

RECEBIDO EM: 27/08/2015

APROVADO EM: 26/11/2015

A CONSTITUCIONALIDADE DA REINCIDÊNCIA PENAL

THE CONSTITUTIONALITY OF THE INSTITUTE OF RECIDIVISM

Wolney Cunha Soares Júnior
Procurador Federal
Advocacia-Geral da União

SUMÁRIO: Introdução; 1 Definição Legal e Efeitos Jurídicos da Reincidência; 2 Reincidência e Garantismo Penal; A) Funções da Pena; B) Princípio do ne bis in idem; C) Princípio da secularização; D) Princípio da culpabilidade; E) Princípio da igualdade; F) Princípio da individualização da pena e princípio da proporcionalidade; 3 Reincidência e Direito Penal do Inimigo; 4 Do Julgamento pelo STF do Recurso Extraordinário nº 453.000/Rs acerca da Reincidência Penal; 5 Conclusão; Referências.

RESUMO: O questionamento acerca da legitimidade e constitucionalidade do instituto da reincidência (cujos diversos efeitos penais direcionam-se sempre para uma maior reprimenda do condenado) tem sido uma constante na dogmática penal, tanto aqui, no Brasil, como no exterior. As críticas feitas ao instituto da reincidência são diversas e partem da análise da função ressocializadora da pena, do princípio do *ne bis in idem*, do princípio da secularização, do princípio da culpabilidade, do princípio da igualdade, do princípio da lesividade, do princípio da intervenção mínima, do princípio da individualização da pena e do princípio da proporcionalidade. Todas essas críticas apresentam, em comum, sempre o enfoque no garantismo penal, entendido este como único modelo de Direito Penal congruente com um Estado Democrático de Direito e em que são resguardados direitos e garantias individuais limitadoras do poder punitivo (*jus puniendi*), evitando-se, assim, o arbítrio judicial e o autoritarismo dentro de um sistema penal que já é reconhecido, infelizmente, há tempos, como seletivo. Contudo, a maior censura de culpabilidade, a limitação temporal da condenação anterior para efeitos de reincidência e o fato de nem todos os crimes gerarem reincidência legitimariam a aplicação da reincidência.

PALAVRAS-CHAVE: Reincidência. Garantismo Penal. Constitucionalidade.

ABSTRACT: The question about the legitimacy and constitutionality of the institute of recidivism (whose various criminal direct effects always imply a greater reprimand of the offender) has been a constant in dogmatic law, both here in Brazil and abroad. The criticism of the institute of recidivism is based mainly on the analysis of the true function of penal sanctions, the principle of *ne bis in idem*, the principle of secularism, the principle of culpability, the principle of equality, the principle of minimum intervention, the principle of individualization of punishment and the principle of proportionality. All these aspects have in common the prevalence of the individual rights and guarantees in criminal law, which is allegedly the only model of criminal law congruent with a democratic State, for it limits the punitive power (*jus puniendi*), avoiding arbitrary judicial decisions and authoritarianism by the criminal courts within a penal system that is already recognized, unfortunately, as selective and discriminatory against minorities. However, the greater culpability of the recidivist, the limitation on time of the penal effects of recidivism and, finally, according to the Brazilian legal system, the fact that not all crimes generate recidivism legitimate the existence of the institute itself.

KEYWORDS: Recidivism. Individual Guarantees and Rights in Criminal Law. Constitutionality.

INTRODUÇÃO

Um instituto bastante polêmico e muito questionado quanto à sua constitucionalidade é a reincidência penal. Apesar disso, o agravamento da pena em razão do réu ser reincidente é aplicado pacificamente pelos juízes e Tribunais de todo o país.

O Código Penal brasileiro (CPB) adotou, em seu art. 68, *caput*, um critério trifásico de aplicação da pena (chamado também de critério Nelson Hungria, devido ao seu renomado defensor):

Art. 68 - A pena-base será fixada atendendo-se ao critério do art. 59 deste Código; em seguida serão consideradas as circunstâncias atenuantes e agravantes; por último, as causas de diminuição e de aumento. (*Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984*)

Do dispositivo legal acima transcrito, depreende-se, portanto, conforme leciona Rogério Greco¹, que, “*primeiramente, deverá o julgador encontrar a chamada pena-base, sobre a qual incidirão os demais cálculos*” (utilizando-se do art. 59 do CPB, que dispõe sobre as circunstâncias judiciais); “*em seguida serão consideradas as circunstâncias atenuantes e agravantes previstas na parte geral do Código Penal (arts. 61 e 65)*” e, finalmente, o terceiro momento de aplicação da pena, que “*diz respeito às causas de diminuição e de aumento*”.

De acordo com o art. 61, I, do CPB, a reincidência penal encontrar-se-ia, então, na segunda fase da dosimetria da pena, sendo uma circunstância agravante:

Art. 61 - São circunstâncias que sempre agravam a pena, quando não constituem ou qualificam o crime: (*Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984*)

I - a reincidência; (*Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984*)

II - ter o agente cometido o crime: (*Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984*)

a) por motivo fútil ou torpe;

