo, força muscular manual ou de tração peque-

na, mas de agilidade extraordinária. Dificilmente enrubesce. É deficiente moral, insensível, vaidoso, astuto, mentiroso, apresenta aversão ao hábito de família, rebeldia à educação, é invejoso, vingativo, odioso, indiferente às punições, propenso às explosões de cólera sem razão, preguiçoso, devasso, imprevidente, volúvel, covarde, jogador, insuscetível de remorso, demonstra interesse pela tatuagem. Há, no entanto, características que revelam uma especial tendência do homem criminoso (*criminoso específico*) à prática de determinados delitos. Nos estupradores, por exemplo, quase sempre o olho é cintilante, a fisionomia delicada, os lábios e as pálpebras volumosos. Os pederastas distinguem-se freqüentemente pelos cabelos longos bem tratados e pelas maneiras feminis que conservam mesmo com o uniforme das prisões. Os incendiários caracterizam-se pela delicadeza da pele, o aspecto infantil, a abundância de cabelos, lisos ou penteados à moda das mulheres. Os matadores e os ladrões arrombadores têm cabelos crespos, crânios deformados, fortes mandíbulas, enormes zigomas, e freqüentes tatuagens, sendo cobertos de cicatrizes na cabeça e no tronco. Os homicidas habituais têm o olhar vítreo, frio, imóvel, algumas vezes sangüíneo e injetado, o nariz freqüentemente aquilino ou mesmo adunco como o das aves de rapina sempre volumosos, mandíbulas grandes, orelhas longas, largos zigomas, os cabelos crespos abundantes, escuros, freqüentemente a barba é escassa, os dentes caninos muito desenvolvidos, os lábios finos, muitas vezes há nistagmo e a contração unilateral do rosto mostra os dentes caninos como uma ameaça. Os falsários e escroques têm na fisionomia uma bonomia singular, alguma coisa clerical, que contribui para inspirar confiança nas vítimas, rostos pálidos, olhos desvairados ou muito pequenos, nariz torto, calvície precoce, rosto de mulher velha. (LOMBROSO, 1983, pp. 167-72).

Também *as mulheres delinqüentes* distinguem-se genericamente das demais pelas suas características físicas, de tal sorte que naquelas predominam a abundância extrema da cabeleira, o desenvolvimento mandibular, o olhar sinistro, olhos oblíquos, saliência dos zigomas, fisionomia viril e penugem, lábio fino, estrabismo, dentes anormais. Especificamente, as ladras apresentam apófises zigomáticas enormes e orelhas anormais. Nas infanticidas verifica-se penugem abundante. As homicidas possuem os lábios superiores finos. (LOMBROSO, 1983, pp. 173-7)

A *reincidência* mereceu especial destaque nos estudos de LOMBROSO (1983, pp. 280-309), que a apontou como uma das características do criminoso nato. Em sendo uma característica inata, afirma que “não é com certeza o sistema penitenciário que impede as reincidências; as prisões, pelo contrário, são sua principal causa”. Frisou que é sobretudo entre as mulheres que a reincidência é constante, podendo-se observar, que contrariamente ao que acontece com os homens, as reincidências múltiplas apresentam-se mais freqüentemente do que as simples. Afirma que é a reincidência obstinada que começa a assinalar o criminoso nato, sobretudo quando observada antes da juventude e que as espécies de crimes que dão o maior número de reincidência são as mesmas que germinaram mais freqüentemente na juventude. A reincidência, diz, é infelizmente a regra geral para os condenados, desde o momento em que adquirirem a liberdade. O arrependimento é o ponto de partida de todos os sistemas penais, no entanto, *considera inexistente nos criminosos natos o sentimento de remorso, daí porque não há o arrependimento, fazendo-se presente a reincidência*. A prova da falta de remorso do delinqüente nato, considerada a mais clara, é a de que esse tipo de delinqüente jamais lamenta as suas vítimas, zomba delas com desprezo e freqüentemente as calunia. No

estado selvagem, ao contrário, o homem não conhece o remorso; envaidece-se de suas façanhas criminosas; a justiça para ele é sinônimo de violência e de força. Ressalta que a idéia do justo e do injusto não está absolutamente extinta em todos os criminosos; mas neles fica improdutiva, porque é compreendida pelo espírito muito mais do que sentida pelo coração, e as paixões e o hábito de praticar o mal não podem deixar de sufocá-la. Certos indivíduos prevêm o castigo sem que por isso fiquem tocados; pelo contrário, encontram razões para se entregarem a uma crueldade mais refinada. Por outro lado, não são, em todos os casos, nem a consciência do verdadeiro nem os conhecimentos jurídicos que faltam aos criminosos; é muito mais a força ou a vontade de se conformar a esse critério. Uma coisa é ter a consciência teórica de um fato, outra é agir em conseqüência; para que o conhecimento se transforme em uma vontade determinada, como os alimentos em quilo e em sangue, é necessário um outro fator, o sentimento; ora, esse fator habitualmente não está presente nos criminosos.

O *louco moral*, segundo LOMBROSO (1983, p. 408-38), também se diferencia dos demais seres humanos, assim como do criminoso nato, pelas suas características físicas. São identificados pelo crânio estreito e pontudo, a macrocefalia, as saliências dos ossos do crânio, crânio muito alongado ou excessivamente arredondado. Apresentam desproporção das duas metades do rosto, a espessura dos lábios, a abertura exagerada da boca, a má conformação e queda precoce dos dentes, assinalam abóbada palatina assimétrica ou achatada e apertada, a úvula alongada e dividida em dois, as orelhas grandes e desproporcionadas. As anomalias do crânio e da fisionomia são menores nos loucos morais do que nos criminosos natos. A extraordinária agilidade e a precocidade da perversão sexual, o exagero seguido de impotência são en-

contrados tanto nos criminosos natos como nos loucos morais. A hereditariedade se faz muito mais presente na loucura do que nos criminosos natos. Muitas destas características podem ser encontradas também nos criminosos natos, daí porque ressaltou que a busca das diferenças entre o criminoso nato e o louco moral pode representar na comprovação das suas semelhanças, não deixou de frisar que a aparente saúde, a estatura mais elevada, a abundância de cabelos, suas paixões, a preguiça, a sede de orgia e de vingança, são características físicas e morais ausentes nos loucos morais.

A terceira categoria da tipologia lombrosiana é o *epiléptico*, que seria o ponto de reunião ou de fusão dos loucos morais e os delinquentes natos em uma mesma família natural, onde seria possível encontrar, um pouco exagerados, todos os traços daquelas duas categorias de criminosos. Por isso, ao tempo em que LOMBROSO (1983, pp. 478-9) procurou demonstrar as diferenças entre os epilépticos e os demais criminosos, logrou evidenciar também as suas semelhanças. As diferenças, no entanto, assim sintetizou: os epilépticos apresentam, no crânio, menos freqüentemente os ossos vórmios, assim como a microcefalia frontal, o que se explica pelo fato de que na loucura não são as circunvoluções parietais as mais atingidas, mas as frontais; os epilépticos apresentam menor acuidade visual, enquanto a maioria dos criminosos têm superior às pessoas normais; os criminosos nos oferecem também exacerbação mais freqüente durante os tempos de grande calor, enquanto os epilépticos convulsivos têm acesso com mais freqüência nos dias de frio; os epilépticos têm recaídas mais fortes e mais visíveis os contrastes entre os acessos, maior assimetria craniana e torácica, lateralidade mais exagerada, menos vaidade, mais crueldade e irascibilidade; na etiologia da epilepsia o medo ocupa um lugar muito maior do que na da criminalidade; o criminoso epiléptico propriamente

dito, que continua cronicamente as ferocidades dos acessos agudos ou larvados, apresenta-nos o exagero da loucura moral; mas nos períodos menos pronunciados elas se fundem. E como duas coisas iguais a uma terceira são iguais entre si, está fora de dúvida que a criminalidade inata e a loucura moral são variantes da epilepsia.

### 2.2.1.2 A tipologia de Garófalo

Também GARÓFALO (1925, p. 413) sustentou a importância da divisão apresentada para fins de classificação dos tipos ou classes de delinquentes, sobre a qual se funda o sistema de penalidades.

Partido do “tipo antropológico de delinquentes” de LOMBROSO e orientando a sua pesquisa para os fatores psicológicos, GARÓFALO (1925, p. 97) desenvolve a idéia da “anomalia moral ou psíquica do criminoso”, ou seja, de que “os criminosos constituem uma classe de seres degenerados”, concluindo que há três tipos fisionômicos criminais, ou seja, os *assassinos*, os *violentos* e os *ladrões*, os quais se contrapõem ao tipo do “homem honesto”. Faz questão de ressaltar que, “além da anomalia física, há a moral, a qual é a verdadeira causa do crime”.

“(…) o criminoso, muitas vezes fisicamente anômalo, o é sempre moralmente; - que essa anomalia, colocando-o em condições de inferioridade relativamente à raça a que pertence é, sociologicamente, uma degeneração, imputável como veremos, a causas hereditárias ou do meio; e que, portanto, não são as circunstâncias em que o delinquentes se encontra, mas a sua degeneração individual, a causa do crime.” (GARÓFALO, 1925, p. 129).

Admite a transmissão das tendências ou predisposições criminosas por “hereditariedade direta ou colateral”, o que, no seu entender, explica o *fenômeno da reincidência*, pois os mesmos indivíduos cometem sempre os mesmos crimes, motivo pelo qual não existe o “delinqüente fortuito”, pois “o crime não é o efeito direto e imediato das circunstâncias externas; está sempre no indivíduo e é a revelação de uma natureza degenerada, quaisquer que sejam as causas, antigas ou recentes, dessa degeneração”. Mencionou ser inexato dizer-se que todo o delito, singularmente considerado, é o efeito de causas orgânicas individuais, de causas físicas externas e de causas sociais. O delito é o efeito de causas individuais atuando num particular ambiente físico ou em particulares contingências sociais”. (GARÓFALO, 1925, pp. 131-2).

Para GARÓFALO (1925, pp. 147-8), traçados os contornos do delito natural, dele se depreende a tipologia criminal, denominando *delinqüentes típicos* os que estão absolutamente privados do senso moral; *violentos*, que apresentam ausência do sentimento de “piedade”; e *ladrões ou neurastênicos* os que apresentam ausência do sentimento de “probidade”.

O *delinqüente típico* é um ser a quem “falta” absolutamente o “altruísmo”, um ser privado dos instintos de benevolência e de piedade, no qual seria um absurdo encontrar vestígios de um sentimento de justiça. O delinqüente típico roubará ou matará com indiferença, fazendo-o para vingar-se de uma ofensa imaginária ou insignificante ou por vaidade. A ele GARÓFALO (1925, pp. 147-8 e 169) atribuiu o nome de *assassinos*, não no sentido restritivo das legislações, posto que neles em regra se reúnem todos os caracteres, físicos e psíquicos, que os identificam com o tipo antropológico de delinqüente preconizado por LOMBROSO. Os criminosos típicos obedecem

unicamente ao próprio egoísmo, aos próprios desejos e apetites instantâneos, atuando sem cumplicidade alguma indireta do ambiente social.

Se nos delinqüentes típicos ocorria a “falta” absoluta dos sentimentos morais altruísticos da piedade e da probidade, nos *violentos* e nos *ladrões*, como se verá mais adiante, tais sentimentos apresentam-se deficitários.

Assim, os *criminosos violentos ou enérgicos*<sup>75</sup> são aqueles em que o sentimento de “piedade” está ausente ou é encontrado em grau de inferioridade, fazendo com que tenham “especial tendência à prática dos crimes contra as pessoas”, tais como os ferimentos, sevícias, seqüestros e estupros. São pessoas propensas às influências provocadas pelas crenças supersticiosas da feitiçaria, do mau olhado e alguns preconceitos locais e de classe. Aos violentos, o mais ligeiro motivo, ou seja, uma palavra má ao jogo, a tagarelice de um imprudente, a inveja profissional, uma vaga suspeita sobre a fidelidade da mulher ou da noiva bastam para produzir horríveis crimes de sangue, isto porque um elemento psíquico diferencial se encontra presente nos autores de violência a pessoas, que os fazem mais vulneráveis à paixão e à cólera, assim como aos efeitos do álcool. Neles é pequena a repugnância pelas ações cruéis, de sorte que facilmente as praticam por motivo de falsas idéias, de exagerado amor próprio ou de preconceitos sociais, políticos e religiosos. Deles destacam-se, para formar um subgrupo, os *impulsivos*, isto é os que cedem às solicitações da cólera ou à sobreexcitação nervosa produzida pelo alcoolismo, pela herança dos progenitores ébrios, convulsionários, loucos ou epiléticos. Não tendo a fisionomia peculiar dos violentos, são freqüentemente afetados de nevroses, notando-se neles, muitas vezes, as assimetrias e hemitrofias do



crânio ou da face, correspondendo ao desequilíbrio funcional das faculdades. (GARÓFALO, 1925, pp. 148-63).

*Os criminosos ladrões ou neurastênicos* são aqueles que apresentam especial deficiência no sentimento de “probidade” e, por isto, manifestam forte tendência à prática de delitos patrimoniais, uma vez que se encontram na situação de poderem, por espoliação, satisfazer os próprios apetites. A falta da probidade pode ser diretamente hereditária e excepcionalmente atávica. Em se tratando de improbidade hereditária, a herança junta-se aos exemplos do ambiente imediato, imprimindo-se-lhe no espírito durante a infância ou adolescência. (GARÓFALO, 1925, p. 170).

### 2.2.1.3 A tipologia de Ferri

FERRI (1931, pp. 247-8) atribuiu uma finalidade prática e decisiva do estudo do delinqüente à justiça penal, tanto na lei como no julgamento e na execução da condenação, propiciando assim a adaptação da sanção penal à personalidade do delinqüente pelo crime por ele cometido. Desta forma, ratificou o posicionamento de LOMBROSO, afirmando que “o tipo criminal é viva realidade”. Afirmou ter, muitas vezes, durante as suas observações sobre os delinqüentes, ocasião de notar (especialmente pela fisionomia) a especial tendência criminosa do tipo criminal. Mas esta tendência, diz, não é apenas hereditária ou congênita (condições individuais orgânicas ou psíquicas), conforme inicialmente preconizada pela Escola Positiva, mas sim sofre especial influência das condições ambientais ou físicas (clima, temperatura, condições telúricas, produção agrícola, etc.) ou sociais (miséria, educação, profissão,

---

<sup>75</sup> O termo enérgico foi empregado pelo Prof. VAN HAMEL para designar os criminosos violentos defini-

estado civil, vida urbana ou rural, etc.), as quais concorrem para modificar o tipo criminal, tornando-o múltiplo em vez de único e uniforme, conquanto, como em todos os campos das observações naturais, os tipos puros e completos sejam a minoria em face dos tipos mistos e incompletos.

Classifica o homem criminoso em cinco categorias: O delinqüente nato; o delinqüente louco; o delinqüente habitual; o delinqüente ocasional; e o delinqüente passional.

O *criminoso nato* tem o mais das vezes uma inteligência comum e antes inferior à média, fora dos casos de inteligência superior (e as vezes quase genial de maldade) ou de inteligência obtusa e deficiente, da qual se especifica o tipo de “delinqüente primitivo” e também o “tipo bestial” de delinqüente. Caracteriza-se, antes de tudo, pela vontade anormal, ou seja, pela “impulsividade” desta vontade anormal, que, na debilidade congênita das energias de inibição, passa precipitadamente da idéia à ação e, por “motivos” absolutamente “desproporcionados”, à gravidade do delito, distinguindo-se, sobretudo, pela falta ou debilidade do “senso moral”. São sintomas da criminalidade nata a precocidade e a *reincidência*, motivo pelo qual os criminosos natos são considerados incorrigíveis e de elevado grau de periculosidade, dada a sua inata tendência à prática de qualquer delito. (FERRI, 1931, p. 257-8).

O *criminoso louco* é o levado ao crime não somente pela enfermidade mental (se assim fosse, todos os loucos deveriam cometer crimes, enquanto que, na verdade, a maioria deles se abstém), mas também pela atrofia do sen-

so moral (não repugnância à idéia e à execução criminosa que, permanente ou transitória, é sempre a condição decisiva na gênese da delinqüência). A periculosidade desta classe de delinqüentes varia conforme as suas condições psicopatológicas. (FERRI, 1931, p. 259).

O *criminoso habitual*<sup>76</sup>, segundo FERRI (1931, pp. 259-60), pelo caráter comum da obstinada recidiva, tem uma fisionomia bio-psíquica própria, que lhe caracteriza a grave periculosidade e a fraca readaptabilidade social. É o tipo mais freqüente, pois o criminoso habitual é um indivíduo que, nascido e crescido num ambiente de miséria material e moral, especialmente nos meios urbanos, e portanto também com taras hereditárias, somáticas e psíquicas, começa, desde cedo, com leves faltas (mendicidade, vagabundagem, furto simples, etc.) e depois, pela deletéria influência das prisões e da má companhia dos delinqüentes e em razão da dificuldade de encontrar um trabalho regular e muitas vezes pela improvidente ação da polícia empírica, recai obstinadamente no crime. O criminoso habitual distingue-se do reincidente, pois este pode ter sido muito mais o efeito de desgraçadas contingências do que de tendências pessoais. A classe dos criminosos habituais é subdividida em quatro espécies: 1) o delinqüente por tendência congênita aos crimes de sangue e de violência ou contra a propriedade, que, antes ou depois da condenação, repete as suas ações delituosas; 2) o delinqüente contra a propriedade, por uma congênita repugnância ao trabalho metódico; 3) o delinqüente ocasional que - especialmente nos casos de infância moralmente abandonada - condenado a breves penas carcerárias, vem por estas piorando progressivamente na sua personalidade fisio-psíquica e é o tipo característico e mais freqüente do de-

---

<sup>76</sup> SZNICK (1987, p. 13) esclarece que o "delito habitual" e o "delinqüente habitual" são figuras diversas, tendo contudo alguns pontos de contato. O delito habitual é um delito em que a "habitualidade" se insere na sua própria tipicidade. Já o delinqüente habitual é um tipo no qual a habitualidade é qualificadora de periculosidade social.

linqüente por hábito adquirido; 4) o delinqüente por mister ou profissional, que organiza, ou por si só ou mais freqüentemente associado com outros, uma verdadeira indústria criminosa, especialmente contra a propriedade (ladrões, embusteiros, falsários internacionais, ratos de hotel, camorristas, mafiosos, etc), mas freqüentemente também sem repugnância à violência e até aos crimes de sangue.

O *delinqüente ocasional* tem, naturalmente, como todos os demais tipos criminais, por anomalias bio-psíquicas congênitas ou adquiridas, uma qualquer predisposição ou insuficiente repulsão orgânica ou psíquica ao delito, mas deve à própria efetiva atividade criminosa, raras vezes repetida, a uma forte influência de circunstâncias de ambiente (injunta provocação, necessidades familiares ou pessoais, facilidade de execução, comoção pública, etc.), sem o que a sua personalidade não teria suficiente e impelente iniciativa criminosa. A prática do delito pelo criminoso ocasional se dá mais por irreflexão ou imprevidência com fraqueza de vontade do que por atrofia do senso moral. No delinqüente ocasional é menor a periculosidade e maior a readaptabilidade social. (FERRI, 1931, p. 261).

Os *delinqüentes passionais*, no dizer de FERRI (1931, pp. 263-6), são os que não têm recidiva, pois que não são repetíveis as extraordinárias circunstâncias a que foram arrastados pela tempestade psicológica, e porque são homens de integridade moral, quase normal (e por isso sentem sincero remorso), sendo todavia de temperamento nervoso ou nevrótico, ou de qualquer maneira superexcitável. Eles representam, portanto, o grau menor de periculosidade e o grau maior de readaptabilidade social, pelo que são quase sempre absolvidos pelos juízos populares e togados, e, quando condenados, têm na

prisão uma conduta irrepreensível e reservada, sem comunicação com os outros condenados. Ressaltou, ainda, que, quando um indivíduo pratica um crime, mesmo o homicídio, por honra ofendida ou amor contrariado, ou por afeto paterno ou filial, o alarme social é muito menor do que quando um indivíduo o pratica por cobiça, por ódio ou por vingança, já que nos primeiros casos cada um pensa que a agressão criminosa foi provocada por particulares relações da vítima com o ofensor, enquanto que nos outros casos todo o cidadão, sem ter tido qualquer relação com o delinqüente, encontra-se exposto à agressão do homicida por depressão, ao salteador, ao incendiário, ao ladrão, ao falsário, ao embusteiro, etc. Ressaltou, ainda, que o criminoso nato ou o louco consciente podem delinqüir por honra ofendida, ou por amor contrariado e nem por isso se tornam em delinqüentes passionais, por isso os delinqüentes passionais não podem ser confundidos com os que cometem o delito em estado passional.

### **2.2.2 A teoria da personalidade perigosa**

A Escola Positiva, ao deslocar o objeto da investigação criminal do fato para o homem, priorizou o estudo da *personalidade perigosa*, posto que o delito passou a ser compreendido como “produto de uma personalidade desarmônica, por causas orgânicas ou funcionais, herdadas ou adquiridas”. Esta *personalidade* desarmônica passou a ser o motivo do conflito entre a sociedade (cujos interesses encontram-se protegidos pela norma) e o criminoso (detentor da personalidade deteriorada). Para a ordem jurídica em que se assenta a sociedade, o desajustado é um perigo, uma ameaça permanente à ordem, aos interesses legítimos que a norma consagra (*periculosidade*). Havendo o perigo, há a necessidade de defesa. Contra o criminoso haverá de defen-

der-se a sociedade. É do binômio (personalidade e periculosidade) que surgiu a *teoria da personalidade perigosa*<sup>77</sup>. (BRUNO, 1977, p. 12-3).

O precedente desta teoria está na *temibilidade do delinqüente*, sustentada por GARÓFALO (1925, p. 371), e que, segundo o qual,

“O que importa não é tanto a *intensidade dos impulsos criminosos*, como a *força de resistência a tais impulsos* ou, o que vale o mesmo, o *senso moral do delinqüente*; só esta medida poderá revelar-nos o que nele há a temer. Se isto é possível, um grande passo se terá dado na solução do problema: restaria somente adotar o meio preventivo ao grau de *temibilidade*.”

Em razão disso, GARÓFALO (1925, p. 373) preconizou que “o meio penal deve ser determinado pela possibilidade de adaptação do réu, isto é,

---

<sup>77</sup> O desenvolvimento da teoria da periculosidade, delineado a partir da teoria da temibilidade de GARÓFALO, começou a ganhar corpo nas assembleias da União Internacional de Direito Criminal, mais precisamente com PRINS, em um discurso no congresso do Grupo Belga, no ano de 1892, seguido de LIZST, no congresso de Paris, em 1893. Em 1905, no congresso de Hamburgo, levantou-se a questão da periculosidade dos reincidentes. Em 1907-8, no Congresso Húngaro, aceitou-se a periculosidade dos enfermos e defeituosos mentais. No Congresso Francês de Rennes, de 1910, GUILLOT manifestou a sua preocupação com a conciliação entre as garantias da liberdade individual e a noção de estado perigoso. Admitia-se a noção de estado perigoso da personalidade individual contra a personalidade social, mas sustentava que o ato delituoso era o sintoma mais claro da gravidade social do estado do indivíduo. No Congresso de Bruxelas, em 1910, foi aprovada a proposta de GARÇON, GARRAUD, NABOKOFF, VON HAMEL, VON LISZT, PRINS e JASPAR, no sentido de que a lei deve estabelecer medidas especiais de segurança social contra os delinqüentes perigosos, em razão seja de seu estado de reincidência legal, seja de seus hábitos de vida que ela define, seja de seus antecedentes hereditários e pessoas manifestadas por um crime ou um delito que a mesma determina. No Congresso Russo de 1912 manifestou-se nova preocupação com o que o conceito do estado perigoso poderia oferecer quanto às liberdades individuais, concluindo-se, por proposição de NABOKOFF, no sentido de uma determinação concreta daquelas categorias de delinqüentes perigosos, contra os quais possam ser tomadas medidas de segurança e no sentido de se estudar as condições processuais para a sua aplicação. No Congresso de Copenhague, realizado no ano de 1913, atendendo-se às proposições do congresso anterior, buscou-se definir as categorias de indivíduos perigosos, sugerindo-se os reincidentes, os alcoólicos e deficientes de qualquer espécie e os mendigos e vagabundos. As conclusões detiveram-se praticamente sobre os reincidentes, por sugestão de NABOKOFF, que concluiu que o sistema que combina o índice formal da reincidência com a apreciação subjetiva, que leva a considerar o delinqüente como um reincidente habitual e perigoso para a ordem social, deve ser reconhecido como o mais racional. Desses debates, concluiu-se que o estado perigoso é aplicável àqueles que representam um perigo público em face de um ato criminoso, restrito a determinadas categorias, assim delineadas por GARRAUD: 1) os que o são em razão do seu estado mental (loucos e semi-loucos); 2) Os que o são em razão de seus antecedentes judiciais (reincidentes); 3) Os que o são em razão de sua maneira de ser e de viver (vagabundos, mendigos, *souteneurs*, *bonneteurs*, *apaches*). Todas essas classificações excluem uma fórmula geral do estado perigoso e sugerem uma tipicidade de situações perigosas que lembra a das figuras delitivas dos códigos clássicos. (BRUNO, 1977, pp. 14-20).

pelo exame das condições de existência em que pode presumir-se que ele cesse de ser temível”.

Referindo-se ao pensamento de GARÓFALO, afirmou FERRI (1931, pp. 275-316) que a idéia é verdadeira, mas a fórmula falsa, porque a *temibilidade* lembra mais uma impressão subjetiva do que uma realidade efetiva e porque é apenas uma “conseqüência”. A *periculosidade*, ao contrário, contém em si, como próprias conseqüências, por um lado, a maior ou menor *temibilidade* e por outro, a maior ou menor *readaptabilidade* à vida social.

A *teoria da personalidade perigosa*, conforme já mencionado, está construída sobre duas variantes básicas: a *personalidade* e a *periculosidade*.

BRUNO (1978, p. 154) definiu a *personalidade* como o todo complexo, formado das porções herdadas e adquiridas de todas as forças que influenciam ou determinam o comportamento humano.

O estudo teórico da *personalidade humana* se submete às mesmas regras do estudo do homem em sentido genérico.

“No estudo do homem, vai a ciência tomando células e tecidos, órgãos, aparelhos e sistemas, dissociando, nas minúcias da análise, cada um dos complexos processos da vida. Mas não nos esqueçamos que, atrás dessa artificial autonomia de partes diversas, subsiste a unidade anatômica e funcional do homem. (...) É como uma grande unidade que o homem deve surgir aos nossos olhos. Unidade total, em que não só as partes materiais se conjugam e as funções orgânicas se coordenam para o equilíbrio dinâmico da vida, mas atributos psicológicos e atributos psíquicos se relacionarem em estreita intimidade.” (BRUNO, 1977, p. 64).

Por isso, o estudo da constituição do indivíduo como um todo, nos seus aspectos, é fundamento indispensável à compreensão do comportamento hu-

mano, motivo pelo qual a endocrinologia, a biotipologia e a psicanálise podem, no entender dos teóricos, auxiliar sobremaneira na verificação da periculosidade criminal.

A *Endocrinologia* pode nos demonstrar que a corrente de substâncias humorais produzidas pelas glândulas que, através do sangue, banha, coordena, regula, equilibra todo o mecanismo de vida, desde a harmonia da forma, na sucessão dos fenômenos morfogenéticos, até a harmonia do temperamento e do caráter, realizando a função coordenadora das mais distantes e diversas partes do conjunto orgânico e determinando a constituição anormal, combinações de constituição anômalas parciais, de doentes, inadaptáveis e criminosos com especiais tendências criminais. (BRUNO, 1977, p. 65-72).

Se a Endocrinologia nos demonstra que existe uma unidade orgânica, a *Biotipologia*, por outro lado, enfatiza que esta unidade é única, pois não há na multidão inumerável de homens que recobrem a terra, dois seres idênticos. Não obstante a variedade de tipos, as leis estatísticas impõem uma série limitada de fórmulas dentro das quais se poderão enquadrar todas as estruturas. São os tipos constitucionais, cuja noção vamos encontrar nas mais diversas culturas, como expressão da personalidade biológica do homem. Os estudos dos biotipos possibilitaram conclusões acerca das tendências criminais. A Biotipologia, portanto, busca, através da ciência constitucionológica, fixar a personalidade individual, posto que o tipo é uma abstração, na qual se fundem as figuras reais de indivíduos aproximados pela similitude de suas variantes, de forma tal que, partindo-se do tipo, é possível marchar através dos subtipos, até atingir a realidade última que é o indivíduo.(BRUNO, 1977, pp. 73-7).



A *Psicanálise*, também, pode ser muito útil ao estudo da periculosidade, uma vez que possibilita identificar, com base no estudo do consciente e do inconsciente, as tendências psíquicas do indivíduo. Em face da Psicanálise é possível concluir-se que o honesto desvia os seus impulsos criminosos em sonhos, desportos, façanhas de guerra, ou morbidamente, em episódios neuróticos. O delinqüente, ao contrário, traduz em atos diretos os seus instintos criminosos. A personalidade, segundo a psicanálise, exige supercompensações. Se os contra estímulos são débeis, já não há lei sem limites à atividade do indivíduo. Penetra violentamente na zona de interesses alheios. E o resultado dos conflitos fatais é o crime. (BRUNO, 1977, pp. 77-84).

Quanto à *periculosidade*, BRUNO (1977, p. 135) a definiu como “um estado de grave desajustamento do homem às normas fundamentais de coexistência social”<sup>78</sup>. Por grave desajustamento entende-se o conflito com os interesses tutelados pelo Direito Penal.

As formações conceituais levaram a uma divisão de correntes acerca da periculosidade. Uma delas, submissa em parte aos pressupostos da Escola Clássica, em especial à responsabilidade moral, posicionou-se no reconhecimento da periculosidade em relação aos delinqüentes inimputáveis. A periculosidade seria o pressuposto para a medida de segurança a ser aplicada a esta classe de criminosos, alheia à justiça penal. Outra, no entanto, de origem positivista, afirma que a periculosidade (pós-delitual) é pressuposto para qual-

---

<sup>78</sup> Com base nos pressupostos existentes (perigo e defesa social), passou-se a buscar um conceito genérico de *periculosidade*, o qual pudesse ser o conceito fundamental de todo o Direito Criminal. GRISPINI e FLORIAN definiram a *periculosidade criminal* como a capacidade, o estado, a atitude, a inclinação, de uma pessoa de tornar-se, com probabilidade, autora de delito. (BRUNO, 1977, pp. 20-1). Para SILVA e BOSCHI (1986, pp. 192), também, *periculosidade* “é a potência, a capacidade, a aptidão, ou a idoneidade que um homem tem para converter-se em causa de ações danosas”.

quer sanção, já que nenhuma sanção deverá ser aplicada sem a periculosidade do agente. Assim, a espécie de sanção, a maneira e o tempo da sua aplicação dependem da natureza e da intensidade do estado perigoso do acusado. Esta mesma corrente, no entanto, acrescenta que a periculosidade não necessariamente pressupõe o delito, podendo existir sem ele (periculosidade sem delito).

Qualquer conceito que se formule acerca da *periculosidade*, estará fundamentado num conjunto de fatores ou elementos extrínsecos ou intrínsecos da pessoa sobre a qual se referir, daí porque *o caráter subjetivo da periculosidade*. O estudo da periculosidade levou os autores a concluírem que os seguintes elementos podem-se apresentar como fatores ou elementos determinantes do estado perigoso: 1) As condições físicas e psíquicas que caracterizam a personalidade do agente e que possam explicar as tendências anti-sociais; 2) O fato delituoso ou não em que se exprime a periculosidade; 3) Os motivos determinantes do fato e as circunstâncias que o cercaram; 4) *A vida antecedente do autor*; 5) O seu comportamento subsequente ao fato; 6) As condições do meio familiar e social em que se formou e onde vive o suposto perigoso<sup>79</sup>.(BRUNO, 1977, p. 31).

Para se avaliar a *periculosidade* do delinqüente, segundo FERRI (1931, pp. 214 e 334-5), é necessário examinar a exterioridade física de sua ação e

---

<sup>79</sup> FLORIAN formula os seguintes dados para o diagnóstico da periculosidade: 1) Personalidade do delinqüente (antropológica, psíquica e moral); 2) O fato do delito (a forma e o modo do ato, a qualidade do bem jurídico, o resultado de dano ou de perigo); 3) A qualidade dos motivos. GRISPINI, por sua vez, considera para o estudo da periculosidade os seguintes elementos: 1) O delito cometido, elemento para ele de máximo valor sintomático; 2) A conduta posterior ao delito; 3) A vida anterior; 4) A perícia antropológica ou psiquiátrica. JIMENEZ DE ASÚA, defensor da periculosidade sem delito, considera os seguintes fatores: 1) A personalidade do homem em seu triplice aspecto (antropológico, psíquico e moral); 2) A vida anterior ao delito ou ao ato de manifesto perigo; 3) A conduta do agente, posterior ao fato delituoso revelador da periculosidade; 4) A qualidade dos motivos; 5) O delito cometido ou o ato que manifesta a periculosidade (BRUNO, 1977, p. 31-2). Para FERRI (1931, p. 295), determinam a periculosidade os seguintes elementos: a gravidade do crime, os motivos determinantes e a personalidade do agente.

desta forma chegar à sua intimidade psíquica. Por isso, pode ser diagnosticada em si mesma, com base nos seguintes fatores: 1) condições pessoais do delinqüente, ou seja, *sua vida pessoal, familiar, social “anterior”, dissoluta ou desonesta; “precedentes judiciais”, como processos e condenações*; anormais condições orgânicas e psíquicas, antes durante e depois do crime, que não constituam enfermidade mental e que revelem tendências criminosas; na precocidade em combater um grave crime; em ter seguido por motivos ignóbeis ou fúteis; nas relações de parentesco e sociais com o ofendido ou prejudicado; 2) nas modalidades do fato criminoso, que demonstrem um grau maior de periculosidade com sintomas de mais obstinada perversidade criminal, indicadas na preparação ponderada do crime, no tempo, no lugar, nos instrumentos, no modo de execução; e 3) no comportamento do réu depois do crime, revelado através de um comportamento reprovável em relação, principalmente, ao ofendido e seus parentes, em vez de arrependimento e reparação.

Para a avaliação da periculosidade do delinqüente é necessário ainda ter em conta o seu *grau* (vai em ordem decrescente, na quántupla classificação, do máximo na categoria dos criminosos natos ao mínimo na categoria dos criminosos passionais), a sua *provável duração* (conforme seja a periculosidade congênita ou adquirida, permanente ou transitória, por doença, curável ou por tendência congênita, nas diferentes categorias antropológicas dos delinqüentes) e a sua *tendência* (para repetir a sua atividade criminosa ou a continuá-la ou limitando-se a um só gênero de crime ou pelo contrário passando, por profunda insensibilidade moral, do furto ao homicídio, do ferimento ao incêndio, ou do estupro, da falsidade à burla, etc.). *Três critérios* auxiliam na avaliação da periculosidade criminal, ou seja, *a gravidade do crime* (considerada quantitativamente - segundo a importância do direito ou do bem

jurídico que ele ofende e segundo as circunstâncias e o modo de execução - ou qualitativamente - segundo os motivos determinantes), *os motivos determinantes* (sociais e anti-sociais, morais e imorais, nobres e ignóbeis, jurídicos e antijurídicos, egoístas e altruístas) e *a personalidade do agente* (condições morfológicas, bioquímicas e neuro-psíquicas e na ciência criminal é examinada em relação à conduta do criminoso).(FERRI, 1931, pp. 294-319)

FERRI (1931, pp. 279-94) distinguiu a *periculosidade criminal* (ou pós-delitual) da *periculosidade social* (ou periculosidade sem delito). Esta é de interesse da polícia de segurança e visa à prevenção de delitos. Aquela diz respeito à justiça criminal e dela se ocupam os códigos criminais, com vistas à repressão de delitos. A *periculosidade criminal* somente pode ser constatada após o indivíduo ser submetido a um processo criminal, após ter praticado um delito, podendo ser objeto de avaliação legal, judiciária e executiva (avaliação repressiva), referindo-se aos três momentos da adaptação legal da sanção penal. Consiste em ter tentado ou praticado algum crime, o que revela a probabilidade de cometer outros crimes, em seguida. Por isso, a periculosidade criminal traz consigo o “perigo da recidiva”, o que fez FERRI refutar a idéia de que existem criminosos perigosos e não perigosos, pois no seu entender, todos os delinquentes, após terem cometido um fato delituoso, são considerados perigosos. devendo-se apenas avaliar os graus de periculosidade. A *periculosidade social*, por outro lado, é fundamento jurídico das providências preventivas da polícia e deve ser avaliada em razão da anormalidade fisiopsíquica que torna o indivíduo inadaptado à vida livre (avaliação preventiva). Diante da divisão conceitual por ele proposta, FERRI apresentou dois conceitos de periculosidade, um de periculosidade social e outro de periculosidade criminal. No primeiro, a periculosidade seria “a capacidade de uma pessoa

se tornar com probabilidade autor de um crime”. No segundo, a periculosidade “consiste em ter cometido ou tentado cometer um crime.” (FERRI, 1931, p. 284).

Os defensores da periculosidade sem delito se apegam ao fato de que não se faz necessária a ocorrência do delito para que se verifique a periculosidade. Esta, ao contrário, pode ser constatada antes da ocorrência do delito. A verificação da periculosidade antes da prática delitiva possibilitaria deter o provável delinqüente no limiar do ato criminoso, pois “não se compreende que o Estado moderno, consciente dos fatores da criminalidade e dos meios que pode opor à prática dos crimes, se resigne a só intervir quando é demasiado tarde”. (BRUNO, 1977, p. 47).

Os teóricos da periculosidade sustentam que há evidente relação de causalidade entre periculosidade e sanção; a periculosidade é a causa, a sanção é o efeito. O delito tem mero valor sintomático. Se o fim do direito criminal é a defesa da sociedade e se a periculosidade é o pressuposto da sanção, portanto, em defesa da sociedade haveria de ser sancionada pelo Direito a periculosidade sem delito, para salvaguardar a sociedade do crime possível. A sanção, no caso, seria a medida de segurança.

“Mais lógico, mais jurídico, mais eficaz seria reconhecer, na integridade da doutrina, a periculosidade criminal sem delito, nos termos em que deixamos firmada, como pressuposto da medida de segurança, de ordem judiciária, e julgá-la em processos regulares, com as necessárias garantias dos direitos individuais, dando, assim, maior dignidade, maior responsabilidade e maior justiça a essa forma de luta contra o delito. (...) Dentro da teoria, se a sanção não se justifica pelo delito mas pela periculosidade do sujeito e se esta pode existir sem delito e denunciar-se por diversas outras maneiras, não há como não concluir logicamente, que a sanção pode incidir sobre a periculosidade sem delito.” (BRUNO, 1977, p. 49).

Dizem os autores da periculosidade sem delito, que os elementos ou fatores determinantes da periculosidade se mantêm inalterados, com ênfase, no entanto, para a perícia biopsicológica acerca da personalidade do indivíduo, em todos os seus aspectos (antropológicos, psíquicos e morais). Assim, na apuração da periculosidade sem delito, deverão ser levadas em consideração determinadas atitudes ou estilos de vida, clamantes de tendências anti-sociais vizinhas do delito, o que permitiria fixar grupos de indivíduos que se encontram no limiar da criminalidade e que devem ser protegidos contra a tendência criminosa e emendados no sentido de sua adaptabilidade à norma social. Desta forma, caberá ao juiz a faculdade de firmar ou não, em cada caso particular, o juízo da periculosidade, estudar-lhe as causas e dar-lhe o remédio, segundo o sistema sancionador que a lei oferecer<sup>80</sup>.(BRUNO, 1997, pp. 52-3)

Apesar de todos estes estudos, ATON (*apud* SILVA e BOSCHI, 1986, p. 192) concluiu que

“(...) nem a Biologia, nem a Sociologia, nem a Psicologia se acham em condições de fundamentar teoricamente um prognóstico de periculosidade. Situação que pode corresponder a um imperfeito desenvolvimento dessas ciências, mas não se pode descartar que obedeça a que se está buscando o que não existe”.

### 2.3 As teorias da pena

A par do crime e do criminoso, construiu-se, também a partir da Escola Clássica, seguindo-se da Positiva até a atualidade, inúmeras teorias acerca das

---

<sup>80</sup> Neste aspecto residiu a maior resistência à teoria da periculosidade sem delito, devido à grande margem do arbítrio e subjetividade afeita ao magistrado, o que levou ao temor da violação das garantias e dos direitos individuais. Por isso a periculosidade sem delito tem permanecido apenas no campo da prevenção, ou seja, a cargo da polícia de segurança. (BRUNO, 1977, pp. 48-9).

penas, como resposta não só ao crime (concepção clássica), mas também ao criminoso (concepção positivista). O retrato que se fará sobre as teorias da pena visará somente a ressaltar os aspectos que permitam a sua compreensão teórica, bem como os que forem necessários à demonstração da relação existente entre o instituto da pena e o objeto da presente investigação (*os antecedentes e a reincidência criminal*).

Obviamente que o conceito de *pena* está condicionado à concepção teórica do seu formulador, conforme adiante se verá. A *pena*, sob a ótica da Ciência Penal, é uma resposta concreta prevista na lei penal, endereçada pelo sistema penal ao criminoso pela prática de um crime<sup>81</sup>. Para RIVACOBAY RIVACOBAY (1993, p. 08), a *pena* é a ameaça que a lei comina em abstrato para a hipótese de uma determinada espécie delitiva, senão a possibilidade e magnitude incluída nela que o juiz precisa e impõe em concreto por um delito particularizado, pela ocorrência delitiva individualizada, e que o condenado deve cumprir. É obra da razão, está criada e regulada por normas, representa uma equação de equilíbrio de valores e se propõe a evitar a violência, resolver conflitos e lograr a paz social, sujeitando-se a limites que a humanizam conforme progride a inteligência e a sensibilidade.

BENTHAM (1945, p. 17) equipara a *pena* ao *castigo*, à medida que este seria um mal imposto a uma pessoa com uma intenção direta relativamente ao mal, em razão de alguma ação, que parece que fez, ou que deixou de fazer. Distingue a *pena* da *vingança* pois esta é de natureza instintiva, é violenta, ir-

---

<sup>81</sup> RIVACOBAY RIVACOBAY (1993, pp. 04-08 e 97) distingue a *punibilidade* da *penalidade*. A primeira é a atitude para ser apenado, ou a qualidade de um ato que faz o indivíduo susceptível de ser sancionado penalmente, com um particular tipo ou espécie de sanção jurídica que é a pena. A penalidade, por sua vez, é a ameaça penal, isto é, a pena assinalada em abstrato na lei para uma hipótese delituosa como tal, que se

racional e anômica, e por isso não reconhece limites, não se sacia e cessa a não ser com a aniquilação do indivíduo ou a coisa sobre a qual recai, ou uma vez descarregado o furor e exauridas as energias de quem a exerce, que só então começa a recobrar sua consciência e personalidade e a ser capaz de atos inteligentes.

Mas é como *vingança* que inicialmente a pena foi definida. Nos tempos mais antigos, era apenas considerada uma reação aos atos que atentassem contra os interesses essenciais do grupo ou de membros deste, concretizada pela *vindita* ou *vingança de sangue*, significando, assim, a reparação para com a entidade ofendida (*vingança privada*). FERRI (1931, p. 09) ressalta que a “vingança defensiva”, ou seja a reação por parte do ofendido contra o ofensor, constituía, na moral primitiva, além de um direito um dever (“vindita de sangue”), uma vez que a moral humana consagra e impõe sempre o que é útil à conservação da espécie. No entanto, na reação do ofendido contra o ofensor, além do sentimento de vingança pelo passado, havia também a intenção, mais ou menos consciente, da defesa para o futuro, reduzindo o ofensor à impossibilidade de repetir a agressão, matando-o ou dando-lhe a impressão de que tal repetição não lhe convinha.

Quando a ação ofensiva expunha a perigo direto a existência da coletividade (família, clã, tribo), a reação de vingança defensiva haveria de ser exercida pela própria coletividade (*vingança pública*) ou por quem a representasse e dirigisse (pai de família, chefe da tribo, etc), especialmente quanto aos atos criminosos ou relativos à guerra, que na humanidade primitiva era um tanto freqüente (traição, deserção, destruição e subtração de armas, incêndio,

---

aplicará e fará efetiva e concreta no e para cada caso particular em que a hipótese se atualize, passando de



etc) ou relativos às subsistências (armazéns, animais domésticos, etc). (FERRI, 1931, p. 09).

Tanto a vingança privada como a pública tendiam inevitavelmente para o excesso, o que levaria a um enfraquecimento do grupo social, que carecia de homens válidos para a guerra agressiva ou defensiva contra os grupos vizinhos e inimigos, o que fez com que sobreviesse, da parte da coletividade, a imposição de normas limitativas da vingança entre os indivíduos do mesmo grupo. Dentre tais limitações cita-se o *talião* e a *composição*. O *talião*, que atualmente nos povos civilizados é símbolo de ferocidade bárbara, foi na humanidade primitiva um grande progresso moral e jurídico, justamente porque impôs um limite, uma medida à reação pela vindita defensiva (olho por olho, dente por dente). A *composição*, pela qual o ofensor, com o pagamento de gados, armas, utensílios ou dinheiro, se resgatava da vingança do ofendido (o que agora entre os povos civilizados, na maior parte dos casos, não pode impedir o exercício da justiça penal, que pertencente precipuamente ao Estado e aos seus representantes), foi, no início da civilização, um importante instituto de progresso moral e jurídico, tendente a atenuar e a regular os excessos e as conseqüências da vingança pessoal e familiar. (FERRI, 1931, p. 10).

Mas a vindita pública ou privada, bem como os institutos limitadores do exercício do direito de vingança, acompanharam as transformações da justiça penal desde os seus primórdios, até alcançarem-se as práticas da modernidade, que ainda permanecem no Direito contemporâneo.

No antigo oriente a justiça penal era um atributo da divindade, manifestado através do exercício do poder sacerdotal e teocrático (*vingança divina*). Não obstante, o talião e a composição se fizeram presentes no cotidiano das pessoas, como decorrência de mandamentos legais<sup>82</sup>. Igualmente na Grécia, onde emergiu o poder do Estado, os institutos da vindita, o talião e a composição foram reproduzidos<sup>83</sup>, limitando o poder sacerdotal vindo do oriente e restringindo os excessos das reações individuais. No largo da Idade Média, por influência do Direito Canônico, que valorizou o elemento intencional do crime, estabeleceu-se uma distinção entre *pecado* e *crime* e por isso retoma vigor o conceito oriental da vindita divina para impor à justiça penal um excessivo espírito de expiação e penitência. Esta contribuição do Direito Canônico faz sobrevir uma consciência popular de que a justiça penal tem a missão de proporcionar o “castigo” à “culpa do delinqüente”. A pena (penitência) devia levar ao réu o arrependimento e, uma vez que do arrependimento a primeira manifestação é a confissão do mal feito, o processo inquisitório e a tortura passam a ser meios para a obtenção da confissão. Esta visão canônica do Direito Penal conduziu a excessos, que são posteriormente repudiados por BECCARIA.(FERRI, 1931, p.16; GOULART, p. 26-7).

As transformações pelas quais passaram as penas não ocorreram por acaso, mas sim estiveram relacionadas com as diversas fases do desenvolvimento econômico e social dos povos. Essa afirmação decorre do relato formulado por RUSCHE e KIRCHHEIMER, que estudaram as origens das *pe-*

---

<sup>82</sup> O talião e a composição são encontrados no Código de Hammurabi (sec. XIII a.C.), no Pentateuco de Moisés (séc. XIV a.C.), nas antigas leis da China, como o Livro das Cinco Penas, do imperador Seinu, no Código de Hia (séc. XXI a.C.), no Código de Scian (séc. XVIII a.C.), no Código de Ceu (séc. X a.C.), como também nas leis egípcias. (FERRI, 1931, p. 10-11).

<sup>83</sup> Cita-se como por exemplos o Licurgo de Esparta (séc. IX a.C.), o Dracon e Solon de Atenas (séc. VII e VI a.C., respectivamente), o Croton, Sibaro e Zeleuco da Grande Grécia (séc. VII a.C.) e a Caronda da Catânia (séc. VII a.C.). (FERRI, 1931, p. 12).

nas desde a Idade Média, assinalando que o surgimento da *pena de prisão* em fins do século XVI, a qual perdura como a base dos sistemas punitivos da atualidade, está associado ao crescente interesse na exploração da mão-de-obra dos submetidos à prisão. Estas transformações se operaram juntamente com o surgimento do Mercantilismo, que demandava mão-de-obra em grande quantidade, num momento em que o crescimento demográfico era incapaz de cobrir o incremento da oferta de empregos. Além disso, as guerras religiosas e distúrbios internos ameaçavam a quantidade de mão-de-obra oferecida, fazendo com que os capitalistas daquele período se vissem obrigados a pagar altos salários e garantir condições favoráveis aos trabalhadores, o que comprometia a acumulação de capital, necessária para a expansão do comércio e da indústria, exigindo-se, por isso, a intervenção do Estado no sentido de que se colocassem restrições aos salários. Desenvolvia-se, assim, uma política, no período mercantilista, notavelmente favorável à atividade dos empregadores, acorde com o esforço de desenvolvimento da indústria. Além disso, verificou-se que a força de trabalho que o Estado podia controlar era de pessoas que exerciam profissões ilegais, como mendigos e prostitutas. Amparando-se em teorias religiosas (especialmente tomistas e calvinistas) começou-se a estimular o trabalho dos mendigos, no entanto, face à “exploração” deste tipo de mão-de-obra, houve um acréscimo de mendicidade, fazendo-se com que a repressão à mendicância fosse levada a efeito através de medidas penais executadas em *casas correicionais*, destinadas à ressocialização da força de mão-de-obra para o retorno ao mercado de trabalho. Essas *casas correicionais* eram exploradas economicamente pelas autoridades, que alugavam a mão-de-obra ou o próprio estabelecimento para empresários privados. É de se concluir, portanto, que as origens dos estabelecimentos prisionais estão ligadas a fatores estritamente econômicos. O surgimento destas *casas de correição* propicia um

ambiente para o arbítrio, pois passaram a aceitar vagabundos, órfãos, anciãos, dementes, sem realizar nenhum tipo de diferenciação, passando a instituição a servir como um meio de eliminação dos *indesejáveis*. Amiúde, não existiam procedimentos definidos e as galeras e prisões estavam repletas de infortunados que, somente depois do encarceramento, descobriam os crimes dos quais estavam sendo acusados e às vezes somente depois de conhecer o tipo de pena que lhes tinha sido aplicada. Era difícil distinguir a justiça do capricho individual. Carecia de critérios definidos para a fixação da duração da pena, porque faltava uma concepção adequada de relação necessária entre delito e pena. (RUSCHE e KIRCHHEIMER, 1984, pp. 25-76)

É neste contexto que o Iluminismo (sec. XVIII) procurou produzir uma série de argumentos, no sentido de racionalizar e limitar o poder punitivo, consoante já abordamos no item 2.2.1. do capítulo primeiro, e que estão contidos nos pressupostos da Escola Clássica. A produção teórica que se demonstrará acerca das penas é decorrente deste período e dos seguintes, em função dos postulados dessa Escola e da Escola Positiva, bem como daquelas que lhe sucederam.

Portanto, foi a Escola Clássica que procurou racionalizar o emprego das penas, as quais foram vistas no seu sentido retributivo e também utilitário. A Escola Positiva, por sua vez, fundamentada na *responsabilidade legal* do criminoso, não mais distinguindo-os em imputáveis e inimputáveis, mas sim em perigosos e não perigosos, preconizou um sistema de penas destinadas à *defesa social*, onde a periculosidade passou a ser o pressuposto da culpabilidade.

Passaremos, assim, a discorrer, de forma mais detalhada, acerca das diversas concepções teóricas relacionadas com a pena, as quais dividem-se em dois grandes grupos: as *teorias absolutas* e as *teorias relativas*.

### 2.3.1 As teorias absolutas

Para as *teorias absolutas*<sup>84</sup> a função da pena é a retribuição, a expiação do mal pelo mal. A pena não é vista como um meio para a realização de fins extrínsecos, uma vez que encontra em si mesma a sua própria justificação. Neste sentido não se pode dizer que não seja atribuída à pena uma função positiva, mas sim que esta função é interna ao Direito mesmo, pois é essencialmente reparatória, de reafirmação do Direito (finalidade intrínseca da pena). É na pena que se procura a satisfação de uma exigência absoluta de justiça, acentuando o seu carácter retributivo ou aflitivo e opondo-se à busca de quaisquer fins utilitários. (GOULART, 1975, v.1, p. 27).

Para RICO (1979, p. 10), as teorias absolutas são as que buscam o fundamento e o fim da pena tão só na natureza íntima da mesma e não em um objetivo transcendente. Se castiga *quia peccatum est*, porque se tem delinqüido. A pena é justa em si, com independência da utilidade que dela possa derivar-se. A sanção é pura e simplesmente a consequência jurídica do delito.

Segundo RIVACOBÁ Y RIVACOBÁ (1993, pp. 20-1), entre as *teorias absolutas*, são clássicas as concepções da pena como *retribuição divina*, *retribuição estética*, *retribuição moral* e *retribuição jurídica*.

Difundida por STAHL, a *retribuição divina* parte do pressuposto de que é lei eterna da justiça que o mal seja seguido inevitavelmente pela pena e que, sendo o Estado a ordem externa de Deus sobre a terra, ou seja, a vontade divina que se realiza no tempo, recebe deste como delegação o direito de castigar e deve preservá-lo, vencendo a vontade antijurídica mediante a sua anulação ou fazendo padecer.(RIVACOBÁ Y RIVACOBÁ, 1993, pp. 20-1)

Segundo LEIBNIZ, a justiça não é uma lei de conduta, mas sim um critério para julgar a conduta; não é uma regra ética, mas sim um princípio estético, que, como princípio tem um valor teórico, não prático, e como estético, um valor subjetivo, não objetivo. Assim, o desequilíbrio moral produzido por uma ação nociva exige a devida sanção, sendo que a idéia estética da justiça compensadora exige a pena como uma necessidade estética (*retribuição estética*).(RIVACOBÁ Y RIVACOBÁ, 1993, p. 21).

Preconizada especialmente por KANT, que considerou a pessoa humana inalienável entidade moral, exaltando e reverenciando a dignidade incomparável do ser humano, a *retribuição moral* destaca que o homem não é uma “coisa”; não é, pois, algo que pode usar-se como “simples meio”; deve ser considerado, em todas as ações, como “fim em si”, pois todos os seres racionais estão sujeitos à lei de que cada um deles deve tratar-se a si mesmo e tratar os demais, nunca como simples meio, senão sempre ao mesmo tempo como fim em si mesmo.

---

<sup>84</sup> São defensores das teorias absolutas CARRARA, PETROCELLI, MAGGIORE e BETTIOL na Itália; ANTON ONECA na Espanha; WELZEL, MEZGER, KANT e HEGEL na Alemanha. (GOULART, p. 27).

Para KANT (p. 86),

“Tudo o que existe na criação e sobre a parte que se tenha suficiente poder, poderemos empregar como *simples meio*; unicamente o homem, e com ele toda a criatura racional, ‘é fim em si mesmo’. É ele efetivamente o sujeito da lei moral, que resulta santa graças à autonomia da sua liberdade”.

É sobre tais pressupostos que, segundo KANT, se funda a pena como retribuição, no sentido de que a pena não pode nunca aplicar-se como um *simples meio* de procurar outro bem, nem ainda em benefício do culpado ou da sociedade, senão que deve ser sempre contra o culpado pela só razão de que tenha delinqüido, porque jamais um homem pode ser tomado por instrumento dos desígnios de outros, nem ser contado no número das coisas como objeto do direito real. Sua personalidade inata se garante contra tal ultraje, ainda quando possa ser condenado e perder a sua personalidade civil. O malfeitor deve ser julgado digno de castigo antes de que se haja pensado em tirar de sua pena alguma utilidade para ele ou para seus concidadãos. (RIVACOBAY RIVACOBAY, 1993, p. 69-70).

Para HEGEL, difusor da *retribuição jurídica*, a lesão do Direito consiste na vontade individual do delinqüente, e por conseguinte, a lesão desta vontade é a anulação do delito, que de outro modo seria válido, e em definitivo, assim, a reintegração do Direito. O delito é lesão ou negação do Direito, e a pena, negando o delito, o supera e restabelece o Direito. (RIVACOBAY RIVACOBAY, 1993, p. 23).

### 2.3.2 As teorias relativas

Para as *teorias relativas*<sup>85</sup> ou *utilitárias*, ao contrário das *absolutas*, a pena tem um fim extrínseco a si mesma, ou seja, a sua razão de ser e a sua função consiste em dissuadir, seja indistintamente os integrantes da sociedade (prevenção geral) ou em particular o condenado (prevenção especial), da perpetração de novos delitos. (RIVACOBIA Y RIVACOBIA, 1993, p. 24). RICO (1979, p. 10) ressalta que as teorias relativas da pena atribuem a esta um fim independente, assinalando-lhe um objetivo político e utilitário. Se castiga *ut non peccetur*, para que não se delinqua, e a pena se impõe porque é eficaz, tendo em conta seus resultados prováveis e seus efeitos. O fim da pena, assim, seria a prevenção de futuros crimes, sendo, portanto, um meio para a realização de fins socialmente úteis.

Para BECCARIA (1994, p. 60), o fim das penas não é atormentar e afligir um ser sensível, nem desfazer um crime que já foi cometido. Sua finalidade é ser útil e estritamente necessária à manutenção da ordem social.

“...é certo que, quanto menos tempo decorrer entre o delito e a pena, tanto mais os espíritos ficarão compenetrados da idéia de que não há crimes sem castigo; tanto mais se habituarão a considerar o crime como a causa da qual o castigo é o efeito necessário e inseparável”.

BENTHAM (1945, p. 20) definiu *as penas legais* segundo o “princípio da utilidade”, afirmando que “são males que devem recair acompanhados de formalidades jurídicas sobre indivíduos convencidos de terem feito algum ato prejudicial, proibido pela lei, e com o fim de se prevenirem semelhantes ações

---

<sup>85</sup> Dentre os defensores dos fins utilitários da pena encontram-se BECCARIA, FILANGIERI, BENTHAM, FEUERBACH e CARMIGNANI, da Escola Clássica, assim como LOMBROSO, FERRI e GARÓFALO, da escola positivista. (GOULART, pp. 27-8).



para o futuro”. Não se justifica, diz ele, a existência de um sistema de penas sem o propósito de prevenir a ocorrência de novos crimes. Por isso,

“O modo geral de se prevenir os crimes é declarar a pena que lhes corresponde e fazê-la executar, o que, na acepção geral e verdadeira, serve de exemplo. O castigo que o réu padece é um painel em que todo homem pode ver o retrato do que lhe teria acontecido, se infelizmente incorresse no mesmo crime. Este é o fim principal das penas, é o escudo com que elas se defendem. Considerando o delito que passou na razão de um fato isolado, que não torna a aparecer, a pena seria inútil; seria juntar um mal a outro mal; mas quando se observa que um delito impune deixaria o caminho livre não só ao réu, mas a todos os mais que tivessem os mesmos motivos e ocasiões para se abalçarem ao crime, logo se conhece que a pena aplicada a um indivíduo é o modo de conservar o todo. A pena, que em si mesma não tem valia; a pena, que repugna a todos os sentimentos generosos, sobe até emparelhar com os mais altos benefícios, quando a podemos encarar, não como um ato de raiva ou de vingança contra um criminoso ou desgraçado, que se rendeu a uma inclinação funesta, mas como um sacrifício indispensável para a salvação de todos”.(BENTHAM, 1945, pp. 23-4).

O perigo mais imediato, segundo BENTHAM (1945, p. 23), vem do criminoso, motivo pelo qual é este que deve primeiramente ser alcançado pela pena. No entanto, resta o perigo de que outros, pelos mesmos motivos e finalidades venham a fazer o mesmo mal pelos mesmos motivos e finalidades. Por isso, há dois modos de se impedir que o perigo em potencial se torne realidade: um particular, que se aplica ao réu; outro geral, que se aplica a todos os membros da sociedade sem exceção.

*As teorias relativas se classificam em teorias da prevenção especial e teorias da prevenção geral, cujas diferenças estariam nos diversos modos de uma ou outra alcançar os seus fins (a prevenção de futuros delitos)<sup>86</sup>.*

---

<sup>86</sup> As *teorias relativas*, segundo RICO (1979, p. 10), classificam-se em dois grupos: o mais considerável é que atribui à pena o fim de prevenir delitos futuros (*teorias preventivas*); o outro está formado pela doutrina que pretende como fim reparar as consequências danosas do ato perpetrado (*teorias reparadoras*).

### 2.3.2.1 As teorias da prevenção geral (negativa e positiva)

As *teorias da prevenção geral*<sup>87</sup> enfatizam o alcance dos efeitos da pena aos indivíduos de modo geral. Este efeito pode operar-se de forma positiva ou negativa. Por isso, subdividem-se nas *teorias da prevenção geral negativa* e *da prevenção geral positiva*.

Na *teoria da prevenção geral negativa*, os destinatários da pena são os infratores potenciais. A utilidade da pena é a *intimidação* ou *dissuasão* neles provocada pela mensagem (ameaça) contida na lei penal, em especial pela cominação da pena em abstrato, que estaria então dirigida a criar uma contra-motivação ao comportamento contrário à lei.

ROMAGNOSI (1956, pp. 105-150), dentro da Escola Clássica, preconizou não somente a gênese do Direito Penal, como também os primeiros postulados da pena como *defesa social*. A sociedade, dizia ele, tem direito de fazer que a pena siga ao delito, como meio necessário para a conservação de seus membros e do estado de agregação em que se encontra. É necessário, para a conservação e para a tranqüilidade sociais, que o futuro malvado tema as conseqüências do delito, que o Direito Penal consiga alijar ou repelir todo dano que se pode causar ao bem estar daquele a quem pertence dito direito. O fim da pena não é momentâneo, único ou atual, mas se refere e se projeta sobre todo o futuro. Não é atormentar ou afligir a um ser sensível, nem satisfazer a um sentimento de vingança, “mas sim infundir temor a todo delinqüente, para que no futuro não ofenda a sociedade, para que não se cometa novos delitos”.

FEUERBACH sustenta que a pena é útil pela coação psicológica que exerce, ao representar uma ameaça. (ROXIN, 1993, p. 23). BECCARIA (1994, p. 60), por sua vez, afirma que é a ligação das idéias que sustenta todo o edifício do entendimento humano, por isso tudo há que ser feito para que a pena produza e mantenha a união da idéia do crime à do castigo. É nisto que consiste a verdadeira presteza ou utilidade da pena.

A *intimidação*, portanto, tem sido considerada o primeiro e essencial postulado da maioria dos sistemas penais atualmente existentes. O argumento fundamental dos partidários da intimidação é o seguinte: a ameaça de um castigo é um meio eficaz para intimidar a possíveis infratores (*intimidação geral*) ou para evitar que os que já cometeram um delito voltem a fazê-lo (*intimidação especial*). Este postulado penológico fundamenta-se em outro postulado, mas de origem psicológica, segundo o qual, o fato de atribuir conseqüências desagradáveis a uma conduta determinada reduzirá a tendência de qualquer indivíduo a adotar a dita conduta, isto porque o homem tende, em geral, a evitar as conseqüências desagradáveis de sua conduta, e, por conseguinte, a ameaça de um castigo pode exercer nele um efeito intimidativo. (RICO, 1979, pp. 13-4).

Conforme visto, a intimidação pode ser *geral* ou *especial*, segundo visa atingir o público em geral, ou seja, os infratores em potencial, ou o indivíduo já anteriormente condenado, a fim de que este não recaia na prática delitiva. Interessa à teoria da prevenção geral negativa a intimidação geral, restando a

---

<sup>87</sup> Propugnam a tese da prevenção especial negativa BECCARIA, FEUERBACH, ROMANGNOSI e BENTHAM (ANDRADE, 1997, p. 57, nota de rodapé; GOULART, p. 28).

intimidação especial para ser abordada na teoria da prevenção especial negativa.

De acordo com os defensores da intimidação geral, a ameaça de um castigo é um meio eficaz para conseguir que os membros de uma sociedade não cometam atos proibidos pela lei. (RICO, 1979, p. 19). As penas que mais intimidam, segundo esta corrente, seriam as penas cujas conseqüências são as mais graves, ou seja, aquelas que propugnam pela aniquilação do indivíduo (pena de morte), pelo sofrimento (penas de tortura) e as penas privativas de liberdade por longos períodos, em especial a pena de prisão perpétua, isto porque a gravidade da pena traria ínsita a exemplaridade. Tais penas, assim colocadas, teriam o condão principal de atuar sobre terceiros, alheios ao fato criminoso, inculcando-lhes, através da ameaça penal, o medo das conseqüências pela eventual prática delitativa. A ameaça da pena alcançaria a todas as pessoas, potenciais infratores ou não, além dos que já tenham cometido a infração.

Por outro lado, a *teoria da prevenção geral positiva*, preconizada por DURKHEIM e sistematizada por JAKOBS, sustenta, partindo de uma perspectiva sistêmica (LUHMANN), que a função da pena não constitui a retribuição de um mal com um mal, como também não é dissuasão (prevenção negativa). Sua função primária é, ao contrário, a *prevenção positiva*. A pena é *prevenção-integração* no sentido de exercitar o reconhecimento da norma e a sua fidelidade frente ao direito por parte dos membros da sociedade. O delito é uma ameaça à integridade e à estabilidade sociais, enquanto constitui a expressão simbólica de uma falta de fidelidade ao direito. Esta expressão simbólica faz estremecer a confiança institucional e a pena é, por sua vez, a expressão simbólica oposta à representada pelo delito. Assim, como instrumento

de prevenção positiva, ela tende a “restabelecer a confiança e a consolidar a fidelidade ao ordenamento jurídico”, em primeiro lugar na relação com terceiros e, possivelmente, também, em relação ao autor da violação. (BARATTA, 1985, p. 05). A pena, ao contrário da prevenção geral negativa, é destinada aos cidadãos fiéis à lei e não aos infratores em potencial.

### 2.3.2.2 As teorias da prevenção especial (negativa e positiva)

Através da *prevenção especial*, objetiva-se impedir que o autor do crime venha a praticar novos delitos. FERRI (1931, pp. 352-3) destaca que é um erro clássico considerar que a prevenção geral é a força predominante da pena. Ao contrário, diz, não só para cada delinqüente descoberto e condenado, mas também para a opinião pública, a influência inibitória da pena está na concreta aplicação, isto é, na prevenção especial e, complementa, a pena individualmente aplicada não pode ter senão uma destas finalidades: 1) tornar inócuo o delinqüente incorrigível e incurável; 2) reeducá-lo, se emendável e curável, para a vida social. Se os fins de prevenção de novos delitos forem alcançados através da primeira proposição, estamos diante da *prevenção especial negativa*; se for através da segunda, estamos diante da *prevenção especial positiva*.

Convém ressaltar, ainda, que foi no bojo da concepção utilitarista da pena que os positivistas desenvolveram a idéia das “medidas de segurança”, como “meios jurídico-penais de que se serve o Estado para remover ou inocuizar o potencial de criminalidade do homem perigoso.” (BRUNO, 1977, p. 145). Enquanto os criminalistas clássicos construíram os seus conceitos em torno de duas entidades fundamentais - delito e pena - os positivistas, valen-

do-se dos fundamentos colhidos através das ciências experimentais, construíram os conceitos de homem criminoso e de delito natural, deles extraíndo a fórmula da periculosidade criminal, deslocando os fins da pena da repressão para a prevenção, em especial para a prevenção especial, através da qual o Estado poderia atuar sobre o próprio delinqüente, emendando-o ou eliminando-o. Portanto, se era mister conservar à pena o seu caráter retributivo, proporcional ao delito, então para a emenda e à segregação em relação ao estado perigoso, em que melhor se atendia à necessidade de *defesa social*, deveria ser criada uma outra série de providências, que viriam a ser chamadas “medidas de segurança”. Com a pena deveria ficar apenas o atributo intimidativo, enquanto que com a medida de segurança, os da segregação e da emenda.

Conforme já mencionado, a *teoria da prevenção especial* também se subdivide em *teoria da prevenção especial negativa* e *teoria da prevenção especial positiva*.

A *teoria da prevenção especial negativa* sustenta que a pena tem a função de intimidação, neutralização (isolamento) e aniquilamento físico “do transgressor”<sup>88</sup>.

Para os que sustentam que a pena tem a *função intimidativa*, esta, ao ser aflagida ao condenado, deve ser capaz de produzir-lhe o temor necessário a

---

<sup>88</sup> BENTHAM (1945, p. 23) propugna três modos de prevenir a recaída do criminoso no delito: 1) Tirando-lhe o poder físico de fazer o mal; 2) Fazendo-lhe esfriar o desejo; 3) Obrigando-o a ser menos afoito. A prevenção, nestes casos, seria negativa, uma vez que não propriamente consideram a ressocialização do criminoso. Da primeira sugestão pode-se extrair a prevenção pela neutralização (isolamento) ou aniquilamento físico do condenado. As demais sugerem o aniquilamento moral através do efeito intimidativo da pena.

dissuadi-lo de nova prática criminal, impedindo, assim, a *reincidência criminal*. RICO (1979, p. 38) assinala que a *intimidação especial* visa evitar que o infrator de uma norma a viole de novo graças a determinadas modificações que a ameaça da pena exercerá em seu comportamento. Trata-se na verdade de uma ação psicológica “sobre o criminoso”.

A *neutralização*, por sua vez, resume-se na ação física sobre o criminoso, obstando que este, perpétua ou temporariamente seja impossibilitado de praticar novos crimes, sem que seja excluído da vida animal (física), consistindo no isolamento da vida social. Inclui-se neste método a prisão e outras formas de restrição da liberdade, em especial quando desacompanhadas de qualquer medida ressocializadora do apenado.

O *aniquilamento* (ou a morte) seria a exclusão do criminoso não somente da vida social como também da vida animal. Tem-se questionado se a pena de morte é ou não uma pena. Se a pena é um mal jurídico imposto a quem executou um mal antijurídico, com fins de ressocialização, então devemos concluir que a pena de morte não é uma pena, pois falta-lhe o elemento dado pela finalidade, já que matando o réu, o Estado se declara impotente, ante-si-mesmo e ante a sociedade, de cumprir a predita finalidade, declarando que o leva a matar o condenado, pois se considera incapaz de salvá-lo socialmente. Contudo, se considera a pena como uma simples retribuição, consequência antijurídica do condenado, se deve concluir, então, que a pena de morte, sim, é uma pena, e uma das mais atrozidades. Se a pena é um fim em si mesmo, a pena capital é uma pena. Os principais argumentos em prol da pena de morte estão na teoria da prevenção geral negativa, em que os defensores lançam mão da intimidação, da exemplaridade, da necessidade e da utilidade, dentre outros

argumentos, para justificar a sua existência, isto porque, no que concerne à prevenção especial negativa, torna-se irrefutável a alegação de que a pena de morte cumpre o seu objetivo de aniquilar o ser humano e através do aniquilamento o torna insuscetível de novas práticas criminais. Morto, o indivíduo não pode ser regenerado, readaptado, reabilitado, como também não pratica mais nenhum ato. (BAQUERIZO, 1986, v.2. p. 41, 104 e 126).

Na *teoria da prevenção especial positiva*, a função da pena constitui-se no tratamento do condenado, através da sua reeducação e readaptação à normalidade da vida social. Foi propagada inicialmente pela Escola Correccionalista<sup>89</sup> e retomada no pós-guerra pelo “Movimento de Defesa Social” (GRAMMÁTICA) e pela “Nova Defesa Social” (ANCEL). A essência da pena, como afirmou ARENAL no campo correccional “é que seja boa, que faça o bem, porque nem o indivíduo, nem a coletividade, tem o direito de realizar o mal”. (GOULART, 1975, 1.v. p. 31).

RÖDER sustentou que o único fim da pena resumia-se na correção do delinqüente, pela sua transformação interior. Assim, a pena era um bem efetivo e verdadeiro para o delinqüente, entendida como um direito que este tinha a ela. Para MONTERO o delito demonstra o estado moral débil do infrator, como prova segura da incapacidade de governar-se normal e honradamente, o que o coloca em situação de inferioridade e necessitado, em benefício próprio e no interesse social, de um gênero de proteção tutelar, acomodado à sua situ-

---

<sup>89</sup> A Escola Correccionalista surgiu na Alemanha, em 1839, com a publicação da obra *Comentatio num poena malum esse debeat*, de autoria de CARLOS RÖDER, lastreada na filosofia Kausista, seguida no campo jusfilosófico por AHRENS. Porém, foi na Espanha que a escola floresceu, com importantes cultores, dentre eles GINES DE LOS RÍOS, ROMERO GIRÓN, ALFREDO CADERÓN, CONCEPCIÓN ARENAL, LUIZ SILVELA, FÉLIX DE ARAMBURU Y ZULOAGA, RAFAEL SALILLAS, JINENÉZ DE ASÚA e PEDRO DORADO MONTERO, sendo este de postura correccionalista-positivista. (PRADO & BITEN-COURT, 1995, p. 36).



ação anômala e de incapacidade, que constitui um perigo para a vida normal e precisa ser combatida, não com reação retributiva, mas com toda a inteligência possível. (GOULART, 1975, 1.v. p. 29).

MONTERO (*apud* GOULART, pp. 29-30) ainda considera que,

“Se os delinquentes são indivíduos débeis, frente aos considerados honrados e estes podem, de alguma maneira, ajudá-los, contribuindo para levantá-los de seu estado de inferioridade, tornam-se, então, obrigados ou devedores, podendo os réus alegarem, em relação a estes e ao principal órgão da comunidade, o Estado, um verdadeiro direito ao tratamento, como conjunto de meios visando a sua reabilitação”.

Assim concebida, a pena seria não somente um instrumento de recuperação do homem criminoso, como também, de preservação social, procurando evitar novos delitos. O homem criminoso não seria, assim, submetido a uma pena fixa na sentença, mas a um tratamento indeterminado e individualizado, em conformidade com a sua necessidade.

MONTERO defendeu também o abandono completo da punição dos delinquentes, os quais deveriam estar sujeitos apenas a medidas de proteção tutelar, de modo análogo ao recomendado para os enfermos necessitados de toda classe, como os loucos, os alcoólatras, os epiléticos, os menores abandonados, etc., com o fim de combater e destruir as causas que os levaram ao crime, afirmando, também que nenhuma pessoa de certo desenvolvimento intelectual pensaria em castigá-los, pois isto seria afligir ao aflito e acumular injustiça sobre injustiça. A função social da pena perderia o seu caráter odioso, tornando-se de repressiva em preventiva, de punitiva em correcional, educativa e protetora. O cárcere se converteria em escola ou estabelecimento correcional e pedagógico, e os seus internos não seriam delinquentes, a quem se

precisasse castigar, mas ineducados, degenerados, ignorantes, necessitados de adequado tratamento regenerador, corretor, tonificador, a ser aplicado por educadores, médicos, moralistas. (GOULART, 1975, 1.v. pp. 30-1)

As proposições da Escola Correcionalista avançaram os limites da conciliação das teorias absolutas e relativas, acabando por preconizar a remodelação completa do Direito Penal tradicional, a extinção da pena e a concentração de esforços dirigida ao idôneo tratamento dos delinqüentes. Apesar de não terem sido adotadas por completo, dadas as profundas modificações que implicariam, as postulações dos correcionalistas em muito influenciaram, até os dias atuais, a tônica acerca da pena.

O movimento de *Defesa Social* liderado por GRAMMATICA (apud GOULART, 1975, 1.v. p. 33) após a Segunda Grande Guerra, reformulou as concepções teóricas da pena, levando à negação do direito de punir e à substituição do Direito Penal por outro sistema jurídico, procurando ressaltar, a exemplo dos positivistas, que a pena

“(...) não encontra a sua fonte e seus limites na culpabilidade, mas em um estado de anti-sociabilidade, cuja conseqüência deve ser o tratamento adequado ao valor sócio-biopsicológico do indivíduo, e não a sanção retributiva, ou seja, não mais pena, mas medidas de defesa social, preventivas ou curativas, adequadas a cada pessoa”.

A *Nova Defesa Social*, movimento encabeçado por ANCEL e GRAVEM, no entanto, propôs não a abolição do Direito Penal, mas a integração a este dos postulados da “defesa social”, fundamentando “que a reação estatal contra o crime só pode ter como base a infração, nos termos estabelecidos pela lei, a fim de não privar o indivíduo dos princípios básicos que resguardam sua liberdade”. (GOULART, 1975. 1.v. p. 33).

Assim, segundo ANCEL (1979, pp. 301-2),

“A evolução moderna do sistema penal positivo consiste inclusive em utilizar ao mesmo tempo a sanção retributiva e o procedimento não punitivo com finalidade preventiva. Não se trata portanto, como queriam os positivistas e sustenta ainda o Prof. Grammatica, de eliminar totalmente a pena para substituí-la por medidas unicamente curativas. Num sistema renovado de Política Criminal, ao contrário, o juiz deve poder fazer uso da sanção repressiva, mesmo quando, como ocorre em relação aos menores, situamo-nos no âmbito normal da sanção educativa. Em muitos outros casos, ao contrário, poderá ser viável a aplicação de uma medida de segurança curativa, educativa e neutralizante. Mas uma Política Criminal racional de *prevenção do crime e tratamento dos delinquentes*, segundo concebemos doravante, deverá sobretudo orientar sua ação anticriminal pela eficácia da sanção em relação ao próprio delinquente ou ao grupo de que faz parte. É assim que se passará da pena à medida não em função de considerações de Dogmática jurídica ou comodidades administrativas, mas tendo em vista considerações de ordem biológica, médica, psicológica ou sociológica e, uma vez mais, em função da personalidade do delinquente e das reações de seu meio”.

Portanto, conforme visto, o fim precípua da pena, para a *teoria da prevenção especial positiva* pode ser resumido na “ressocialização” do condenado, substanciada na “ideologia do tratamento”. No entanto, conforme RIVACOBAY RIVACOBAY (1993, p. 140), o conceito de “ressocialização” comporta hoje diversas e opostas ideologias. No seu sentido jurídico, definiu como sendo a reinserção social e a assunção, pelo condenado, da intenção à capacidade de respeitar a lei penal.

### 2.3.3 As teorias mistas

As *teorias mistas* compreendem o duplo aspecto da pena, ou seja, o retribucionista e o utilitarista. A pena, assim, poderá ser um instrumento de retribuição do delito já perpetrado, como também de prevenção daqueles que estão por vir. ROSSI (*apud* BADARÓ, 1973, pp. 104-5) destaca que a simples utilidade da pena por si só não basta, desde que “nem sempre o que é útil

é moral, e a moral deve prevalecer sobre o útil”. As teorias mistas, as quais são adotadas pelo sistema penal brasileiro<sup>90</sup>, tratam, portanto, de irmanar os pontos de vistas das teorias absolutas e relativas, associando a justiça absoluta com o fim socialmente útil, o conceito de retribuição com o fim utilitário.

### 2.3.4 A teoria da individualização da pena

A individualização ou a adaptação da pena constitui o ponto culminante da teoria da pena. A preocupação com este aspecto da pena iniciou-se com os postulados clássicos, não obstante estes aterem-se somente ao fato criminoso. Mas foi na Escola Positiva que se sedimentou o princípio da individualização da pena, a partir dos estudos acerca do delinqüente, em razão do que logrou alcançar as suas diferenças tipológicas e a sua personalidade perigosa. Em função dessa individualidade, FERRI (1931, pp. 320-65) apregoou que a individualização da pena deve se realizar em três momentos distintos, ou seja, no momento *legislativo*, no momento *judicial* e no momento *executivo*<sup>91</sup>.

*A individualização legislativa ou legal da pena ou ainda cominação*, segundo MARQUES (*apud* SOUZA, 1985, p. 85), é

“(...) a que o legislador estabelece quando discrimina as sanções cabíveis, delimita as espécies delituosas e formula o preceito sancionador das

<sup>90</sup> Segundo o artigo 59 do Código Penal Brasileiro, “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: I - as penas aplicáveis dentre as cominadas; II - a quantidade de pena aplicável, dentro dos limites previstos; III - o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade; IV - a substituição da pena privativa de liberdade aplicada, por outra espécie de pena, se cabível.”

<sup>91</sup> Segundo SALEILLES (*apud* SOUZA, 1982, P. 85), a individualização também dá-se em três planos: o legal, o judicial e o administrativo. RIVACOBÁ Y RIVACOBÁ (1993, p. 230), no entanto, considera que a individualização penal se opera apenas nos momentos da aplicação (determinação) e da execução, subestimando o momento da cominação.

normas incriminadoras, ligando a cada um dos fatos típicos uma pena que varia entre um mínimo e um máximo claramente determinados”.

Ressaltando a importância dos estudos positivistas sobre o homem criminoso, FERRI (1931, p. 320) acrescenta que a individualização ou adaptação legal da pena faz-se de dois modos: 1) com a classificação dos criminosos; 2) com a avaliação das circunstâncias de maior ou menor periculosidade. Insurgiu-se contra o absurdo sistema de penas fixas ou proporcionadas ao delito, alegando que tais sistemas são o mesmo que o médico fixar nas portas dos hospitais os dias ou meses de permanência do doente, que aí tem que ficar mesmo que antes já esteja curado e de lá saindo mesmo que ainda não o esteja. Propugnou, por isso, pelo sistema de penas indeterminadas, fazendo questão de ressaltar que

“A defesa social da criminalidade realiza-se ou com o seqüestro indefinido dos delinqüentes não readaptáveis à vida livre (que são em menor número) ou com a reeducação para a vida social dos delinqüentes readaptáveis (que são os mais numerosos).(...) E pois que a defesa se deve adaptar à potência ofensiva, deste princípio deriva espontaneamente a organização das sanções repressivas na lei penal, conforme a menor ou maior periculosidade dos delinqüentes. E isto realiza-se na lei, quer tomando em consideração basilar a classificação dos criminosos, conforme a diferente periculosidade que cada uma de tais categorias ordinariamente apresenta (pelo que o delinqüente nato é, via de regra mais perigoso do que o ocasional, o delinqüente louco do que o passional, etc.), quer tornando as sanções adaptáveis ao grau particular de periculosidade criminal, que caso por caso se apresenta ao juiz.” (FERRI, 1931, pp. 392-3).