1 GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal. Parte Geral*. Rio de Janeiro: Impetus, 2006. p. 597-601.

- b) para facilitar ou assegurar a execução, a ocultação, a impunidade ou vantagem de outro crime;
- c) à traição, de emboscada, ou mediante dissimulação, ou outro recurso que dificultou ou tornou impossível a defesa do ofendido;
- d) com emprego de veneno, fogo, explosivo, tortura ou outro meio insidioso ou cruel, ou de que podia resultar perigo comum;
- e) contra ascendente, descendente, irmão ou cônjuge;
- f) com abuso de autoridade ou prevalecendo-se de relações domésticas, de coabitação ou de hospitalidade;
- f) com abuso de autoridade ou prevalecendo-se de relações domésticas, de coabitação ou de hospitalidade, ou com violência contra a mulher na forma da lei específica; (Incluído pela Lei nº 11.340, de 2006)
- g) com abuso de poder ou violação de dever inerente a cargo, ofício, ministério ou profissão;
- h) contra criança, velho, enfermo ou mulher grávida. (Redação dada pela Lei nº 9.318, de 1996)
- h) contra criança, maior de 60 (sessenta) anos, enfermo ou mulher grávida; (Redação dada pela Lei nº 10.741, de 2003)
- i) quando o ofendido estava sob a imediata proteção da autoridade;
- j) em ocasião de incêndio, naufrágio, inundação ou qualquer calamidade pública, ou de desgraça particular do ofendido;
- l) em estado de embriaguez preordenada. (grifo nosso)

Não obstante a supradita previsão legal, o agravamento da pena em razão da reincidência (que produz, ainda, outros efeitos penais negativos para o condenado, previstos tanto na parte especial do CPB quanto na legislação extravagante, os quais serão oportunamente abordados) é bastante criticado, sob diversos enfoques, que podem ser aglutinados dentro do chamado garantismo penal, tais como a função ressocializadora da pena, o princípio do *ne bis in idem*, o princípio da secularização, o princípio da culpabilidade, o princípio da igualdade, o princípio da lesividade, o

princípio da intervenção mínima, o princípio da individualização da pena e o princípio da proporcionalidade.

Disso resulta a indagação acerca da constitucionalidade do instituto da reincidência penal, que, para alguns doutrinadores, deveria ser abolido do ordenamento jurídico brasileiro, enquanto outros entendem, inclusive, que o reincidente deveria, na verdade, receber um tratamento mais brando (vale dizer, uma pena menos severa).

O presente trabalho visa analisar o instituto da reincidência à luz do garantismo penal, buscando, também, dar a ele uma dimensão que possa justificar a sua permanência no direito pátrio e, ainda, uma maior reprimenda ao réu. Para tanto, em um primeiro momento, serão abordados o conceito da reincidência e os seus principais efeitos (previstos na legislação penal), e, posteriormente, o garantismo penal e o direito penal do inimigo.

1 DEFINIÇÃO LEGAL E EFEITOS JURÍDICOS DA REINCIDÊNCIA

O conceito legal de reincidência, os seus requisitos e pressupostos, variam de acordo com a legislação penal de cada país (inclusive ao longo do tempo, se analisada, por exemplo, a evolução da legislação penal brasileira), o que impossibilita, portanto, um conceito único e universal aplicável sempre, para qualquer época e qualquer lugar².

O vigente Código Penal brasileiro (CP), nos arts. 63 e 64, dispõe que:

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. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

Art. 64 - Para efeito de reincidência: (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

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 5 (cinco) anos, computado o período de prova da suspensão ou do livramento condicional, se não ocorrer revogação; (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

2 YAROCHEWSKY, Leonardo Isaac. *Da reincidência criminal*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2005. p. 26-27.

II - não se consideram os crimes militares próprios e políticos.(Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

Vê-se que o nosso Código Penal adotou o sistema da temporariedade, também chamada, por parte da doutrina, de prescrição da reincidência.

Anteriormente, o legislador penal havia adotado o sistema da perpetuidade, segundo o qual “*uma vez reincidente o réu carregará consigo eternamente as conseqüências e efeitos da reincidência, eis que não há limitador temporal para tanto*”³. Todavia, com reforma de 1984, o antigo sistema foi preterido, prevalecendo, assim, a temporariedade, cessando-se os efeitos da reincidência após o prazo de 5 (cinco) anos da data de cumprimento ou extinção da pena.

Poder-se-ia dizer que a limitação temporal da condenação anterior para efeitos de reincidência legitimaria, inclusive, o agravamento da pena por esta circunstância.

Afinal, desarrazoado seria a pessoa carregar consigo permanentemente uma eventual condenação penal, de modo que, vindo a cometer uma contravenção décadas depois, seria reincidente. A contrario sensu, possuindo a reincidência um efeito temporário de agravar a pena (vale dizer, após 5 anos do cumprimento ou extinção da pena, se a pessoa cometer novo delito, não será reincidente), não haveria problema algum em se punir mais severamente aquele que, após ter a sua pena extinta, em curto espaço de tempo, comete novo crime.

A reincidência pode ser classificada em real (o réu comete novo crime após ter cumprido, no todo ou em parte, pena por crime anterior) ou ficta (basta o réu cometer novo crime depois de sentença transitada em julgado); em genérica (não exige que os delitos sejam da mesma natureza), específica (exige-se que os delitos sejam da mesma natureza) ou especialíssima (exige-se que seja violado o mesmo artigo de lei penal)⁴.

Ao reincidente aplicam-se os mais diversos e negativos efeitos jurídicos, previstos tanto na Parte Geral quanto na Parte Especial do

3 ALVES, Ana Cristina Borba. A reincidência no sistema penal brasileiro. *Revista Jurídica*, São Paulo, v. 54, n. 348, p. 80, out. 2006.

4 *Ibidem*, p. 81.

Código Penal, bem como no Código de Processo Penal (CPP) e em legislação especial⁵.