A adaptação legal da pena, segundo FERRI (1931, pp. 330-1), é orientada pela periculosidade criminal, segundo o *grau* (reservando-se aos mais perigosos a pena mais grave) e segundo a tipologia criminal (de tal sorte que em relação ao criminoso nato pressupõe-se um maior grau de periculosidade e em relação ao criminoso passional um grau menor).

“A adaptação legal da sanção, uma vez precisada a sua forma segundo os diversos tipos de delinqüentes, deve completar-se, regulando-lhe a determinabilidade do grau, segundo o nível individual de periculosidade, que pode ser diverso, caso por caso, do nível ordinário da periculosidade, que normalmente se verifica em qualquer das categorias antropológicas de criminosos.” (FERRI, 1931, pp. 330-1).

Tais circunstâncias individualizadoras da pena, no entanto, face ao princípio da legalidade, devem estar previstas na lei penal, em normas gerais e sintéticas, constando de expressões largas e compreensivas, dentre as quais poderá o juiz pôr as respectivas e detalhadas variedades de casos.

A *individualização judicial* é a que se opera na fase processual de *aplicação* da pena, quando da sentença penal<sup>92</sup>. RIVACOBÁ Y RIVACOBÁ (1993, pp. 89-107) ressalta que a verdadeira ou mais genuína individualização da pena é a judicial. Para ele, a individualização judicial é onde a abstrata ameaça penal, de caráter geral e alcance mais ou menos amplo assinalada na lei, se converte e se reduz em uma concreta realidade penal, de caráter determinado e quantia ou gravidade precisa, escolhida dentre as possibilidades ou magnitudes contidas na norma, baseando o seu efeito na gravidade do delito e fixando-o na sentença. Sustenta que, para a individualização da pena, o juiz deve se ater aos seguintes elementos: 1) a gravidade do delito, ou seja, a apreciação da extensão do prejuízo inferido pelo delito que está sendo julgado ao correspondente bem jurídico, ou da situação de risco criado por aquele para este, entendido o prejuízo no seu sentido amplo e variado; 2) a culpabilidade do réu; 3) a periculosidade, cujo conceito decorre da apreciação da personalidade do indivíduo.

---

<sup>92</sup> A individualização judicial da pena, no Direito Positivo brasileiro, está regulamentada basicamente nos artigos 59, 60 e 68 do Código Penal.

FERRI (1931, pp. 339-51) ressalta que na individualização judicial da pena o juiz se depara com cinco problemas práticos: 1) se o fato foi realmente cometido; 2) se o fato cometido constitui crime; 3) se o crime foi cometido pelo acusado; 4) em que condições pessoais e de ambiente foi cometido o crime; 5) qual o grau de sanção repressiva posta pela lei que deve ser estabelecido contra o réu. No seu entender, não obstante esta problemática que lhe é apresentada, o juiz, na sistemática penal atual, tendo diante de si, vivo e palpitante o acusado, se preocupa quase que exclusivamente em definir juridicamente o fato a este atribuído e a precisar a pena aritmeticamente proporcionada ao mesmo fato, enquanto que toda a indagação, toda a discussão se deveria concentrar sobre a personalidade do acusado na sua constituição bio-psíquica, *nos seus precedentes de vida familiar e social*, no seu comportamento antes, durante e depois do crime, devendo a polícia judiciária (na investigação preliminar), acusadores, defensores e juízes (na instrução criminal, debates e sentença) buscar um conhecimento técnico do homem delinqüente, tanto para lhe classificar o tipo antropológico como para avaliar as circunstâncias pessoais e reais de maior ou menor periculosidade.

É neste sentido que a Escola Positiva insere, na individualização judicial da pena, a análise do componente humano representado pela *personalidade perigosa*, assinalando que, com o método positivo, o juiz é necessariamente conduzido a avaliar sobretudo a personalidade mais ou menos perigosa e mais ou menos readaptável à vida social do delinqüente.

Sobre a proporção entre o delito e a pena, é bom lembrar que GARÓFALO (1925, p. 373 e 376) sustentou que a temibilidade do agente deve ser o

fator determinante na aplicação da pena, devendo ser considerada, como a sua incapacidade de readaptação social ou, em outros termos, como a capacidade de praticar novos delitos.

*A individualização executiva*, muito mais do que a previsão ou a aplicação da pena, representa o ponto culminante, o remate da teoria da pena. BINDING já dizia que toda a pena é pena-fim. O fim jurídico da pena, segundo a concepção dominante do direito vigente, se alcança plenamente com a execução penal. Fora da execução não há fim da pena. Não há dúvidas de que a entidade e o objetivo tanto da pena em si, como de qualquer ameaça penal só pode fazer-se realidade e cobrar efetividade, mediante o seu cumprimento. (RIVACOBÁ Y RIVACOBÁ, 1993, p. 110)

FERRI (1931, p. 352-65), quanto à adaptação executiva da sanção penal, frisou que a pena individualmente aplicada não pode ter senão uma destas duas finalidades: 1) tornar inócuo o delinqüente incorrigível e incurável; ou 2) reeducar para a vida social o delinqüente emendável e curável. Por isso, a individualização na execução da condenação, que deve continuar, completar e aproveitar a individualização da norma legal e a da sentença, pode organizar-se praticamente com dois critérios fundamentais: 1) a seriação antropológica dos presos; 2) o seu tratamento. Quanto à seriação, menciona que a primeira condição para que as prisões dêem bons resultados está em pôr em cada uma delas uma “população homogênea”, separando-se as mulheres dos menores, os delinqüentes loucos, os natos, os habituais e *reincidentes*, e os ocasionais em classes distintas, devendo ser estabelecidas duas categorias básicas, a dos presos incorrigíveis e incuráveis e a dos readaptáveis à vida social. Quanto ao tratamento dos presos, fundamenta-se no trabalho. Não se deve impor aos



presos sofrimentos, aflições e humilhações, mas também não lhes pode proporcionar uma residência e uma existência muito cômoda e fácil, que esqueça e faça esquecer as dificuldades e as privações que a vida livre impõe à generalidade dos homens honestos. Não devem ser privados da esperança de um regresso à vida normal, sendo tratados de modo sempre menos rígido e com encargos de confiança, para habituá-los gradualmente à vida livre, buscando sempre avaliar quanto à cessação da periculosidade criminal e viabilizar a colocação do condenado em liberdade.

“(...) a pena, como *ultima ratio* de defesa social repressiva, não se deve proporcionar - e em medida fixa - somente à gravidade objetiva e jurídica do crime, mas deve adaptar-se também e sobretudo à personalidade, mais ou menos perigosa, do delinqüente, com o seqüestro por tempo indeterminado, quer dizer, enquanto o condenado não estiver readaptado à vida livre e honesta, da mesma maneira que o doente entra no hospital não por um lapso prefixo de tempo - o que seria um absurdo - mas durante o tempo necessário a readaptar-se à vida ordinária.” (FERRI, 1931, p. 46).

KAUFMANN (1979, pp. 190) lembra que a execução penal não pode ser igual para todos os presos, do início ao fim, justamente porque nem todos são iguais, senão sumamente diferentes. Por isso, ressaltou que a individualização da pena na execução se faz de quatro formas: 1) a diferenciação; 2) a classificação; 3) a progressão; e 4) o procedimento de seleção.

A *diferenciação* se dá em razão do grau de isolamento e de abertura em relação ao meio circundante. Assim, o estabelecimento pode ser de execução fechada (que corresponde à imagem diretriz tradicional do cárcere), semi-aberta ou flexível (com menores medidas de segurança, um contato exterior mais fácil e um menor isolamento dos internos) e aberto (“casas de transeuntes” ou colônias). (KAUFMANN, 1979, p. 191).

A *classificação* é a diferenciação levada a efeito com base na ordenação tipológica, segundo as diferentes teorias criminológicas. Leva-se em consideração, também, na classificação, a separação conforme o sexo, idade, espécie de crimes e duração das penas.(KAUFMANN, 1979, p. 192).

A *progressão* é a promoção que se dá por idoneidade, bom comportamento ou melhoramento ou por critérios semelhantes, em que, face à diferenciação de estabelecimentos fechado, semi-aberto e aberto, o preso passa pela execução flexível do regime mais rigoroso ao menos rigoroso, do regime fechado ao semi-aberto e depois ao aberto. (KAUFMANN, 1979, p. 193).

O *livramento condicional*, dentro do instituto da progressão, poderia ser considerado o período da pena em que o apenado mantém contato em tempo integral com a sociedade e não acarreta, necessariamente, a passagem pelos regimes intermediários. É corolário do princípio da prevenção especial positiva, segundo o qual a finalidade da pena é a “ressocialização do condenado”.

“Faz parte, como uma última etapa, do sistema penitenciário progressivo irlandês, acolhido pela nossa legislação, e visa neutralizar os inconvenientes da longa segregação, oferecendo oportunidade para que o beneficiado melhor se adapte às exigências de uma nova vida em liberdade. Não deixa de ser, pois, um período de aprendizado para o seu melhor ajustamento social, após o limite da pena que lhe foi imposta”. (SOUZA, 1982, p. 110).

Esse instituto encontra adversários no classicismo penal, uma vez que, segundo os autores desta corrente penal, enfraquece o caráter retribucionista da pena, básico em sua doutrina. (SOUZA, 1982, p. 110). É incompatível com as penas de curta duração, porquanto visa, justamente reduzir a permanência do apenado no interior do sistema penitenciário. Por isso, segundo a norma do

artigo 83, “caput”, do Código Penal, somente terá cabimento em relação ao condenado à pena privativa de liberdade igual ou superior a dois anos.

Os *procedimentos de seleção* baseiam-se em cada caso em determinado esquema de classificação, referindo-se a conceitos de prognósticos, como do grau de perigo da reincidência ou periculosidade, com a finalidade principal da segurança. (KAUFMANN, 1979, pp. 193-4).

### **3. Teorias criminais como fundamento dos *antecedentes* e da *reincidência criminal***

Como já verificamos, os *antecedentes* e a *reincidência criminal* são institutos que foram sendo inseridos no Direito Positivo Penal, Processual Penal e de Execução Penal brasileiros, cujos conceitos foram se construindo com o passar dos tempos. São também construções teóricas formuladas pela Dogmática Penal, como produto dos postulados clássicos e positivistas. A *reincidência criminal*, como já visto, tem suas raízes já na Escola Clássica, em face da teoria do crime, enquanto os *antecedentes* são um instituto genuinamente positivista, decorrentes das teorias do criminoso. Em razão disso pudemos constatar que a *reincidência criminal* figurou no Código Criminal do Império (1831), enquanto os *antecedentes* foram acolhidos apenas no Código Penal de 1940. No que concerne à conceituação dogmática, percebe-se que em relação à *reincidência criminal*, já foi recepcionada em parte pelo Direito Positivo Penal, sendo que no tocante aos *antecedentes*, conforme já demonstrado, este conceito permanece vago e por demais amplo e somente no âmbito da Dogmática Penal, isto é, sem qualquer definição legislativa.

Neste item demonstraremos que os *antecedentes* e a *reincidência criminal* são “construções” que encontram o seu fundamento teórico nas teorias criminais, em suas três dimensões<sup>93</sup>. No entanto, não há dúvida que ambos os institutos, não obstante se fundamentem na teoria do crime, guardam maior afinidade com as *teorias do criminoso* (por constituírem circunstâncias mais ligadas ao autor do que ao ato) e com as *teorias da pena* (por produzirem conseqüências mais propriamente da reação em si, agravando as penas). Por isso nos estenderemos nos fundamentos contidos nestas duas teorias, sem prejuízo dos aspectos relativos à *teoria do crime* que interessam aos objetivos deste item.

Os *antecedentes* e a *reincidência criminal* se fundamentam na *teoria do crime*. Conforme nos referimos no item 2.1, a teoria do crime se desenvolveu

<sup>93</sup> GARCIA (1992, p. 104), resume em quatro grupos as teorias da reincidência, ou seja, a) os que fundamentam a reincidência em uma maior necessidade de prevenção especial; b) os que a fundamentam em uma maior culpabilidade do agente; c) os que combinam ambos os fatores; e d) os que fundamentam a reincidência em um maior conteúdo do injusto.

SABINO JÚNIOR (1967, p. 194-5) resume desta forma as teorias sobre a reincidência: “Ao lado da *teoria objetiva*, que tirava a reincidência da reiteração de delitos, surgiu a - *teoria subjetiva*, que sempre teve em destaque um conteúdo subjetivo típico relacionado com a personalidade de cada réu e como motivos de delinqüir. A doutrina alemã criou a - *teoria do tipo normativo de autor (Tatertyp)*, a qual, no dizer de Dell’Andro, não destina a substituir a ação, mas a opor-se à teoria do *tatbestand* (tipicidade). Foram seus propugnadores mais ilustres Wolff, Dalm e Metzger. Consiste, em resumo, em que, se o agente executou os extremos de uma modalidade de infração, não deverá ser punido, se, pelos motivos que o levaram a agir e que não lhe impunham uma conduta diferente, não corresponde ao tipo de autor, expresso na norma que a figura penal prevê e pune. Surgiu o *Tatertyp* com o fim interpretativo: o tipo de autor facilitaria a compreensão a compreensão do exato significado humano da espécie normativa. Por último, várias teorias procuraram dar uma explicação da recidiva. Pela teoria da *causa de total irresponsabilidade*, com Bucellatti, a habitualidade eliminaria a voluntariedade do ato, na segunda ação. Pela teoria da *culpabilidade*, sustentada pelo insigne Garraud, justificar-se-ia o aumento da pena atual. Pela teoria da *responsabilidade resultante da voluntariedade atenuada* pelo ato produzido com a repetição (Kleinschrid, Bosi), esqueceu-se que o crime existe em função de uma norma que o proíbe. Pela teoria do *maior alarme social*, de Manzini, provocando pela conduta do reincidente, não se considera a infração em seus elementos intrínsecos. Pela teoria da *insuficiência da pena* (normal), propugnada pelo grande Carrara, ter-se-ia o inconveniente de fazer depender da pena o que se origina da infração. Pela teoria da *culpabilidade agravada*, com Bettiol, ter-se-ia o motivo da punição na habitualidade, visto que se pune mais severamente uma culpabilidade típica. Pela teoria da *perversidade da ação*, defendida por Petrocelli, omite-se a personalidade do agente, para só punir a sua ação. (...) O nosso direito penal, pelo que se infere do art. 46, filiou-se à teoria objetiva, pois, que faz depender a reincidência da prática de mais de uma infração. Não obstante, em se tratando de reincidência específica, não despreza o elemento subjetivo, ou a personalidade do agente”.

sobre três grande pilares ou categorias: a tipicidade, a antijuridicidade e a culpabilidade. Nestas três categorias, interessa ressaltar o *dolo*, que na teoria finalista integra, como elemento subjetivo, os tipos penais dolosos por ação ou omissão, assim como as causas excludentes de antijuridicidade, integrando também, nas teorias causalistas (psicológica ou psicológico-normativa), a culpabilidade. Também merece destaque um dos elementos que na teoria finalista compõem a culpabilidade, qual seja a *real ou potencial consciência da ilicitude*.

Segundo a teoria finalista da ação, conforme já visto, os tipos dolosos de ação ou omissão, que constituem a mais numerosa e importante categoria de tipos penais, possuem o *dolo* como a regra na criminalidade<sup>94</sup>. São vistos na dimensão subjetiva e objetiva. A dimensão subjetiva atém-se ao dolo (*consciência e vontade*), nas suas formas direta e eventual, e aos “elementos subjetivos especiais” (intenções, tendências e motivos de ação). A dimensão objetiva, por sua vez, ressalta os elementos objetivos do tipo, que devem necessariamente, constituir objeto do dolo, ou seja, a ação, o objeto da ação, o resultado, detalhes de tempo, lugar, meio e modo de execução, a relação de causalidade e os sujeitos do tipo (ativos e passivos). (SANTOS, 1993, pp. 23-33).

A dimensão subjetiva do crime reflete obrigatoriamente o elemento psíquico do crime: o *dolo*, assim compreendido como a ação dirigida consciente e voluntariamente a um resultado. Compõe-se de *consciência e vontade*. É, também, determinado pelas intenções, tendências e motivos da ação. Tais

---

<sup>94</sup> Na teoria psicológica o dolo integra a categoria culpabilidade, enquanto na teoria psicológico-normativa integra tanto o tipo como a culpabilidade. Assim, na ótica destas teorias a mesma argumentação que se faz em relação à teoria finalista se formularia inserida na categoria culpabilidade.

elementos determinantes do dolo, no entanto, encontram-se no interior (no psíquico) do agente, devendo ser demonstrada. Sendo o dolo uma instância interna do indivíduo, nem sempre é por este manifestada, e não estando o investigador apto a penetrar-lhe a alma, há que se buscar fora do agente os elementos determinantes. Assim, a *consciência* pode ser melhor evidenciada pelos contatos anteriormente mantidos pelo agente com as diversas instâncias do sistema penal, em decorrência de anterior processo de criminalização (total ou não) a que tenha sido submetido. A *vontade*, também, pode resultar demonstrada pela persistência na prática de atos delitivos.

Neste sentido SIQUEIRA (1947, p. 659) é enfático:

“A reincidência, de fato, demonstra, com o novo crime, não somente a vontade do delinqüente de violar o relativo preceito penal, mas também uma vontade persistente de delinqüir”.

Também FERRI (1931, p. 415) ressalta que, não obstante a sua relatividade, os *antecedentes* (entre os quais se inclui a *reincidência criminal*) do agente, constituem-se, ao lado de outros fatores, em item importante na determinação do elemento subjetivo do tipo.

“A *presunção do dolo* pode ter, em muitos casos, um valor psicológico, no sentido de que as circunstâncias do fato e a personalidade do réu (vida anterior e comportamento antes, durante e depois do crime) tornam *evidente* a intenção criminoso, em virtude da qual o ato foi determinado”.

No que tange aos tipos culposos, onde não há o elemento subjetivo (dolo), mas sim um *dever de cuidado objetivo exigido*, cujo conteúdo é delimitado concretamente pelos conceitos de *risco permitido* e de *previsibilidade do resultado*. Assim, a *previsibilidade* também pode ser melhor evidenciada diante dos *antecedentes* ou da *reincidência criminal* do autor, em função do

envolvimento anterior do agente com o ato delituoso e com as diversas agências do sistema penal.

Também a teoria da culpabilidade enseja um fundamento teórico para os *antecedentes* e a *reincidência criminal*, já que a recaída no segundo crime implica uma maior culpabilidade, ou seja, são fatores que indicam uma acentuada atuação contrária ao direito. Isto porque, na teoria normativa pura, a culpabilidade é determinada, dentre outros elementos, *pela real ou potencial consciência da ilicitude*. Os *antecedentes* e a *reincidência criminal* encontram neste tópico outra fundamentação teórica, a medida que a existência ou não de contatos anteriores do sujeito ativo com as diversas instâncias do sistema penal, por certo estabeleceriam *o grau* de consciência da ilicitude do seu ato. Assim, se o indivíduo já esteve envolvido no processo de criminalização, maior será a sua *consciência* do ilícito e mais evidente a sua culpabilidade. Se o agente já sofreu condenação anterior, significa que já passou pelos trâmites de um processo judicial, o que o torna mais consciente dos imperativos legais e, via de consequência, da conduta ilícita da qual deverá se abster. Por isso, a recaída no novo delito reforçará a sua culpabilidade, tornando maior a reprovação em relação aos posteriores crimes.

Vale acrescentar que, nas teorias psicológica e psicológico-normativa, de concepção causal, o *dolo* também integra a culpabilidade, como elemento psíquico que une o autor ao fato, motivo pelo qual, relacionado a estas teorias, tendo em vista a argumentação que se formulou acima, os *antecedentes* e a *reincidência criminal* também encontram mais um fundamento teórico.

Nas *teorias do criminoso*, mais especificamente na tipologia criminal e na teoria da personalidade perigosa, *os antecedentes* e a *reincidência criminal* também encontram a sua fundamentação teórica.

Os estudos da Escola Positiva sobre o homem criminoso, conforme já consignado no item 2.2.1, levou às *diversas classificações tipológicas do homem criminoso*. A teoria dos tipos criminais espelha, assim, o agrupamento de criminosos em classes distintas, segundo as suas características individuais

Tanto LOMBROSO como GARÓFALO, segundo já nos referimos no item 2.2.1, atribuem o fenômeno da reincidência às causas congênitas, sendo característica do criminoso nato, e, por isso, a regra geral para os condenados, posto que o criminoso nato é um ser despido de remorso, de arrependimento, acrescentando GARÓFALO que a anormalidade encontrada no criminoso nato não é somente física, mas também moral. Pode ser configurada pela falta absoluta dos sentimentos morais, como pela falta de apenas alguns desses sentimentos (piedade e probidade). É esta falta absoluta dos sentimentos morais, caracterizadora do delinqüente típico, que levaria o indivíduo a ser *criminoso genérico*. A falta de apenas alguns desses sentimentos poderiam tornar o indivíduo um *reincidente específico*, como por exemplo a falta do sentimento de piedade, característica do criminoso violento, levá-lo-ia a recair na prática de delitos contra a pessoa, enquanto que a falta do sentimento de probidade, característica do criminoso ladrão ou neurastênico, induzi-lo-ia à prática repetida de crimes contra o patrimônio.

Dentre as categorias criminais, há que se destacar a tipologia de FERRI (1931, pp. 259-60), que ressaltou a classe dos *criminosos habituais*, ou seja,



os que, pelo caráter comum da “obstinada recidiva”, têm uma fisionomia bio-psíquica própria que lhes caracteriza a grave periculosidade e a fraca readaptabilidade social.

SZNICK (1987, 16, 17 e 20), citando a exposição de motivos do Código Penal de 1969, menciona que a definição de delinqüente habitual de FERRI não somente abriga a figura do reincidente, como considera os criminosos habituais como da família dos reincidentes, isto porque, se para a caracterização da reincidência basta a ocorrência de um segundo delito no prazo de até cinco anos após a condenação transitada em julgado em relação a um primeiro, para a configuração da habitualidade, seria necessária uma segunda recaída, ou seja, a prática de três crimes, no mínimo.

Não há dúvidas de que os *criminosos reincidentes* constituem uma classe distinta de criminosos, a qual foi recepcionada pelo Direito Positivo Penal, Processual Penal e de Execução Penal brasileiro, a medida em que este lhe confere um tratamento diferenciado. SOUZA (1982, p. 73) faz questão de ressaltar que este tipo de delinqüente foi o primeiro a ingressar na lei penal brasileira, permanecendo até os dias atuais<sup>95</sup>.

---

<sup>95</sup> Outros tipos, segundo SOUZA (1982, p. 73), como os criminosos habituais e por tendência (estes tipos de delinqüentes foram definidos no artigo 64, §§ 2º e 3º do Código Penal de 1969, que não chegou a vigorar), chegaram a integrar a lei penal brasileira mas não tiveram longa vida. Permaneceram, ainda, além dos reincidentes, segundo o critério da habitualidade, categorias como *criminosos primários*, *criminosos não primários* e *membros de associação de delinqüentes*. Segundo o critério da responsabilidade ou da imputabilidade penal, permanecem os *imputáveis*, “semi-imputáveis” e “inimputáveis”. Poder-se-ia falar, ainda, que pelo critério da periculosidade, permanecem os “criminosos perigosos” e “não perigosos”, no entanto esta divisão, após a reforma penal de 1977, deixou de existir na penal brasileira, em razão de critérios meramente dogmáticos. SILVA e BOSCHI (1986, p. 192), sustentam que a tipologia do delinqüente perigoso é extraída da norma do artigo 26, *caput*, do Código Penal, ou seja, quando se tratar de criminoso inimputável.

SÁ<sup>96</sup> (1987, pp. 12-28), que estudou a reincidência sob a ótica da psicologia clínica, afirma que o estudo da reincidência possibilita apontar quais as características dos *criminosos* tornam-nos mais propensos a que se instale neles uma conduta propriamente delinqüencial. Afirma que, *assim como a conduta criminal* decorre da associação ou conjugação de uma série de condições internas (ligados à libido e ao instinto de agressividade do próprio indivíduo) e ambientais (como por exemplo a presença dos pais, ou outras pessoas, especialmente severos, primitivos ou não amorosos, na tenra idade, atos de violência contra ela e contra terceiros, por ela presenciados, separação dos pais, morte de um dos pais, doação da criança, distanciamento do indivíduo em relação à cultura e aos seus valores, aos seus diferentes produtos e manifestações, o desinteresse pela profissionalização e pelo trabalho), existentes no período pré-delinqüencial, a *reincidência criminal* resulta dessas mesmas condições, acrescidas de outras próprias do período delinqüencial (prisão e entrada no presídio, cumprimento da pena, reentrada no convívio social e o novo convívio social).

Partindo da hipótese de que os sentenciados reincidentes se diferenciam dos não reincidentes, quanto a certas condições pessoais, internas e ambientais (fatores e microfatores internos e externos, que prejudicam a qualidade adaptativa de sua conduta, facilitando a ocorrência do novo ato delitivo, ou seja da reincidência),<sup>1</sup> SÁ (1987, pp. 29-82) pesquisou quais são os fatores que caracterizam o criminoso reincidente, concluindo que a reincidência é determinada por fatores sócio-sistêmicos, sócio-familiares e psicológicos. Dentre

---

<sup>96</sup> O autor é psicólogo da Coordenadoria dos Estabelecimentos Penitenciários do Estado de São Paulo. As pesquisas que realizou referem-se ao período de janeiro de 1980 a fevereiro de 1981, com base em perícias criminológicas a que foram submetidos os presos da Casa de Detenção, no Estado de São Paulo. O autor, assim, compilou os dados colhidos através de estudos e relatórios de cada caso, extraindo daí as suas conclusões.

os fatores sócio-sistêmicos, destacou que a reincidência se verifica de forma mais acentuada dentre os criminosos que se encontram em regime de liberdade vigiada, ou seja, a prisão albergue e o livramento condicional, bem como entre os evadidos. Encontrou, também, uma associação entre a reincidência e os fatores idade (de tal forma que quanto mais precoce se instala no indivíduo a conduta criminal, maior é a probabilidade da reincidência, diminuindo a reincidência específica de crimes que exijam mais energia e habilidades físicas, com o avanço da idade), número de entrada no estabelecimento prisional (que revela a experiência criminal do indivíduo, constituindo, assim, para a formação e desenvolvimento de sua auto-imagem, dentro de um processo de identificação crescente com a vida marginal) e o número de delitos cometidos (no sentido quantitativo e não qualitativo). Quanto ao nível de escolaridade, encontrou índices de reincidência significativamente mais altos entre os que completaram o curso primário ou foram além, e significativamente mais baixa entre os que tinham escolaridade nula ou primário incompleto. Dentre os fatores sócio-familiares, encontrou uma tendência de aumento na taxa de reincidência entre aqueles sentenciados cujos pais, um ou ambos, faleceram durante a menoridade, bem como entre aqueles que, durante a menoridade, deixaram a casa paterna, por simples saída ou por fuga, havendo, por isso, uma associação entre a duração e a continuidade do contato com os pais e a reincidência. Encontrou, ainda, taxas de reincidências menores entre os sentenciados que começaram a trabalhar antes dos 13 anos e maiores entre os que já tiveram “passagens” por instituições para menores. Dentre os fatores psicológicos, encontrou apenas uma associação altamente significativa entre as características psicóticas, consideradas conjuntamente com o instinto da sexualidade de um lado e a reincidência do outro lado, mantendo-se esta associação se integrar nesse conjunto o instinto de agressividade, não encontrando relação entre

a reincidência e os delitos considerados qualitativamente, entre aquela e a procedência, a cor, o nível socioeconômico e a inteligência do sentenciado

A propósito, BETTIOL (1976, pp. 13-5) é claro no sentido de concluir que o criminoso reincidente constitui um tipo delinqüencial.

“Foi observado com correção por von Gemmingen que a idéia de uma tipologia de delinqüentes surgiu na mente do legislador para combater as formas de delinqüência profissional e de delinqüência determinada por uma inclinação particular que existia no espírito do réu. Isto obriga o legislador a fixar uma nítida separação entre quem simplesmente cometeu crimes e quem, com base em valoração global de sua pessoa individual, revela personalidade criminal. Adverte Mezger que o tipo criminológico de autor é um tipo individual enquanto se refere à personalidade particular e concreta do indivíduo; é um *tipo criminoso* se é caracterizado por uma reiterada (homogênea e heterogênea) realização delituosa. Tem-se assim presente, em especial, o delinqüente reincidente, genérico ou específico, que apresenta em razão de ação delituosa reiterada certa *inclinação* ao crime. Gallas observa que o tipo criminológico de autor, porque deduzido do exame da personalidade integral do agente, ajusta-se particularmente aos delinqüentes habituais e aos delinqüentes sexuais especialmente perigosos.(...)...a existência de um número limitado de casos em que a pena ou um seu aumento depende preferentemente, porque não se renuncia totalmente a determinado comportamento como pressuposto da punibilidade, de o agente demonstrar, por suas características individuais, personalidade criminosa ou social de determinado tipo. Não hesitamos em considerar assim o *reincidente*. (...)...o que nos permite concluir ser a reincidência, em sua essência, qualificação pessoal que diz respeito ao réu e não um elemento ou uma circunstância subjetiva do fato.(...) Estamos diante de uma personalidade criminosa qualificada, de um *tipo* de delinqüente que apresenta uma característica que o distingue de qualquer outro delinqüente: *a recaída no crime depois de uma condenação anterior*.

Os *antecedentes* e a *reincidência criminal*, assim, poderiam revelar esta tendência ao crime, levando o homem criminoso, por este motivo a ser classificado de forma diferencial. A verdade é que os *antecedentes*, especialmente os negativos, e a *reincidência criminal* constituem importante fator de diferenciação do criminoso dos demais seres humanos, de tal sorte que o indiví-

dão que registra alguma espécie de antecedentes negativos ou é reincidente criminal, acaba merecendo, da parte do sistema penal, um tratamento diferencial, sendo considerado, portanto, pertencente a uma categoria específica. Esta diferenciação visa tornar mais nítida a linha que separa os “bons” dos “maus”, confrontando-se, assim, com o princípio da igualdade.

MARQUES (1956, pp. 73-4) enfatiza que ao registrar “maus antecedentes” deixa o indivíduo estampado que pertence ao grupo “dos maus”, passando a merecer, pelo grupo “dos bons” a devida e merecida “rejeição”.

“Os antecedentes do autor do crime são os fatos concretos que, na conduta pregressa do réu, assumem especial sentido de exprimir a existência, a parte *subjecti*, de uma hostilidade franca ou militante incompatibilidade em relação à ordem jurídico-social”.

Essa diferenciação que se faz decorre da *tipologia delinquencial*, que visa agrupar os iguais e separar os desiguais. Eis aí um dos fundamentos teóricos dos *antecedentes* e da *reincidência criminal*, analisada sob a ótica das teorias do criminoso.

Também a *teoria da personalidade perigosa*<sup>97</sup> fornece, dentro da concepção criminológica positivista, fortes alicerces para os *antecedentes* e para a *reincidência criminal*, uma vez que a *personalidade perigosa*, compreendida como um estado de grave desajustamento do homem às normas fundamentais de coexistência social, manifesta-se, principalmente, pela capacidade de uma pessoa de tornar-se, com probabilidade, autora de delito, podendo ser

---

<sup>97</sup> Destacam-se entre os autores que fundamentam a reincidência na teoria da periculosidade ou temibilidade do delinqüente, dentre outros, FERRI, GARÓFALO, VITOR PORTO, CARELLI, IMPALLOMENI, LUCCHINI, MANZINI, GREGORI.

diagnosticada, através de determinados fatores, dentre os quais encontram-se os *antecedentes* e a *reincidência criminal*.

O fundamento dos *antecedentes* e da *reincidência criminal* nas teorias da pena, está relacionado tanto às teorias absolutas, quanto às relativas e à individualização da pena. A tipicidade e a antijuridicidade do delito, assim como a constatação da culpabilidade do agente, leva fatalmente não somente à *retribuição* do delito, como também à *prevenção* de futuros crimes, mediante a adoção de medidas de *defesa social*. É aí que, constatada a culpabilidade e a periculosidade do agente, os *antecedentes* e a *reincidência criminal* interferirão na reação penal, fundamentados nas teorias da pena.

Segundo as teorias absolutas, a pena representa a justa e proporcional *retribuição* legal para o mal produzido através da prática criminal. A culpabilidade do réu é a determinante de uma maior ou menor reprovabilidade. Sendo integrada pelo dolo e pela culpa (tendo como elemento a previsibilidade), na teoria causalista, e a potencial consciência da ilicitude, na teoria finalista, e sendo estes determinados, dentre outros fatores, pelos *antecedentes* e pela *reincidência criminal*, é possível afirmar-se que estes encontram também na teoria da pena retributiva os seus fundamentos teóricos.

Por outro lado as teorias relativas, que apregoam que a utilidade da pena é a *prevenção* de futuros delitos, buscando assim a *defesa social*, encontram na *personalidade perigosa* a razão da pena. Sendo a *personalidade perigosa* diagnosticada também através dos *antecedentes* e da *reincidência criminal* e sendo a primeira a razão para a existência da pena ou das medidas de segu-

rança, é fácil concluir que estes institutos encontram razão de ser também nas teorias relativas da pena.

Por fim, os *antecedentes* e a *reincidência criminal* encontram o seu fundamento na *teoria da individualização da pena*, consoante mencionado no item 2.4, à medida que, nas três instâncias em que a adaptação penal se realiza, os mesmos são considerados como fatores determinantes da pena. Na *cominação* o fundamento está na tipologia delinqüencial, na definição das condutas e das circunstâncias judiciais, legais, gerais e especiais de aumento ou diminuição de pena; na *aplicação*, está na adaptação da pena como circunstância judicial e agravante, como requisito da substituição e da suspensão condicional da pena<sup>98</sup>; e na *execução* o fundamento reside na classificação prisional, na progressão de regimes, no livramento condicional, na saída temporária, na substituição de penas, nos procedimentos de seleção, etc.).

Encontrando-se o fundamento teórico para os institutos dos *antecedentes* da *reincidência criminal* na teoria da pena e mais especificamente na individualização penal, corrobora-se o entendimento de que a segunda infração exige uma reprimenda maior (maior reprovação), face à insuficiência da pena aplicada ao crime anterior, não somente como retribuição, como também para prevenir novos delitos (teoria da insuficiência da pena).

No sistema penal brasileiro o fundamento da *reincidência criminal* está principalmente na prevenção geral e na prevenção especial negativa, especificamente no que se refere à intimidação do condenado. Isto porque, para a ca-

---

<sup>98</sup> FERRI (1931, p. 324) ressalta que a suspensão condicional da pena ou “condenação condicional” deve levar em consideração “não só a menor gravidade objetiva da infração, mas também e principalmente a personalidade do delinqüente, além do critério formal da recidiva”.

racterização da *reincidência criminal* não se exige o cumprimento da pena, bastando a sua aplicação, na sentença condenatória irrecorrível. Assim, espera-se que a pena imposta na sentença seja suficiente para dissuadir o condenado de uma segunda prática criminal, independente do seu cumprimento. Se isto não ocorrer, é porque a pena imposta não foi suficiente para prevenir, pela intimidação especial, a prática do segundo delito.

Ao direcionar a aplicação da pena e fixação do regime inicial do cumprimento da pena; ao obstar a concessão de liberdade provisória mediante fiança, o direito de recorrer em liberdade, a suspensão condicional da pena, a diminuição de penas e a sua substituição por penas restritivas de direito ou multa, a transação penal, a suspensão condicional do processo e a progressão para o regime aberto; ao ensejar a revogação da suspensão condicional da pena, do livramento condicional e da reabilitação criminal; ao aumentar os prazos necessários para o livramento condicional<sup>99</sup>, saída temporária, indulto e cominação de penas e da prescrição; ao impor a prisão do réu pronunciado; ao interromper a prescrição, dentre outras situações, o legislador somente o

---

<sup>99</sup> O fundamento para se aumentar o prazo de cumprimento de pena para o reincidente é o mesmo que enseja o agravamento da pena. Assim, se, não obstante a pena retributivamente imposta em relação ao delito anterior, o condenado manifesta maior culpabilidade, necessária seria uma maior reprovação do segundo ato. Ou, se a pena imposta em relação ao crime anterior não foi suficiente para prevenir a ocorrência do segundo crime, necessária seria também a agravação da pena em relação ao segundo delito. Pelas mesmas razões, a insuficiência da pena ou uma maior culpabilidade haveriam de influir no momento da fixação do *quantum* necessário para a concessão do livramento condicional. As objeções apresentadas na oportunidade, no que diz respeito à insuficiência da pena anterior aplicam-se ao presente caso, acrescentando-se, ainda que, no caso do livramento condicional, não faz sentido aumentar o *quantum* da pena ser cumprida com o argumento de que insuficiência da pena não permitiu atingir os fins da prevenção especial positiva, posto que, se isto fosse verdade, haveria a necessidade do efetivo cumprimento da pena anterior, o que não é requisito para a configuração da reincidência no Direito Penal, processual e de execução penal positivo brasileiro.

GARCIA(1992, p. 164) acrescenta afirmando que não há vinculação entre os institutos da reincidência e do livramento condicional, quando se acham nas suas bases o tratamento real ou presumido do apenado e sua ressocialização, isto porque a concessão ou não do benefício do livramento condicional não pressupõe que o apenado já haja se submetido a um outro tratamento, nem tampouco que haja um juízo acerca ressocialização do apenado, bastando apenas o cumprimento regular dos regulamentos carcerários, o qual não pode identificar-se com o tratamento ou com a ressocialização, nem sequer de maneira presumida.



fez porque acreditou nos fundamentos teóricos nos quais os *antecedentes* e a *reincidência criminal* encontram a sua razão de ser.

#### **4. Teorias contrárias aos *antecedentes* e à *reincidência criminal***

A despeito das teorias existentes, há manifestações da técnica jurídica contrárias aos *antecedentes* e à *reincidência criminal*, no sentido de que estes institutos ferem o direito à honra, o princípio do *non bis in idem* e os princípios da igualdade, da legalidade, da presunção da inocência, do devido processo legal e da ampla defesa, o que denota a inconstitucionalidade de tais institutos. Alega-se, também, que os *antecedentes* e a *reincidência criminal*, ao contrário do que apregoam as teorias tradicionais, revelam ausência ou diminuição de culpabilidade. Por fim, que esses institutos não podem ser determinantes da personalidade perigosa, pois esta não está explicitamente definida no Direito Positivo Penal brasileiro.

##### **4.1 Lesão do direito à honra**

O direito à honra é assegurado no ordenamento jurídico brasileiro, dentre outros, pelo artigo 5º, inciso X, da Constituição da República, que preconiza que “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”.(grifos nossos).

Para DEVESA (*apud* AVALLONE, 1983, p. 220), pode-se entender por *honra* “o direito de ser respeitado pelos demais, a não ser escarnecido nem humilhado, ante a si próprio e ante aos outros. É um direito sem o qual não se concebe a dignidade inerente à condição humana, e dela derivado, independente da capacidade física ou psíquica, da riqueza, raça, religião, posição social ou de méritos contraídos pelos próprios atos.”

Segundo AVALLONE (1983, p. 219-21), a *honra* pode ser vista por dois pontos de vista: num sentido objetivo, seria “a reputação social”; num sentido subjetivo, seria “a consciência e o sentimento da pessoa de sua valia e do seu prestígio” “É um juízo positivo, a que toda pessoa tem direito a aspirar”. Por isso, considera que, se o próprio Estado tem renunciado a dispor da honra dos seus cidadãos, mesmo dos criminosos, dispondo em troca de sua liberdade e de suas vidas, não há razão alguma plausível para que se autorize penalmente a sua disposição e vulneração por parte de pessoas privadas, nem dos organismos oficiais, a não ser que seja preciso, necessidade que só pela lei pode ser estabelecida, como pode ser o caso dos tribunais que o solicitem em causas criminais para apreciar a reincidência ou a reiteração. Fora de tais casos, a exigência de certidões de antecedentes penais vulnera o direito à honra, que todos temos.

#### **4.2 Lesão ao princípio do *non bis in idem***

Há vozes que se levantam contra a agravação da pena em caso de *reincidência criminal*, sob a alegação de que a reprovação mais severa em relação ao segundo crime, motivada na reincidência, ofende o princípio do *non bis in*

*idem*, assim entendido não somente no sentido mais amplo, ou seja na proibição de se apenar o mesmo indivíduo duas vezes pelo mesmo fato, senão, também, a proibição de imputar ao autor “conseqüências posteriores” que violariam o princípio. (ARNEDO *apud* GARCIA, 1992, p. 127).

Afirma-se que a reincidência, na medida em que se traduz em uma maior gravidade da pena do segundo delito, viola o princípio do *non bis in idem*, posto que esta maior gravidade é resultado do delito anterior, pressuposto da reincidência, ou seja, é conseqüência do delito anterior, realizando-se, assim, um duplo jogo de penas: primeiro se castiga o autor pelo fato cometido, logo este fato vale para que na segunda ou terceira condenação se aplique outra penas mais agravada. Os que rebatem a infração do instituto da reincidência ao princípio do *non bis in idem*, no entanto, alegam que a maior severidade no cumprimento da sanção não se deve à circunstância de que o sujeito haja cometido o delito anterior, senão ao fato de haver sido condenado nessa oportunidade e obrigado a cumprir uma pena privativa de liberdade, o que põe em evidência o maior grau de culpabilidade da conduta posterior em razão do desprezo que manifesta pela pena quem, não obstante a tenha sofrido antes, recai no delito. (GARCIA, 1992, p. 129-30).

“A agravação da pena, no caso da reincidência, nenhuma violação trará ao aludido brocardo (do *non bis in idem*), cuja aplicação no Direito Penal exige, aliás, criteriosa ponderação. É da influência da condenação ou da execução da pena sobre o caráter do delinqüente que se cogita em semelhante agravação. No reincidente há culpabilidade maior, porque a advertência que lhe foi feita na anterior condenação irrevogável e, melhor ainda, o regime penitenciário a que se submeteu no caso do cumprimento da pena não bastaram para regenerá-lo. Não se pune de novo o delito anteriormente praticado; pune-se mais severamente o delito novamente praticado, porque na perpetração do novo crime acentuou-se a tenacidade do propósito criminoso, revestindo-se de maior gravidade o seu elemento moral, isto é, a intenção criminoso.”(VIANNA, 1933, p. 300).

### **4.3 Lesão ao princípio da igualdade**

O tratamento diferenciado entre os indivíduos a que a lei qualifica como reincidentes ou que são detentores de maus antecedentes e aqueles que carecem dessa condição implicaria lesão ao princípio constitucional da igualdade (art. 5º, *caput*, da CF). Na verdade, diante do princípio da individualização da pena, autorizou o legislador constituinte o tratamento diferenciado dos indivíduos sujeitos aos processos de criminalização, de tal sorte que não se pode buscar uma identidade lógica entre os que estão submetidos ao arbítrio de cada um dos poderes. A graduação e a individualização da pena, a concessão do livramento condicional aos não reincidentes, serão razoáveis se se ajustarem às circunstâncias concretas de cada caso; a eleição das penas, a fixação da escala penal e as regras de sua execução, serão razoáveis se os critérios gerais que as fundamentam resultam possíveis de defender, de maneira geral, conforme os fins do Direito Penal ao que deve ajustar-se a Política Criminal. (GARCIA, 1992, p. 132).

### **4.4 Lesão ao princípio da legalidade**

Não obstante a reincidência criminal esteja definida na lei penal, o mesmo não se pode dizer dos *antecedentes*, pois estes, conforme já mencionado no item 2.3, o que leva os aplicadores jurídicos a lançarem mão de posturas dogmáticas, revelando o caráter subjetivo, amplo, negativo, relativo, antijurídico e perpétuo desse instituto, possibilitando que circunstâncias totalmente alheias ao fato sejam consideradas em prejuízo do seu autor, o que contraria o princípio da legalidade, segundo o qual, não há crime, nem pena, sem lei anterior, escrita, estrita e certa que os defina.

#### **4.5 Lesão aos princípios da presunção da inocência, do devido processo legal e da ampla defesa**

Conforme já mencionado no item 2.3 do segundo capítulo, é característica dos *antecedentes* a antijuridicidade, uma vez que são consideradas como tais situações que o indivíduo ainda não sofreu condenações transitadas em julgado, ou que não foram produtos do devido processo legal, ou em relação às quais não lhes foi ofertada possibilidade de defesa. O Código Processual Penal brasileiro, no seu artigo 41, impõe a obrigatoriedade, dentre outros aspectos, de constar das peças acusativas (denúncia ou queixa) apenas a descrição do *fato* e de suas circunstâncias, bem como a classificação do crime, não obrigando o acusador a descrever circunstâncias do *autor* do crime, de tal sorte que a aceitação à influência dos antecedentes e da reincidência criminal, como circunstâncias do *autor* constitui grave lesão aos princípios da presunção da inocência (se os fatos considerados não resultaram de condenação transitada em julgado), do devido processo legal (se resultar da instauração de um processo legalmente instaurado) e da ampla defesa (se não foi oferecida oportunidade de defesa ao imputado, para que pudesse contestar a existência ou não da circunstância contra si levantada).

#### **4.6 Ausência ou diminuição da culpabilidade**

Dentre os que vinculam os *antecedentes* e a *reincidência criminal* à teoria do crime, buscando na culpabilidade o seu fundamento, há os que se posicionam no sentido de que a recaída no crime implica redução ou exclusão da culpabilidade, constituindo-se, assim, em motivo de diminuição ou isenção de

pena. Neste sentido, BUCELLATTI sustenta que a habitualidade eliminaria a voluntariedade do ato na segunda ação (teoria da causa de total irresponsabilidade). Outros, como KLEINSCHRID e BOSI, amenizam e consideram que a reincidência apenas atenua a voluntariedade pelo ato produzido na segunda repetição (teoria da responsabilidade resultante da voluntariedade atenuada). (SABINO JÚNIOR, 1967, p. 195).

DONNA-IUVARO ressalta que os efeitos mais gravosos não se compatibilizam com o princípio da culpabilidade porque se sanciona mais gravemente a quem é menos culpável, partindo-se da tese de que quem recai no delito demonstra uma menor capacidade de se conduzir conforme as exigências que lhe formula o direito. Se a reprovação que se faz à pessoa que compreende a criminalidade do seu ato e pode conduzir-se de outra forma não é agravada, não se entende porque se agrava a pena de quem demonstra o contrário. ARNEDO sustenta que a reincidência não pode recair sobre aquele sujeito que, por haver estado mais tempo no cárcere, está também mais deteriorado pela segregação corruptora e marginalizante a que se viu submetido, daí porque a classificação de reincidente violentaria o princípio da culpabilidade, ao estabelecer-se sobre uma pessoa cuja imputabilidade está diminuída pela obra do próprio Estado. Diante das posições contrárias, GARCIA ressalta como regra a indiferença ante a sanção penal, cuja natureza incisiva já conhece, justificando uma maior reprovação ao reincidente. No entanto, como exceção, pode admitir-se que tal reprovação não poderá efetuar-se em absoluto, se o novo delito constitui o sintoma visível de uma insensibilidade para padecer as penas pela alteração morbosa ou insuficiência das faculdades. (GARCIA, 1992, pp. 117-21).

SANTOS (1993, pp. 71-2), conforme já descrito no item 2.1.3. deste capítulo, vai mais longe, sustentando a existência de *causas supralegais de exculpação* que diminuem a capacidade de autodeterminação, como também tornam inexigível conduta diversa da parte do autor do fato criminoso, havendo, portanto, hipóteses que não foram legisladas e que incluem condições adversas, determinantes de anormal motivação da vontade, e que somente não foram consideradas causas de exculpação porque ampliariam a impunidade. Alerta, no entanto, para o fato de que o conceito de inexigibilidade deve ser alargado para as condições de vida do povo (fome, doença, desemprego, insegurança, angústia, etc.) parece alternativa capaz de democratizar o Direito Penal, reduzindo a criminalização de sujeitos penalizados pelas condições de vida. Neste ponto, direito *justo* é direito *desigual*: considera desigualmente sujeitos concretamente desiguais.

O reincidente e o indivíduo que registra antecedentes criminais, assim, face aos efeitos do processo de criminalização, são mais facilmente empurrados em direção a outras práticas criminais. A condenação anterior ou o fato de ter sofrido uma investigação ou processo criminal fá-lo diferente dos demais seres humanos, ou seja, detentor de condições sociais adversas, determinantes de anormal motivação da vontade. Além disso, em razão da estigmatização produzida pelo processo de criminalização, é submetido a um processo “violento” de exclusão da sociedade, mediante a diminuição das condições de subsistência e do atendimento de suas necessidades reais, levando-o a uma alternativa única, ou seja, reagir de forma também violenta, através da prática do crime. O crime, portanto, seria a resposta normal exigível para a situação anormal em que se encontra.

#### 4.7 Ausência de definição explícita da personalidade perigosa no Direito Positivo Penal brasileiro: lesão ao princípio da legalidade

Nem a *personalidade*, nem a *periculosidade criminal*, as duas variantes que definem a *personalidade perigosa*, nem esta, a despeito das teorias positivistas, estão explicitamente definidas no Direito Positivo Penal brasileiro. A antiga parte geral (1940) do Código Penal atual, continha dispositivos que traduziam a recepção dos preceitos positivistas acerca da *periculosidade criminal*. Na versão original da parte geral do Código Penal atual a periculosidade obteve tratamento privilegiado, quando era regulamentada expressamente<sup>100</sup>, revestindo-se de condição de aplicação de medida de segurança, inclusive para os imputáveis, contemplando, inclusive, os casos de *presunção de periculosidade*, nos quais se incluía a *reincidência* em crime doloso.

Entretanto, com a reforma penal de 1984, a teoria da periculosidade restou tributária quase que exclusivamente de construções dogmáticas. O conceito de *personalidade perigosa*, produzido unicamente pela Dogmática Penal, é vago, confuso e caracterizado pela subjetividade. Estas construções conceituais decorrem da interpretação de diversos dispositivos legais relacionados direta ou indiretamente à *periculosidade*, dentre os quais destaca-se o artigo 97, § 1º, do Código Penal, assim como dos artigos 175 a 179 da Lei de Execução Penal, em razão das medidas de segurança de internação aplicáveis a criminosos inimputáveis e semi-imputáveis, pois somente estes estão sujeitos à medida de segurança<sup>101</sup>, e a aquela é pressuposto desta. Na parte geral

---

<sup>100</sup> O instituto encontrava-se regulamentado expressamente nos artigos 77 e 78 da parte geral do Código Penal de 1940.

<sup>101</sup> Conforme dispõem os artigos 97, “caput”, e 98, do Código Penal, somente os inimputáveis e semi-imputáveis são passíveis de medida de segurança. A reforma penal imposta pela Lei nº 7.209, de 11 de julho de 1984 adotou o sistema unitário ou vicariante em substituição ao sistema duplo binário.



anterior do Código Penal atual a medida de segurança podia ser aplicada cumulativamente com as penas privativas de liberdade aplicadas aos semi-imputáveis e imputáveis (*sistema duplo binário*). Com o *sistema vicariante* ou *unitário*, adotado pela nova parte geral, o semi-imputável somente estará sujeito à medida de segurança ou pena, e o imputável apenas à pena. (MIRABETE, 1987, p. 348-9).

SOUZA (1985, p. 38), no entanto, sustenta que, apesar da periculosidade ter sido alijada do contexto penal e permanecido apenas no das medidas de segurança, há dispositivos que o fazem concluir que o instituto continua interferindo na execução penal, mormente no que concerne à concessão do livramento condicional, que depende, no caso de crime doloso, cometido com violência ou grave ameaça à pessoa, de prévia constatação das condições pessoais que façam presumir que o liberado não voltará a delinquir (art. 83, parágrafo único, do Código Penal).

Se a medida de segurança é aplicável em relação aos criminosos perigosos apenas, e em tendo o Direito Positivo Penal brasileiro adotado o sistema vicariante ou unitário, admitindo a imposição de medidas de segurança apenas aos inimputáveis e semi-imputáveis e de forma não cumulativa, há que se concluir que o conceito de periculosidade resultou restrito aos criminosos inimputáveis e semi-imputáveis, não podendo os imputáveis ser considerados perigosos. Assim, o critério da periculosidade como decorrência dos antecedentes e da reincidência criminal, em relação aos imputáveis, também não faz mais sentido, pena de se malferir, também, o princípio da legalidade.

## CAPÍTULO IV

### OS ANTECEDENTES E A REINCIDÊNCIA CRIMINAL COMO ESTIGMAS: O ENFOQUE DO ETIQUETAMENTO

#### 1. Considerações iniciais

Este quarto e último capítulo destina-se a abordar as teorias que, orientadas pelo *labelling approach*, descrevem como se realiza o processo de criminalização, com especial destaque para a sua seletividade e para os seus efeitos sobre o indivíduo. Abordaremos, por se tratar do ponto central do estudo, as teorias dos estigmas e dos estereótipos, em face das quais tentaremos construir uma série de argumentos no sentido de demonstrar que os *antecedentes* e a *reincidência criminal*, encarados sob o enfoque do etiquetamento, são estigmas que servem com eficiência à seletividade do processo de criminalização. Além disso, procuraremos descrever o discurso desconstrutor sobre as teorias tradicionais do crime, do criminoso e da pena, a fim de se demonstrar a inconsistência dessas teorias, desconstruindo, assim, os fundamentos teóricos dos *antecedentes* e da *reincidência criminal*.

## 2. A teoria do processo de criminalização

A essência do *labelling approach*, conforme já nos reportamos no item 2.3 do primeiro capítulo, foi traduzida por BECKER ao descrever o “processo de criminalização”. Dada a importância desta teoria para o paradigma da reação social, procuraremos abordá-la de forma mais completa, com base nas suas obras *Outsiders* e *O desvio e a Resposta dos Outros*.

Essa teoria é contrária à visão tradicional de que o desvio é uma infração a uma regra, bem como de que o estudo do desvio compreende a investigação dos fatores da personalidade e situações vitais do desviado, que possam explicar as infrações. Contrária, também, a concepção tradicional de que o desviado integra uma classe homogênea de pessoas, pelo simples fato de terem cometido infrações à lei.

Desta forma, o desvio, segundo BECKER (1997, pp. 03-08 e 19--, pp. 01-03 e 07) é produzido pela própria sociedade, não no sentido de que as causas do desvio estão localizadas na situação social do desviado, ou em “fatores sociais” que impulsionam a sua ação, conforme os ensinamentos de FERRI, mas de que os grupos sociais produzem o desvio ao criar as regras cuja infração constitui o desvio (criminalização primária), e ao aplicar ditas regras a pessoas particulares, classificando-as como “estranhas” (criminalização secundária)<sup>102</sup>. O termo “estranho” é empregado tanto para identificar os que

---

<sup>102</sup>“Autores como ANIYAR DE CASTRO (1983, P. 103) afirmam que o processo de criminalização pode se dar em três diferentes direções: 1) A criminalização de condutas, que seria o ato ou conjunto de atos dirigidos no sentido de converter uma conduta que antes era lícita, em ilícita, mediante a criação de uma lei penal. 2) A criminalização de indivíduos, que consiste nos procedimentos, situações, ritos ou cerimônias que levam a marcar como delinqüentes, determinadas pessoas em vez de outras, embora todas tenham praticado atos semelhantes, mediante um sistema de seleção que não é sempre fácil de determinar em de-

são julgados pelos outros como desviados, e portanto, estão fora do círculo dos membros “normais” do grupo, como também, do ponto de vista da pessoa catalogada como desviada, referindo-se às pessoas que fazem aquelas regras que a pessoa catalogada como desviada foi acusada de infringi-las. Portanto, o *desvio* não é uma qualidade do ato que a pessoa realiza, mas uma consequência de que outros apliquem regras e sanções a um “transgressor”. O *desviado* é alguém a quem se tem aplicado este rótulo (etiqueta) com êxito; *conduta desviada* é a conduta que a gente “cataloga” desse modo. Desta forma, se o desvio é, entre outras coisas, uma consequência das respostas dos outros ao ato de uma pessoa, os investigadores do desvio não podem supor que estão tratando com uma categoria homogênea, quando estudam as pessoas catalogadas como desviadas. Também não podem dar como certo que tais pessoas têm cometido, realmente, um ato desviado ou quebrado alguma regra, pois os processos de classificação podem ser falíveis; alguma pessoa que de fato não tenha infringido alguma norma pode ter sido catalogada como desviada, indevidamente. Ademais, não se pode supor que a categoria dos classificados como desviados conterá todos aqueles que efetivamente tenham transgredido uma regra, pois muitos transgressores podem não ter sido detectados e, portanto, deixam de ser incluídos na população de “desviados” que se estuda. Enquanto a categoria carece de homogeneidade e não inclui todos os que pertençam a ela, não se pode esperar razoavelmente que existam fatores comuns à personalidade ou à situação vital que expliquem o suposto “desvio”. Então, indaga BECKER, o que têm em comum as pessoas que são classificadas como “desviadas”? Na verdade, compartilham o rótulo e a experiência de terem sido classificadas como “estranhos”. Esta é a semelhança básica dos

---

talhe, mas que tem sido tentado em vão por autores como TURK. 3) A criminalização do desviante que compreenderia o processo psicológico e social mediante o qual quem não é mais do que um simples desviante e transforma em criminoso, quer dizer, o processo de formação de carreiras criminais.”

que são classificados como “desviados”. O desvio é produto de uma interação que tem lugar entre o grupo social e a pessoa que é visada por esse grupo como um transgressor e, por isso, o desvio compreende muito mais o processo pelo qual as pessoas chegam a ser consideradas como “estranhas” e as reações produzidas por este juízo, do que uma característica pessoal ou social do desviado.

Conforme BECKER (1997, pp. 08-14 e 19--, pp. 04-07), o simples fato de se ter cometido uma infração à regra não significa que os demais responderão como se a mesma houvera ocorrido. Por outro lado, só pelo fato de que não se haja violado uma regra não significa que alguém não pode ser tratado, em algumas circunstâncias, como se a houvera violado. O grau em que os demais reagem frente a um ato determinado como se fora desviado varia muito, conforme o lugar, tempo, pessoas que cometem e que sofrem o ato, consequências, etc., cujas situações servem apenas para demonstrar que o desvio não é uma simples qualidade, presente em alguns tipos de conduta e ausente em outras. Pelo contrário, é o produto de um processo que compreende as respostas dos demais a essa conduta. A mesma conduta pode ser uma infração às regras em certo momento e não sê-la quando realizada em outro; algumas normas são violadas impunemente, outras não. Em resumo, para que um determinado ato seja desviado, ou não, depende, em parte, da natureza do ato (isto é, se viola ou não alguma regra) e, em parte, de que os demais reajam com respeito ao mesmo. Alguns podem objetar que esta é apenas uma sutileza terminológica, uma vez que quem desejar se referir a uma conduta transgressora como desviada, sem referir-se às reações dos demais, está em liberdade de fazê-lo. No entanto, vale a pena referir-se a tal conduta como conduta transgressora e reservar o termo desviado para aqueles catalogados como tais

por algum setor da sociedade. Porém, deverá resultar claro que quando um cientista usa o termo “desviado” para referir-se a qualquer conduta transgressora e toma como tema de estudo somente as que são catalogadas como desviadas, se encontrará dificultado pelas disparidades existentes entre as duas categorias. Se tomamos como objeto de nossa atenção uma conduta que chega a ser catalogada como desviada, devemos reconhecer que não sabemos se um ato determinado será categorizado assim, até que tenham lugar as respostas dos outros. O desvio não é uma qualidade que reside na conduta em si mesma, mas resulta da interação entre a pessoa que realiza um ato e aqueles que respondem ao mesmo. É sempre resultado de uma atividade “empresarial”, pois nenhum ato pode ser considerado como “desviado” e nenhuma pessoa pode ser “etiquetada” como desviada e tratada como tal por ter realizado o ato, sem que antes alguém tenha feito a regra que define este ato como desviado, uma vez que as regras não se fazem automaticamente. Mas o desvio é produto, também, da atividade empresarial em sentido particular e restrito, ou seja, uma vez que a regra começa a existir, deve ser aplicada a indivíduos específicos, para que a classe abstrata de “estranhos” possa existir, descobrindo-se, identificando-se, apreendendo-se e condenando-se, assim, os transgressores, assinalando-os como “diferentes” e estigmatizando-os por sua desconformidade.

Este processo de interação que produz o desvio é denominado processo de criminalização, que, como já mencionado, realiza-se em momentos distintos, ou seja, a *criminalização primária* (que compreende a definição das condutas desviadas) e a *criminalização secundária* (compreendendo a imputação da etiqueta sobre os autores da conduta desviada, através de um processo de estigmatização, fazendo com que o desviado, assim considerado, passe a ma-

nipular a sua identidade, atendendo as expectativas da etiqueta que lhe foi imputada).

As regras sociais, segundo BECKER (1997, pp. 15-8 e 19--, pp. 07-08), são *criações de grupos sociais* específicos. As sociedades modernas não são organizações simples nas quais todos concordam a respeito das regras e como devem ser aplicadas em situações concretas. Pelo contrário, as sociedades se diferenciam em razão de classes sociais, grupos étnicos, ocupacionais e culturais. Estes grupos não necessariamente tem que estar de acordo com as regras, uma vez que o seu meio ambiente, a sua história e tradição levam ao desenvolvimento de distintos conjuntos de regras. Se as regras de distintos grupos estão em conflito e se contradizem mutuamente, existirá desacordo acerca do tipo de conduta que se considera adequada para qualquer situação (os imigrantes italianos que continuaram fabricando vinho para si mesmos e seus amigos durante o período de proibição nos Estados Unidos da América, estavam atuando corretamente segundo as normas do italiano imigrante, porém estavam quebrando a lei de seu novo país).

BECKER (19--, p. 08-10) afirma que o êxito da imposição das regras é uma questão de poder “político e econômico”, observando que as pessoas de fato sempre estão impondo suas regras aos demais, aplicando-as mais ou menos contra a vontade e sem o consentimento dos demais (p. ex.: as regras são feitas pelos adultos para os jovens; os homens fazem as regras para as mulheres; os negros se encontram sujeitos às regras feitas pelos brancos; os nacionais fazem as regras para os estrangeiros, a classe média para a classe baixa, etc.). Por isso, afirma, as diferenças na faculdade de fazer regras e aplicá-las a outras pessoas são essencialmente diferenças de poder (legal ou extralegal).

Aqueles grupos cuja posição social lhes dá armas e poder estão melhor capacitados para impor suas regras. Distinções de idade, sexo, etnicidade e classe social fazem com que os grupos assim distinguidos possam fazer regras para os outros.

A criação ou definição das normas (criminalização primária), diz BECKER (19--., p. 16-7), tem começo naquelas vagas e generalizadas manifestações de preferência, que são chamadas pelos cientistas sociais de “valores”. Dado que os valores só podem ministrar um guia geral para a ação e não são úteis para decidir sobre cursos de ação em situações concretas, as pessoas desenvolvem regras específicas vinculadas mais estreitamente com as realidades da vida cotidiana. Os valores prevêm as premissas principais das quais se deduzem as regras específicas. As pessoas modelam os valores sob a forma de regras específicas em situações problemáticas, advertindo que alguma área de suas existências encontra-se em situação penosa ou difícil e requer uma providência. Depois de considerar os distintos valores que eles aceitam, selecionam um ou mais que estão relacionados com suas dificuldades e deles deduzem uma regra específica. A regra, constituída de modo de ser coerente com o valor, expõe com relativa precisão quais ações se aprovam e quais se proibem, as situações nas quais a regra se aplica e as sanções ligadas a sua transgressão. O tipo ideal de uma regra específica é uma peça de legislação cuidadosamente redigida, em consonância com a interpretação judicial. Uma regra deste tipo não é ambígua. Pelo contrário, suas disposições são precisas, sabendo-se o que pode e o que não se pode fazer e o que ocorrerá se se faz o que é proibido. Não obstante este seja o tipo ideal, a maioria das regras não são tão precisas nem tão seguras; ainda que sejam muito menos ambíguas e gerais, podemos interpretá-lo de diversos modos e deduzir dele regras de



muitas classes. Uma regra pode ser coerente com um valor determinado, porém pode diferir amplamente de regras que também podem haver sido deduzidas do mesmo valor. Assim, uma regra específica, se é deduzida de um valor geral, pode entrar em conflito com outras regras deduzidas de outros valores, o que faz com que, habitualmente, se tenha cuidado de compor a regra de modo que assegure o alcance unicamente do que se pretende e nada mais.

A criação das regras, ou seja, o seu impulso efetivo na direção da sua concretização, segundo BECKER (1997, pp. 147-55 e 19--, pp. 19-21), está a cargo de pessoas a quem denominou “cruzados reformadores”, que são uma espécie de “empresários morais”. O “cruzado reformador” está interessado no conteúdo das regras; elas não o satisfazem, porque há algo de ruim que o perturba profundamente; sente que nada no mundo pode ser justo até que se criem regras para corrigi-los; atua de acordo com uma ética absoluta, posto que o que vê é totalmente mau e qualquer meio para suprimir este mal se justifica. O “cruzado reformador” crê que sua missão é algo sagrado e por isso está empenhado em impor a sua própria moral aos demais. Muitos “cruzados morais” têm fortes traços humanitários. Não está interessado unicamente em cuidar que os demais façam o que ele considera correto. Crê que fazendo que é justo, isto será bom para eles. Sentem que sua reforma evitará a exploração de uma pessoa por outra (p. ex.: os abolicionistas não estavam tratando unicamente de impedir que os donos de escravos fizessem algo de mal; estavam tratando de ajudar os escravos a alcançarem uma vida melhor). Em razão da importância do móvel humanitário, os “cruzados morais” (apesar de sua devoção relativamente concentrada em sua causa particular), amiúde prestam o seu apoio a outras cruzadas humanitárias. Os “cruzados morais” querem, de modo característico, ajudar os de baixo a alcançar um *status* melhor. Por se-

rem as “cruzadas morais” dominadas de forma típica pelas pessoas que ocupam os mais altos níveis da estrutura social é que elas agregam o poder derivado de sua posição superior na sociedade. Muitas “cruzadas morais” atraem o apoio de gente cujos motivos não são tão puros como os do “cruzado” (p. ex. alguns empresários aderem à causa dos trabalhadores, porque sentem que isto lhes proporcionará uma força de trabalho mais dócil). O “cruzado moral” está mais comprometido com os fins do que com os meios.

A formação de uma “comissão” constitui um terceiro importante aspecto no desenvolvimento das regras, de acordo com BECKER (19--, pp. 22-4). A comissão recolhe a maioria das recomendações divergentes de pessoas e de grupos de pessoas, intenta determinar os atos, estuda os procedimentos existentes em outros Estados e sugere recomendações que geralmente incluem projeto de lei para o Poder Legislativo. A comissão tem o dever formal de continuar até que se tome alguma medida positiva. Quando surge a necessidade de uma opinião autorizada para a redação da legislação, as pessoas envolvidas na criação da norma freqüentemente se dirigem ao grupo profissional mais estreitamente vinculado com tais problemas (p. ex., a influência dos psiquiatras tem sido uma constante, em diversas áreas da legislação criminal). Por isso, ao deixar a redação da regra em mãos de outros, o “cruzado” abre as portas a muitas influências imprevistas, pois os que redigem a legislação para os “cruzados” tem seus próprios interesses, os quais podem afetar a legislação que se prepara (p. ex., é provável que as leis acerca dos psicopatas, redigidas pelos psiquiatras, contenham muitos aspectos que jamais desejaram os cidadãos que integraram a vanguarda das companhias para “fazer algo a respeito dos crimes sexuais”, refletindo mais os interesses dos profissionais da psiquiatria organizada).

O processo de criação das regras, segundo BECKER (19-- , pp. 24-6), pode alcançar êxito, como pode fracassar completamente. Pode, também, triunfar, mas esbarrar nas limitações resultantes das interpretações judiciais. A consequência principal de uma “cruzada” exitosa é, desde logo, o estabelecimento de uma nova regra ou conjunto de regras, que proporcionam, ao mesmo tempo, um aparato apropriado para a sua imposição. O êxito de uma “cruzada” pode resultar em outra consequência, qual seja, fazer com que o “empresário moral” ou o “cruzado moral”, torne a sua preocupação inicialmente amadorística, em uma ocupação profissional. O que começou como interesse aficionado na questão moral pode chegar a ser uma tarefa “*full-time*”, para muitos reformadores. Este homem, assim, pode generalizar o seu interesse e descobrir algo de novo ao contemplar alarmado um novo mal, a respeito do qual deveria fazer-se algo. Se torna, assim, em um descobridor profissional de injustiças que devem ser corrigidas, de situações que requerem novas regras. Mas a principal consequência do êxito de uma “cruzada” é a criação de um novo grupo de “estranhos”. Se a “cruzada” não obtém êxito, o próprio cruzado pode se tornar um “estranho”, à medida em que continua investindo no seu insucesso e lutando contra os que não aceitaram a reforma que desejava imprimir.

Quanto à imposição das normas (criminalização secundária), BECKER (1997, pp. 155-62 e 19-- , pp. 10-1) observou que a existência de uma norma não garante automaticamente que a mesma acabe sendo aplicada, o que ocorre, via de regra, mediante a provocação de alguém. Por conseguinte, a imposição requer explicação, que descansa sobre várias premissas: 1) é um “ato de empresa”, posto que alguém (um “empresário”) deve tomar a iniciativa para

castigar o culpado; 2) ocorre quando quem deseja que a regra seja imposta publicamente, apresenta a infração publicamente à consideração dos demais, posto que uma infração, uma vez tornada pública, não pode ser ignorada; 3) faz-se necessária, quando se vê alguma vantagem em agir deste modo; 4) o tipo de interesse pessoal que promove a imposição varia de acordo com a complexidade da situação na qual esta tem lugar; 5) o processo pelo qual as regras são impostas varia segundo os diferentes tipos de estrutura social (p. ex.: os habitantes da cidade atendem seus próprios interesses e não fazem nada a respeito das infrações às regras a menos que seus próprios interesses estejam em jogo).

BECKER (19--, p. 18) sustenta que a sanção se opera de forma seletiva e diferentemente entre classes de pessoas, épocas e situações. Pode-se indagar se todas as regras seguem a sua seqüência integral, desde a sua criação até a sua aplicação. Percebe-se que muitas regras calcadas em valores em desuso podem ainda continuar sendo aplicadas, como também, outras em que isso não ocorre. Se sabemos que muitas regras obtém sua forma passando através de uma seqüência que vai desde um valor geral até um ato específico de imposição, sabemos também que o seu movimento através da seqüência que se apresenta não é automático ou inevitável, para que ocorra a passagem de uma etapa a outra da seqüência, motivo pelo qual devemos encontrar no “empresário” a pessoa que se preocupa do movimento que as regras têm lugar.

BECKER (19--, pp. 27-8) ressaltou que a conseqüência mais óbvia de uma cruzada exitosa é a criação de um novo conjunto de regras e do estabelecimento de um organismos de agentes que tomam a seu cargo a administração

da nova regra (conjunto de agentes executivos ou forças policiais). Com o estabelecimento destas organizações, a cruzada se institucionaliza. O que começou com uma campanha destinada a convencer o mundo da necessidade moral da nova regra, finalmente chega a fazer uma organização dedicada a fazer cumpri-la. Assim, é possível concluir que resultado final de uma “cruzada moral” é uma “força de polícia”. Para compreender como as regras criam uma nova classe de “estranhos”, quando são aplicadas a pessoas em particular, devemos compreender os motivos e os interesses da polícia, que é a encarregada de fazer cumpri-las. Não obstante alguns policiais possam ter, sem dúvida, o mesmo interesse de extirpar o mal, conforme o “cruzado”, a polícia, ao contrário pode ter uma perspectiva mais distante e objetiva do seu trabalho. Não está compromissada com nenhum conteúdo de nenhuma regra em particular, como está com o fato de que o seu trabalho consiste em fazer cumprir a regra. Quando as regras modificam, castigam o que em outro tempo se considerava uma conduta aceitável, enquanto deixam de castigar a conduta que tem sido legitimada por uma modificação de regras. Logo, o encarregado de fazer cumprir a lei pode não estar interessado no conteúdo da regra como tal, senão unicamente no fato de que a existência da regra lhe proporciona um trabalho, uma profissão. Se a imposição de certas regras lhe proporcionam uma justificação para seu modo de vida, esta pessoa tem dois interesses que condicionam sua atividade de imposição de regras: 1) deve justificar a existência de seu emprego; 2) deve conquistar o respeito daqueles a quem trata. Estes interesses não são peculiares de quem faz cumprir as regras, mas de todas as profissões. Ao justificar a existência de seu emprego, o que faz cumprir as regras encara um duplo problema, ou seja, de um lado deve demonstrar aos demais que o problema existe; as regras que se supõe que ele faz cumprir, tm algum fim, porque as infrações ocorrem. De outro lado, deve mostrar que seus in-

tentos de impor a regra são efetivos e valem a pena, que a maldade com que se supõe que ele tem que tratar, está sendo tratada adequadamente.

BECKER (19--., pp. 29-31) também menciona que os funcionários e as organizações encarregados de fazer cumprir as regras se inclinam a ter uma visão pessimista da natureza humana, insistindo acerca das dificuldades que existem para se fazer com que as pessoas acatem as regras e acerca das características da natureza humana que empurram as pessoas a fazer o mal. São céticos frente aos intentos de reformar os transgressores de regras. Esta perspectiva cética e pessimista dos que fazem cumprir as regras é reforçada por sua experiência cotidiana. Quando empreendem sua tarefa, comprovam que o problema existe. Vê as pessoas repetindo continuamente os delitos, e portanto, estigmatizando-se a si mesmo perante os seus olhos como “estranhos”. Desta forma, não é difícil concluir, que uma das razões subjacentes do pessimismo destes funcionários acerca da natureza humana e de suas possibilidades de reforma é que se a natureza fosse perceptível e as pessoas pudessem ser permanentemente reformadas, seu trabalho poderia terminar. Um funcionário deste tipo prefere acreditar que as pessoas com que ele trata necessitam respeitá-lo. Se não fosse assim, seria muito difícil realizar a sua tarefa; seu sentimento de segurança no trabalho estaria perdido. Em consequência, uma boa parte das atividades de imposição se consagra não na imposição real das regras, mas sim em se obrigar que as pessoas respeitem o funcionário. Isto significa que é possível ser catalogado como “desviado” não em razão de haver infringido uma regra, mas por ter sido desrespeitoso para com o funcionário encarregado de fazer cumpri-la, o que justificaria, por outro lado, a utilização de meios ilegais para se obter o respeito dos demais. Diante disso, um funcionário pode escolher entre obrigar a cumprir a regra ou não, ou eleger uma ou

outra regra para fazer cumprir, dependendo da atitude do transgressor, de tal sorte que, se o transgressor se mostra respeitoso, o funcionário pode suavizar a situação. Se, ao contrário, o transgressor for desrespeitoso, então lhe será aplicada a sanção. Geralmente os funcionários têm bastante liberdade de decisão em muitas áreas, ainda que em razão dos meios que são insuficientes para fazer frente à quantidade de transgressões que tem de tratar. Isto significa que não pode atuar sempre que a regra for descumprida, devendo temporizar o mal, não podendo, assim, realizar por completo a sua tarefa, motivo pelo qual estabelece prioridades, ocupando-se dos assuntos no seu entender mais urgentes imediatamente e deixando os outros para mais tarde. Em resumo, sua atitude para o trabalho é profissional, carecendo do ingênuo fervor moral característico do “criador de regras”.

Se o funcionário não pode atacar simultaneamente todos os casos que conhece, deve ter algum fundamento para decidir quando imporá a regra e que atos e que pessoas catalogará (etiquetará) como desviados. BECKER (19--., pp. 31-2) ressalta, dentre outros critérios, a existência do que denominou “arranjos”. Algumas pessoas têm a influência política ou a habilidade necessária para impedir o intento de que a lei seja aplicada, seja no momento da detenção ou em uma etapa posterior do processo. Esta função já está profissionalizada, descrevendo a ação dos “intermediários”, funcionários que agem em conluio com os infratores profissionais, existentes em geral nas grandes cidades. Esta atividade faz com que somente os “amadores”, os quais não estão protegidos pelos “intermediários”, passem a ser selecionados como desviados. O testemunho dos funcionários policiais influenciam profundamente as demais instâncias, produzindo condenações e absolvições, conforme o grau de envolvimento dos referidos funcionários com os infratores profissionais.

BECKER (19-- , pp. 32) evidencia, ainda, que os que fazem cumprir as regras, dado que não estão comprometidos com o conteúdo das regras particulares, amiúde desenvolvem a sua própria valoração da importância que têm as distintas classes de regras e suas infrações. Este conjunto de prioridades pode diferir consideravelmente dos sustentados pelo público em geral.

Portanto, conforme a advertência de BECKER (19-- , pp. 33-35), os funcionários, respondendo às pressões de sua própria situação de trabalho, impõem regras e criam “estranhos” de um modo “seletivo”. O que fará com que uma pessoa que pratique um ato desviado seja de fato catalogada (etiquetada) como tal, dependerá de muitas coisas estranhas à sua conduta real; depende de que o funcionário sinta que precisamente nesse momento deve fazer algo para demonstrar que está cumprindo sua tarefa, a fim de justificar o seu emprego; de que o transgressor mostre uma particular deferência para o funcionário; de que haja um “arranjo”; e depende do lugar que ocupa o tipo de ato cometido na lista de prioridades de fazer cumprir as regras. A falta de fervor dos funcionários e o enfoque rotineiro com que tratam o mal, podem pô-lo em dificuldades ante o criador da regra. Este está, como já foi dito, comprometido com o conteúdo das regras que o interessam e as vê como um meio através do qual o mal pode ser suprimido. Não compreende o enfoque mais panorâmico do funcionário e não pode vislumbrar por que todo o mal que se manifesta não pode ser suprimido de uma vez. Quando a pessoa interessada no conteúdo de uma norma se dá conta e lhe chama atenção o fato de que os encarregados de fazer cumprir as regras estão tratando o mal de modo discriminatório, pode o profissional ser denunciado por enfrentar o mal com pouca seriedade, por fraqueza no cumprimento do dever. Assim, o “empresário moral” que se empe-



nhou na criação da norma surge para dizer que o resultado da última cruzada não tem sido satisfatório, e que as conquistas antes alcançadas têm sido cerceadas ou malogradas.

A esse respeito, ERIKSON (1973, pp. 41-2) também é consonante, no sentido de que a diferença entre aqueles que ganham um título de desviado na sociedade e aqueles que continuam seu caminho em paz, está amplamente determinada pelo modo mediante o qual a comunidade filtra e codifica os muitos detalhes do comportamento que caem sob sua atenção. O desvio pode definir-se como uma atividade que, segundo a opinião geral, requer a atenção de agentes do controle social, ou seja, não é algo inerente a algumas formas de comportamento, mas sim algo atribuído pelo público que direta e indiretamente as contempla. Assim, em ERIKSON, a variável crítica, no estudo do desvio, será o público e não o agente, pois é aquele e não este quem determina se uma conduta merece ou não a etiqueta de desviado. E quando a sociedade decide controlar a conduta de um de seus membros, embarca em um intrincadíssimo processo de seleção, o qual leva em consideração muitos fatores não relacionados diretamente com o ato desviado propriamente tido, tais como, a classe social do indivíduo suspeito, seus antecedentes criminais, seu grau de arrependimento, etc. A este respeito a “peneira” da sociedade pode ser objeto de um estudo mais interessante para a investigação sociológica, que a conduta real do indivíduo. A quantidade de desvios identificados em uma sociedade é, ao menos em parte, em função da medida e complexidade de seus aparatos de controle social.

Da *teoria do processo de criminalização* importa ressaltar os aspectos relacionados à operacionalização da seletividade do sistema penal, bem como

os efeitos das etiquetas negativas impostas neste processo, as quais, via de regra, produzem desvio secundário (carreiras criminais). É sobre essas idéias especificamente que passaremos a descrever.

## 2.1 A seletividade do sistema penal

Segundo ANDRADE (1977, p. 218), no processo de criminalização, opera-se uma dupla seleção: 1) a seleção dos bens jurídicos penalmente protegidos e dos comportamentos ofensivos a estes bens, descritos nos tipos penais; 2) a seleção dos indivíduos estigmatizados entre todos aqueles que praticam tais comportamentos. A seleção ocorre, porque nem todas as condutas são passíveis de ser abstratamente previstas e nem todas os infratores podem ser individualmente criminalizados. Além disso, no que concerne ao processo de “criminalização primária”, pode-se dizer que não há um consenso prévio em torno dos bens jurídicos que devem ser tutelados, nem quais as condutas que merecem ser tipificadas. Por isso, o processo de criminalização, que à luz do paradigma tradicional deveria tratar a todos os interesses e todas as pessoas com igualdade, acaba sendo desigual e seletivo. Isto porque, conforme acentua FOUCAULT (1991, p. 82), o sistema penal somente pode ser visto “como um instrumento para gerir diferencialmente as ilegalidades, não para suprimi-las a todas”. Portanto, a lógica que desde a fundação do sistema penal orienta o seu funcionamento, é a diferenciação ou seleção de pessoas (delinqüentes - delinqüência) (ANDRADE, 1997, p. 254).

Indicar as variantes ou determinantes da seleção que se opera no interior do processo de criminalização (primária e secundária) é o objetivo da teoria da seletividade.

Por detrás dos processos de seleção da criminalidade, conforme assevera BARATTA (1993, p. 110) corroborando BECKER, encontram-se “mecanismos de interação, de antagonismos e de poder que dão conta, em uma dada estrutura social, da desigual distribuição de bens e de oportunidades entre os indivíduos”.

GUSFIELD (1973, p. 81) descreveu com clareza o processo de definição das condutas desviadas, destacando que a designação da conduta culturalmente legítima como desviada depende do poder superior e da organização dos designadores. O conceito de convenção nesta área é a vontade dos mais fortes. Se o desviado é um grupo politicamente débil, então a designação está sujeita às modificações e às contingências da sorte política.