Entre os efeitos previstos *na Parte Geral do Código Penal*, tem-se que a reincidência: a) agrava a pena privativa de liberdade em quantidade indeterminada dentro dos limites da cominação pertinente (art. 61, I, do CP); b) prepondera no concurso de circunstâncias agravantes e atenuantes (art. 67 do CP); c) impede a concessão da suspensão condicional da execução da pena (*sursis*) na hipótese de reincidência em crime doloso (art. 71, I, do CP); d) impede a substituição da pena privativa de liberdade (PPL) por restritiva de direitos (PRD's) na hipótese de reincidência em crime doloso (art. 44, II, do CP), a não ser que a reincidência seja genérica e a substituição socialmente recomendável, sendo, como se verá em breve, uma relativização da reincidência penal (art. 44, § 3º, do CP); e) impede a substituição da PPL por multa (arts. 60 § 2º, e 44, § 2º, do CP); f) provoca a conversão da pena substitutiva em pena privativa de liberdade (art. 45, I, do CP, atual § 5º, do art. 44); g) aumenta de um terço à metade o prazo de efetiva privação da liberdade para obtenção do livramento condicional, se se tratar de crime doloso (art. 83, II); h) aumenta para dois terços o prazo de efetivo cumprimento da PPL para obtenção do livramento condicional, se se tratar de crime hediondo ou equiparado (art. 83, V, primeira parte, do CP); i) impede a concessão do livramento condicional quando se trata de reincidência específica em crimes hediondos, tráfico ilícito de entorpecentes, terrorismo e tortura (art. 83, V, parte final, a contrário senso, do CP); j) impõe ao agente o regime semi-aberto para início de cumprimento de pena de detenção (art. 32, § 2º, b e c, do CP); k) impõe ao agente o regime semi-aberto para início de cumprimento de pena de detenção (art. 33, § 2º, c, do CP); l) produz a revogação obrigatória do *sursis* em condenação por crime doloso (art. 81, I, do CP); m) produz a revogação facultativa do *sursis*, na hipótese de condenação por crime culposo ou contravenção penal (art. 81, § 1º, do CP); n) acarreta a revogação obrigatória do livramento condicional, sobrevivendo condenação a PPL por crime cometido anteriormente à vigência do benefício (art. 86, II, do CP); o) acarreta a revogação facultativa do livramento condicional, sobrevivendo condenação por crime ou contravenção, se imposta PPL (art. 87 do CP); p) revoga a habilitação, quando sobrevier condenação a pena que não seja de multa (art. 95); q) aumenta de um terço o prazo prescricional da

5 ALVES, Ana Cristina Borba. A reincidência no sistema penal brasileiro. *Revista Jurídica*, São Paulo, v. 54, n. 348, p. 81-85, out. 2006; CARVALHO, Amilton Bueno. *Aplicação da pena e garantismo*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 62; SILVEIRA, Fabiano Augusto Martins. Fundamentos técnico-jurídicos da reincidência no moderno direito penal. *Revista do CAAP*, Belo Horizonte, v. 2, n.4, p. 48-49, 1998; YAROCHEWSKY, Leonardo Isaac. *Da reincidência criminal*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2005. p. 167-168.

pretensão executória e, de acordo com o que vem entendendo o Superior Tribunal de Justiça (STJ), também o da prescrição da pretensão punitiva (art. 110, *caput*, do CP) e, ainda, r) interrompe a prescrição da pretensão punitiva (art. 117, VI, do CP).

Quanto aos efeitos previstos para a reincidência *na Parte Especial do Código Penal*, destacam-se: a) impedimento de perdão judicial no crime de apropriação indébita previdenciária (art. 168-A, § 3º, do CP); b) impedimento de pena de multa no crime de apropriação indébita previdenciária (art. 168-A, § 3º, do CP); c) impedimento de perdão judicial no crime de sonegação de contribuição previdenciária (art. 337-A, § 2º, do CP); d) impedimento de pena de multa no crime de sonegação de contribuição previdenciária (art. 337-A, § 2º, do CP); e) impedimento do reconhecimento de causas de diminuição de pena nos crimes de furto privilegiado (art. 155, § 2º, do CP), de estelionato privilegiado (art. 171, § 1º, do CP), de fraude no comércio privilegiada (art. 175, § 2º, do CP), de receptação culposa privilegiada (art. 180, §§ 3º e 5º, do CP), de receptação dolosa privilegiada (art. 180, *caput* e § 5º, do CP), de apropriação indébita privilegiada (art. 168 c.c. art. 170 do CP), de apropriação indébita previdenciária privilegiada (art. 168-A c.c. art. 170 do CP), de apropriação de coisa havida por erro, caso fortuito ou força da natureza, privilegiadas (art. 169, *caput*, c.c. art. 170 do CP), de apropriação de tesouro privilegiada (art. 169, parágrafo único, I, c.c. art. 170 do CP) e de apropriação de coisa achada privilegiada (art. 169, parágrafo único, II, c.c. art. 170 do CP).