Na seletividade do processo de criminalização primária a escolha dos bens jurídicos a serem penalmente tutelados e das condutas socialmente danosas, uma vez vencedores os que detêm mais poder (os fortes), obviamente que recairá sobre os interesses destes. As condutas mais afeitas aos fracos, por certo, serão mais consideradas e as penas mais agravadas, enquanto aquelas das classes mais altas serão relevadas.

“Quando falamos nos mecanismos de criação de normas penais, veremos que não há uma natureza própria do delitivo. mas que o delitivo é imposto de cima pela pessoa ou grupo que tem mais poder: que isso depende da posição de poder e que esta posição de poder determinará que os interesses, as crenças e a cultura dos que usufruem essa posição de predomínio definam o que é delitivo em uma sociedade. Não podemos dizer que o homicídio ou o furto são delitivos por natureza. São delitivos, porque em um determinado momento da história de um país, aqueles que detinham o poder suficiente para assegurar com os instrumentos legais. os seus interesses e crenças. consideraram que era útil castigá-los. A prova disso é que há dentro da coletividade uma série de valores for-

temente desaprovados que excedem o limite de tolerância da comunidade e que, no entanto, nunca chegam a fazer parte da conduta legalmente reprimida, ou seja, que é apenas conduta desviada, não conduta delitiva." (CASTRO, 1983, p. 15).

A seletividade do processo de criminalização secundária também prejudica os mais fracos. Isto porque não haveria como se criminalizar a todos os autores de condutas, recaindo a seleção nas pessoas que já são estereotipadas ou estigmatizadas como "más", as quais, via de regra, estão entre as classes menos favorecidas. Esta seleção secundária é a que é realizada pelos órgãos policiais em primeira mão (Polícia Militar, Polícia Civil, Polícia Federal, demais organizações policiais ou repartições públicas que exercem o poder de polícia), pelo Ministério Público (no momento de deflagração da ação penal ou arquivamento do inquérito policial ou outras peças que informam a ocorrência de condutas criminais) e pelo Poder Judiciário (ao proferir sentenças condenatórias ou absolutórias). Esta seleção também continua no momento da execução da pena, uma vez que, não obstante as condenações, nem todas são executadas, ficando a mercê dos critérios seletivos da Polícia a captura dos diversos condenados. Também o sistema penitenciário seleciona os apenados que terão direito aos benefícios penitenciários, conforme os critérios que lhe são próprios.

A seleção que se opera no interior do processo de criminalização, segundo ANDRADE (1997, pp. 263-71), pode ser "quantitativa" ou "qualitativa".

A seleção quantitativa é resultado da "majoritária" condição das condutas criminais, o que leva a crer que a criminalidade é um comportamento de muitos ou até da maioria dos membros de nossas sociedade, ao contrário do preceituado pela Criminologia Positivista, no sentido de que a criminalidade é

o atributo de uma minoria de indivíduos socialmente perigosos que, seja devido a anomalias físicas (biopsicológicas) ou a fatores ambientais e sociais, possui uma maior tendência a delinquir. Nesta perspectiva, a seletividade do sistema penal deriva de variáveis estruturais, decorrentes da própria incapacidade operacional do sistema, de realizar o programa do qual está incumbido.

ZAFFARONI (1991, p. 26) esclarece que,

“O discurso jurídico-penal programa um número incrível de hipóteses em que, segundo o *dever-ser*, o sistema penal intervém repressivamente de modo *natural* (ou mecânico). No entanto, as agências do sistema penal dispõem apenas de uma capacidade operacional ridiculamente pequena se comparada à magnitude do planejado.”

Por outro lado, se o sistema penal viesse a realizar a planificação contida nas leis penais, é certo que, segundo ZAFFARONI (1991, p. 26), provocaria uma “catástrofe social”.

“A disparidade entre o exercício do poder programado e a capacidade operativa dos órgãos é abissal, mas se por uma circunstância inconcebível este poder fosse incrementado a ponto de chegar a corresponder a todo o exercício programado legislativamente, produzir-se-ia o indesejável efeito de se criminalizar várias vezes toda a população.”

A seletividade do sistema se opera “qualitativamente”, quando leva em consideração outras variáveis relativas não mais à capacidade operacional do sistema penal, mas sim relacionadas à especificidade das infrações e as conotações sociais dos autores das condutas (ou vítimas), isto é, das pessoas envolvidas.

ANDRADE (1997, p. 297) esclarece que,

“...se a conduta criminal é majoritária e ubíqua, e a clientela do sistema penal é composta regularmente em todos os lugares do mundo por pessoas pertencentes aos baixos estratos sociais, isto indica que há um processo de seleção de pessoas às quais se qualifica como delinquentes e não, como se pretende, um mero processo de seleção de condutas qualificadas como tais. O sistema penal se dirige quase sempre contra certas pessoas, mais que contra certas ações legalmente definidas como crime. Desta forma, a *minoría criminal* a que se refere a explicação etiológica (e a ideologia da defesa social a ela conectada) é o resultado de um processo de criminalização altamente seletivo e desigual de pessoas dentro da população total, enquanto a conduta criminal não é, por si só, condição suficiente deste processo. Pois os grupos poderosos na sociedade possuem a capacidade de impor ao sistema uma quase que total impunidade das próprias condutas criminosas. Enquanto a intervenção do sistema geralmente subestima e imuniza as condutas às quais se relaciona à produção dos mais altos, embora mais difusos danos sociais (delitos econômicos, ecológicos, ações da criminalidade organizada, graves desvios dos órgãos estatais) superestima infrações de relativamente menor danosidade social, embora de maior visibilidade, como delitos contra o patrimônio, especialmente os que têm como autor indivíduos pertencentes aos estratos sociais mais débeis e marginalizados.”

*A seletividade aqualitativa.* assim, opera-se tanto no campo das condutas como no das pessoas. A primeira privilegia as condutas mais comuns às classes baixas, imunizando as da classe alta. A última, opera-se sobre pessoas estereotipadas e estigmatizadas, mais vulneráveis, por isso, à ação do sistema penal.

Para KITSUSE (1973, p. 53), no entanto, as origens da definição de desvio estão mais além do que a sua própria definição. Deixando de lado o conceito de desvio primário, propõe trazer para o centro da teoria e da investigação o processo pelo qual a pessoa chega a ser definida como desviada por seus congêneres.

Considera, que

“Os processos de definição que se tornam relevantes dentro do modelo teórico em exame não podem se limitar àqueles realizados pelas instâncias oficiais de controle social, mas, antes, se identificam, em primeiro lugar, com os processos de definição de senso comum, os quais se produzem em situações não oficiais, antes mesmo que as instâncias oficiais intervenham, ou também de modo inteiramente independente de sua intervenção.” (BARATTA, 1993, p. 94).

KITSUSE (1973, p. 54) afirma, também, que as formas de conduta não ativam por si mesmas os processos de reação social que diferenciam sociologicamente os desviados dos não desviados. O problema, portanto, passa a ser quais são as condutas definidas como desviadas pelos membros do grupo, da comunidade ou sociedade e de que maneira estas definições organizam e ativam as reações sociais que permitem diferenciar os indivíduos e tratá-los como desviados. Por isso, define o desvio como um processo mediante o qual os membros de um grupo, comunidade ou sociedade, a) interpretam o comportamento desviado; b) definem uma pessoa, cujo comportamento corresponde a esta interpretação, como fazendo parte de uma certa categoria de desviantes; c) resolvem qual é o tratamento apropriado para tais desvios. O comportamento efetivamente desviado é tido por KITSUSE como um resultado de circunstâncias de situação, lugar, biografia pessoal e social e das atividades burocraticamente organizadas das instâncias do controle social, o que faz com que ao enfoque do etiquetamento sejam adjudicados fatores etiológicos. (BERGALLI, 1982, pp. 199-201; BARATTA, 1993, p. 94-5).

## 2.2 As etiquetas negativas e seus efeitos

Partindo do enfoque teórico de BECKER, PAYNE (1973, pp. 105-118) descreveu os efeitos produzidos através do processo de imposição das

“etiquetas negativas”, tanto no indivíduo etiquetado como na sociedade, considerando-as como “corredores” que induzem e iniciam uma carreira desviante e como “prisões” que mantêm ou constroem uma pessoa dentro do papel desviante. Tais etiquetas negativas criam uma identidade desviada altamente visível, alterando a auto-imagem e as expectativas sociais, que acabam perpetuando e intensificando o comportamento que se rejeita. Os problemas que se criam ao desviado podem induzi-lo a novas formas de desvio. Podem também dirigir uma ação da sociedade que assegure a perpetuidade da etiqueta, como também, induzem as pessoas a formar subculturas desviadas que mantêm os seus membros em seu papel de desviados. Segundo este autor, as etiquetas podem ser positivas ou negativas. Uma etiqueta positiva (tal como inteligente, trabalhador, esforçado), tanto como uma etiqueta negativa (ex-presidiário, homossexual, etc.), podem ser certas, mas também falsas, baseadas em más informações ou em preconceitos ou estereótipos. As suas qualificações são geralmente apriorísticas e induzem a um comportamento de acordo com o conteúdo da mesma. Por isso, diz PAYNE, que são corredores, porque transferem uma pessoa de uma posição ou papel a uma nova posição ou papel a desempenhar, assim como acontece com os “ritos de passagem”; e “prisões”, porque persistem como marcas, mesmo depois de ter mudado o comportamento do indivíduo.

PAYNE (1973, pp. 107-18) afirma que as etiquetas produzem os seguintes efeitos: 1) Identificam o desviado; 2) Criam auto-etiquetas; 3) Criam expectativas; 4) Podem perpetuar o comportamento; 5) Podem se generalizar; 6) Produzem o desvio secundário; 7) Dirigem a atividade social; 8) Produzem subculturas.



Para PAYNE (1973, pp. 107-8) *as etiquetas sociais são elementos de identificação*, pois elevam o indivíduo por cima dos que o rodeiam, tornando-o visível no seu contexto social e invisível perante a sua própria individualidade. Mais visível porque a etiqueta, ao fazê-lo diferente, o separa do grupo; e invisível porque é assim que a sua verdadeira identidade se perde. A etiqueta, pois, obscurece e esconde todas as demais características do indivíduo. Enquanto as etiquetas positivas são atos de louvor e inclusão, as etiquetas negativas são atos de censura e separação. O etiquetamento do desviado normalmente é acompanhado de uma cerimônia social. Assim, no passado, a exposição à praça pública, pintar a cara, emplumar ou desfigurar, serviram para fazer o novo *status* do desviado mais visível. Atualmente usam-se as cerimônias degradantes nas quais se incluem os julgamentos em tribunais, a revisão da saúde mental e a crítica pública. Na verdade, as etiquetas constituem-se no principal distintivo de identificação para a pessoa, facilmente absorvido pelo grupo social, tais como as etiquetas de “ladrão”, de “viciado”, etc. O caráter paradoxal de uma etiqueta, conforme já acentuado, faz com que o indivíduo perca a sua identidade (restando invisível para si próprio) e adquira outra identidade (aquela imposta pela etiqueta), tornando-se, em relação a esta mais visível ao grupo. Assim, existe uma grande diferença entre dizer uma mentira e ter uma reputação de mentiroso. A etiqueta, ou seja, o nome do papel que se exerce, faz algo mais do que significar um ato determinado cometido pelo desviado. Na verdade, evoca um conjunto de imagens características daquela etiqueta. Sugere a alguém que se comporte como aquelas pessoas que pertencem ao grupo relacionado com a etiqueta.

*A etiqueta de “desviado” cria na mente da sociedade uma certa identidade para o indivíduo, o qual a aceita (auto-etiqueta). A maioria das pessoas*

se apóia nos antecedentes de sua própria audiência social para o conhecimento de sua auto-identidade. STRAUSS crê que há um “laço indissolúvel” entre a reputação que se adquiriu e a sua auto-imagem. TANNENBAUM resalta que a pessoa se converte no que está representando. Isto quer dizer que a pessoa se percebe a si mesma como sente que os demais a vêem. A autopercepção encontra-se, assim, compelida a situar-se no molde da percepção dos outros. Através de um processo de resignação, de vergonha ou de sentimento de estranhamento, o indivíduo começa a percorrer o corredor que vai conduzi-lo a um novo papel. A criação de uma auto-imagem realiza-se através do seguinte processo: 1) reação social em relação ao indivíduo (etiquetamento) > o indivíduo toma consciência e interpreta a reação social > Exame introspectivo da auto-etiqueta para conformá-la às percepções da etiqueta social. As etiquetas, assim consideradas, acabam por levar o indivíduo etiquetado a se diferenciar mais ainda dos não etiquetados. Levam o indivíduo a se considerar como alguém sem mérito, inferior e incompleto, fazendo com que na sua mente se criem “corredores” ou “passagens”, que em última instância levam-no à perda da auto-confiança, diminuindo a possibilidade da “reabilitação”.(PAYNE, 1973, pp. 108-10)

*A etiqueta também cria expectativas, porque produz uma conduta conforme as expectativas sociais existentes em relação àquela conduta. É comparável a uma “garrafa”. O que está dentro da garrafa toma a forma desta. Igualmente, a expectativa social em relação a quem foi etiquetado, é que se comporte conforme a etiqueta. O processo de criação da conduta, assim, se realiza da seguinte forma: Etiquetas sociais negativas > Expectativas negativas > Auto-etiquetas negativas > Conduta coerente com as expectativas. Neste sentido, a etiqueta negativa é um “corredor” que determina a direção*

que se espera de um determinado comportamento.(PAYNE, 1973, pp. 110-11).

*As etiquetas podem perpetuar o comportamento.* Um princípio básico do nosso sistema penal é que o castigo reprime o desvio e reabilita o desviado. O castigo, na verdade, é uma indicação de que as etiquetas negativas estão sendo aplicadas. E se as etiquetas negativas podem criar expectativas negativas, auto-imagens e certas condutas, é coerente afirmar que em alguns casos as etiquetas negativas (expectativas) e o conseqüente castigo, podem intensificar e perpetuar a mesma conduta que pretendem reduzir. As leis e a maneira de impô-las, têm agravado o problema que supostamente tratam de resolver. Segundo ERIKSON, as formas desviadas de conduta extraem, muitas vezes, seu alimento, das mesmas agências criadas para inibi-las. O processo de tratamento pode muito mais criar o sintoma a que se propõe curar, do que efetivamente curá-lo. A manipulação do desvio contribui para organizar a conduta desviante, porquanto, etiquetar, ou suprimir a etiqueta, estimula a comunidade para organizar sua resposta frente ao indivíduo, em um grau tal que o segrega por meio de respostas especiais que o estimulam a comportar-se da maneira como a comunidade espera que ele se comporte (aceitar o papel de criminoso, p.ex.). Neste caso, se pode dizer que o processo de tratamento cria a conduta estereotipada. As etiquetas negativas, em sua forma de política discriminatória, intensificam e perpetuam o ressentimento para com a polícia. Fundamentados em antigas estatísticas de detidos e nos estereótipos que se formaram a partir delas, as práticas policiais de vigilância, interrogatórios e castigos estão dirigidos mais para certos grupos do que a outros. Mais que reduzir a conduta desviada, este tratamento diferencial mantém e intensifica o desvio nos grupos que recebem o tratamento. O ressentimento e a hostilidade criados pelo trata-

mento diferencial que se lhes dá, se reflete em um comportamento não cooperativo que, em troca, reforça a etiqueta ou o estereótipo do grupo, de maneira que se completa o círculo vicioso. O processo se dá da seguinte forma: a conduta passada já etiquetada gera a prevenção pelas agências encarregadas e as estatísticas oficiais, que causam no indivíduo etiquetado uma conduta não cooperativa para com os órgãos, marcada pelo ressentimento e pela hostilidade. As agências encarregadas, por sua vez, com base nos estereótipos formados, direcionam ao indivíduo um tratamento diferencial. Assim, os métodos de controle baseados em etiquetas estereotipadas, podem criar percepções seletivas que “aprisionam” a uma categoria determinada de pessoas. Uma vez feito o diagnóstico, o observador não pesa as evidências que o confirmam ou negam, apenas presta atenção especial nas condutas e condições que podem confirmar o diagnóstico original. Neste sentido, as etiquetas negativas, os tratamentos subseqüentes e os castigos podem ser prisões que mantêm a pessoa no comportamento desviado, e a cada vez que se lê os apontamentos (antecedentes) ela se recorda um pouco mais, conhecendo todas as suas linhas, de tal forma que a etiqueta se transforma no seu “caráter”. Um castigo imposto a uma pessoa continua agindo sobre esta muito tempo depois de terminado o castigo, ainda que a mesma queira modificar o seu papel, de modo tal que escapar deste tipo de prisão é realmente muito difícil.(PAYNE, 1973, pp. 111-13).

*As etiquetas se generalizam*, pois tendem a estender-se mais além da conduta ou características que designam. Por uma só característica que a pessoa pode ter, uma variação de outros pecados, imperfeições e traços malvados, podem ser vinculados à etiqueta negativa original. Enquanto que algumas generalizações não são daninhas, tal como o suposto de que a pessoa cega

ouve melhor do que a pessoa que não é cega, algumas generalizações carregam um “excesso de bagagem” que aumentam o problema que deve encarar a pessoa que tem sido etiquetada (p. ex. uma extensão comum da etiqueta “delinqüente juvenil” é a etiqueta adicional de baixa participação e crença religiosa). As etiquetas se estendem de várias maneiras. Uma etiqueta que indica uma característica negativa, muitas vezes indica outros traços negativos que a sociedade supõe que sejam sua conseqüência. Através de um mecanismo de culpa por associação, as etiquetas negativas também podem passar de uma pessoa a outra como uma enfermidade (p. ex. uma jovem universitária vivia em um determinado bairro da cidade; quando os seus companheiros souberam que o pai dela era um ex-alcoólico, a abandonaram e se voltaram sexualmente presunçosos. Neste caso, a etiqueta foi estendida, não somente da categoria de ex-alcoólico à conseqüência de promiscuidade sexual, como também do pai para a filha). Este problema de hiperextensão pode esclarecer para alguns o problema e a atitude de muitas famílias afetadas por desvios como o divórcio, a enfermidade mental, a pobreza e o alcoolismo. (PAYNE, 1973, pp. 113-4).

Assim como perpetuam, criam, intensificam e estendem a conduta original, *as etiquetas sociais negativas podem iniciar, também, formas adicionais de condutas desejáveis, ou seja, “o desvio secundário”*. Certos atos de desvios podem por em movimento um processo de definição que marca o delinqüente como alguém diferente das pessoas respeitadoras da lei. Seus atos e suas pessoas são definidos como “malvados” e se vê agarrado a um círculo vicioso de normas, repressão, ressentimento e atos ilegais novos e cada vez mais sérios. O processo de alienação é acelerado e a brecha entre o delinqüente e os que desejam controlá-lo e reformá-lo se torna mais ampla e mais

profunda. Por isso o conceito de LEMERT sobre o desvio secundário, consiste em que, algumas formas de conduta desviada surgem por causa da reação da sociedade a algum ato indicial que foi interpretado como desviado. Quando alguém começa a empregar a sua conduta desviada ou um comportamento baseado sobre esta, como um meio de defesa, de ataque ou de adaptação aos problemas explícitos ou implícitos criados pela reação consecutiva da sociedade para com ele, podemos dizer que esta segunda conduta é um “desvio secundário”. Assim, uma viciada em drogas que não pode pagar o preço da droga, uma vez estigmatizada, poderá tornar-se prostituta ou cometer furtos para obter dinheiro. O desvio secundário não é sempre uma conduta nova (a conduta pode transformar-se de primária em secundária) (p. ex. Enquanto o protesto inicial dos estudantes dissidentes pode ser o resultado de algumas condições políticas determinadas, a atitude posterior de protesto pode ser uma reação ante a presença da polícia para controlar o protesto inicial). Estudos feitos demonstram que as forças policiais concentram as suas atenções e suas atividades de prevenção e de repressão sobre certos grupos que foram anteriormente identificados por meio de etiquetas. (A folha de antecedentes policiais e penais representa aqui um importante papel.). Isto cria ressentimentos e hostilidades nas pessoas, que estarão ainda menos dispostas a prestar a sua cooperação ao agentes do controle social e ao próprio grupo. Este comportamento, por seu lado, intensifica a reação social e aglutina e solidifica como conseqüência uma conduta que será cada vez mais desviante. A brecha entre o rotulado e a comunidade vai se aprofundando paulatinamente e pode instaurar-se uma “carreira criminal”. O processo pode ser desenhado segundo o modelo amplificador de WILKINS: Comportamento desviante (desvio primário) > Reação Social > Autopercepção desviante > Grupos Subculturais > Maior Desvio > Maior Reação Social > Maior Desvio (desvio secundário)

rio). (PAYNE, 1973, pp. 114-5). Este processo configura os conceitos, elaborados por LEMERT, de desvio primário e desvio secundário, os quais serão melhor estudados no item seguinte.

*As etiquetas dirigem a atividade social*, porque, ao se reduzirem as ambigüidades pelo processo unitário de identificação que representa a colocação de uma etiqueta, também a audiência social se encontra em um corredor que a dirige para a conduta reativa, enérgica e solidária. A comunidade se une ao ter uma apreciação que é comum a todos os integrantes e por isso se “mobiliza para atuar”. As etiquetas “homossexual”, “doente mental”, “ex-condenado” e “viciado em drogas”, por exemplo, incitam e mobilizam a energia pública. Por isso MERTON diz que a etiqueta é uma “profecia auto-realizável” (*self-fulfilling prophecy*). O exemplo de PAYNE é muito ilustrativo: a notícia da falência de um banco, mesmo infundada, cria um comportamento do público que pode provocar a verdadeira falência como conseqüência. Como diz THOMAS, “quando o homem define as situações como reais, elas serão reais em suas conseqüências”. (PAYNE, 1973, pp. 115-6).

Por fim, segundo PAYNE (1973, pp. 116-8), *as etiquetas sociais negativas facilitam a formação de grupos de pessoas que estão marginalizadas do resto da sociedade e que se agrupam para a ajuda e proteção recíprocas (subculturas)*. As pessoas etiquetadas como estranhas ao grupo, por uma necessidade profunda de ordem psicológica de serem aceitas, estimadas, de ter um grupo de referência que lhes dê apoio moral procurarão fazer contato com outras pessoas em condições semelhantes, formando grupos. Tais grupos, aos quais se denominam comunidades desviadas, subculturas, ou bandas, oferecem a seus membros soluções coletivas para os problemas comuns. Estes gru-

pos, não obstante formados por pessoas ressentidas e hostilizadas, acabam fazendo com que todos se sintam “iguais” (pois neles o indivíduo já não mais é um estranho), nos quais, como reforço, desenvolver-se-á uma ideologia que racionalize e justifique enfaticamente o comportamento desviante. Esses grupos subculturais podem ser simplesmente comunidades desviantes ou formar verdadeiras *gangs*. Dentro deles a identificação como desviante se solidifica e se corta em grande parte os vínculos com o grupo exterior, isolando-se seus membros e aumentando a sua resistência à “ressocialização”. Mas também estes grupos subculturais podem veicular o contágio dos diversos tipos de comportamento desviante de seus membros. Assim, um viciado em drogas, em contato com outras pessoas do baixo mundo, terá mais oportunidades de iniciar condutas não conformistas ou novos comportamentos desviantes, seja por aprendizagem, por imitação ou por solidariedade.

### **2.3 Os desvios primário e secundário (as carreiras criminais)**

Conforme já nos reportamos anteriormente, diversamente do que concluiu a Criminologia positivista, o desvio não constitui um fenômeno patológico inerente ao indivíduo, mas sim, é o produto da reação social. Para CLINARD (1974, pp. 165-6), desvio é a conduta que se orienta numa direção fortemente desaprovada pela coletividade. COHEN (1968, pp. 11-2), por sua vez, define que a conduta desviada é uma conduta que se opõe a expectativas institucionalizadas; quer dizer que em todo caso, não de conformidade com cada modalidade normatizada (lei ou conveniência social mais ou menos consolidada).



LEMERT aprofundou os estudos sobre as antecedentes ou causas originais da conduta desviada inicial, agrupando-as em três categorias gerais, a saber: 1) sociais; 2) culturais; e 3) psicológicas. As irregularidades orgânicas e as influências culturais e sociais causam impacto e interagem com as qualidades hereditárias normais da pessoa. Esse tipo de desvio é, amiúde, sintomático de conflitos intrapsíquicos subjacentes ou emerge de conflitos maiores que produzem as identificações de relações. Ressalta, também, que as situações possuem uma força constrictiva e podem motivar as pessoas à transgressão das regras de conduta às quais elas têm aderido rigidamente no passado, e que presumivelmente incorporaram como parte de suas estruturas de personalidade. Por isso, para LEMERT as forças culturais e sociais constituem a fonte primária da desviação social, incluindo aquela que revela uma sintomatologia psicológica. (BERGALLI, 1982, pp. 193-4).

O aspecto mais conhecido da teoria de LEMERT é a distinção entre o “desvio primário” e o “desvio secundário”<sup>103</sup>. Explica que, do ponto de vista sociológico, os desvios não são significativos, se não estão subjetivamente organizados e transformados em relações ativas, convertendo-se, assim, no critério social para a atribuição do *status*.

*O desvio primário* reporta-se a um contexto de fatores sociais, culturais e psicológicos do indivíduo, não se centram sobre a sua estrutura psíquica, e não conduzem, por si mesmos, a uma ‘reorganização da atitude que o indivíduo tem para consigo mesmo, e do seu papel social. (BARATTA, 1993, p. 89).

---

<sup>103</sup>Também SCHUR se reporta à distinção entre desvio primário e secundário, desenvolvida por LEMERT, e considera esta distinção “central” para a construção de uma teoria da criminalidade baseada no “labelling approach”. (BARATTA, 1993, p. 90).

*O desvio secundário* ou desvios que se sucedem à reação social, assim compreendida a incriminação e a pena, são fundamentalmente determinados pelos efeitos psicológicos que tal reação produz no indivíduo objeto da mesma; o comportamento desviante (e o papel social correspondente) sucessivo à reação “torna-se um meio de defesa, de ataque ou de adaptação em relação aos problemas manifestos e ocultos criados pela reação social ao primeiro desvio”. (BARATTA, 1993, pp. 89-90).

Em sua teoria do desvio secundário, LEMERT procura “demonstrar como a reação social ou a punição de um *primeiro* comportamento desviante tem, freqüentemente, a função de um *commitment to deviance*, gerando, através de uma mudança da identidade social do indivíduo assim estigmatizado, uma tendência a permanecer no papel social no qual a estigmatização o introduziu, ou seja, uma carreira criminal.(BARATTA, 1993, p. 89).

A partir deste quadro LEMERT (1973, p. 97) formula duas indagações: 1) como surge o comportamento desviante? 2) como os atos desviantes são ligados simbolicamente, e as conseqüências efetivas desta ligação para os desvios sucessivos por parte da pessoa?

Concluiu que o desvio secundário desenvolve-se da seguinte forma: a) desvio primário; b) punições sociais; c) novo desvio primário; d) reação e punição mais forte; e) ulteriores desvios, quiçá com hostilidades e ressentimentos que se começam a dirigir sobre aqueles que puseram em prática as punições; f) crise alcançada pelo limite (quociente) de tolerância, expressada mediante ações formais da sociedade estigmatizando o desviado; g) fortaleci-

mento da conduta desviada como uma reação à estigmatização e às punições; h) aceitação final do estado social desviado e dos esforços de adaptação sobre a base da associação de relações. O desvio primário, portanto, converte-se em secundário, em função da reação social, ou seja, o aumento da concepção de desviado que este tem de si mesmo depende do aumento da reação social negativa.(LEMERT, pp. 97-103)

BARATTA (1993, pp. 90-1) assinala o fato de que a teoria da criminalidade centrada na distinção entre os desvios primário e secundário “não constitui, necessariamente, uma negação, mas pode ser um complemento da investigação etiológica sobre o desvio criminal”, porquanto “não deixa de considerar a estigmatização ocasionada pelo desvio primário também como uma *causa*, que tem seus efeitos específicos na identidade social e na autodefinição das pessoas objeto da reação social”, o que levou SACK a afirmar que a perspectiva do *labelling approach* é compatível com a pesquisa etiológica sobre o comportamento criminalizado.

Na abordagem de LEMERT, no entanto, aparecem como relevantes aspectos que em um enfoque etiológico passariam despercebidos, tais como, o caráter dinâmico e processual da formação do comportamento desviado, no sentido de que chega a ser tal por meio de uma interação entre um certo tipo de diversidade originária e a resposta social a ela; a importância da estigmatização e da sanção, que explica em que sentido a adoção de atitudes particulares - desviadas - pode depender de anomalias físicas que não têm nenhuma relação direta com tais atitudes; e, por último, a produção de condutas discriminadas pelas instâncias estabelecidas para o seu controle e reforma, por meio

dos mecanismos da definição pública do comportamento e de sua aberta atribuição a certos indivíduos. (BERGALLI, 1982, p. 195).

As teorias do desvio secundário, segundo BARATTA (1993, p. 90),

“...põem em dúvida o princípio do fim ou da prevenção e, em particular, a concepção reeducativa da pena. Na verdade, esses resultados mostram que a intervenção do sistema penal, especialmente as penas detentivas, antes de terem um efeito reeducativo sobre o delinqüente determinam, na maioria dos casos, uma consolidação da identidade desviante do condenado e o seu ingresso em uma verdadeira e própria carreira criminosa.

### 3. A teoria dos estigmas

Para a abordagem que se procura fazer com a presente pesquisa, merece destaque o estudo realizado por GOFFMAN (1988), da “escola dramaturgica” do *labelling approach*, sobre a estigmatização do desviado, no qual se inclui o indivíduo já etiquetado pelo sistema penal. Na mesma linha teórica GOFFMAN procura ressaltar os efeitos da estigmatização na manipulação da identidade deteriorada do indivíduo e como este e os outros reagem nos contatos sociais.

GOFFMAN (1988, p. 11) se reporta ao termo “estigma” como sendo de origem grega, para definir “sinais corporais com os quais se procurava evidenciar alguma coisa de extraordinário ou mau sobre o *status* moral de quem os apresentava.” Os sinais eram feitos com cortes ou fogo no corpo e avisavam que o portador era um escravo, um criminoso ou traidor - uma pessoa marcada, ritualmente poluída, que devia ser evitada, especialmente em lugares públicos. Mais tarde, na Era Cristã, o termo também passou a referir-se a sinais corporais da graça divina, que tomavam a forma de flores em erupção so-

bre a pele, o que, segundo a visão médica, podia corresponder a um distúrbio físico. Atualmente o termo é utilizado da maneira um tanto semelhante ao sentido literal original, “porém é mais aplicado à própria desgraça do que à sua evidência corporal”.

Para GOFFMAN (1988, p. 13), no entanto, o termo é usado em referência

“...a um atributo profundamente depreciativo, mas o que é preciso, na realidade, é uma linguagem de relações e não de atributos. Um atributo que estigmatiza alguém pode confirmar a normalidade de outrem, portanto ele não é, em si mesmo, nem honroso nem desonroso. (...) Assim sendo, um estigma é, então, na realidade, um tipo especial de relação entre atributo e estereótipo, embora eu proponha a modificação desse conceito, em parte porque há importantes atributos que em quase toda a nossa sociedade levam ao descrédito”.

Segundo GOFFMAN (1988, p. 14), há três tipos de “estigmas”, nitidamente diferentes:

“Em primeiro lugar, há as abominações do corpo - as várias deformidades físicas. Em segundo lugar, as culpas de caráter individual, percebidas como vontade fraca, paixões tirânicas ou não naturais, crenças falsas e rígidas, desonestidade, sendo estas inferidas a partir de relatos conhecidos de, por exemplo, distúrbio mental, prisão, vício, alcoolismo, homossexualismo, desemprego, tentativas de suicídio e comportamento político radical. Finalmente, há os stigmas tribais de raça, nação e religião, que podem ser transmitidos através da linhagem e contaminar por igual todos os membros de uma família”.

Mas o estigma, afirma GOFFMAN (1988, pp. 13-4), também pode ser “evidente”, quando é conhecido ou fácil e imediatamente perceptível, ou “oculto”, quando é desconhecido ou somente mediatamente perceptível. O primeiro, torna o indivíduo “desacreditado”, enquanto o último “desacreditável”. Em todos estes casos há uma característica sociológica co-

mum, posto que o estigma representa um traço que pode chamar a atenção e afastar aquele que o detém das relações sociais com os “normais”, destruindo a possibilidade de que outros atributos seus sejam por estes percebidos. O estigma, portanto, pode ser visto sob a ótica dos “normais” e da ótica do próprio indivíduo estigmatizado. Para os “normais” o indivíduo com um estigma, assim, não é tido como completamente humano, motivo pelo qual são feitas, em relação a ele, vários tipos de discriminações, através das quais são reduzidas as suas chances de vida.

“Construímos uma teoria do estigma, uma ideologia para explicar a sua inferioridade e dar conta do perigo que ela representa, racionalizando algumas vezes uma animosidade baseada em outras diferenças, tais como as de classe social. Utilizamos termos específicos de estigma como aleijado, bastardo, retardado, em nosso discurso diário como fonte de metáfora e representação, de maneira característica, sem pensar no seu significado original.” (GOFFMAN, 1988, p. 15).

Quanto ao indivíduo estigmatizado, tende a ter as mesmas crenças sobre identidade, tidas pelos “normais”.

“Seus sentimentos mais profundos sobre o que ele é podem confundir a sua sensação de ser uma pessoa ‘normal’, um ser humano como qualquer outro, uma criatura, portanto, que merece um destino agradável e uma oportunidade legítima.(...) Além disso ainda pode perceber geralmente de maneira bastante correta que, não importa o que os outros admitam, eles na verdade não o aceitam e não estão dispostos a manter com ele um contato em ‘bases iguais’. Ademais, os padrões que ele incorporou da sociedade maior tornam-no intimamente suscetível aos que os outros vêem como seu defeito, levando-o inevitavelmente, mesmo que em alguns poucos momentos, a concordar que, na verdade, ele ficou abaixo do que realmente deveria ser. A vergonha se torna uma possibilidade central, que surge quando o indivíduo percebe que um de seus próprios atributos é impuro e pode imaginar-se como um não portador dele.”(GOFFMAN, 1988, p. 17).

A relação do indivíduo com o estigma, portanto, está sedimentada muito mais na sua relação com os outros, do que consigo próprio. GOFFMAN (1988, p. 18) define que o ponto central é a “aceitação” que o indivíduo estigmatizado tentará buscar na sua relação com os “outros”. Diante disto, o estigmatizado poderá adotar certas posturas consigo próprio e no contato com os “normais” (contatos mistos).

Na relação do estigmatizado consigo próprio GOFFMAN (1988, pp. 18-23) citou as seguintes posturas: 1) o estigmatizado procurará corrigir “diretamente” o que considera a base objetiva de seu defeito, tal como quando uma pessoa fisicamente deformada se submete a uma cirurgia plástica, uma pessoa cega a um tratamento ocular, um analfabeto corrige a sua educação, etc. Ocorrendo o conserto, não se pode dizer que haverá uma aquisição de um novo *status*, mas sim haverá uma transformação no ego, de tal forma que alguém que tinha um defeito transforma-se em alguém que tem provas de tê-lo corrigido; 2) o indivíduo estigmatizado pode também tentar corrigir a sua condição de maneira “indireta” dedicando um grande esforço individual ao domínio de áreas de atividades consideradas, geralmente, como fechadas, por motivos físicos e circunstanciais, a pessoas com o seu defeito (p. ex. o aleijado que aprende a nadar); 3) a pessoa com um atributo diferencial vergonhoso pode romper com aquilo que é chamado de realidade, e tentar obstinadamente empregar uma interpretação não convencional do caráter de sua identidade social, utilizando, assim, o seu estigma para “ganhos secundários”, já não mais sendo-lhe conveniente a remoção do estigma, posto que está despreparado para viver em uma situação “normal”; 4) o estigmatizado pode ver o estigma do qual é detentor como uma bênção secreta, especialmente devido à crença de que o sofrimento muito pode ensinar a uma pessoa sobre a vida e

sobre as outras pessoas; 5) por fim, o estigmatizado pode vir a reafirmar as limitações dos normais, ou seja, ressaltando o aspecto de que, não obstante normais, os “normais” também apresentam defeitos e imperfeições.

GOFFMAN (1988, pp. 24-28) acrescenta, por outro lado, que nos contatos mistos, ou seja, nas suas relações com os “normais”, na presença um do outro, quer durante uma conversa ou no encontro físico informal, o estigmatizado também adotará certas posturas face ao seu estigma. Assevera, no entanto, que tanto “normais” como estigmatizados procurarão evitar tais contatos, o que poderá levar a um isolamento do estigmatizado, transformando-o, ainda mais, em uma pessoa deprimida, desconfiada, hostil, ansiosa e confusa. Contudo, quando “normais” e estigmatizados se encontram realmente na presença imediata um do outro, tentando manter uma conversação, ocorre uma cena fundamental da sociologia porque, em muitos casos, esses momentos serão aqueles em que ambos os lados enfrentarão diretamente as causas e os efeitos do estigma. Em função destes contatos mistos, portanto, poderá o estigmatizado adotar ter as seguintes sensações e posturas: 1) o estigmatizado sentir-se-á inseguro em relação à maneira como os normais o identificarão e o receberão, não sabendo o que realmente os “outros” estão pensando dele; 2) o estigmatizado sentir-se-á em “exibição”, de modo que os menores atos podem ser avaliados como sinais de capacidades notáveis e extraordinárias nessas circunstâncias, bem como, seus erros menores ou enganos incidentais podem, sente ele, ser interpretados como uma expressão direta de seu atributo diferencial estigmatizado (p. ex. um ex-paciente mental receia uma discussão acalorada com a esposa ou com o empregador por medo da interpretação errônea de suas emoções); 3) se o estigma é “evidente”, o estigmatizado poderá sentir-se exposto à invasão de privacidade, mormente quando as pessoas o



ficam observando fixamente, como também por pessoas que se sentem à vontade para iniciar conversas indesejáveis acerca do seu estigma; 4) o indivíduo estigmatizado vacila entre o retraimento e a agressividade, por isso pode tentar aproximar-se de contatos mistos com agressividade, provocando nos outros uma série de respostas desagradáveis. Mesmo quando está retraído, o indivíduo estigmatizado poderá ler significados não intencionais nas ações dos “normais”. Estes sabem, por sua vez, que, se mostrarem sensibilidade ou interesse diretos pelo estigma, poderão estar se excedendo, enquanto que, se o esquecerem, poderão fazer exigências ao indivíduo estigmatizado, impossíveis de serem cumpridas. O estigmatizado, na verdade, percebe cada fonte potencial de mal estar na interação, sabe que nós também a percebemos e, inclusive, que não ignoramos que ele a percebe.

Na verdade, segundo GOFFMAN (1988, p. 27), também os “normais” que interagem com o estigmatizado em situações sociais mistas, adotam diversas posturas em relação a este, muitas vezes tentando proceder como se, de fato, esse indivíduo correspondesse inteiramente a um dos tipos de pessoas que lhe são naturalmente acessíveis em tais situações, tratando-o como se ele fosse alguém melhor do que acham que seja, ou alguém pior do que acha que ele provavelmente é. Caso uma destas condutas não seja possível, procurarão agir como se ele fosse uma “não pessoa” e não existisse como um indivíduo digno de atenção ritual em situações assim, é provável que os “normais” empreguem categorias inadequadas e que tanto eles como o indivíduo estigmatizado não se sintam à vontade.

Os estudos acerca das pessoas estigmatizadas quase sempre está voltado para o tipo de vida coletiva que levam aquelas que pertençam a uma categoria

particular, posto que os membros de uma categoria de estigma particular tendem a reunir-se em grupos, nos quais os membros possam ter a possibilidade de um contato maior entre si (p. ex. as redes de ajuda mútua formadas por ex-presidiários de um mesmo reformatório ou prisão). Na liderança destes grupos são colocadas pessoas que podem pertencer ao próprio grupo (“nativo”) ou estranhas a ele, os quais passam a ter a tarefa de representá-lo com a tarefa de convencer o público a utilizar os rótulos ou estigmas da categoria de forma mais suave.(GOFFMAN, 1988, pp. 30-2).

A pessoa estigmatizada pode obter apoio de dois tipos de pessoas: dos “iguais”, ou seja, dos que compartilham do seu estigma, e dos “informados”, assim definidos como pessoas “normais”, mas cuja situação especial levou-as a privar intimamente da vida secreta do indivíduo estigmatizado e a simpatizar com ela, gozando, assim, de uma certa aceitação e cortesia por parte do grupo. Em outras palavras, são pessoas diante das quais o indivíduo que tem um estigma não precisa se envergonhar nem se autocontrolar, porque sabe que será considerado como uma pessoa comum. Um tipo de pessoa “informada” é aquele cuja informação vem do seu trabalho, num lugar que cuida não só das necessidades daqueles que têm um estigma particular, quanto das ações empreendidas pela sociedade em relação a eles. Assim, a polícia, devido ao fato de lidar constantemente com criminosos pode se tornar “informada” em relação a eles (os policiais são as únicas pessoas que, além de outros criminosos, “aceitam”<sup>104</sup> o criminoso pelo que ele é). Também as pessoas que se relacio-

---

<sup>104</sup> A expressão aparece grifada, uma vez que a aceitação da pessoa do criminoso pelo policial, no caso, dá-se em função da relação de parceria e cumplicidade que ocorre principalmente em face de informações obtidas pelos organismos policiais a partir de grupos de criminosos e vice-versa, como decorrência e do desvirtuamento da atividade policial, fazendo com que o exercício desta atividade dependa, muitas vezes, desta relação. Além disso, o molde tradicional de “combate à criminalidade” faz com que seja travada uma verdadeira guerra entre a Polícia e a Criminalidade, onde os dois lados envolvidos acabam se aceitando e respeitando regras que vão além daquelas previstas na Lei.

nam com um indivíduo estigmatizado na estrutura social, pode constituir um tipo de “informados” (p. ex. a filha do ex-presidiário), porquanto todas são obrigadas a compartilhar um pouco o descrédito do estigmatizado com o qual elas se relacionam.(GOFFMAN, 1988, pp. 37-41).

A pessoa estigmatizada, além de se agrupar com outras pessoas que compartilham do mesmo estigma, passa a ter experiências semelhantes de aprendizagem que sejam condizentes com o seu estigma, de tal forma que o seu “eu” vai se transformando naquilo que o estigma sugere, em um processo de ajustamento pessoal, denominado por GOFFMAN (1988, p. 41) de “carreira moral”. Este processo desenvolve-se em duas fases, que interagem de forma sincronizada. Em uma das fases a pessoa estigmatizada aprende e incorpora o ponto de vista dos “normais”, adquirindo, portanto, as crenças da sociedade mais ampla em relação à identidade e uma idéia geral do que significa possuir um estigma particular. Em outra, ela aprende que possui um estigma particular e, dessa vez detalhadamente, as conseqüências de possuí-lo.

GOFFMAN (1988, p. 12) esclarece que os estigmas servem para definir a identidade social do indivíduo, o seja, a identidade que resulta do relacionamento com as outras pessoas. Essa identidade social poderá ser “virtual” ou “real”. Será “virtual”, a medida em que resulta da projeção acerca do que o indivíduo “deveria ser”, ou seja, do que se imagina que ele seja. Será “real” quando representar o que efetivamente é. É possível que a identidade social virtual e a identidade social real sejam coincidentes, como é possível que sejam discrepantes. O conhecimento da identidade social do indivíduo depende da informação sobre o seu defeito (estigma). Por isso, no estudo dos estigmas, GOFFMAN (1988, pp. 52-5) sustenta que a informação mais relevante é a

relativa às características mais ou menos permanentes do indivíduo. Esta informação, via de regra transmitida pelos “símbolos”, é denominada “informação social”. Os símbolos podem ser de *status* ou “de prestígio”, quando identificam uma situação social bem organizada, de honra ou de posição social; de “estigma”, quando servem para despertar a atenção a uma degradante discrepância de identidade que quebra o que poderia, de outra forma, ser um retrato global coerente, com uma redução conseqüente em nossa valorização do indivíduo; ou, ainda, “desidentificadores”, quando tende, real ou ilusoriamente a quebrar uma imagem, de outra forma coerente, mas nesse caso numa direção positiva desejada pelo ato, buscando não só estabelecer uma nova pretensão, mas lançar sérias dúvidas sobre a validade da identidade virtual. Alguns símbolos produzem informações apenas superficiais (p. ex. os punhos algemados do prisioneiro em trânsito), em outros, o significado varia de grupo para grupo.

GOFFMAN (1988, pp. 57-8) ressalta para o caráter informativo que tem o relacionamento “com” alguém em alguma relação social (p. ex., caminhar com ele na rua, estar em sua companhia, fazer parte de sua mesa em um restaurante), pode representar que a identidade social daquele com o qual o indivíduo se faz acompanhar pode ser utilizada como fonte de informação acerca do indivíduo, no sentido de que ele é o que os outros são (p. ex. uma pessoa com ordem de prisão pode contaminar legalmente qualquer um que seja visto em sua companhia, expondo-a à prisão como suspeito. Diz-se, então, de uma pessoa que está com ordem de prisão que “ela está com varíola” e que sua doença criminosa “pega”). Esta análise sobre as informações transmitidas de outras pessoas para si próprias deverá considerar a maneira através da qual

elas enfrentam as contingências de serem vistas na companhia de outros em particular.

Outro aspecto ressaltado por GOFFMAN (1988, pp. 58-61) sobre o estigma diz respeito à sua “visibilidade”, ou seja, a sua possibilidade de ser “percebido” ou “evidenciado”. A questão da visibilidade deve ser abordada em pontos distintos: a “possibilidade de conhecimento” (quando permite que o estigma possa ser antecipadamente conhecido pelos outros), a sua “intrusibilidade” (quando interfere no fluxo da interação) e o “seu foco de percepção” (quando associada a certas contingências referentes à determinadas áreas, que desqualificam ou qualificam o estigma).

A manipulação do estigma, na teoria de GOFFMAN (1988, pp. 61-72) implica ir além do conhecimento da “identidade social”. É necessário que se conheça a “identidade pessoal”. A idéia de “identidade pessoal” está relacionada com a pressuposição de que o indivíduo pode ser diferenciado de todos os outros e que, em torno desses meios de diferenciação podem-se apegar e entrelaçar, como açúcar cristalizado, criando uma história contínua e única de fatos sociais que se torna, então a substância à qual vêm-se agregar outros fatos biográficos. Desta forma, a identidade pessoal pode desempenhar, e desempenha, um papel estruturado, rotineiro e padronizado na organização social justamente devido à sua unicidade. A identidade pessoal, portanto, é formada com base em dois repertórios básicos de dados da vida do indivíduo, muitos deles expostos de forma documental: 1) as marcas positivas, ou seja, os atributos biológicos imutáveis, caligrafia, aparência fotográfica do corpo ou o estilo físico, o lugar específico em determinada rede de parentesco, as impressões digitais; 2) o apoio de identidade, posto que o conjunto completo de

fatos conhecidos sobre uma pessoa íntima não se encontra combinado em nenhuma outra pessoa do mundo, nome, data de nascimento, e outros dados documentais (biografia). Alguns destes dados podem ser modificados pelo indivíduo, como pretexto de esconder a sua verdadeira identidade, como ocorre com os criminosos, prostitutas e revolucionários. Os criminosos habituais utilizam-se, freqüentemente, de dois nomes falsos: apelidos, usados temporariamente, embora repetidos com freqüência, para evitar a identificação pessoal; alcunhas recebidas na comunidade criminal e conservadas por toda a vida, mas usadas apenas pelos e para os membros da comunidade ou pelos “informados”.

A biografia é um importante elemento de identificação pessoal, uma vez que cada indivíduo somente pode, realmente, ter uma. É através dela que se pode estruturar a história do indivíduo. GOFFMAN (1988, p. 73) menciona que “por mais patife que seja um homem, por mais falsa, clandestina ou desarticulada que seja a sua existência, por mais que esta seja governada por adaptações, impulsos e reviravoltas, os verdadeiros fatos de sua atividade não podem ser contraditórios ou desarticulados.” Esta biografia pode ser escrita pelo próprio indivíduo, como pelos outros, que o conhecem pessoalmente ou não. Caso não o conheçam pessoalmente, a biografia será escrita com base na sua “identidade social”, na qual o elemento fundamental é a “fama” (no sentido positivo) ou “má reputação” (no sentido negativo), ou seja, o conjunto das informações que um determinado grupo tem do indivíduo. Se as informações levam a um mau conceito sobre o indivíduo, diz-se que o mesmo tem má reputação. A “fama” e a “má reputação” cumprem, assim, uma função de controle social, que se opera em duas formas distintas: 1) no controle social formal; 2) na imagem pública. (GOFFMAN, 1988, pp. 77-81).

Quanto à “fama” e à “má-reputação” no controle formal, GOFFMAN (1988, p. 81) esclarece que há funcionários e círculos de funcionários cuja ocupação é examinar com cuidado vários tipos de público em busca da presença de indivíduos identificáveis cujos “antecedentes” e “reputação” o tornam suspeito, ou mesmo “procurado” pela justiça. Estes funcionários podem operar no meio do público em geral em vez de atuar em estabelecimentos sociais particulares como é o caso de detetives de polícia que se espalham por toda a cidade, mas não constituem público, em si mesmo. A prisão de um indivíduo pela prática de um crime faz com que os funcionários, muitas vezes, fiquem observando-o, com o objetivo de gravar a sua imagem e poder identificá-lo depois. As informações colhidas através do controle social formal podem ser utilizadas em outros círculos de controle, como por exemplo o comércio, a indústria, associações, como forma de identificação dos indivíduos.

No que tange à “fama e a “má reputação” na imagem pública, é possível, no entanto, que ultrapasse o conhecimento de um círculo de pessoas e seja do conhecimento do público em geral. Neste sentido é importante destacar que os meios de comunicação de massa desempenham um papel relevante, transformando a imagem “privada” de uma pessoa em imagem “pública”. Essa “imagem pública” do indivíduo, via de regra é construída a partir de uma pequena seleção de fatos sobre ele que podem ser verdadeiros e que se expandem até adquirir uma aparência dramática e digna de atenção, sendo, posteriormente, utilizada como retrato global, produzindo um tipo especial de estigmatização. É mais provável que o indivíduo seja submetido a este processo de exposição ao público de sua imagem, em razão de um acontecimento aciden-

tal, rápido e não característico, sem que tenha direito de demonstrar outros atributos mais desejados.(GOFFMAN, 1988, p. 82).

O indivíduo detentor de um estigma, desde que este não seja evidente, é levado a “encobrir” ou “acobertar” o estigma. O “encobrimento” consiste em fazer com que o estigma permaneça em segredo ou restrito a pessoas íntimas ou aos “informados”. O “acobertamento”, que ocorre principalmente em estigmas visíveis, faz com que o indivíduo reduza a tensão, tornando mais fácil para si e para os outros manter uma interação.(GOFFMAN, 1988, pp. 84-5 e 113).

GOFFMANN (1988, pp. 116-7) acrescenta, ainda que, a “identidade social” e a “identidade pessoal”, são partes de um todo, composto dos interesses e definições de outras pessoas em relação ao indivíduo, que podem surgir, inclusive, antes mesmo deste nascer e continuam depois do mesmo ser enterrado. Mas o indivíduo a formar aquilo que denominou a “identidade do eu” ou “identidade experimentada”, a partir de reflexões sobre si próprio, ou seja, da sua identidade pessoal ou social (p. ex. quando um criminoso usa um pseudônimo, está se afastando totalmente de sua identidade pessoal). Mas esta imagem ou identidade que o indivíduo constrói de si próprio é formada a partir do mesmo material do qual as outras pessoas já construíram a sua identificação pessoal e social. A identidade “social”, assim, permite considerar a estigmatização, a identidade pessoal e o papel do controle da informação sobre o estigma. A identidade do eu permite considerar o que o indivíduo pode experimentar a respeito do estigma e sua manipulação e nos leva a dar atenção especial à informação que ele recebe quanto a estas questões.



Na busca de sua identidade, o indivíduo estigmatizado é levado pela sociedade a crer que é um ser humano “normal”, mas também, que ele é, de certo ponto, “diferente”, e que seria absurdo negar esta diferença. A diferença, em si, deriva da sociedade, porque, em geral, antes que uma diferença seja importante ela deve ser coletivamente conceitualizada pela sociedade como um todo.

GOFFMAN adverte para o fato de que os membros da classe baixa que, de forma bastante perceptível, trazem a marca do seu *status* na linguagem, aparência e gestos, e que, em referência às instituições públicas de nossa sociedade, descobrem que são cidadãos de segunda classe, estão mais sujeitos a se verem estigmatizados, juntamente com outros grupos (p. ex. minorias grupais e desviantes), em especial devido à insegurança que demonstram na interação face-a-face, isto porque as relações sociais se expressam em valores baseados em virtual de classe média. E conclui que,

“...o estigma envolve não tanto um conjunto de indivíduos concretos que podem ser divididos em duas pilhas, a de estigmatizados e a de normais, quanto um processo social de dois papéis no qual cada indivíduo participa de ambos, pelo menos em algumas conexões e em algumas fases da vida. O normal e o estigmatizado não são pessoas, e sim perspectivas que são geradas em situações sociais durante os contatos mistos, em virtude de normas não cumpridas que provavelmente atuam sobre o encontro. Os atributos duradouros de um indivíduo em particular podem convertê-lo em alguém que é escalado para representar um determinado tipo de papel; ele pode ter de desempenhar o papel de estigmatizado em quase todas as suas situações sociais, tornando natural a referência a ele, como eu o fiz, como uma pessoa estigmatizada cuja situação de vida o coloca em oposição aos normais. Entretanto, os seus atributos estigmatizadores específicos não determinam a natureza dos dois papéis, o normal e o estigmatizado, mas simplesmente a frequência com que ele desempenha cada um deles. E já que aquilo que está envolvido são os papéis em interação e não os indivíduos concretos, não deveria causar surpresa o fato de que, em muitos casos, aquele que é estigmatizado num determinado aspecto exibe todos os preconceitos normais contra os que são estigmatizados em outro aspecto. Agora, parece, por certo, que a interação

face-a-face, pelo menos na sociedade americana, é construída de forma tal que se torna propensa ao tipo de problema considerado neste ensaio. Parece também que as discrepâncias entre as identidades virtual e real sempre ocorrerão e sempre criarão a necessidade de manipulação de tensão (em relação ao desacreditado) e controle de informação (em relação aos desacreditáveis). E quando os estigmas são muito visíveis ou intrusivos - ou são transmissíveis ao longo das descendências familiares - as instabilidades resultantes na interação podem ter um efeito muito profundo sobre os que recebem o papel de estigmatizado. Entretanto a indesejabilidade percebida de uma propriedade 'pessoal' particular, e sua capacidade para acionar esses processos de normalidade e estigmatização têm a sua própria história, uma história que é regularmente mudada por uma ação social intencional. E embora se possa argumentar que os processos de estigmatização parecem ter uma função social geral - a de recrutar apoio para a sociedade entre aqueles que não são apoiados por ela - e, presumivelmente nesse nível, são resistentes à mudança, deve-se ver que parecem estar implícitas aí funções adicionais que variam muito marcadamente segundo o tipo de estigma. A estigmatização daqueles que têm maus antecedentes morais pode, nitidamente, funcionar como um meio de controle social formal; a estigmatização de membros de certos grupos raciais, religiosos ou étnicos tem funcionado, aparentemente, como um meio de afastar essas minorias de diversas vias de competição; e a desvalorização daqueles que têm desfigurações físicas pode, talvez, ser interpretada como uma contribuição à necessidade de restrição à escolha do par." (GOFFMAN, 1988, pp. 148-50).

#### 4. A teoria dos estereótipos

A teoria dos estereótipos possibilita o estudo da influência das impressões acerca do grupo, de suas características distintivas, sobre o indivíduo nele inserido. Segundo KATZ (1965, p. 315), o estereótipo é uma idéia formada a partir de sentimentos a respeito de certas pessoas ou grupo destas. KRECH e CRUTCHFIELD (1963, p. 396) abordam o estereótipo no sentido sociológico ou estatístico e no sentido psicológico. Sociologicamente ou estatisticamente, o estereótipo refere-se a uma crença ou a uma atitude que são muito divulgadas numa sociedade (p. ex. a crença de que as loiras são menos intelectuais do que as morenas). No sentido psicológico, o estereótipo refere-se a uma crença ou atitude que são muito simplificadas quanto ao conteúdo, e

nas quais os atributos específicos do objeto não são observados, e, além disso, são resistentes à mudança.

Explicam KRECH e CRUTCHFIELD (1963, p. 367), que as pessoas nunca são percebidas como indivíduos isolados, mas sim como membros deste ou daquele conjunto (p. ex. como batistas, católicas, republicanas, democráticas, egípcias, inglesas, etc).

“E, quando percebemos uma pessoa como um membro de um grupo, a personalidade que percebemos é influenciada por aquilo que pensamos a respeito do grupo. Em outras palavras, nossa percepção não é determinada apenas pelos traços próprios da pessoa, mas também pelo ‘contexto’ mais amplo no qual a percebemos. O princípio parte-todo e os fenômenos de assimilação e contraste, atuam tanto na nossa percepção das pessoas quanto na percepção dos objetos. Esses princípios perceptuais ajudam-nos a compreender porque, tão freqüentemente, nossos juízos a respeito das pessoas se apóiam em palavras estereotipadas e são injustos. Muitos americanos, por exemplo, acreditam que os chineses sejam ‘orientais impenetráveis’. Ao encontrar um chinês tímido e um pouco confuso, podemos percebê-lo, portanto, como ‘misterioso e impenetrável’. Este é um caso em que as qualidades percebidas do indivíduo são influenciadas pela sua participação no grupo. Essa influência se dá no sentido da assimilação: a timidez se transforma em ‘impenetrabilidade’. Outro exemplo: alguns americanos acreditam que os negros são pouco inteligentes. Quando tais americanos encontram um negro de capacidade intelectual evidente, podem ter tendência para superestimar sua capacidade intelectual, e vê-lo como pessoa excepcionalmente inteligente. Aqui temos um caso em que as características percebidas do indivíduo são influenciadas por sua participação num grupo - mas, neste caso, a influência se exerce no sentido do ‘contraste’”. (KRECH e CRUTCHFIELD, 1963, p. 367).

A teoria dos estereótipos de CHAPMAN, dedicada à análise estrutural da sociedade e dos seus mecanismos de manipulação e marcação, por seu turno, concluiu que o estereótipo do delinqüente, que é alimentado pelo sistema, permite derivar a carga de agressividade social - que de outra maneira estaria orientada contra os detentores do poder - para as camadas menos favorecidas,

praticantes do delito estereotipado. Esta teoria tem dois traços: 1) a ampla difusão de uma descrição hostil de algumas pessoas ou classes as quais se lhes atribui intenções más e atos desastrosos, assim como a seleção através do sistema administrativo, de pessoas, geralmente débeis e pobres, a quem se lhes outorga a descrição; 2) uma vez que a pessoa é identificada e etiquetada se justifica mais discriminação e assim sucessivamente. A pessoa algumas vezes é levada na direção do estereótipo. O estudo acerca dos estereótipos criminais, assim, levaria a uma análise detalhada da lei para ver até que ponto os diferentes grupos ou classes são tratados de maneira diferente por um mesmo delito ou por delitos distintos na lei, mas idênticos operacionalmente. (CHAPMAN, 1973, p. 174).

Os estudos de CHAPMAN (1973, pp. 169-71) levaram, pois, à identificação do estereótipo do criminoso. Os principais pontos de sua tese podem assim ser resumidos:

a) Todo comportamento desaprovado pode-se manifestar também em formas objetivamente idênticas que são, no entanto, aprovadas ou recebidas com indiferença;

b) Os comportamentos se dirigem para um determinado objetivo, para alcançar aquele no qual se possam escolher condutas objetivamente idênticas, embora umas sejam aprovadas, outras indiferentes; a escolha dependerá da sorte, do conhecimento, da aprendizagem, da educação e - poderíamos acrescentar - da oportunidade;

c) Não há maior diferença entre criminosos e não criminosos que a condenação;

d) O comportamento criminoso é geral, mas a incidência diferencial das condenações é em parte devida à sorte, em parte a processos sociais que dividem a sociedade em classes criminosas e não criminosas, correspondendo as primeiras às classes pobres e dominadas;

e) O delito é um comportamento, definido no espaço e no tempo, realizado por uma pessoa, às vezes em relação à outra (a vítima), à polícia, os advogados, os promotores, os magistrados e os jurados;

f) Tudo isto serve para selecionar, entre um grande número de indivíduos, algumas pessoas com comportamentos idênticos, objetiva e simbolicamente individualizados. É por isso que não se pode fazer nenhuma verificação científica e hipóteses que foram aventadas sobre o delinqüente e o delito, a não ser que sejam selecionados os sujeitos de estudo independentemente das circunstâncias sociais em que se encontram;

g) O delito é um componente funcional do sistema social. Com relação a isto há três aspectos. O primeiro, é que a designação de certas ações como permitidas, toleradas ou condenadas em diferentes circunstâncias é arbitrária; o segundo, é que há uma falta de correspondência entre a ideologia e a conduta; o terceiro, é que há um trato de diferentes grupos sociais para condutas que são absolutamente idênticas, no sentido de que transgridem as mesmas normas tradicionais, porém diferentes em seu tratamento pela lei. Com efeito, no crime, a sociedade é medida por si mesma: ao serem criados estereótipos,

criam-se elementos simbólicos que são facilmente manipuláveis nas sociedades complexas. Na sociedade, existem diferentes estereótipos: o do alcoólatra, que seria um maltrapilho embrutecido pela bebida e deve portanto ser objeto de medidas violentas, ou sanções médicas, psiquiátricas e legais, cujo estereótipo serve para justificar a existência e o comportamento - agressivo e impune - dos alcoólatras das classes média e superior. O estereótipo do jovem *hippie*, drogado, sujo e amoral, serve para justificar a gente bem burguesa, a sua repressão contra os grupos de jovens politizados, considerados perigosos para as classes no poder. Ainda assim, a imagem do ladrão refere-se de preferência ao do pequeno assaltante e se contrapõe à do especulador, cujo comportamento acaba ratificado pela admiração e êxito. A identificação da classe delitiva e seu isolamento social permite a redução da hostilidade da classe social, desviando a agressão que poderia dirigir-se até aqueles com status, poder e riqueza. O criminoso estereotipado é, pois, função do sistema estratificado e concorre para mantê-lo inalterado. Isto permite à maioria não criminosa, redefinir-se com base nas normas que aquele violou e reforçar o sistema de valores do seu próprio grupo. A funcionalidade do crime manifesta-se, assim, da seguinte forma: o delinqüente estereotipado converte-se em um bode expiatório da sociedade. Para este bode expiatório dirige-se toda a carga agressiva das classes baixas da sociedade que, de outra maneira, dirigir-se-ia contra os detentores do poder material e ideológico. Às classes média e alta permite-se descarregar simbolicamente as suas culpas sobre esse grupo pequeno e bem definido de criminosos de classe baixa, de vez que derivam para eles a sua hostilidade contra a classe proletária. Reduzem-se, assim, pois, as tensões de classe. Como se não bastasse, uma vez apontado o delinqüente estereotipado, impede-se que escape ao seu papel sacrificial e seus antecedentes institucio-

→ prevenção especial

nais delitivos mantêm esta identidade, como o demonstra o *labelling approach*;

h) Seguindo a isso, há o problema especial da imunidade de certos membros da sociedade e certos grupos, que decorre do ambiente institucional no qual passam a maior parte de suas vidas, onde realizam algumas de suas atividades:

i) Associado a isto, há processos sociais ocultos que estendem imunidade total ou parcial, ou reduzem o impacto do sistema legal sobre membros de certos grupos. A imunidade que é reservada a certos grupos da comunidade em relação ao aparelho repressivo e judicial é garantida pela privacidade que envolve as suas vidas e atividades, bem como pelo próprio ambiente institucional no qual às vezes desempenham as suas atividades. Às vezes essas pessoas vivem em bairros elegantes onde a polícia não ousaria entrar, onde os fatos delituosos são resolvidos privadamente, através de dinheiro, influências, intervenção das famílias ou do sacerdote. As suas vidas transcorrem em clubes de categoria, rodeados de enormes jardins ou altos muros custodiados. O respeito que inspiram às autoridades de qualquer nível consolida essa imunidade, o que às vezes é devido a processos sociais subterrâneos. Assim, o grau de vulnerabilidade, observação e processo, dependerá da classe social. Por isso é que os jovens de cabelo comprido e os de pele escura têm maior probabilidade de serem observados e detidos, do que os outros;

j) Associado a esta tese central, há o problema do sistema legal como instituição criadora do delito. Uma vez desencadeado, desenvolve uma dialética própria e se encontra às vezes comprometida com os seus próprios meca-

nismos, devendo em certas ocasiões, responder às solicitações sociais para que persiga e castigue qualquer classe de criminosos. Também insiste na “falta de racionalidade” das instituições, que punem fatos sem muita importância social, deixando impunes outros de grande gravidade.

O criminoso estereotipado, assim, seria o indivíduo que “provém geralmente do proletariado ou do subproletariado: cresce em condições econômicas e afetivas precárias que o determinam a ser um adulto instável, agressivo, incapaz para incorporar-se com êxito ao sistema de produção.” (CASTRO, 1983, p. 126). Na imprensa, o delinqüente estereotipado é pobre, moreno escuro, enquanto na televisão é um indivíduo bem vestido e de aspecto e posição acomodados. Quer dizer, que não corresponderiam aparentemente à tese de CHAPMAN. A explicação é simples: a imprensa, como meio de “informação” que é, transmite a “verdade”. A televisão, como meio de entretenimento, transmite “ficções”. Assim, fica inalterado o propósito, e o estereótipo continua cumprindo a sua função social.” (CASTRO, 1983, p. 131).

Há que se ressaltar que a teoria dos estigmas e dos estereótipos apresentam diferenças. a) Em primeiro lugar, para a teoria da estigmatização, embora a pessoa objeto do rótulo seja diferente dos outros, desde o início, por se ter desviado da norma, o rótulo vai distanciando-a e diferenciando-a cada vez mais. Para a teoria do estereótipo a pessoa só é diferente na medida em que é pré-selecionada, como integrante de uma classe social, para integrar a categoria de delinqüente; b) Para a teoria do estereótipo, o delinqüente é vítima de uma sociedade dividida em classes; c) A teoria dos estigmas interessa-se primordialmente pelos problemas psicológicos produzidos no sujeito como consequência da aposição do rótulo. A teoria do estereótipo centraliza-se especi-



almente na análise da sociedade global, em suas estratificações e mecanismos,  
mas fazendo uso do método funcional.(CASTRO, 1983, pp. 132-3).

### **5. A influência dos estigmas e dos estereótipos na seletividade do sistema penal: o aumento da vulnerabilidade do desviado**

Tanto o indivíduo portador de um estigma criminal, como aquele situado no estereótipo do criminoso, são mais facilmente selecionados pelo sistema penal, o que demonstra que a estigmatização e a estereotipação do criminoso torna-o mais vulnerável à ação do sistema.

“Uma vez que a pessoa foi enviada ao cárcere, as suas possibilidades de regressar à vida social normal são diminutas, ou pelo menos muito difíceis. Os seus antecedentes aumentam a sua vulnerabilidade e a sua reincidência. Em alguns casos acontece que o delinqüente se adapta à prisão e aceita o seu papel de bode expiatório. Quando não acontece assim e alguns delinqüentes conhecidos têm êxito em sucessivos delitos, isto contribui para aumentar a agressividade contra o bode expiatório. Se, ao contrário, não tem êxito e se converte em mais um reincidente, contribui para justificar mais ainda o sistema penal. Mas às vezes o oposto dialético encontra o seu lugar, e existem delinqüentes afortunados que se convertem em heróis populares.” (CASTRO, 1983, p. 132).

ZAFFARONI (1991, p. 134) salienta que “o estereótipo alimenta-se das características gerais dos setores majoritários mais despossuídos e, embora a seleção seja preparada desde cedo na vida do sujeito, é ela mais ou menos arbitrária”. E, acrescenta, que o estigma acaba agindo sobre o indivíduo, transformando-o naquilo que o símbolo de estigma propõe.

“A *carga estigmática* produzida por qualquer contato do sistema penal, principalmente com pessoas carentes, faz com que alguns círculos alheios ao sistema penal aos quais se proíbe a coalizão com estigmatizados, sob pena de considerá-los *contaminados*, comportem-se como continuação do sistema penal. Cabe registrar que a carga estigmática não é provocada

pela condenação formal, mas pelo simples contato com o sistema penal. Os meios de comunicação de massa contribuem para isso em alta medida, ao difundirem fotografias e adiantarem-se às sentenças com qualificações como *vagabundos*, *chacais*, etc. Este fenômeno não é privativo do sistema penal, mas nele assume características particulares: uma pessoa começa a ser tratada *como se fosse* e sustentar-se no tempo quase sem exceção, a pessoa passa a se comportar de acordo com o papel atribuído, ou seja, *como se fosse*, e com isso acaba *sendo*. É necessário advertir que no sistema penal não se trata simplesmente de acordo externo, mas também de sério *tratamento* integrado em um complexo processo de deterioração, cuja parte mais importante é feita pela prisão ou cadeia e perfeitamente legalizado através de registros de reincidência, possibilidade de impedir ou dificultar qualquer exercício de trabalho honesto por parte das agências do sistema penal que se ocupam de propagar o *status* do criminalizado. de privar de liberdade periodicamente a pessoa, convertendo-a em um *suspeito profissional*, de tomar os antecedentes como provas de culpa, inclusive por parte dos juizes, etc.” (ZAFFARONI, 1991, pp. 134-5).

Por outro lado, ZAFFARONI (1991, p. 268) salienta que os indivíduos estigmatizados e estereotipados são mais vulneráveis à ação seletiva do sistema penal, servindo de instrumento para que este possa justificar o exercício do seu poder. “É o grau de vulnerabilidade ao sistema que decide a seleção e não o cometimento do injusto, porque há muitíssimos mais injustos penais iguais e piores que deixam o sistema penal indiferente”.

A posição ou estado de vulnerabilidade, segundo ZAFFARONI (1991, p. 270),

“(…) é predominantemente social (condicionada socialmente) e consiste no grau de risco ou perigo que a pessoa corre só por pertencer a uma classe, grupo, estrato social, minoria, etc., sempre mais ou menos amplo, como também por se encaixar em um estereótipo, devido às características que a pessoa recebeu”.

## 6. As teorias tradicionais face ao *labelling approach*

*As teorias tradicionais* acerca do crime, do criminoso e da pena esbarram em óbices internos ao próprio sistema penal ao qual dão sustentação ideológica. À “ideologia de defesa social” que permeia a ação do sistema penal encontram-se contrapostas diversas teorias, que não somente ameaçam a ideologia tradicional, mas obstaculizam o seu avanço e determinam o seu desfalecimento ao menos a nível teórico. Formularemos, a seguir, uma breve síntese das teorias desconstrutoras da ideologia de defesa social, para em seguida abordarmos, especificamente, a desconstrução promovida pelo *labelling approach* em face das teorias tradicionais, uma vez que esta é a linha teórica que orienta esta pesquisa.

Conforme nos reportamos no item 4 do primeiro capítulo, a “ideologia da defesa social” é estruturada em cima de determinados princípios, que na verdade dão sustentáculo, também, a todo o sistema penal. Estes princípios são o princípio do bem e do mal, o princípio da culpabilidade, o princípio da legitimidade, o princípio da igualdade, o princípio do interesse social e do delito natural e o princípio do fim e da prevenção. Tais princípios, no entanto, estão sendo questionados por diversas teorias que demonstram que os mesmos foram construídos sobre premissas falsas. Assim, o princípio do bem e do mal é questionado pela teoria funcionalista da anomia (DURKHEIM e MERTON), que sustenta que as causas do desvio criminal não se localizam nem na patologia individual nem na patologia social e que a criminalidade é um fenômeno “normal” de toda a estrutura social e que cumpre uma função positiva, devido ao seu caráter inovador, somente sendo negativo à estabilidade e evolução do sistema social, quando supera os limites da sua função. O princípio da culpa-

bilidade é questionado pelas teorias das subculturas criminais (SUTHERLAND e. A. COHEN), no sentido de que o delito não pode ser interpretado como a expressão de uma atitude interior reprovável porque dirigida conscientemente contra valores e normas existentes na sociedade, isto porque, segundo as teorias das subculturas criminais, inexistente um único sistema oficial de valores, mas uma série de subsistemas que se transmitem aos indivíduos mediante mecanismos de socialização e aprendizagem específicos dos ambientes e grupos sociais particulares nos quais se inserem, sendo que transcende ao poder de decisão do indivíduo e, portanto, a sua responsabilidade moral, o fato de participar ou não de determinada subcultura e, em consequência, de aprender um determinado sistema de valores ou ainda determinados comportamentos desviantes ou “técnicas de neutralização” (SYKES e MATZA) alternativas aos critérios de comportamento e de valoração. O princípio da legitimidade resulta contrariado pelas teorias psicanalíticas da criminalidade e do Direito Penal (FREUD, REIK, STAUB, REIWALD, OSTERMEYER e NAEGELI), pois os mecanismos psicossociais da pena por elas ressaltados, como, p. ex., a projeção do mal e da culpa no “bode expiatório”, substituem as funções preventivas e éticas nas quais se baseia a ideologia da defesa social. O princípio da igualdade é convincentemente refutado pelas teorias que se abrigam no *labelling approach*, em cujo âmbito se demonstra que o desvio e a criminalidade não são entidades ontológicas pré-constituídas, identificáveis pela ação das distintas agências do sistema penal, mas sim uma qualidade atribuída a determinados sujeitos por meio de mecanismos oficiais e não oficiais de definição e seleção. O princípio do interesse social e do delito natural é questionado pelas teorias do conflito que, também desenvolvidas sobre a base do *labelling approach*, tratam de localizar as verdadeiras variáveis do processo de definição nas relações de poder e nos grupos sociais, eviden-

ciando que, na origem do processo de criminalização (primária e secundária) não residem interesses fundamentais para uma determinada sociedade ou diretamente para toda sociedade civilizada, mas interesses dos quais são portadores os grupos que detém o poder. Finalmente, o princípio do fim e da prevenção resulta questionado pelo resultado das múltiplas investigações acerca da efetividade dos fins atribuídos à pena, as quais partem das diferentes correntes antes mencionadas e que contestam especialmente os fins ressocializadores da pena.(BARATTA, 1993, pp. 40-119) e ANDRADE, 1997, pp. 200-2).

É importante ressaltar que em meio às teorias antes referidas, são as teorias que se abrigam no *labelling approach* aquelas que mais evidentemente formarão uma barreira às teorias tradicionais, posto que as mesmas constituem, ao lado de outras correntes, um forte modelo de desconstrução do moderno sistema penal. Por isso far-se-á, nos itens que se seguirem, uma rápida relação de aspectos que levam a uma desconstrução das teorias tradicionais do crime, do criminoso e da pena, à luz do enfoque do etiquetamento.

Desta forma, *as teorias do crime* também podem ser desconstruídas, a partir do *labelling approach*, à medida que este nega a existência do delito como entidade preexistente, mas sim como resultante de um processo de criminalização de criação (criminalização primária) e aplicação (criminalização secundária) de normas. As categorias que tradicionalmente dão suporte à teoria do crime (tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade), na verdade, não explicam por si a existência do crime, posto que este depende precipuamente da ação das diversas agências do sistema penal, sem a qual o delito não existe. A desconstituição do crime como entidade pré-constituída ao processo de crimi-

nalização torna inócua a discussão acerca dos elementos do crime, na concepção analítica, posto que a existência deste dependerá precipuamente do desencadeamento do processo de criminalização, que é fiel ao princípio da seletividade do sistema penal. Deixamos de nos aprofundar sobre as teorias desconstrutoras da teoria do crime, face à sua amplitude, bem como por nos interessarem apenas os aspectos relativos ao *labelling approach*. Além disso, conforme nos reportamos no item 3 do capítulo anterior, os institutos dos *antecedentes* e da *reincidência criminal* guardam maior afinidade com as *teorias do criminoso* e da *pena*, motivo pelo qual nos aprofundaremos em relação a esta.

*As teorias do homem criminoso*, que partem do pressuposto da existência, em certas pessoas, de tendências ao crime, ou de características ou condições que as tornam mais ou menos perigosas, na verdade também são questionadas à luz do *labelling approach*, à medida que, segundo este enfoque, a existência do criminoso depende da seleção prévia das agências de criminalização (polícia, Ministério Público e Poder Judiciário), sem a qual “o criminoso” não será conhecido. Os estudos realizados pela Escola Positiva, que concluíram pela existência de classes específicas de criminosos (tipologia criminal), bem como pela periculosidade do delinqüente, tiveram como objeto indivíduos já selecionados, etiquetados, estigmatizados e estereotipados pelo sistema. Assim, os dados sobre os quais se debruçaram os positivistas nos seus estudos eram dados incertos, que não refletiram a realidade.

“Os sujeitos que observava clinicamente para construir a teoria das causas da criminalidade eram indivíduos caídos na engrenagem judiciária e administrativa da justiça penal, sobretudo os clientes do cárcere e do manicômio judiciário, indivíduos selecionados daquele complexo sistema de filtros sucessivos que é o sistema penal.” (BARATTA, 1993, p. 28).

Importa aqui mencionar que o método estatístico, propugnado pela Estatística Moral ou Escola Cartográfica, segundo a qual “o crime é um fenômeno social, de massas, não um acontecimento individual” (MOLINA, 1992, p. 111), influenciou a Escola Positiva, através da valorização dos registros das pessoas selecionadas e criminalizadas pelo sistema penal, o que acabou propiciando um universo cognoscitivo restrito aos criminólogos positivistas, uma vez que todas as pessoas que praticaram atos definidos como crimes, mas que não se viram selecionadas pelo sistema penal, não constaram das estatísticas e, via de consequência, não se transformaram em objeto de investigação científica. Como também aquelas que foram indevida ou erroneamente selecionadas sem terem incidido em qualquer conduta, por não deverem constar das estatísticas, acabaram interferindo no resultado das investigações, tornando-as questionáveis à luz do método experimental. Além disso, segundo SOUZA (1982, p. 73), muitos médicos que exercem tarefas ligadas ao combate à criminalidade não aceitam as tipologias criminais, por serem anti-científicas, posto que se utilizam de uma terminologia que não reflete a verdade sobre a personalidade do delinqüente.

Por fim, *as teorias da pena*, abordadas no item 2.3, do capítulo terceiro, que, segundo as teorias tradicionais, visam cumprir um fim intrínseco (retribuição) ou extrínseco (a defesa social), também podem ser contestadas à luz do *labelling approach*, à medida em que, na verdade, acabam apenas produzindo a deterioração da individualidade do indivíduo criminalizado, transformando-o em um ser “diferente”. As teorias da pena, no novo paradigma, podem ser desconstruídas gradualmente, quer sejam as teorias absolutas ou relativas. É o que se procurará esboçar nas próximas linhas.

Para a teoria da retribuição, o sentido da pena assenta em que a culpabilidade do autor seja compensada mediante a imposição de um mal penal. O fim da pena estaria em si mesma, ou seja, para realizar a idéia de justiça. Esta teoria é contestada “porque deixa na obscuridade os pressupostos da punibilidade, porque não estão comprovados os seus fundamentos e porque, como profissão de fé irracional e além mais contestável, não é vinculante”. (ROXIN, 1993, p. 19). Assim, a teoria da retribuição deixa ao legislador um “cheque em branco”, não estabelecendo o limite, “quanto ao conteúdo”, do poder punitivo do Estado. Também não se sabe se o fundamento da responsabilidade é moral, posto que é impossível demonstrar se o homem é ou não dotado de livre-arbítrio, fundamento da culpa. Por fim, se o fundamento da pena é um ato de fé, em razão da “teologia cristã”, que remete à divindade a fonte do poder punitivo da justiça terrena, haveriam as sentenças que ser pronunciadas em nome de Deus e não em nome do povo. A pressuposição contraria a máxima dos regimes democráticos, de que todo poder emana do povo e em seu nome deve ser exercido. (ROXIN, 1993, pp. 16-9).

A teoria da prevenção geral positiva, ou “prevenção-integração”, também, a exemplo das demais teorias acerca da pena, se depara com severas objeções. Do ponto de vista “interno” da própria teoria da prevenção-integração”, BARATTA (1985, pp. 16-22) ressalta que esta teoria, como sucedâneo da teoria sistêmica, poderia buscar uma alternativa radical ao sistema penal, em vez de relegitimá-lo. A teoria sistêmica, também, compreende que os conflitos em sociedades complexas se manifestam em lugares e sistemas diversos daqueles nos quais são produzidos, enquanto a resposta penal propugnada pela teoria da prevenção-integração se opera no lugar onde os con-



flitos se manifestam e não naquele onde se produzem. Além disso, a teoria da prevenção-integração leva em consideração apenas os efeitos positivos da pena, desconhecendo todos os argumentos e observações que põem em evidência o fato de que o sistema penal produz altos custos sociais e gravíssimos efeitos sobre a integração social e a confiança nas instituições, especialmente no que se refere aos efeitos degradantes causados pela pena privativa de liberdade no âmbito familiar e social do detido; no distanciamento social gerado pela estigmatização penal, que interrompe ou de qualquer modo prejudica o contato social do estigmatizado com o resto da sociedade; na profunda desconfiança produzida pela percepção do funcionamento seletivo e desigual do sistema penal e pelas distorções que tem lugar no uso de seus diversos instrumentos institucionais (p. ex. a prisão preventiva, que tem deixado de ter uma função processual e assumido um caráter “punitivo”), bem como, ainda, as dificuldades que o processo penal interpõe à possível reconstrução de uma comunicação entre autor e vítima do delito, no âmbito da qual a solução dos conflitos poderia ter uma conciliação privada, muito mais funcional que a pena para os fins da integração social. Em uma perspectiva externa, BARATTA ressalta que a teoria da prevenção-integração substitui a teoria da ressocialização, o que reforça a idéia da impossibilidade de reeducar no interior do sistema penal. Além disso, a teoria da prevenção geral positiva, congruente com a sua concepção sistêmico-funcionalista de sociedade e de direito, compreende a resposta penal como uma contradição simbólica de caráter expressivo do ato desviado, deixando claro que na linha de distinção entre “latência” e “visibilidade” dos conflitos, o que mais põe em perigo a confiança nas instituições não são as violações latentes da norma, mas as graves e manifestas. Em outras palavras, é um determinado nível de visibilidade social do desvio e de alarma social e não a cifra obscura da delinqüência o que pro-

voca a resposta penal baseada no princípio da prevenção-integração, o que acaba legitimando o princípio da seletividade do sistema e dos processos de imunização da resposta penal, dos quais dependem estreitamente os graus de visibilidade social da criminalidade em uma determinada sociedade. Em suma, BARATTA conclui que a teoria da prevenção-integração desenvolve uma função conservadora e legitimante das tradicionais concepções e gestões penais dos conflitos de desvios. Sua contribuição ao conhecimento, construção e gestão dos conflitos não vai mais além da chamada “cultura do sistema penal”, oferecendo, sim, um novo suporte a esta cultura e reconfirma sua principal função: a reprodução ideológica e material das relações sociais existentes.