Entre os efeitos da reincidência previstos *no Código de Processo Penal*, tem-se o impedimento da concessão de fiança, em caso de condenação por delito doloso (art. 323, III, do CPP), e, ainda, a possibilidade de decretação de prisão preventiva (art. 313, III, do CPP);

Por fim, quanto aos efeitos previstos *na legislação especial*, salienta-se que a reincidência penal: a) impossibilita a transação penal nas infrações de menor potencial ofensivo (art. 76, § 2º, I, da Lei 9.099/95); b) impede a suspensão condicional do processo (art. 89, *caput*, da Lei 9.099/95); c) aumenta de um terço até metade a pena de quem já foi condenado por violência contra a pessoa no caso de porte ilegal de arma que não seja de fogo (art. 19, § 1º, LCP); d) é qualificadora do crime de porte de arma de fogo, prevista no § 3º, IV, do art. 10 da Lei 9.437/97; e) integra o tipo da contravenção penal de ter consigo material utilizado para furto, por quem já foi condenado por furto ou roubo; f) permite a aplicação, de forma cumulada, da penalidade de suspensão da permissão ou habilitação para dirigir veículo automotor com outra de natureza diversa, em se tratando de

reincidência em crimes de transito, previstos na Lei 9.503/97 (art, 296); g) agrava a pena, quando não constituem ou qualificam os crimes de natureza ambiental (art. 15 da Lei 9.605/98); h) dobra as penas pecuniárias previstas na lei que estabelece normas para as eleições (art. 90 da Lei 9.504/97); i) aumenta, pela metade, a pena no crime de emprego, desenvolvimento, fabricação, comercialização, importação, exportação, aquisição, estocagem, retenção ou transferência, direta ou indireta, de minas terrestres antipessoal no território nacional (art. 2º, § 2º, da Lei 10.300/01) e, também, j) pode triplicar o valor da multa no caso dos crimes contra o mercado de capitais, artigos acrescentados à Lei 6.385/76 pela Lei 10.303/01).

2 REINCIDÊNCIA E GARANTISMO PENAL

Diante de todos esses efeitos aplicáveis ao reincidente, sempre a prejudicá-lo, o questionamento acerca da legitimidade e constitucionalidade do referido instituto penal tem sido uma constante na dogmática penal, tanto aqui, no Brasil, como no exterior.

As críticas feitas ao instituto da reincidência são diversas e partem da análise da função ressocializadora da pena, do princípio do *ne bis in idem*, do princípio da secularização, do princípio da culpabilidade, do princípio da igualdade, do princípio da lesividade, do princípio da intervenção mínima, do princípio da individualização da pena e do princípio da proporcionalidade, que serão analisados adiante.

Todas essas críticas apresentam, em comum, sempre o enfoque no garantismo penal, entendido este como único modelo de Direito Penal congruente com um Estado Democrático de Direito e em que são resguardados direitos e garantias individuais limitadoras do poder punitivo (*ius puniendi*), evitando-se, assim, o arbítrio judicial e o autoritarismo dentro de um sistema penal que já é reconhecido, infelizmente, há tempos, como seletivo⁶.

A) FUNÇÕES DA PENA

A fim de melhor compreender e debater o tema, mostra-se importante, de início e brevemente, analisar as diferentes teorias sobre as funções da pena⁷.

6 TORELLY, Elisa et al. Cor, escolaridade e prisão: um estudo sociojurídico do fenômeno da reincidência criminal. *Revista de estudos criminais*, [S.L.], v.8, n. 28, p. 137-148, jan./mar. 2008.

7 ASSIS, Rafael Damaceno. Análise crítica do instituto da reincidência criminal. *Revista CEJ*, Brasília, n. 40, p. 73-80, jan./mar. 2008; MORAES, Alexandre Rocha Almeida. *Direito penal do inimigo: a terceira velocidade*

Em apertada síntese, pode-se falar em três principais teorias, quais sejam, a absoluta (retributiva), a relativa (finalista ou utilitária) e a mista.

Na teoria absoluta, abstrai-se a pena de todos os fins sociais, o direito penal e a pena são um fim em si mesmo. Vale dizer, aquele que comete um crime deve ser castigado na mesma proporção. A pena seria um mal necessário aplicado, em igual intensidade, a um delinqüente que pratica um mal (crime), daí a idéia de retribuição e, também, de proporcionalidade na limitação da pena (lei de talião). O fundamento filosófico para tanto é encontrado, por exemplo, em Kant e Hegel. Enquanto para aquele a pena seria um imperativo categórico (ao mal do crime, deve-se aplicar o mal da pena, imperando entre eles a igualdade), para este a pena representaria uma reafirmação do direito frente ao crime (que seria a negação do mesmo)⁸.

Já a teoria relativa atribui à pena uma concepção de meio, e não de fim, considerando-a um instrumento de prevenção.

Dessa forma, a prevenção classificaria-se em especial, visando o próprio agente do fato (condenado), e em geral, sob a ótica da comunidade como um todo. Nesse contexto, o afastamento (privação da liberdade) do criminoso seria a prevenção especial negativa, impedindo que o mesmo voltasse a cometer crimes, ainda que temporariamente (durante o cumprimento da pena), sendo a prevenção especial positiva a correção e a ressocialização desse criminoso (leia-se, após o término de sua pena, ele não mais reincidiria).

Lado outro, a prevenção geral negativa seria a dissuasão de todos os cidadãos de praticarem crimes, servindo o condenado como exemplo da eficiência do poder punitivo estatal (certeza na captura e punição daquele que cometer crimes), enquanto a prevenção geral positiva seria a transmissão à coletividade da idéia de reafirmação do ordenamento jurídico e, portanto, de segurança e da ordem restabelecida.

Destaca-se que a teoria adotada pelo ordenamento jurídico pátrio é a mista⁹, que compreende o duplo aspecto da punição (retribuição do delito já

do direito penal. Curitiba: Juruá, 2009. p. 139-171; QUEIROZ, Paulo. *Funções do Direito Penal: legitimação versus deslegitimação do sistema penal*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008; YAROCHEWSKY, Leonardo Isaac. *Da reincidência criminal*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2005. p. 173-189.

8 MORAES, Alexandre Rocha Almeida. *Direito penal do inimigo: a terceira velocidade do direito penal*. Curitiba: Juruá, 2009. p. 142-143.

9 ASSIS, Rafael Damasceno. Análise crítica do instituto da reincidência criminal. *Revista CEJ*, Brasília, n. 40, p. 77, jan./mar. 2008; ALVES, Ana Cristina Borba. A reincidência no sistema penal brasileiro. *Revista*

consumado e prevenção do cometimento de delitos no futuro, inclusive com a adequada ressocialização do condenado), conforme se verifica do art. 59, *caput*, do CP e do art. 1º da Lei 7.210/84 (Lei de Execução Penal – LEP):

Art. 59 - O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e conseqüências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja *necessário* e suficiente para reprovação e prevenção do crime: (*Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984*)

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

Disso se tem a primeira crítica ao instituto da reincidência penal, que, nas palavras de Maria Lúcia Karam¹⁰:

Se, com o cumprimento de uma pena anterior, se reforçou a motivação contrária à norma, o que se demonstra é tão-somente que aquela pena foi contraproducente e criminalizante, o que torna um paradoxo a insistência nesta reação punitiva.

Considerando as funções da pena em nosso ordenamento jurídico, a crítica que se faz à reincidência enquanto agravante obrigatória da pena pode ser resumida da seguinte forma: sabendo-se dos efeitos deletérios produzidos pela pena de prisão sobre o indivíduo, vale dizer, a ação criminógena do cárcere sobre o condenado, o qual, após o cumprimento da referida pena, longe de encontrar-se socializado para viver novamente em comunidade, incorporou uma cultura paralela, valores (padrões) da prisão diante da necessidade de sobreviver naquele lugar, tem-se que, devido ao Estado falhar em fazer cumprir a função da pena de reeducação e reinserção do indivíduo à sociedade (função esta que havia legitimado, inclusive, o exercício do *jus puniendi*), a tendência é que ex-condenado (recém liberto) reincida, razão pela qual a reincidência não pode ser, posteriormente, utilizada para agravar a pena do novo delito cometido.

Jurídica, São Paulo, v. 54, n. 348, p. 104, out. 2006.

10 KARAM, Maria Lucia. Aplicação da pena: por uma nova atuação da justiça criminal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 2, n. 6, p.126-127, abr./jun. 1994.

Oportuno transcrever pensamento de Rafael Damaceno de Assis¹¹, que descreve bem esse fenômeno de *prisionização* (assimilação de valores da prisão, inexistindo, de fato, ressocialização):

O bom comportamento demonstrado pelo detento na prisão torna-o apenas adepto dos valores nela existentes, não significando que está apto a retornar à sociedade por ter sido ressocializado. Dessa forma, ao voltar à liberdade, por haver-se adequadamente àquela ordem imposta no cárcere, não consegue adaptar-se de forma satisfatória às situações-problemas, o que, de acordo com a teoria adaptativa já exposta, tende a motivar a prática de novos delitos.

Diante do exposto acima, alguns doutrinadores entendem, inclusive, que a reincidência deveria não apenas deixar de ser uma agravante, mas, poderia, perfeitamente, ser uma atenuante:

A presumida maior probabilidade de um novo delito ou a pretensa maior perversão da personalidade do autor reincidente, na realidade, poderiam ser atribuídos ao próprio Estado, enquanto efeitos da intervenção punitiva anterior, de forma que o que poderia sim haver na reincidência seria, em geral, uma menor culpabilidade, em função da redução do âmbito de autodeterminação gerado pela prévia intervenção punitiva, estigmatizante e redutora do espaço social do apenado¹².

Não obstante o exposto acima, deve-se atentar para a complexidade e diversidade inerente ao ser humano, existindo, por que não, aqueles detentos que seriam irrecuperáveis¹³, nos dizeres de Sacha Calmon, em razão de sua estrutura psicológica, sem que se falasse, contudo, em inimputável, o que demandaria uma abordagem interdisciplinar do tema, com profissionais da área (psicólogo e psiquiatra) para que se pudesse, então, concluir, realmente, por uma falta do Estado em não fazer cumprir a função ressocializadora da pena. Sacha indica que “*um senso psicanalítico iria demonstrar, quem sabe, que a população carcerária, por metade, se não mais, é formada por indivíduos perversos, incapazes de amar, cruéis, destituídos de culpa e, portanto, irrecuperáveis*”. Assim, não se poderia afirmar, em todo e qualquer caso de reincidência criminal, que houve falha do Estado e, com isso, pretender responsabilizá-lo

11 ASSIS, Rafael Damaceno. Análise crítica do instituto da reincidência criminal. *Revista CEJ*, Brasília, n. 40, p. 78, jan./mar. 2008.

12 KARAM, Maria Lucia. Aplicação da pena: por uma nova atuação da justiça criminal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 2, n. 6, p.127, abr./jun. 1994.

13 CALMON, Sacha. Perversidade e o direito. *Estado de Minas*, Belo Horizonte, 25 de outubro de 2009, opinião. p. 11.

pela prática reiterada de delitos por determinado ex-detento, devendo-se analisar melhor a variedade e a complexidade da estrutura humana para se concluir quais são, no caso concreto, as causas que ensejaram a prática delituosa e, mais especificamente, a reincidência.