À teoria da prevenção geral negativa, segundo a qual as penas devem encontrar a sua justificação principalmente na “intimidação geral”, é contestada pelas mesmas razões já aduzidas em relação à teoria da retribuição, acrescentando-se, ainda, que “não se pode fundamentar o poder punitivo do Estado nos seus pressupostos, nem limitá-lo nas suas conseqüências; é político-criminalmente discutível e carece de legitimação que esteja em consonância com os fundamentos do ordenamento jurídico” (ROXIN, 1993, p. 25). Na verdade, a teoria da prevenção geral negativa não afasta os erros em que se incorreu nas demais teorias, porquanto não oferece uma solução ou limite para o poder punitivo estatal. Ao contrário, a tendência desta teoria é a instalação do “terror estatal”, uma vez que pretende intimidar através da pena e este poder de intimidação, que deve atingir a todos indistintamente, tende a ser cada vez maior (a utilização das penas cruéis e os abusos do passado encontram nesta teoria o seu fundamento). Além disso, não se conseguiu comprovar em muitos grupos de crimes e de delinqüentes, até agora, os efeitos intimidativos da pena, podendo-se aceitar, até, que o homem médio, em situações normais,

se deixa influenciar pela ameaça da pena, mas tal não sucede, em todo caso, com delinquentes profissionais, nem tão pouco com os delinquentes impulsivos ou passionais ocasionais. (ROXIM, 1993, pp. 23-4). RICO (1979, p. 14 e 20) adverte para o fato de que a noção de intimidação se baseia em certo número de hipóteses, a maioria das quais não podem ser comprovadas empiricamente. Ressalta, também, que a investigação criminológica nos mostra, de outra parte, que, ante a ameaça, existem diferenças importantes de atitudes segundo as sociedades, os indivíduos que as formam, os tipos de conduta sobre os quais se pretende exercer a intimidação, a forma de transmitir a ameaça, a aplicabilidade e a credibilidade da mesma e suas conseqüências. No que concerne às diferenças segundo as sociedades, destaca-se que a ameaça penal é exercida pelas diversas sociedades diferentemente, de tal sorte que para o mesmo fato, alguns planejam penas mais severas, enquanto outros, penas mais brandas. Quanto às diferenças segundo os indivíduos, a ameaça penal ou a intimidação exerce diferente influência sobre os indivíduos, de acordo com as suas personalidades, de tal sorte que os pessimistas são mais intimidáveis que os otimistas, os impulsivos são menos intimidáveis que os demais, os jovens, por se preocuparem, via de regra, pouco com o futuro, são menos intimidáveis que os demais. Também as pessoas autoritárias, que em geral são rebeldes a qualquer tipo de ordem, são mais dificilmente intimidáveis. As classes sociais inferiores estão mais imunes à intimidação, não somente porque normalmente pensam e atuam conforme as circunstâncias do presente apenas, como também porque as estatísticas assim o indicam, devido à sobrecarga destas classes nas estatísticas oficiais.<sup>105</sup> Por outro lado, as pessoas pertencentes às escalas sociais superiores, que se consideram triunfantes e não dispostas a per-

---

<sup>105</sup> Esta afirmação é passível de ser contestada à luz das teorias da seletividade e dos estereótipos, uma vez que as classes mais baixas, devido ao estereótipo, são mais vulneráveis e por isso mais facilmente selecionadas pelo sistema penal no processo de criminalização (primária e secundária).

der as suas posições, são mais sensíveis à ameaça das penas. A intimidação produz efeitos diferentes, também, segundo os tipos de conduta que se deseja proibir. Assim, nas infrações contra a pessoa, o homicídio constitui um exemplo típico de conduta irracional, em relação à qual a pena mais severa (a pena de morte) não exerce nenhum efeito intimidante. Nos delitos patrimoniais os “amadores” são mais intimidáveis que os “profissionais”. Nos delitos de colarinho branco, a pena exerce certa intimidação, face ao tempo que os indivíduos se dedicam a tal prática, evitando, assim, a sua captura. As penas pecuniárias, no entanto, exercem pouco efeito intimidativo neste tipo de delito. Também nos crimes sexuais a intimidação produz nenhum efeito. Nos delitos sem vítima (aborto e drogas, p. ex.) as penas produzem escasso valor intimidante. Nas infrações de trânsito constataram-se certos efeitos intimidantes da pena. O efeito da intimidação também varia conforme o grau de motivação para delinquir (p. ex. o viciado em drogas está mais predisposto a roubar para adquirir a droga, o que o faz menos sujeito à intimidação). O contexto emocional também afasta o efeito da intimidação, em relação aos atos que resultam de um impulso súbito e irracional. A intimidação produz efeitos diversos de acordo com a forma de transmitir a ameaça da sanção, de tal sorte que se a pessoa não sabe que tal conduta é proibida e qual a sua pena, a ameaça penal não produzirá nenhum efeito. O maior efeito da intimidação se dá no momento em que a publicação da ameaça penal alcança o seu ponto culminante, logo após a sentença. Sabe-se, no entanto, que em geral o público não conhece as penas em que incorrem os delinquentes, não obstante o grande mito do Direito Penal de que é dever do cidadão conhecer as leis. Contraditoriamente, verifica-se que pessoas que detém o conhecimento pleno da ameaça (p. ex. policiais) envolvem-se em delitos graves (como p. ex. seqüestros e homicídios), demonstrando que, apesar do conhecimento da ameaça, exerce esta pouca in-

timidação. A aplicação da ameaça interfere na sua credibilidade pelo público valorizando ou não a intimidação. Assim, frente à teoria da seletividade, a ameaça da pena perde o seu valor, pois a população somente sofre a intimidação desejada pela pena, quando esta é posta em prática. Se, conforme demonstrado na teoria da seletividade, o sistema penal consegue criminalizar apenas uma insignificante parcela de fatos criminalizáveis, a população acaba descreditando no efeito intimidativo da pena, fazendo com que o efeito desejado pela pena deixe de existir. As conseqüências da ameaça também podem interferir na intimidação. A pena é uma das conseqüências do delito. Portanto, a eficácia intimidativa das penas pecuniárias depende da situação econômica do indivíduo a quem se aplicam, podendo ser eficazes em relação àqueles movidos por um afã de lucro, sabendo-se que em geral tais penas não são exemplares ou intimidativas, ao contrário das penas de prisão que são mais eficazes neste sentido. Quanto às penas de sofrimento físico ou de morte, nada têm conseguido provar as investigações criminológicas. A pena de morte, segundo BAQUERIZO(1986, v. 2. pp. 104-55), não intimida, nem serve como exemplo. Não é necessária nem útil à sociedade. Quanto à intimidação relacionada à pena de morte deveria decorrer da própria pena, ou seja, a existência da pena em si prevista no ordenamento jurídico deveria ser suficiente para diminuir a incidência de crimes, enquanto que a exemplaridade é decorrente da própria execução da pena. Quando se fala na intimidação causada pela pena de morte, há que se reportar aos países que adotaram e a adotam. Primeiramente há que se considerar que historicamente a pena de morte vem sendo abolida dos ordenamentos jurídicos penais de diversos países, por não ter cumprido com as suas funções, dentre elas a de produzir a intimidação e reduzir a prática de crimes. O que se verifica, no entanto, é que, além de não cumprir com as suas promessas, a pena de morte tem causado um aumento na

incidência dos crimes punidos com esse tipo de pena. A pena de morte também não é exemplar, tanto é que o próprio Estado tem reconhecido tal verdade ao esconder a execução e negar publicidade direta ao ato de matar em nome do Estado. A exemplaridade não radica na simples imposição da pena, a qual se sabe através de terceiras ou quartas pessoas de que se “fez justiça”, senão de que o povo veja e experimente como testemunha a execução do condenado. E para que tal espetáculo presenciado em primeira mão, como testemunha visual, seja exemplar, deve ser rodeado de toda uma solenidade teatral, acompanhada dos mais cruéis sofrimentos para que possa dizer-se que se tem produzido o efeito exemplificador que se deseja. Há que se considerar, no entanto, que, mesmo que se verifiquem todos os requisitos da exemplaridade, esta produz pouco efeito entre os criminosos em potencial. Tal fato foi constatado em pesquisas estatísticas realizadas na França e na Inglaterra, as quais demonstram que 70% dos executados à pena de morte haviam presenciado alguma vez a execução de um delinqüente. Tudo isto leva à firme conclusão de que a pena de morte, pela intimidação ou exemplaridade não é capaz de evitar a prática de novos delitos por outras pessoas, uma vez que o executado, obviamente, não disporá desta condição por resultar extinto. O efeito da intimidação e da exemplaridade a ser produzido pela pena de morte permanece neutralizado pela teoria da seletividade, que demonstra que o sistema penal criminaliza somente algumas pessoas, etiquetando-as como criminosas, as quais são criteriosamente selecionadas. Esta seleção, realizada sob uma ínfima parcela da sociedade, faz com que os criminosos (que se constituem na maior parte da sociedade) desacreditem que serão selecionados. Em geral o delinqüente não pensa quando executa o delito, nem nas conseqüências deste, caso seja descoberto e considerado culpado. Confia, primeiramente, que não será descoberto o delito por ele praticado. Caso descoberto o delito, acredita que

não será identificado como o seu autor. Se for descoberto como o autor do crime, confia que não será preso nem processado. Se o for, acredita que será absolvido. Se for condenado, crê que não será apenado com a pena capital. Na verdade, conforme acentuou, incertos são os resultados a serem alcançados pela intimidação, que atingiria muito mais os tímidos, os respeitosos das normas jurídicas que, com a pena de morte ou sem ela, não cometeriam delito algum, muito menos o mais grave de todos. Além disso, segundo estudos psicológicos, além de banalizar a morte, a pena funcionaria como “vis atrativa”, ou seja, no lugar de servir de intimidação para certos assassinos, constituir-se-ia em um estímulo para assassinar, pois a maioria dessa classe de delitos se realizam com a esperança que tem o agente de morrer no patíbulo. Por fim, ROXIN (1993, pp. 23-4) assinala uma terceira objeção ao princípio da prevenção geral negativa que decorre do fato de que a pena é compreendida como um meio para se alcançar pessoa diversa do que o criminoso, sendo difícil de compreender que possa ser justo que se imponha um mal a alguém para que outros omitam-se de cometer um mal.

A teoria da prevenção especial positiva, que apregoa que o fim da pena é a ressocialização do criminoso, ou seja, a realização da “ideologia do tratamento”, fazendo o indivíduo criminoso readaptar-se aos preceitos da sociedade, partindo do pressuposto de que esta é boa e saudável, encontram sérias restrições por parte do discurso desconstrutor do *labelling approach*, que muito bem demonstra que a ação do sistema penal é em sentido inverso ao fim ressocializador. CONDE (1982, pp. 135-54) contesta a ideologia do tratamento em face dos seguintes argumentos: 1) se é a sociedade quem define as condutas criminais (criminalização primária) e quem aplica as regras que definem estas condutas aos indivíduos (criminalização secundária), é ela, em

suma, quem cria a criminalidade e, por isto, não há porque se falar em ressocialização, posto que não é o delinqüente, se é a própria sociedade quem produz a criminalidade; 2) para que haja a ressocialização, há a necessidade de que haja, também, um processo de interação entre o indivíduo criminalizado e a sociedade, é um processo bilateral. No entanto, a ressocialização é imposta ao indivíduo, de tal sorte que este está impossibilitado de questionar as normas sociais, nem sequer as estruturas ligadas diretamente ao delito cometido. Portanto, a ressocialização somente seria possível se o indivíduo tivesse condições de aceitar voluntariamente e espontaneamente o fundamento moral da ressocialização, sem o que estará submetido ao domínio de outros (dos que construíram o sistema de valores, ou seja, a classe dominante), o que implicaria grave lesão à livre autonomia individual; 3) nem todo delinqüente deve ser objeto de uma ressocialização, porque nem sempre, pelo fato de haver cometido um delito, o indivíduo rompe a sua vinculação com a sociedade e deixa de respeitar a legalidade penal desta, o que via de regra ocorre com os delinqüentes ocasionais e com os autores de delitos de pouca importância. A ressocialização, assim, se aplicaria de forma seletiva, ou seja, seria necessária apenas em relação aos crimes graves e de certa importância social. No entanto, também em relação a estes é possível questionar a necessidade da ressocialização, posto que em delitos como do “colarinho branco” ou de crimes de guerra (p. ex. os nazi-fascistas), nenhum deles aparece como necessitado de ressocialização, posto que nenhum delinqüente adaptado aos padrões da vida burguesa está necessitado de ressocialização; 4) sendo que a legalidade penal representa os interesses e valores da sociedade burguesa, é lógico que será objeto da ressocialização somente aquele comportamento que não corresponda às expectativas de condutas da classe média, destruindo, assim, os elos que uniam o delinqüente à sua anterior sociedade habitual; 5) a situação de falta



de liberdade que existe em uma prisão torna impossível um efeito ressocializador em um delinqüente, tendo um efeito contrário; 6) o tratamento penitenciário é ineficaz, dadas as precárias condições existentes atualmente nas prisões; 7) a imposição de um tratamento representa um perigo aos direitos fundamentais do indivíduo; 8) a ausência de meios humanos e materiais implica a impossibilidade da realização de um tratamento minimamente eficaz; 9) a vida na prisão impõe que o indivíduo se agregue a uma subcultura, ou seja, à sociedade carcerária, sob pena de sofrer sanções impostas pelos próprios companheiros (isolamento, maus tratos e morte), cujo processo de adaptação à vida carcerária segue em sentido inverso ao que pretende o tratamento ressocializador, gerando uma “desculturação” (GOFFMAN) ou “enculturação”, ao que CLEMMER denominou “prisionização”, através do qual o preso adota, em maior ou menor grau, os usos e costumes, tradições, e cultura do estabelecimento penitenciário onde se encontra. Desta forma, os efeitos negativos da prisionização, para o tratamento ressocializador são evidentes. O interno não só não aceita os valores mínimos cujo respeito pretende conseguir o processo ressocializador, como aprende outros distintos e ainda totalmente contrários a estes valores. No cárcere o sujeito não aprende a viver em sociedade, senão a prosseguir e a aperfeiçoar a sua carreira criminal através do contato e das relações com outros delinqüentes. Este processo de “prisionização” é efeito das etiquetas negativas, as quais produzem subculturas.

Por fim a teoria da prevenção especial negativa, que parte do pressuposto de que o criminoso deve ser intimidado, neutralizado ou aniquilado, também pode ser questionada em seus três aspectos. A intimidação através da pena pode ser contestada pelo argumento de não estar demonstrado em relação a quais criminosos e crimes exerce o seu efeito. As investigações crimi-

nológicas nos indicam que não se pode afirmar que a experiência do castigo intimida o delinqüente condenado. Por certo, que em relação a criminosos profissionais e passionais a influência é mínima, os primeiros pela sua capacidade de afronta à lei. Os segundos devido às circunstâncias em que praticam os crimes, que os impede de refletir. RICO (1979, pp. 38-42) menciona que o castigo produz um efeito duplo e ambíguo: por um lado aumenta no delinqüente a sua percepção da realidade, ou seja, do conhecimento da aplicabilidade da pena; por outro, o torna menos sensível aos seus efeitos. Assim, a experiência do castigo pode aumentar ou diminuir a ansiedade do sujeito em relação à punição. Essa experiência, também, só constitui um dos fatores capazes de condicionar a conduta humana. O efeito intimidante da pena sobre o condenado é avaliado por alguns à luz da reincidência. Supõe-se, assim, que o castigo produziu o efeito desejado se o condenado não recair no delito. Se recair, a intimidação fracassou. No entanto, não há critérios para definir o êxito ou o fracasso da intimidação, ou do período durante o qual o indivíduo não deve delinqüir para que se possa considerar que a pena imposta tenha sido eficaz. Um aspecto relevante revelado pela investigação criminológica acerca da intimidação especial, diz respeito ao fato de que os indivíduos condenados por crimes graves estão mais predispostos que os demais a cometer, mais tarde, outros delitos. A eficácia do castigo e do seu efeito intimidativo sobre o condenado também pode ser analisada à luz de fatores tais como a preparação profissional do liberto, suas relações pessoais, suas atitudes particulares, em especial em relação às autoridades. Apesar dessas conclusões, afirmam os estudiosos da pena que é sumamente difícil a pesquisa sobre os efeitos da ameaça penal sobre o condenado, isto porque é praticamente impossível reproduzir em laboratório os estímulos emocionais e condições tão complexas

como aquelas decorrentes da ameaça originária das penas privativas de liberdade sobre o condenado, com vista a evitar a recaída no delito.

Quanto às penas neutralizadoras e aniquiladoras, além de representarem um retrocesso histórico, geram apenas a destruição do gênero humano, principalmente dos indivíduos mais vulneráveis ao poder de seleção do sistema penal, haja vista a estigmatização e estereotipia. As penas neutralizadoras, ou seja, aquelas que, embora não aniquilando o indivíduo criminalizado, visam neutralizar a possibilidade deste vir a praticar novas infrações através principalmente de penas privativas de longa duração ou perpétuas, também são contestadas à luz de inúmeros argumentos, dentre eles o elevado custo financeiro para o Estado e a redução ou eliminação da “esperança” (que é a mola propulsora da vida humana) de se ver em liberdade novamente inserido no contexto social, o que tem sido fatores de difícil administração pelos órgãos encarregados da administração penitenciária, como também de agravamento da violência, porquanto os indivíduos submetidos a estes tipos de penas acabam liderando movimentos de indisciplina no estabelecimento prisional, produzem novos delitos no interior do presídio contra outros presos ou funcionários, bem como procuram buscar, sob qualquer pretexto, a fuga do estabelecimento, e quando alcançam o seu exterior são levados, pela própria inexistência de esperança, a praticar novas infrações penais.

As penas aniquiladoras, ou seja, a pena de morte, segundo BAQUERIZO (1986, v.2), constituem uma violência institucional, ou seja, uma violência proveniente das esferas do poder governante, que tem por principal função a defesa da vida, isto porque a vida merece respeito em todas as ordens e instituições, sem condições e exceções. Contestada à luz dos preceitos religiosos

cristãos, a pena de morte é proibida pelo quinto mandamento divino (“não matarás”), tendo seu emprego sido realizado por instâncias da Igreja Católica Apostólica Romana, às quais BAQUERIZO (1982, v.2. p. 219) denomina de “segundos cristãos”, em decorrência do envolvimento do clero com o poder político, mais precisamente após a tomada do poder romano por Constantino I, no ano de 312, que redundou, mais tarde, na matança de hereges pela “Santa Inquisição”. Atualmente, não somente a Igreja Católica, mas todas as demais de orientação cristã, procuram resgatar o sentido do perdão apregoado por Jesus Cristo, posicionando-se contrárias ao emprego da pena de morte.

Inúmeros são os estudiosos do Direito Penal que se manifestaram contrários à pena de morte, por estar esta desprovida de qualquer propósito, destacando-se, dentre eles, BECCARIA, CARRARA, LISZT, BETTIOL, SAUER, ROSSI, ROSAL, JIMENEZ DE ASUA, FERRI e LOMBROSO. MAGGIORE, inicialmente partidário da pena de morte, declarou-se posteriormente abolicionista. (BAQUERIZO, 1986, v.2. pp. 147-55).

Dentre os principais argumentos contrários à pena de morte encontra-se a sua “irrevocabilidade”. Este argumento caminha conjunto com aqueles inúmeros que procuram demonstrar o elevado número de erros judiciais, determinados pela investigação criminal direcionada à pessoa de alguém (quando deveria se ater à busca da verdade), pela valorização da confissão do acusado (que propicia que as autoridades policiais empreguem métodos físicos e psicológicos para a obtenção de confissões não verdadeiras, assim como as autoridades judiciais se utilizam da sua superioridade intelectual e cultural na formulação de perguntas capciosas e sugestivas para obterem as respostas que desejarem, induzindo o interrogatório), pelo falso testemunho (que é deci-

sivo e produz efeito em todas as instâncias de avaliação da prova), pela conduta do Ministério Público (conivente e passiva com investigações policiais direcionadas, atuando muitas vezes como mero acusador e preocupado com a incriminação do acusado), pelas perícias criminais (conduzidas por profissionais mal intencionados e/ou despreparados, que deixam de recolher indícios que inocentam o indivíduo, formulam julgamento precipitado e opinam sobre o mérito dos fatos). Essa infinidade de erros judiciais estão claramente demonstrados pela infinidade de recursos providos pelas segundas instâncias, inclusive das decisões destes tribunais pelos tribunais superiores. Além disso, há que se acrescentar que a margem de erro aumenta quando certos crimes (no Brasil os crimes dolosos contra a vida) estão afeitos ao Tribunal de Júri, que julga por critérios emocionais, sujeito a toda sorte de influência, dependendo a condenação ou absolvição mais da atuação dos órgãos encarregados da persecução criminal, em especial das partes (Ministério Público e Defesa) do que propriamente do conjunto probatório existente no processo. Uma vez detectado o erro judicial, em caso de pena de morte, é irreversível a consequência advinda daquele tipo de pena, posto que é impossível o restabelecimento da vida do apenado.(BAQUERIZO, 1986, v.2. pp. 169-94).

### **7. Os *antecedentes* e a *reincidência criminal* como estigmas do desviado.**

As teorias que se orientam pelo *labelling approach*, conforme já demonstrado, permitem concluir que o desvio e o desviado, ao contrário do preconizado pelas teorias tradicionais, não são entidades pré-constituídas, mas sim, produto de um processo desencadeado pelo sistema penal. A existência do desvio e do desviado depende da ação efetiva das instâncias do controle

formal, que se realiza de forma altamente seletiva, sobre determinadas condutas (criminalização primária) e pessoas (criminalização secundária). A programação de condutas criminalizáveis se faz através da seleção dos bens jurídicos que se deseja tutelar em meio a uma lista infindável deles, na qual são privilegiados os interesses dos “criadores das normas”. Este processo de programação das condutas implica, na verdade, a definição de “etiquetas”. Em um segundo estágio do processo de criminalização as etiquetas programadas são impostas a determinadas pessoas especialmente selecionadas, de modo tal que nem todas as pessoas sujeitas a etiquetas são etiquetadas. Portanto, tanto a definição das etiquetas, quanto a imposição delas às pessoas, observam o princípio da seletividade, isto porque a noção de que o rol de condutas criminalizáveis e de pessoas sujeitas à criminalização é uma minoria (princípio do bem e do mal), não corresponde à realidade. Se infindáveis são as condutas possíveis de serem abstratamente criminalizadas e se o número de indivíduos que incidem nas referidas condutas também é expressivo, impossibilitado resta o sistema penal de tipificar todas as condutas maléficas, como impossibilitado está de realizar a criminalização secundária nos termos da programação atual, submetendo-se, portanto, ao princípio da seletividade. Esta seleção faz-se com base em critérios que privilegiam os grupos detentores do poder e em prejuízo, muitas vezes, dos demais. A distribuição destas etiquetas pelo sistema penal se faz através das instâncias formais, ou seja, pela Polícia, Ministério Público, Poder Judiciário e Sistema Penitenciário.

As etiquetas negativas, uma vez impostas ao indivíduo, podem induzi-lo a acatar a sugestão contida na etiqueta, o qual acaba sendo aquilo que a etiqueta sugere. A transformação causada pela imposição da etiqueta no indivíduo pode levá-lo à prática de novos desvios (desvio secundário), aprisionan-

do-o a esta condição. Além disso, a etiqueta representa um *estigma*, ou seja, um sinal ou marca, que interferirá na sua relação com os demais, tornando-o identificável socialmente, passando a integrar a sua biografia social. O estigma fará com que o indivíduo passe a identificar-se com o grupo de pessoas que detém o mesmo estigma (os seus iguais), reforçando os efeitos de sua marca e levando-o a aceitar o estigma e a agir em consonância com este. O grupo de pessoas assim estigmatizadas, por sua vez, acaba sendo estereotipado, cujos estereótipos passam a servir de instrumento de identificação dos integrantes do grupo.

A abordagem que se faz neste item, na verdade, representa o ponto culminante desta dissertação, porquanto é a conclusão de que os *antecedentes* e a *reincidência criminal* são estigmas resultantes do processo de criminalização (primária e secundária), que podem levar o indivíduo criminalizado a desvios secundários (carreiras criminais), formando grupos estereotipados, altamente vulneráveis ao poder de seleção do sistema penal.

### **7.1 Os *antecedentes* e a *reincidência criminal* como produto da criminalização primária**

As teorias tradicionais expostas nos capítulos anteriores, compreendem que os *antecedentes* e a *reincidência criminal* constituem fatores de diferenciação dos indivíduos. Estas diferenças fazem com que os indivíduos reincidentes e os detentores de antecedentes sejam inseridos em um grupo específico, sendo considerado como perigoso e recebendo um tratamento processual especial (p. ex. sujeição à prisão preventiva, óbices à fiança, impedimento do recurso em liberdade, etc). Além disso, os *antecedentes* e a *reincidência cri-*

*minal* são elementos que devem interferir na individualização da pena (influindo na cominação, na aplicação e na execução penal), conforme a projeção normativa existente. Escorados nos preceitos teóricos tradicionais, os *antecedentes* e a *reincidência criminal* exercem, assim, influência implícita e explícita em todo o processo de criminalização (conforme exposto no capítulo segundo). A programação normativa acerca dos *antecedentes* e da *reincidência* no Direito Positivo Penal, Processual Penal e de Execução Penal brasileiro constitui o produto da criminalização primária. Os criadores das normas (Poderes Legislativo e Executivo), ao valorizarem a influência dos *antecedentes* e da *reincidência criminal*, na verdade, introduziram um critério de seleção para o sistema penal, que diferencia o indivíduo criminalizado dos demais, produzindo não somente *estigmas* mas também *estereótipos* criminais. Os *antecedentes* e a *reincidência criminal* servem, assim, para delimitar o grupo de pessoas que deve ser priorizado na relação realizada pelas agências do sistema penal, no processo de criminalização secundária.

## **7.2 Os *antecedentes* e a *reincidência criminal* como produto do processo de criminalização secundária e seus efeitos na produção do desvio secundário (carreiras criminais)**

Tanto os *antecedentes* como a *reincidência criminal*, conforme os conceitos que apresentamos no capítulo segundo, exigem, para as suas configurações, uma efetiva atuação das agências do sistema penal. O conceito de *antecedentes* remete a todos os fatos, bons ou maus, da vida anteaecta do réu. A tendência das diversas agências do sistema penal, no entanto, é limitar os *antecedentes* aos fatos negativos e principalmente aos que se referem às “passagens” do indivíduo pelas mesmas, ou seja, o seu envolvimento em bo-



letins de ocorrências, termos circunstanciados, investigação de atos infracionais de menores, inquéritos policiais e processos criminais, etc. A *reincidência criminal*, por sua vez, está restrita, pelo seu pressuposto, à passagem do indivíduo, com êxito, pela agência judicial. O que é importante é que a configuração efetiva dos *antecedentes* e da *reincidência criminal* há que decorrer de uma ação efetiva do sistema penal com vistas à criminalização do desvio e dos registros que se fazem dessas criminalizações, que acabam influenciando em outros e posteriores fatos. Portanto, não obstante os *antecedentes* possam ser produto das instâncias informais do controle (família, escola, igreja, vizinhança, etc), mas que, via de regra, não são considerados no processo de criminalização a despeito do conceito formulado pela Dogmática Penal, o que se verifica é que os *antecedentes* e a *reincidência criminal* somente produzem influência se houver, por parte das diversas agências do sistema penal, uma ação efetiva neste sentido. Em outras palavras, não haverá *antecedentes* e a *reincidência criminal* se o sistema penal não possuir um banco de dados capaz de informá-lo a respeito. Por outro lado, nenhum efeito produzirão se as agências encarregadas não lograrem êxito neste sentido, ou seja, se não aceitarem a sua influência, ou se, em a aceitando, não viabilizarem esforços para que tal influência se verifique. Por isso é que os *antecedentes* e a *reincidência criminal* são, não somente o resultado do processo de criminalização primária, como também do processo de criminalização secundária.

Em função dos processos de criminalização primária e secundária o indivíduo criminalizado passa a incorporar valores negativos, ou seja, certos designativos provisórios que lhe são atribuídos durante o processo de criminalização secundária, tais como indiciado, noticiado, representado, requerido, autor do fato, denunciado, querelado, acusado, réu, condenado, apenado, pre-

so, liberado, etc., quer sejam definitivos em razão destes mesmos processos, como por exemplo, ladrão, homicida, estelionatário, traficante, estuprador, assaltante, etc., os quais são transportados para a vida social. Estas designações acabam se transformando em *estigmas* que passam a identificar pessoal e socialmente o indivíduo, interferindo no processo de interação com as demais pessoas, em especial, com os órgãos do sistema penal. As marcas produzidas através do processo de criminalização constarão dos registros oficiais, incorporando-se ao patrimônio negativo do indivíduo, influenciando fortemente na atuação dos operadores do sistema penal, orientados que são, em razão da ideologia da defesa social, a um tratamento diferencial em relação aos demais, em cujos registros nada constar.

Desta forma, desde o seu ingresso no sistema penal até a execução da pena, o indivíduo que registrar antecedentes ou for reincidente criminal será tratado diferencialmente, não somente em cumprimento à programação normativa contida no Direito Positivo Penal, Processual Penal e de Execução Penal brasileiros (influência explícita), mas também em razão do *second code* que orienta os operadores do sistema penal a considerar esse tipo de indivíduo mais danoso à sociedade que os demais (influência implícita). A marca estigmática, portanto, influirá na forma como será conduzida a investigação policial, interferirá na decretação da prisão cautelar, na concessão da liberdade provisória com ou sem fiança, na formação da *opinio delicti* pelo órgão do Ministério Público, na velocidade de andamento do processo, na atuação da defesa, na formação do convencimento final pela autoridade judiciária e no tratamento a ser dispensado no interior do sistema penitenciário, especialmente no que concerne aos benefícios. Não seria correto afirmar que os *estigmas* impostos ao indivíduo criminalizado deixe de exercer influência após a execu-

ção da pena. Além de serem considerados formalmente “diferentes” pelo sistema penal, mesmo após o término da execução penal (no caso da reincidência, cinco anos, e no caso dos antecedentes, perpetuamente), o que se verifica é que socialmente os indivíduos criminalizados são tratados diferencialmente, cuja distinção vai se acentuando à medida em que vão se organizando bancos de dados de informações criminais, o que amplia e prorroga os efeitos negativos dos estigmas representados pelos *antecedentes* e pela *reincidência criminal*.

Desta forma, a etiqueta imposta em razão de um ato eventual, pode se transformar num “corredor”, para onde o indivíduo estigmatizado pode ser empurrado e aprisionado, produzindo, assim, uma “carreira criminal”. O indivíduo que ingressou, de qualquer forma, no sistema penal, passa a registrar antecedentes. Se for condenado, em sentença transitada em julgado, esta condenação influirá explicitamente de forma especial durante determinado prazo, mesmo após o cumprimento integral da pena. Decorrido este prazo, a condenação anterior será considerada para fins de *antecedentes*, produzirão efeitos por tempo indeterminado (caráter perpétuo dos antecedentes), portanto, sua influência também continuará sendo exercida mesmo após o cumprimento da pena. Ao se admitir, por hipótese, que a pena tenha produzido os efeitos desejados da prevenção especial positiva (ressocialização), restará ao indivíduo, no entanto, o *estigma*. Assim, o desvio primário, mesmo após ter se encerrado o processo de criminalização, produzirá efeitos: das certidões de antecedentes continuarão constando o “desvio”, e o indivíduo, não obstante “ressocializado”, continuará a sofrer uma série de conseqüências. As relações sociais continuarão a valorizar o fato passado, posto que o *estigma da crimi-*

*nalização* continuará presente. As oportunidades serão mais reduzidas. O preconceito social e familiar não se extingue com o cumprimento da pena. A normalidade não se restabelece. A primeira criminalização torna o indivíduo mais vulnerável, aumentando com isto a possibilidade de ser novamente selecionado pelas instâncias do sistema penal. Desta forma, o indivíduo está mais sujeito à recaída no delito, principalmente porque tem aumentada a sua possibilidade de ser novamente selecionado. É na segunda criminalização que se farão presentes os efeitos jurídicos do estigma da primeira, posto que, então, em razão dos *antecedentes* e da *reincidência criminal*, as conseqüências serão colhidas. No âmbito do sistema penal, o indivíduo será considerado um ser “diferente”, não obstante seja da mesma espécie, com menos direitos e mais deveres, posto que o tratamento pelas diversas agências será explícita (por imposições normativas) e implicitamente (por imposição ideológica) diferenciado. Este tratamento diferenciado tornará mais claro e mais potente o significado do *estigma*, que vai sendo admitido pelo próprio indivíduo como uma realidade. O tratamento diferencial se estende a todas as instâncias do sistema penal, até o final do cumprimento da pena. O ciclo se repete, posto que as oportunidades sociais podem ser reduzidas ainda mais, aumentando a possibilidade de nova seleção pelas instâncias formais, em outro processo de criminalização. Portanto, aquilo que era um “corredor” pode se transformar em uma “prisão”, impedindo muitas vezes o indivíduo de resistir aos efeitos do *estigma*. A trajetória que se seguirá será apenas o aperfeiçoamento da conduta desviada e a sedimentação da *carreira criminal*, que se iniciou no primeiro desvio. Os *antecedentes* e a *reincidência criminal* cumprem, assim, o seu papel na profecia que se auto realiza (*self-fulfilling-prophecy*).

## 8. Os estereótipos criminais como decorrência dos *antecedentes* e da *reincidência criminal*

Os *antecedentes* e a *reincidência criminal*, conforme já demonstrado, são estigmas que acabam induzindo o indivíduo ao desvio secundário e à carreira criminal. Uma vez estigmatizados, os indivíduos podem terminar se engajando a grupos de desviados, os quais podem ser identificados por suas características comuns, segundo o grupo a que pertençam (as subculturas): os estupradores, os homicidas, os traficantes, os assaltantes, etc. O seu comportamento, o *modus operandi*, a forma de organização, linguagem, hábitos, gestos, maneira de se vestir, e outras características, passam a identificar o estereótipo de cada grupo. Além disso, pertencerão ao grupo maior, dos “delinqüentes”, que também podem ser identificados por suas características comuns. Os *antecedentes* e a *reincidência criminal* ajudam a formar estereótipos da delinqüência e como tal também acentuam a possibilidade de seleção pelo sistema penal.

## CONCLUSÃO

O estudo dos *antecedentes* e da *reincidência criminal*, objeto da investigação a que se propôs o presente trabalho, conforme já visto, foi realizado sob o enfoque do etiquetamento, não obstante a abordagem que se formulou sobre os aspectos dogmáticos e etiológicos do crime, do criminoso e da pena, necessários ao desenvolvimento da dissertação.

Deu-se destaque às teorias que se formaram sob o paradigma tradicional, uma vez que é nestas, não obstante a sua inconsistência, que os *antecedentes* e a *reincidência criminal*, concebidos como realidades ontológicas e pré-constituídas à reação social, encontram o seu fundamento. Nas teorias do crime, estes fundamentos encontram-se em qualquer de suas categorias, mais propriamente em função do dolo, da previsibilidade dos tipos culposos e da potencial ou real consciência da ilicitude. Nas teorias do homem criminoso, constituem característica de certos tipos de criminosos e indicador da personalidade perigosa. Nas teorias da pena o fundamento está na gradação da pena retributiva e na prevenção de novos delitos.

No entanto, analisados sob a ótica do *labelling approach* os *antecedentes* e a *reincidência criminal* constituem uma realidade socialmente construída. As teorias que se orientam no *labelling approach*, mais especificamente as teorias dos estigmas e dos estereótipos, são capazes de demonstrar que estes institutos não são realidades ontológicas, preexistentes, conforme querem fazer crer as teorias tradicionais, mas sim, realidades socialmente construídas, com o fim de servir ao *apartheid* entre o grupo dos “bons” e o grupo dos “maus” (princípio maniqueísta), determinado pela ideologia penal dominante.

Ao se destacar o princípio maniqueísta torna-se imperativo mencionar o princípio da igualdade, segundo o qual “todos” os indivíduos devem ser igualmente tratados. Ocorre, no entanto, que o processo de definição do “bem” e do “mal”, no sistema penal, realiza-se na dimensão do poder, em dois momentos distintos (criação e aplicação das normas penais), acarreta uma atividade de seleção e sofre a influência do *second code*. A instituição de normas que criminalizam condutas constituem a prevalência da vontade de quem tem o poder, como também a aplicação destas normas, uma vez que a programação normativa é muito extensa, tornando impossível o seu alcance a todos os cidadãos que as infringirem. Faz-se necessário, portanto, a seleção das condutas pelas agências do sistema penal, restando mitigado o princípio da igualdade. Não somente a programação normativa desconsidera o princípio da igualdade, selecionando alguns direitos a serem tutelados em detrimento de outros, como também a aplicação das normas se opera de forma desigual, recaindo apenas sobre determinados indivíduos.

Por certo que o sistema penal, não obstante os princípios que norteiam a ideologia dominante, tem seus critérios de seleção, os quais, conforme já

dito, seguem o *second code* (complexo de regras e mecanismos reguladores latentes e não oficiais que determinam efetivamente a interpretação e aplicação das regras oficiais). Dentre esses critérios destacam-se os *antecedentes* e a *reincidência criminal*, que, a cada dia mais, conforme já demonstrado, passaram a influir decisivamente no processo de criminalização (primária e secundária), em função das formulações decorrentes das teorias do crime, do criminoso e da pena, isto porque estas teorias também se prestam não apenas para legitimar o poder punitivo, mas para justificar a seletividade do sistema penal.

A teoria do crime possibilita, com suas categorias, a exclusão da ação punitiva ou a atenuação de uma infinidade de condutas, ao tempo em que estimula a tipificação e a agravação de outras. Os crimes culposos, a relação de causalidade, a teoria da culpabilidade, podem servir de válvula de escape para uma série de crimes. Por outro lado, favorecem a criminalização de certos crimes e pessoas, em especial devido à priorização dos crimes patrimoniais e violentos. A consciência da ilicitude, elemento da culpabilidade, que não necessariamente precisa ser real, bastando ser potencial, desprivilegia aqueles que tiverem menos oportunidade de acesso ao conhecimento. As causas supralegais de inexigibilidade de conduta diversa, mormente aquelas determinadas pelas parcas condições de vida e subsistência, são desconsideradas, o que vem em detrimento dos grupos mais fracos. Estes são apenas alguns exemplos de como a teoria do crime formula critérios de seleção, que atendem aos interesses dos que detêm o poder.

As teorias sobre o homem criminoso serviram para estereotipar grupos de pessoas, afirmando-se terem estes especiais tendências à prática criminal.



Estas teorias, formuladas a partir de estudos realizados sobre pessoas já selecionadas pelo sistema penal, na verdade, estão carregadas de elevado sentimento de hostilidade do homem pelo homem, porquanto foram elas que auxiliaram na produção de condições para o *apartheid* na espécie humana, em especial no que concerne à divisão “científica” em dois grupos: os criminosos (os maus) e os não criminosos (bons). Em se tratando a atividade seletiva do Estado de um mero exercício de poder e em sendo este poder exercido, via de regra, contra quem não o detém, não é difícil concluir que os estudos realizados sobre o homem criminoso recaíram sobre os grupos marginalizados da sociedade, ressaltando os grupos privilegiados. Destarte, as conclusões acerca da tipologia dos criminosos, assim como as teorias da periculosidade criminal, são flagrantemente desmeritórias destes grupos, não refletindo a realidade do universo da espécie humana. A teoria da periculosidade criminal, especificamente, está sedimentada em cima da idéia da probabilidade da caída e da recaída (*antecedentes e reincidência criminal*) na prática do delito, sendo, por isso, considerados perigosos todos os indivíduos que já tenham, de qualquer forma, ingressado no sistema penal, em qualquer de suas agências, uma vez que a prática do crime é tida, por essa teoria, como o “sintoma” da periculosidade. Essa teoria, portanto, reforça a capacidade seletiva do sistema, fazendo-a incidir sobre pessoas que já hajam sido criminalizadas, tornando-as pertencentes a um “grupo de risco”.