B) PRINCÍPIO DO *NE BIS IN IDEM*

A reincidência penal constituiria, ainda, um *bis in idem*, vedado em nosso ordenamento pela Convenção Interamericana de Direito Humanos (Pacto de San Jose da Costa Rica), bem como em decorrência da CRFB/88, que consagra a intangibilidade da coisa julgada e o princípio da legalidade¹⁴.

O agravamento da pena pela reincidência significaria, nada mais, que aumentar a pena por um fato anteriormente cometido e já apenado, constituindo dupla punição por um mesmo fato.

Ademais, quando o juiz, em razão da reincidência, agrava a pena na sentença posterior, ocorreria, na verdade, um aumento do *quantum* da pena do delito anterior, e não um aumento da pena do segundo delito, violando, assim, a coisa julgada.

C) PRINCÍPIO DA SECULARIZAÇÃO

Outrossim, a pena agravada em razão da reincidência significaria que o agente é punido mais severamente pelo que ele é, e não pelo fato concreto em julgamento.

Tal situação representaria um retrocesso em relação ao princípio da secularização, que se relaciona à distinção entre o direito e a moral, que é uma das principais características do regime republicano e pressuposto de toda teoria garantista, de um direito penal mínimo, sendo que “o direito penal não tem a missão de impor ou reforçar a (ou determinada) moral, mas apenas de impedir condutas danosas para terceiros”¹⁵. Cabe transcrever conceituação dada por Ana Cristina Borba Alves:

14 ALVES, Ana Cristina Borba. A reincidência no sistema penal brasileiro. *Revista Jurídica*, São Paulo, v. 54, n. 348, p. 97, out. 2006; CARVALHO, Amilton Bueno. *Aplicação da pena e garantismo*. 4.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 66; YAROCHEWSKY, Leonardo Isaac. *Da reincidência criminal*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2005, p. 126-132; KARAM, Maria Lucia. Aplicação da pena: por uma nova atuação da justiça criminal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 2, n. 6, p.127, abr./jun. 1994.

15 CARVALHO, Amilton Bueno. *Aplicação da pena e garantismo*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 5-18.

Utiliza-se o termo “secularização” para indicar as transformações pelas quais passou a sociedade, a partir do Século XV, no que tange à separação que se operou entre a religião e a filosofia, em especial a moral do clero e o modo de produção laica das ciências¹⁶.

Ora, de tudo o que foi dito, resulta que a pessoa não pode ser julgada pelo que é, mas, sim e tão-somente, pelo que fez. Contudo, o agravamento da pena em razão da reincidência parece ir em sentido contrário, fazendo-se um juízo de maior periculosidade do agente, analisando-se o seu modo de vida, o que, de maneira alguma, tornaria o fato *in concreto* mais grave a justificar a aplicação de uma pena mais severa.

De fato, o furto praticado por um reincidente não se distingue, em gravidade, de um furto praticado por um agente tido como primário. Assim, a justificativa para a pena mais alta aplicada ao reincidente se daria, única e exclusivamente, em virtude de suas condições pessoais, somente por ser reincidente.

D) PRINCÍPIO DA CULPABILIDADE

O direito penal moderno se baseia na responsabilidade subjetiva. Fala-se em culpabilidade pelo fato, e, portanto, em direito penal do fato, em contraposição à culpabilidade do agente, da qual resulta o chamado direito penal do autor. Assim, a punição se dá em decorrência de uma ação concreta, conforme dito no tópico anterior, e não pelo modo de vida do agente. Em outras palavras, o objeto da punição é o fato-do-agente e não o agente-do-fato.

Destarte, o agravamento da pena pela reincidência só poderia ser explicado partindo-se de uma concepção da culpabilidade pela condução de vida, o que é incompatível com o princípio da culpabilidade pelo fato e, em última análise, com o Estado Democrático de Direito¹⁷.

Merece destaque, ainda, o fato de o Código Penal brasileiro ter adotado a reincidência ficta (ou imprópria), que, conforme exposto alhures, não exige que o agente tenha cumprido, no todo ou em parte, pena por crime anterior para que seja tido como reincidente e, com isso, tenha a sua pena agravada, bastando, para tanto, o simples trânsito em julgado de

16 ALVES, Ana Cristina Borba. A reincidência no sistema penal brasileiro. *Revista Jurídica*, São Paulo, v. 54, n. 348, p. 89.

17 YAROCHEWSKY, Leonardo Isaac. *Da reincidência criminal*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2005. p. 119.

sentença condenatória, o que violaria, então, com mais razão, o princípio da culpabilidade. Com efeito, considerando que o fundamento para o agravamento da pena em razão da reincidência seria o fato de o condenado praticar crime após a sanção anteriormente aplicada ter se mostrado insuficiente, pressupõe-se que ele (condenado) cumpriu ao menos parte dessa sanção, do contrário, sequer poderia se falar que a sanção anterior foi insuficiente. Contudo, isso não ocorre na reincidência ficta, que se apresenta, portanto, ainda mais frágil do que as outras espécies de reincidência.

Não obstante as críticas acima à reincidência penal, deve-se atentar para as diferentes funções que a culpabilidade assume no Direito Penal. Assim, tomando-se a culpabilidade como um juízo de valor (de reprovação), considerando a potencial consciência da ilicitude; a possibilidade de se exigir, nas circunstâncias, comportamento em conformidade com o direito e a imputabilidade penal, poder-se-ia legitimar, também à luz da culpabilidade, o agravamento da pena do reincidente em razão de o mesmo agir com intensa consciência da ilicitude durante a recaída delituosa¹⁸.