As teorias da pena, tanto as absolutas, como as relativas, também fornecem elementos para o exercício da seletividade, uma vez que o estabelecimento das penas em abstrato e em concreto obedecem a determinados juízos de valor, orientados por critérios pertencentes aos detentores do poder e pelo *second code*. O princípio da individualização da pena indica a necessidade de

tratar diferencialmente os diversos autores de um ato delituoso, segundo as circunstâncias, sendo esta individualização operacionalizada tanto na fase legislativa (programação da pena em abstrato), como nas fases judicial (aplicação) e executiva (cumprimento).

Estas teorias criminais procuram apontar, aos órgãos do sistema penal, soluções para o problema da criminalidade. Construídas desde há mais de dois séculos, suas conclusões vêm sendo aplicadas, com ênfase, ainda nos dias atuais. As promessas de garantir direitos, de limitar e racionalizar o poder punitivo do Estado e de reduzir a criminalidade, pelo visto, não foram cumpridas, posto que as prisões estão cada vez mais superlotadas e os fatos tidos como delituosos continuam ocorrendo. A sensação da impunidade foi disseminada pelos órgãos de comunicação de massa, deixando evidenciado que o sistema penal não cumpre com as suas funções declaradas. Apesar disto o sistema penal continua existindo e atuando de forma cada vez mais voraz. Por certo que o sistema penal deve cumprir funções diversas daquelas às quais inicialmente se propôs, caso contrário já não existiria. A existência e manutenção do sistema penal, assim, são justificadas não pelas funções que deveria exercer, mais sim pelas que realmente exerce, ou seja, a separação entre “bons” e “maus” segundo as preferências e critérios instituídos pelos grupos detentores do poder. A igualdade propugnada como princípio para revestir o sistema penal de um sentido de “justiça” na verdade foi substituída pelo princípio da seletividade, já que o sistema penal está impossibilitado de praticar a igualdade, uma vez que atua na dimensão do poder.

Assim, travestido das falácias inseridas na ideologia penal dominante e informado pelas teorias que lhe dão sustentação, o sistema penal segue o seu

curso, produzindo mais desigualdade, pois, se é impossível combater a criminalidade, o *apartheid* entre os “bons” e os “maus” há que ser mantido a qualquer custo, quase sempre em prejuízo dos grupos que se encontram em posição menos vantajosa. Por isso a seleção deve continuar sendo realizada, com critérios sempre mais sólidos, a fim de que se possa manter as aparências frente às falsas premissas em face das quais emerge o sistema. As teorias tradicionais, conforme já foi dito, fornecem um grande aporte teórico neste sentido, não obstante o seu conteúdo já esteja passando por um profundo questionamento, patrocinado, dentre outras correntes teóricas, pelo *labelling approach*, que propiciou a mudança do foco da investigação do crime e do homem criminoso, para a reação promovida pelo sistema penal. Assim, este novo paradigma permite visualizar o crime, o criminoso e a pena de um outro ângulo, não mais concebendo-os como entidades ontológicas e determinadas por fatores biológicos, sociológicos e psicológicos, mas sim como resultado da reação social. Este novo paradigma criminológico tornou possível a desconstrução das teorias que dão sustentação ao moderno sistema penal e da sua ideologia, negando vigência aos seus princípios e demonstrando a impossibilidade do cumprimento de suas funções declaradas e o sucesso no cumprimento de funções latentes, totalmente opostas.

Com relação a isto, não se pode esquecer que é a Criminologia Crítica tem patrocinado um substancial avanço no estudo da gênese e da estrutura do sistema penal, seus mecanismos de seleção, suas funções reais e latentes, seus custos e as respostas que tem conseguido oferecer frente aos reais problemas sociais, concluindo que, através do seu mecanismo de seletividade, o sistema penal tem conseguido apenas produzir uma desigual distribuição do “bem negativo” (criminalidade), partindo da “consciência da desigualdade”, a qual

não significa somente desigual distribuição das etiquetas de criminosos, mas também respostas desiguais a situações negativas e a problemas sociais homólogos.

Não obstante a falência dos preceitos preconizados pelas teorias criminais, são eles que continuam justificando a influência dos antecedentes e da reincidência no sistema penal, como critério de seleção empregado no processo de criminalização.

Conforme visto na abordagem interna da técnica jurídica, tais institutos se deparam com graves problemas, face à lesão ao direito à honra, aos princípios do *non bis in idem*, da igualdade, do devido processo legal e da ampla defesa, bem como em função da ausência ou diminuição da culpabilidade, em vez do seu agravamento, e da ausência de definição expressa da personalidade perigosa no Direito Positivo.

Contudo, é como *estigmas* que os *antecedentes* e a *reincidência criminal* realizam a sua principal tarefa, servindo à seletividade do processo de criminalização. A tarefa de separação dos criminosos será mais fácil para o sistema penal e menos questionada à medida em que ocorrer uma demarcação clara e formal daqueles que pertencem ao grupo dos criminosos (os maus) para que possam ser separados dos demais (os bons). Os *antecedentes* e a *reincidência criminal*, atuando como *estigmas*, constituem assim um “valeroso” instrumento de diferenciação formal dos indivíduos, capazes de identificar pessoal e socialmente as pessoas. Inerentes à identidade pessoal e social do indivíduo, os *estigmas* fazem com que este incorpore a sugestão formulada, transformando-o naquilo que está contido na proposição (etiqueta),

de tal sorte que, o fato de ter praticado um desvio primário acaba sendo um “corredor” para novos desvios (desvios secundários). O novo *status* assumido pelo indivíduo se transforma, assim, em uma “prisão”, posto que reduzidas passam a ser as suas oportunidades de se livrar.

O elenco de situações em que os *antecedentes* e a *reincidência criminal* exercem influência é a demonstração mais evidente da diferenciação formal a que está sujeito o indivíduo criminalizado, diferenciação esta resultante do estigma da criminalização, ou seja, do fato de ter sido etiquetado pelas diversas agências do sistema penal.

Ao aceitar a influência dos *antecedentes* e da *reincidência criminal*, inclusive após o cumprimento da pena, o sistema penal faz reforçar o *estigma* que paira sobre o indivíduo, tornando-o refém do seu próprio passado, e, a cada recaída no delito, mais vulnerável a sua ação seletiva. As marcas do passado não somente indicam que as profecias se realizarão (*self-fulfilling-prophecy*), mas que a realização das profecias é indispensável, pois, mesmo que o indivíduo venha a se reabilitar socialmente, ele sempre será considerado pelo que foi e não pelo que é.

Não obstante os objetivos da pesquisa e da dissertação tenham sido a descrição da problemática que envolve a influência dos antecedentes e da reincidência criminal como estigmas produzidos pela criminalização no sistema penal brasileiro, ousamos fazer algumas sugestões que nos parecem evidentes, face ao discurso desconstrutor que se formulou acerca dos dois institutos estudados:

a) A abolição dos institutos dos antecedentes e da reincidência criminal do Direito Positivo brasileiro, porquanto servem apenas como instrumentos de estigmatização e estereotipação;

b) Caso permaneçam, que seja minimizada ao máximo a sua influência no sistema penal e que se submetam a rigoroso disciplinamento legislativo, em observância ao princípio da legalidade, diminuindo-se a sua amplitude, vagueza, subjetividade e negatividade, evitando-se antijuridicidades e a sua influência perpétua;

c) Que assim sendo, sejam utilizados apenas como circunstâncias atenuantes, uma vez que o estigma e o estereótipo constituem bens negativos do indivíduo, que o colocam em desvantagem frente aos demais seres humanos;

d) Caso sejam utilizados, de qualquer forma, em desfavor do acusado, que se respeite os princípios da presunção da inocência, levando-se em consideração apenas após o trânsito em julgado da decisão condenatória, fazendo-se constar nas peças acusativas referidas circunstâncias, a fim de que, observado o devido processo, possa em relação a elas, exercer o indivíduo o seu direito de defesa.

e) A abolição de todos os bancos de dados de antecedentes, com expressa proibição legislativa de se organizar qualquer espécie de bancos de dados relacionados ao envolvimento dos indivíduos com os diversos órgãos do sistema penal.

As sugestões formuladas, no entanto, não têm o condão de estabelecer soluções para o grave problema do crime e da criminalidade, os quais são inerentes aos sistemas penal e social. Elas restringem-se aos institutos dos *antecedentes* e da *reincidência criminal*, categorias ora estudadas, e são o corolário inevitável desta dissertação.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALBERGARIA, Jason. *Criminologia: teórica e prática*. 2. ed. Rio de Janeiro: Aide, 1988. 349p.

ALMEIDA, Fernando H. Mendes de. *Ordenações Filipinas: ordenações e leis do reino de Portugal recopiladas por mandato d'el Rei. D. Felipe, o primeiro*. São Paulo: Saraiva, 1957. v.1. 577p.

\_\_\_\_\_. *Ordenações Filipinas*. Ordenações e leis do reino de Portugal recopiladas por mandato d'el Rei D. Felipe, o primeiro. São Paulo: Saraiva, 1960. V.2. 237p.

ANCEL, Marc. *A nova defesa social: um movimento de Política Criminal humanista*. Tradução por Osvaldo Melo. Rio de Janeiro: Forense, 1979. 476p.

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. Do paradigma etiológico ao paradigma da reação social: mudança e permanência de paradigmas criminológicos na ciência e no senso comum. *Revista Seqüência*. Florianópolis: UFSC n.30, p.24-36, jun. 1995.

\_\_\_\_\_. *Dogmática jurídica: esboço de sua configuração e identidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996. 118p.

\_\_\_\_\_. *A ilusão de segurança jurídica: do controle da violência à violência do controle penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997. 336p.

ARAÚJO, Francisco Gomes de. *Pena de morte*. Teresina: Júnior, 1987. 108p.

ARAÚJO JÚNIOR, João Marcelo de. Os grandes movimentos atuais de Política Criminal de nosso tempo - aspectos. In: ARAÚJO JÚNIOR, João



Marcelo de (Org.). *Sistema Penal para o terceiro milênio: atos do colóquio Marc Ancel*. Rio de Janeiro: Revan, 1991. 307 p. pp. 65-79.

(Org.). *Sistema penal para o terceiro milênio*. Atos do colóquio Marc Ancel. Rio de Janeiro: Revan, 1991. 307p.

ARIAS, Omar Breglia. *La reincidencia en la reforma de la Ley 23.057*. Buenos Aires: Jurisprudência Argentina, 1985-I. pp. 703-706.

ARRUBLA, Carlos Mário Molina. *Introducción a la Criminología*. Medelin: Biblioteca Jurídica, 1988. 368p.

AVALLONE, Vicente Baeza. *La Rehabilitación*. Madrid: Edersa, 1983. 368p.

AZIMI, D. M. La naturaleza política de la ley, la desviación y la delincuencia. In: OLMO, Rosa del (recompilação). *Estigmatización y conducta desviada*. Maracaibo: Universidade de Zulia, 1973, 257p. p. 231-239.

BADARÓ, Ramagem. *Introdução ao estudo das três escolas penais*. 2. ed. São Paulo: Juriscred, 1973. 147p.

BAQUERIZO, Jorge E. Zavala. *La pena*. Parte geral. Guayaquil: EQ Editorial, 1986, V. 1. 427p.

\_\_\_\_\_. *La pena*. Guayaquil: EQ Editorial, 1986, v. 2. 489p.

BARATTA, Alessandro. *Sobre a Criminologia crítica e sua função na Política Criminal*. Documentação e Direito Comparado. (Boletim do Ministério da Justiça). Lisboa, [s.n.], n. 13, separata, p. 145-166, 1983b. Relatório apresentado no IX congresso internacional de Criminologia. Viena, setembro de 1983.

\_\_\_\_\_. Integración-prevención: una "nueva" fundamentación de la pena dentro de la teoría sistémica. *Doctrina Penal*: Buenos Aires, n.29, p.3-26 ene./mar. 1985.

\_\_\_\_\_. *Criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução à sociologia jurídico-penal*. Tradução por Juarez Cirino dos Santos. 1993. 283p.

\_\_\_\_\_. *Che cosa è la Criminologia critica?* Entrevista à Sancha mata Victor. Dei delitti e delle pene. Torino, n.1, p.51-81, 1991b. Separata.

BASAGLIA, Franco, BASAGLIA ONGARO, Franca. *La mayoría marginada*. Tradução por Jaume Reig. México: Fontamara, 1984. 184p.

BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. Tradução por Flório De Angelis, São Paulo: Edipro, 1994. 120p.

BECKER, Howard S. *Outsiders*. Studies in the sociology of deviance. New York: The Free Press, 1997. 215p.

\_\_\_\_\_. *La desviación y la respuesta de los otros*. Maracaibo: Universidade de Zulia. 19--. 36p.

\_\_\_\_\_. ?De qué lado estamos? In: OLMO, Rosa del (recompilação). *Estigmatización y conducta desviada*. Maracaibo: Universidade de Zulia, 1973, 257p. p. 19-36.

BECKER, Fernando, FARINA, Sérgio, SCHEID, Urbano. *Apresentação de trabalhos escolares*. 13.ed. ver. e atual. Porto Alegre: Multilivro, 1993. 69p.

BENTHAM, Jeremias. *Teoria das penas legais e tratado dos sofismas políticos*. 2.ed. São Paulo: Cultura, 1945. 417p.

BERGALLI, Roberto. *Readaptación social por medio de la ejecución penal?* Madrid: Universidad de Madrid, 1976. 87p.

\_\_\_\_\_. *Crítica a la Criminologia*. Bogotá: Temis, 1982. 301p.

BERGER, P. L. e LUCKMAN, T. *A construção social da realidade*. 13 ed., Tradução por Floriano de Souza Fernandes, Petrópolis: Vozes, 1996. 247p.

BERISTAIN, Antônio. *La pena-retribución y las actuales concepciones criminológicas*. Buenos Aires: Depalma, 1982. 177p.

BETTIOL, Giuseppe. *El problema penal*. Tradução do italiano por José Luiz Guzman Dalbora. Buenos Aires: Hamurabi, 1995. 255p.

\_\_\_\_. *Direito Penal*. Traduzido por Paulo José da Costa Júnior e Alberto Silva Franco. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1976. 2.v.

BRASIL. Decreto-lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Institui o Código Civil. *Diário Oficial da União* de 07 de dezembro de 1940.

\_\_\_\_. Decreto-lei nº 3.698, de 03 de outubro de 1941. Institui o Código de Processo Penal. *Diário Oficial da União* de 03 de outubro de 1941.

\_\_\_\_. Decreto-lei nº 3.688, de 03 de outubro de 1941. Institui a Lei de Contravenções Penais. *Diário Oficial da União* de 03 de outubro de 1941.

\_\_\_\_. Lei nº 4.737, de 15 de julho de 1965. Institui o Código Eleitoral. *Diário Oficial da União* de 15 de julho de 1965.

\_\_\_\_. Decreto-lei nº 1.001, de 21 de outubro de 1969. Institui o Código Penal Militar. *Diário Oficial da União* de 21 de outubro de 1969.

\_\_\_\_. Decreto-lei nº 1.002, de 21 de outubro de 1969. Institui o Código de Processo Penal Militar. *Diário Oficial da União* de 21 de outubro de 1969.

\_\_\_\_. Lei nº 6.416, de 24 de maio de 1977. Altera dispositivos do Código Penal (Decreto-lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940), do Código de Processo Penal (Decreto-lei nº 3.698, de 03 de outubro de 1941), da Lei de Contravenções Penais (Decreto-lei nº 3.688, de 03 de outubro de 1941), e dá outras providências. *Diário Oficial da União* de 24 de maio de 1977.

\_\_\_\_. Lei nº 7.209, de 11 de julho de 1984. Introduce alterações da parte geral do Código Penal - Decreto-lei nº 3.698, de 03 de outubro de 1941. *Diário Oficial da União* de 11 de julho de 1984.

\_\_\_\_. Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984. Institui a Lei de Execução Penal. *Diário Oficial da União* de 11 de julho de 1984.

\_\_\_\_. Constituição da República Federativa do Brasil. *Diário Oficial da União* nº 191-A, de 05 de outubro de 1988.

\_\_\_\_. Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. *Diário Oficial da União* de 26 de setembro de 1995.

- \_\_\_\_\_. Decreto de 26 de setembro de 1995. Cria o Programa de Integração das Informações Criminais, e dá outras providências. *Diário Oficial da União* de 27 de setembro de 1995, n. 186, seção I, p. 15057.
- BRITO, Manoel Francisco. Crime em rede. *Revista Veja*. São Paulo, ano 30, n. 26, edição 1502, 02.jul.1997, p. 19.
- BRUM, Nilo Bairros de. *Requisitos retóricos da sentença penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980. 124p.
- BRUNO, Aníbal. *Direito Penal: parte geral*. Rio de Janeiro: Forense, 1978. t.1.
- \_\_\_\_\_. *Perigosidade criminal e medidas de segurança*. Rio de Janeiro: Rio, 1977. 259p.
- BUSTOS RAMÍREZ, Juan. *Control social y sistema penal*. Barcelona: PPU, 1987. 630p.
- CAPALBO, Creusa. *Fenomenologia & Ciências Humanas*. Rio de Janeiro: Ambito Culturais Edições, 1987. 106p.
- CAPELLER, Wanda de Lemos. *As interfaces do penal: notas para uma discussão atual*. *Direito, Estado e Sociedade*, Rio de Janeiro, n.2, p.83-89, jan./jul 1993.
- CARNEIRO, José Carlos Scalabrini. *Estudo sobre a reincidência*. *Justitia* nº 58, Abr./jun 1996, pp. 30-7.
- CARRARA, Francesco. *Programa do curso de direito criminal: parte geral*. Tradução por José Luiz V. de A. Franceschini e J.R. Prestes Barra. São Paulo: Saraiva, 1956. v.1. 400 p.
- CARRASCO, Amancio. Landín. *Estudio criminológico sobre la multirreincidencia*. Madrid: Editoriales de Derecho Reunidas S.A., 1975. 548p.
- CASTRO, Lola Aniyar de. *Criminologia da reação social*. Tradução por Estér Kosowski. Rio de Janeiro: Forense, 1983. 208p.

- CERVINI, Raúl. *Os processos de descriminalização*. Tradução da 2. Ed. espanhola por Eliana Granja et al. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995. 254p.
- CLINARD, Marshal. *Sociology of deviant behavior*. Holt, Ribehart and Winston, Inc, 1974.
- CHAPMAN, Denis. El estereotipo del delincuente y sus consecuencias sociales. In: OLMO, Rosa del (recompilação). *Estigmatización y conducta desviada*. Maracaibo: Universidade de Zulia, 1973, 257p. p. 161-184.
- COHEN, Albert K. *Transgressão e controle*. Tradução por Miriam L. Moreira Leite. São Paulo: Pioneira, 1968. 250p.
- COHEN, Stanley. *Visiones de control social*. Tradução por Elena Larrauri. Barcelona: PPU, 1988.
- CONDE, Francisco Muñoz. *Teoria geral do delito*. Tradução por Juarez Tavares e Luiz Regis Prado. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1988.238p.
- COSTA, Álvaro Mayrink da. *Crime militar*. Doutrina, jurisprudência e legislação. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1978. 404p.
- COSTA JÚNIOR, Paulo José da. *Comentários ao código penal*. Parte geral (Lei 7.209, de 11-7-1984). São Paulo: Saraiva, 1986.
- DELMANTO, Celso. *Código penal comentado*. Atualizado e ampliado por Roberto Delmanto. 3.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1991. 843p.
- DELMAS-MARTY, Mireille. *Modelos e movimentos de política criminal*. Tradução por Edmundo Oliveira. Rio de Janeiro: Revan, 1992. 246p.
- DIAS, Jorge de Figueiredo, ANDRADE, Manuel da Costa. *Criminologia: o homem delinqüente e a sociedade criminógena*. Reimpressão. Coimbra: Coimbra, 1992. 573p.
- ERIKSON, Kai T. Notas sobre la sociologia de la desviación. In: OLMO, Rosa del (recompilação). *Estigmatización y conducta desviada*. Maracaibo: Universidade de Zulia, 1973, 257p. p. 39-50.

- EYMERICH, Nicolau. *Manual dos inquisidores*. Revista e ampliada por Francisco de la Pena. Brasília: Universidade de Brasília e Rosa dos Tempos, 1993. 253p.
- FARIA, Bento de. *Código penal brasileiro (comentado): Decreto-Lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Noções - Interpretação da Lei Penal - Extradicação*. 3.ed. atualizada. Rio de Janeiro: Record Editora, 1961, v. 3. 361p.
- FAUST, Frederic L. Etiquetas delictivas. Su consecuencias e implicaciones. In: OLMO, Rosa del (recompilação). *Estigmatización y conducta desviada*. Maracaibo: Universidade de Zulia, 1973, 257p. p. 121 - 132.
- FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo Dicionário da Língua Portuguesa*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1986.
- FERRI, Henrique. *Princípios de direito criminal*. O criminoso e o crime. Traduzido do Italiano por Luiz de Lemos d'Oliveira. São Paulo: Acadêmica, 1931. 588p.
- \_\_\_\_\_. *Sociologia Criminal*. Traduzido por Antônio Soto y Hernández. Madrid: Centro Editorial de Góndora, 1904. 353p.
- FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir*. história da violência nas prisões. Tradução por Ligia M. Pondé Vassalo. 8.ed. Petrópolis, Vozes, 1991. 277p.
- FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de Direito Penal: a nova parte geral*. Rio de Janeiro: Forense, 1986. v.1. 470p.
- GABALDÓN, Luiz Geraldo. El control social dentro de la sociedad y tendencias criminológicas actuales. *Revista Cenipec - Centro de Investigaciones penales y criminológicas*. Mérida (Venezuela). n. 9, 1984-1985, p. 09-41.
- GARCEZ, Walter de Abreu. *Curso básico de direito penal*. Parte geral com noções de Criminologia. São Paulo: José Buschatsky, 1972.
- GARCIA, Basileu. *Instituições de Direito Penal*. 2.ed. Revisada e Atualizada. São Paulo: Max Limonad, 1968. v.1. t. 2. 806p.

- GARCIA, Luiz M. *Reincidência y punibilidad: aspectos constitucionales e Dogmática penal desde la teoría de la pena*. Buenos Aires: Astrea, 1992. 202p.
- GARÓFALO, Raffaele. *Criminologia: estudo sobre o delito e a repressão penal*. Tradução por Júlio Matos. São Paulo : Teixeira & Irmãos-editores, 1983. 607p.
- GOFFMAN, Erving. *Manicômios, prisões e conventos*. Tradução por Dante Moreira Leite. 4. ed. São Paulo: Perspectiva, 1992. 312p.
- \_\_\_\_\_. *Estigma: notas sobre a manipulação da identidade deteriorada*. Tradução por Maria Bandeira de Mello Leite Nunes. 4. ed. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 1988. 158p.
- \_\_\_\_\_. *A representação do eu na vida cotidiana*. Tradução por Maria Célia Santos Raposo. 6. ed. Petrópolis: Vozes, 1985. 233p.
- GOULART, Henny, *Penologia I*. São Paulo: Editora Brasileira de Direito Ltda, 1975. V.1. 153p.
- \_\_\_\_\_. GOULART, Henny. *Penologia II*. São Paulo: May Love, 1975, v.2. 138p.
- GUSFIELD, Joseph R. El paso moral: El proceso simbólico en las designaciones públicas de la desviación. In: OLMO, Rosa del (recompilação). *Estigmatización y conducta desviada*. Maracaibo: Universidade de Zulia, 1973, 257p. p. 73-91.
- HASSEMER, Winfried y MUÑOZ CONDE, Francisco. *Introducción a la Criminología y al derecho penal*. Valência: Tirant lo Blanch derecho, 1989. 237p.
- HUERTAS, Emiro Sandoval. *Sistema penal y Criminología crítica*. Reimpressão. Bogotá: Temis, 1994. 131p. 180p.
- HULSMAN, Louk. *La Criminología crítica y el concepto del delito*. In: Abolicionismo Penal. Buenos Aires: Ediar, 1989. pp. 87-107.

- HULSMAN, Louk, BERNAT DE CELIS, Jacqueline. *Penas perdidas: o sistema penal em questão*. Tradução por Maria Lúcia Karam. Rio de Janeiro, Luam, 1993.
- JESCHECK, Hans Henrich. *Política criminal y reforma del derecho penal*: Bogotá: Ed. Temis, 1982.
- JESUS, Damásio Evangelista de. *Direito Penal: parte geral*. São Paulo: Saraiva, 1986. 2.v. 916p.
- \_\_\_\_\_. *Código de processo penal anotado*. 11. ed. Atualizada e aumentada. São Paulo: Saraiva, 1984. 870p.
- \_\_\_\_\_. *Comentários ao código penal*. Parte geral de acordo com a Lei nº 7.209, de 11-7-84. 2.ed. ampliada e atualizada. São Paulo: Saraiva, 1986. 573p.
- KAISER, Günther. *Criminologia*. Uma introducción a sus fundamentos científicos. Tradução por José Belloch Zimmerman. Madrid: Espasa-Calpe, 1983. 265p.
- KANT, Emmanuel. *Crítica da razão prática*. Tradução de Afonso Bertagnoli. Rio de Janeiro: Tecnoprint. 149p.
- KATZ, David e KATZ, Rosa. *Manual de Psicologia*. Tradução por Augustin Serrate, Madrid: Ediciones Morata, 1965.
- KAUFMANN, Hilde. *Criminologia: ejecución penal y terapia social*. Traducción del alemán por Juan Bustos Ramírez. Buenos Aires: Depalma, 1979. 367p.
- KITSUSE, John I. Reacción de la sociedad ante la conducta desviada: problemas de teoría y método. In: OLMO, Rosa del (recompilação). *Estigmatización y conducta desviada*. Maracaibo: Universidade de Zulia, 1973, 257p. p. 53-70.
- KRECH, David e CRUTCHFIELD, Richard. *Elementos de psicologia*. Tradução por Dante Moreira Leite e Miriam L. Moreira Leite, São Paulo: Livraria Pioneira, 1963, 443 pp., v. 2. p. 396.



- KUHN, Thomas S. *A estrutura das revoluções científicas*. Tradução por Beatriz Vianna Boeira e Nelson Beira. Revisão de Alice Kyoko Miyashiro. São Paulo: Perspectiva, 1975. 262p.
- LAMNEK, Siegfried. *Teorias de la criminalidad*. México: Siglo Veintiuno, 1980. 241p.
- LARRAURI, Elena. *La herencia de la Criminología crítica*. Madrid, Siglo Veintiuno, 1991. 266p.
- LEMERT Edwin M. Desviación primaria y secundaria. In: OLMO, Rosa del (recompilação). *Estigmatización y conducta desviada*. Maracaibo: Universidade de Zulia, 1973, 257p. p. 105-118.
- LYRA, Roberto. *Comentários ao código penal*. Decreto-lei n. 2.848, de 07 de dezembro de 1940 - arts. 28 a 74. Rio de Janeiro: Forense, 1942. V.2.
- LYRA FILHO, Roberto. *Criminologia dialética*. Benfca: Borsoi, 1971. 124p.
- LISZT, Franz Von. *La teoria dello scopo nel diritto penale*. Traduzida para o italiano por Alessandro Alberto Calvi. Milano: Giuffrè Editore, 1962. 68p.
- LOMBROSO, Cesare. *O homem criminoso*. Tradução por Maria Carlota Carvalho Gomes. Rio de Janeiro: Ed. Rio, 1983. 505p.
- LOPES-REY Y ARROJO, Manuel. *Introducción a la Criminología*. Madrid: Instituto de Criminología de la Universidad Complutense, 1981. 205p.
- \_\_\_\_\_. *La criminalidad: um estudo analítico*. Madrid: Tecnos, 1976. 360p.
- LOUREIRO, Osman. *O Direito Penal e o código de 1940*. São Paulo e Rio: Forense.
- LUENGO, Lydia Teresa. *El cumplimiento parcial de pena e la declaración de reincidencia*. Buenos Aires: Universidade Católica Argentina, El Derecho, n. 113. Pp. 324-330.
- LUHMANN, Niklas. *Sociologia do direito*. Tradução por Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1983. 1. v. 252p.

- \_\_\_\_\_. *Sociologia do direito*. Tradução por Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1985. 2.v. 212p.
- MANNHEIM, Hermann. *Criminologia comparada*. Tradução de J.F.Faria Costa e M. Costa Andrade. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1985, 2.v. 1149p.
- MARQUES, José Frederico. *Curso de Direito Penal*. O delinqüente - a sanção penal - a pretensão punitiva. São Paulo: Saraiva, 1956. V. 3.
- MEAD, George H. *Espiritu, persona y sociedad*. Desde el punto de vista del conductismo social. Traducción por Florian Mazia. Buenos Aires: Paidós, 19\_\_\_. 391p.
- MELOSSI, Dario. *El estado del control social: un estudio sociológico de los conceptos de estado y control social en la conformación de la democracia*. Tradução por Martin Mur Ubasart. México: Siglo Veinteuno Editores, 1992. 300p.
- MELOSSI, Dario, PAVARINI, Massimo. *Carcel y fábrica: los orígenes del sistema penitenciario.(siglo XVI-XIX)*. Tradução por Xavier Massii. México: Siglo Veintiuno, 1987. 237p.
- MEZGER, Edmundo. *Criminologia*. Traducción del alemán por José Arturo Rodríguez Muñoz. 2. ed. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1950. 301p.
- MIRABETE, Julio Fabbrini. *Código de processo penal interpretado*. 2.ed. São Paulo: Atlas, 1994. 864p.
- \_\_\_\_\_. *Execução penal*. Comentários à Lei nº 7.210, de 11/07/84. 5.ed. revista e atualizada. São Paulo: Atlas, 1995. 496p.
- \_\_\_\_\_. *Manual de Direito Penal: parte geral*. São Paulo: Atlas, 1985.v.1. 431 p.
- \_\_\_\_\_. *Processo penal*. 3.ed. São Paulo: Atlas, 1994. 744p.
- MIR PUIG, Santiago. *Que queda en pie de la resocialización?* Eguskilore, San Sebastián, n.2, p.35-41, 1989.

- MONREAL, Eduardo Nova. Desorientación epistemologica en la Criminología crítica? *Doctrina Penal*. Buenos Aires: Depalma, n.30, p.263-275, abr./un. 1985.
- MORRIS, Norval. *El futuro de las prisiones*. México: Siglo XXI, 1978. 183p.
- MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. *A prova por indícios no processo penal*. São Paulo: Saraiva, 1994. 118p.
- NORONHA, E. Magalhães. *Direito Penal: Introdução e parte geral*. 31.ed. revista e atualizada por Adalberto José Q. T. de Camargo Aranha. São Paulo: Saraiva, 1995. v.1. 373p.
- NUÑEZ, Ricardo C. *Cuestiones sobre reincidencia*. Doctrina Penal, Buenos Aires: Depalma, 1985. pp. 715-7.
- OLIVEIRA, Edmundo. *Comentários ao código penal*. Parte geral. Rio de Janeiro: Forense, 1994. 556p.
- OLMO, Rosa de. (Org.). *Estigmatización y conducta desviada*. Venezuela: Universidad de Zulia, 1973. 257p.
- PABLOS DE MOLINA, Antônio Garcia. *Criminologia: uma introdução a seus fundamentos teóricos*. Tradução por Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992. 277p.
- PAYNE, Willian. Etiquetas negativas: pasadizos y prisiones. In: OLMO, Rosa de. (Org.). *Estigmatización y conducta desviada*. Venezuela: Universidad de Zulia, 1973. 257p.
- PÉREZ PINZÓN, Álvaro Orlando. *Curso de Criminologia*. 2. ed. Bogotá: Temis, 1986. 157p.
- PIERANGELLI, José Henrique (Coord.). *Códigos penais do Brasil*. Evolução histórica. Bauru: Jalovi, 1980. 770p.
- PINATEL, Jean. *La sociedad criminógena*. Tradução por Luiz Rodriguez Ramos. Madrid: Aguilar, 1979. 240 p.

- PINHO, Rui Rebello. *História do direito penal brasileiro: período colonial*. São Paulo: Editora Universidade de São Paulo, 1973. 247p.
- PIMENTEL, Manoel Pedro. *O crime e a pena na atualidade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983. 198p.
- PLATT, Tony. Perspectivas para uma criminologia radical nos EUA. In: TAYLOR, WALTON, YOUNG (Org.). *Criminologia Crítica*. Tradução por Juarez Cirino dos Santos e Sérgio Tancredo. Rio de Janeiro: Graal, 1980. p.113-134.
- PRADO, Luiz Regis, BITENCOURT, Cezar Roberto. *Elementos de direito penal*. Parte geral. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. 212p.
- QUARON, Alfonso Quiroz. *Las enseñanzas de la criminología*. Córdoba: Marcos Lerner Editora Cordoba, 1987.183p.
- QUINNEY, Richard. O controle do crime na sociedade capitalista: uma filosofia crítica da ordem legal. In: YOUNG, Jock, PLATT, Tony, WALTON, Paul et al. *Criminologia Crítica*. Traduzido por Juarez Cirino dos Santos e Sérgio Tancredo. Rio de Janeiro: Graal. 1980. 302p. pp.221-47.
- RAMIREZ, Sérgio Garcia. *Criminología, marginalidad y derecho penal*. Buenos Aires: Depalma, 1982. 176p.
- REYES E. Alfonso. *Criminología*. 6. ed. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1982. 425p.
- RICO, José M. *Las sanciones penales e la política criminológica contemporánea*. México: Siglo Veintiuno, 1979. 153p.
- RIVACOBÁ y RIVACOBÁ, Manuel de. *Función y aplicación de la pena*. Buenos Aires: Depalma, 1993. 175p.
- ROCCO, Arturo. *El problema y el método de la ciencia del derecho penal*. Versión de Rodrigo Naranjo Vallejo. 2. Ed. Bogotá: Temis, 1982. 87p.
- ROGMANOSI, Giandomenico. *Génesis del derecho penal*. Tradução do Italiano por Carmelo Gonzáles Cortina e Jorge Guerreiro. Bogotá: Temis, 1956. 760p.

ROXIN, Claus. *Problemas fundamentais de Direito Penal*. Tradução por Ana Paula dos Santos Luís Natascheradetz. Lisboa, Vega, 1986. 359p.

\_\_\_\_\_. *Teoría del tipo penal: tipos abiertos y elementos del deber jurídico*. Tradução por Enrique Bacigalupo. Buenos Aires: Depalma, 1979. 303p.

RUSCHE, Georg, KIRCHHEIMER, Otto. *Pena y estructura social*. Bogotá: Temis, 1984. 270p.

SÁ, Alvin August de. *Reincidência criminal: sob o enfoque da psicologia clínica preventiva*. São Paulo: EPU, 1987. 121p.

SABINO JÚNIOR, Vicente. *Direito Penal*. Parte geral. São Paulo: Sugestões Literárias, 1967.

SANTA CATARINA. Provimento nº 20 de 06 de outubro de 1997 da Corregedoria-geral de Justiça do Estado de Santa Catarina. Dispõe sobre as certidões de antecedentes para fins exclusivamente civis. Publicado no *Diário da Justiça do Estado de Santa Catarina* nº 9.828, de 09 de outubro de 1997, p. 03.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Negação de provimento de recurso que pleiteia absolvição. Apelação Criminal nº 22.103, da Comarca de São José-SC. Emídio Ari de Oliveira e Ministério Público. Relator: Desembargador Márcio Batista. 11 de dezembro de 1986. *Jurisprudência Catarinense* 56, p. 412-413, 1987.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Decretação de prisão preventiva. Habeas Corpus nº 8.478, da Comarca de Lages-SC. Luiz Alfredo Ribeiro em benefício de Adão Justino Batista de Oliveira. Relator: Desembargador Paulo Galotti. 11 de fevereiro de 1988. *Jurisprudência Catarinense* 59, p. 255 a 256, 1988.

SANTOS, Boaventura Souza. *Introdução a uma ciência pós-moderna*. Rio de Janeiro: Graal, 1989. 176p.

SANTOS, Gérson Pereira dos. *Inovações do código penal*. Parte geral de acordo com a Lei 7.209, de 11-7-1984. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 1988. 124p.

SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito Penal. A nova parte geral*. Rio de Janeiro: Forense, 1985. 351p.

\_\_\_\_\_. *Teoria do crime*. São Paulo: Acadêmica, 1993. 103p.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo. Denega habeas corpus em razão de prisão preventiva decretada. Habeas Corpus nº 130.104-310, da Comarca de São Paulo-SP. Maria Matias Barbosa da Silva em benefício de Clóvis José Adriano. Relator: Desembargador Renato Nalini. 27 de julho de 1992. *Revista dos Tribunais* nº 698, p. 340, dez. de 1993.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça de São Paulo. Denegação de habeas corpus em razão de prisão preventiva decretada. Habeas Corpus nº 134.207-3/9, da Comarca de São Paulo. Osmar Paulino de Souza em benefício de Vítório Firmino Leandro e Ademir Pires. Relator: Desembargador Silva Pinto. 19 de outubro de 1992. *Revista dos Tribunais* nº 693, p. 347-348, jul/1993.

SCHUTZ, Alfred. *Fenomenologia e relações sociais*. Organização e introdução de Helmut R. Wagner. Rio de Janeiro: Zahar, 1979. 319p.

SHOHAN, Shlomo. La psicopatía como estigma social: revisión de un mito. In: OLMO, Rosa del (recompilação). *Estigmatización y conducta desviada*. Maracaibo: Universidade de Zulia, 1973, 257p. p. 135-158.

SILVA, Juary C. *A macrocriminalidade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980. 373 p.

SILVA, Odir Odilon Pinto da, BOSCHI, José Antônio Paganella. *Comentários à lei de execução penal*. Rio de Janeiro: Aide, 1986. 293p.

SIQUEIRA, Galdino. *Tratado de direito penal*. Rio de Janeiro: José Konfino, 1947, t. II, 933p.

SOARES, Orlando. *Criminologia*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1986. 342p.

SOUZA, Braz Florentino Henriques de. *Do delito e do delinqüente*. Notas de Hélio Pereira Bicudo. São Paulo: Saraiva, 1965.

SOUZA, Moacyr Benedicto de. *A influência da escola positiva no direito penal brasileiro*. São Paulo: Editora Universitária do Direito. 1982. 171p.

- SOUZA, Alberto R. R. Rodrigues de. Bases axiológicas da reforma penal brasileira. In: GIACOMUZZI, Vladimir (Org). *O Direito Penal e o novo código penal brasileiro*. Porto Alegre: Fabris, 1985. 109p. pp. 19-49.
- SZNICK, Valdir. *Delito habitual*. 3. ed. rev. e amp. Rio de Janeiro: Forense, 1987. 126p.
- TAYLOR, Ian, WALTON Paul, YOUNG, Jock. *Criminologia crítica*. Tradução por Juarez Cirino dos Santos e Sérgio Tancredo. Rio de Janeiro: Graal, 1980. 302p.
- THOMPSON, Augusto F. G. *Escorço histórico do direito criminal luso-brasileiro*. São Paulo: Liber Juris, 1976. XII + 129p.
- \_\_\_\_\_. *Quem são os criminosos?* Rio de Janeiro: Achiamé, 1983. 145 p.
- TORON, Alberto Zacharias. A constituição de 1988 e o conceito de bons antecedentes para apelar em liberdade. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. Ano 1. n.4. outubro-dezembro 1993. p. 70-80.
- TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*. 8.ed. São Paulo: Saraiva, 1986. v.3. 546p.
- VALDES, Carlos Garcia. *Introducción a la penologia*. Madrid: Instituto de Criminologia de la Universidad Complutense, 1981. 181p.
- VIANNA. Paulo Domingues. *Direito Criminal: segundo as preleções professadas pelo Dr. Lima Drummond*. 5. ed. Rio de Janeiro: F. Briguiet, 1933. 270p.
- WOLKMER, Antônio Carlos. *Introdução ao pensamento jurídico crítico*. 2. ed. revisada e ampliada. São Paulo: Acadêmica, 1995. 188p.
- \_\_\_\_\_(Org.). *Fundamentos da história do direito*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996. 278p.
- ZAFFARONI, Eugênio Raúl. El sistema penal en los países de América Latina. In: ARAÚJO JR., João Marcelo de.(Org.) *Sistema penal para o terceiro milênio*. Rio de Janeiro: Revan, 1991.p.221-236

- \_\_\_\_\_. *Em busca das penas perdidas: a perda de legitimidade do sistema penal*. Tradução por Vânia Romano Pedrosa e Amir Lopez da Conceição. Rio de Janeiro: Revan, 1991. 281p.
- \_\_\_\_\_. *Política Criminal latinoamericana. perspectivas - disjuntivas*. Buenos Aires: Hammurabi, 1982. 172 p.
- \_\_\_\_\_. *Sistemas penales y derechos humanos en América Latina (primer informe)*. Buenos Aires: Depalma, 1984. 258p.
- \_\_\_\_\_. *Sistemas penales y derechos humanos en América Latina (segundo informe)*. Buenos Aires: Depalma, 1984a. 461p.
- \_\_\_\_\_. *Reincidencia y condenación condicional*. Doctrina Penal. Buenos Aires: Depalma, 1984. N. 28, pp. 361-72).
- ZIPF, Heinz. *Introducción a la Política Criminal*. Traducción de Miguel Izquierdo Maícas-Picavea. Madrid: Editoriales de Derecho Reunidas, 1979. 200p.