Dessa forma, tem-se que, curiosamente, um maior rigor na aplicação da pena em razão da reincidência criminal pode ser tanto criticada quanto justificada pela culpabilidade.

E) PRINCÍPIO DA IGUALDADE

Uma possível justificativa para reincidência como agravante da pena, seria a maior periculosidade do agente, entendendo-se, como tal, a probabilidade de a pessoa vir a cometer novos delitos no futuro. Ademais, a reincidência revelaria que a pena anteriormente aplicada ao agente foi insuficiente para se alcançar a prevenção especial, devendo-se, então, agravar a pena do segundo delito a fim de se corrigir a deficiência da primeira.

Contudo, nos dizeres de Maria Lúcia Karam¹⁹, essa situação violaria o princípio da igualdade:

A afirmação de periculosidade, além de, em última análise, não passar de uma ficção, implica numa classificação das pessoas, em que se distinguem entre “perigosos” e “não perigosos”, uns superiores e outros

18 SILVEIRA, Fabiano Augusto Martins. Fundamentos técnico-jurídicos da reincidência no moderno direito penal. *Revista do CAAP*, Belo Horizonte, v. 2, n.4, p. 42, 1998.

19 KARAM, Maria Lucia. Aplicação da pena: por uma nova atuação da justiça criminal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 2, n. 6, p.126, abr./jun. 1994.

inferiores, a receber distintos tratamentos. E o princípio da igualdade impede tal distinção, igualmente impedindo regras discriminatórias.

A dignidade é um valor concreto atribuído a todo ser humano, estendendo-se a qualquer pessoa, independentemente de seu *status* jurídico (não-delinqüente ou delinqüente, reincidente ou primário). Não pode, assim, no momento da aplicação da pena, o autor de um determinado fato ser visto de forma desigual ao autor de fato análogo, impondo-se a ele a posição de inferior, porque supostamente “perigoso”, ou dando-lhe um tratamento distinto, porque apresentaria um traço diferente em sua personalidade.

Pelo princípio da lesividade (ou ofensividade), a conduta interna não exteriorizada não pode ser punida, limitando-se o *jus puniendi* a comportamentos que ofendam bens jurídicos alheios. Por ofensa, deve-se entender a lesão ou ameaça de lesão a bem jurídico.

E não é qualquer bem jurídico que merece a tutela penal. O princípio da intervenção penal mínima indica que o Direito Penal deve tutelar os bens jurídicos mais relevantes. Ademais, essa tutela penal tampouco pode ser exacerbada, devendo, pelo contrário, limitar-se ao necessário para que se protejam, adequadamente, esses bens.

Assim, novamente, tem-se que não se poderia punir mais severamente o agente de um fato criminoso simplesmente em razão de seu estado de reincidente. Aliás, conforme exposto anteriormente, o fato isolado de o agente ser ou não reincidente não torna, por si só, a lesão ao bem jurídico maior ou menor, mais grave ou menos grave.

Por conseguinte, a reincidência penal implicaria uma violação não só ao princípio da lesividade, como também ao princípio da intervenção mínima, configurando uma medida de tutela penal desnecessária e mesmo excessiva, além de arbitrária, por se tratar de um tipo legal de autor (simplesmente se escolheu o reincidente, dentre os demais agentes, para se punir mais severamente).

F) PRINCÍPIO DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA E PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

O Código Penal brasileiro comina, abstratamente, penas para cada tipo penal, com um mínimo e um máximo. Assim, o princípio da individualização da pena indica que o juiz, ao aplicar a pena, deve considerar

o fato e o indivíduo concretamente, as suas particularidades. Pelo princípio da proporcionalidade, por sua vez, tem-se, ainda, que deve haver não só uma proporcionalidade entre a pena abstratamente cominada e o crime tipificado, como também entre a pena aplicada em concreto e a gravidade do fato praticado pelo autor.

Em suma, tanto o princípio da individualização da pena quanto o princípio da proporcionalidade devem nortear o juiz quando da prolação da sentença.

Contudo, sendo a reincidência uma agravante de caráter obrigatório, parece que os supraditos princípios, em determinadas situações, deixariam de ser atendidos.

Além de a reincidência não apresentar, por si só, elo com o fato *sub judice*, tratando-se de uma condição pessoal do agente, tampouco faz, isoladamente, com que o crime se torne mais grave.

As motivações e causas determinantes de cada um dos crimes praticados pelo agente podem, perfeitamente, ser de diversas ordens, sem se relacionarem entre si. Assim, da reincidência não resulta, necessariamente, uma maior periculosidade do agente, entendida esta como uma probabilidade de este cometer novos crimes no futuro.

Constata-se, então, que a obrigatoriedade da incidência da reincidência impossibilitaria, na prática, uma individualização da pena, além de tornar a pena desproporcional ao segundo crime.

3 REINCIDÊNCIA E DIREITO PENAL DO INIMIGO

A sociedade moderna, pós-industrial, globalizada, caracteriza-se pela sua complexidade e contingência, cheia de riscos, com demandas diversas e cada vez mais crescentes, dificultando a tomada de decisões, sendo as possibilidades inúmeras, o que aumenta a incerteza e o grau de insegurança. *“A complexidade determina a existência de mais possibilidades do que o seu potencial de realização. Já a contingência é o perigo de desapontamento e necessidade de assumir riscos”*²⁰.

20 MORAES, Alexandre Rocha Almeida. *Direito penal do inimigo: a terceira velocidade do direito penal*. Curitiba: Juruá, 2009. p. 98.

Diante desse cenário, em um mundo, a princípio, incontrolável, deve-se repensar o direito, não lhe atribuindo aquilo que não se insere dentro de suas funções, sob pena de se frustrarem as expectativas e aumentar-se a insegurança.

Partindo-se das premissas acima, a Teoria dos Sistemas de Luhmann busca uma diferenciação funcional. Vale dizer, é preciso entender o que cabe ao direito e o que está fora dele. Existem demandas que o direito não consegue processar, devendo ser solucionadas em outros sistemas. A função do sistema do direito seria reduzir a complexidade através da generalização congruente de expectativas normativas, oferecendo respostas claras e justificadas, visando, assim, a estabilidade (segurança), que é tão almejada dentro dessa sociedade de riscos. Deve-se indagar, por exemplo, se a ressocialização de um reincidente deve, de fato, ser entendida como uma das funções da pena, ou, se, na verdade, ela seria melhor trabalhada dentro de outros ramos do conhecimento humano. Tal situação repercutiria, por sua vez, nos efeitos que a reincidência penal pode ou não apresentar (se a reprimenda ao reincidente pode ou não ser mais severa).

Günther Jakobs idealizou, então, um funcionalismo sistêmico pautado na Teoria dos Sistemas de Niklas Luhmann, sendo o direito um sistema autopoietico²¹.

Mostra-se oportuno esclarecer que não se pretende, aqui, justificar o direito penal do inimigo, mas tão-somente delimitá-lo, permitindo, assim, uma melhor compreensão da reincidência, objeto do presente trabalho.

O direito Penal protegeria a vigência das normas. Esta seria a função da pena, reafirmar a vigência da norma em favor da estabilização do sistema social. Em outras palavras, a pena teria uma função preventiva geral positiva (ou integradora).

Critica-se bastante Jakobs pela ausência de axiologia, possibilitando a justificação, com essas idéias, de ordenamentos jurídicos tanto de regimes democráticos quanto de regimes autoritários. Mas a sua teoria facilitaria, ao menos, a percepção do quanto se alçam demandas ao Direito Penal e

21 JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. *Direito penal do inimigo: noções e críticas*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008; MORAES, Alexandre Rocha Almeida. *Direito penal do inimigo: a terceira velocidade do direito penal*. Curitiba: Juruá, 2009.

que não podem ser resolvidas por ele, devendo ser processadas em outros sistemas²².

De qualquer forma, a teoria de Jakobs permitiria, ainda, justificar a reincidência como circunstância agravante, mesmo se constatando que não se alcança a prevenção especial através da pena de prisão. Afinal, a pena serve para confirmar a confiança na vigência das normas, tendo como destinatários todos os membros da sociedade, enquanto potenciais vítimas.

Conforme dito em tópico anterior, existem aqueles que não apenas criticam a reincidência penal como circunstância agravante, mas defendem que ela (reincidência) deveria ser uma atenuante. Contudo, aplicar a reincidência como atenuante afrontaria a idéia de que pena serve para confirmar a confiança da sociedade na vigência das normas. Afinal, aquele que pratica reiteradamente condutas contrárias ao direito não apenas deixaria de ser penalizado mais severamente, mas passaria também a receber um tratamento mais brando. Nesse caso o direito estaria trabalhando contra si próprio, em um processo autofágico (de autodestruição), e, certamente, tal situação transmitiria uma idéia negativa para as demais pessoas, de insegurança e, por que não dizer, de fomento ao crime.

Contudo, a teoria da prevenção geral positiva também merece críticas por gerar um maior simbolismo do direito penal, além de negar o fim da pena de ressocializar do condenado.

Cabe salientar que, embora Jakobs defenda, atualmente, a existência de um direito penal do inimigo, inicialmente ele havia utilizado este termo apenas para alertar sobre a flexibilização de direitos e garantias fundamentais²³.

Nesse sentido, Cornelius Prittwitz:

Partindo de sua descrição crítica do estado de coisas, Jakobs tinha desenvolvido um modelo de direito penal parcial. Uma grande parte do direito penal alemão é, na opinião dele, direito penal do inimigo, coisa que Jakobs já tinha analisado em 1985. Porém, em 1999, ele diz: ela deve realmente ser direito penal do inimigo.

22 MORAES, Alexandre Rocha Almeida. *Direito penal do inimigo: a terceira velocidade do direito penal*. Curitiba: Juruá, 2009. p. 172.

23 *Ibidem.*, p. 181.

Para justificar esta guinada de 180 graus, Jakobs essencialmente diz que aquele que se comporta como inimigo (e Jakobs realmente emprega, mal se pode crer, a expressão “não pessoa”) também merece ser tratado como inimigo – portanto não pessoa. O grande número de inimigos de dentro e fora – e Jakobs apresenta também cenários ameaçadores vindos com a globalização – não deixam ao Estado Democrático outra chance senão reagir com o direito penal do inimigo.

É preciso dizer que é visivelmente a intenção de Günther Jakobs salvar a característica de Estado de Direito no direito penal do cidadão, dividindo o direito penal hoje em vigor num direito parcial “do cidadão” e um “direito parcial do inimigo”²⁴.

Independentemente de Jakobs defender, atualmente, a existência de um direito penal do inimigo, a constatação de que, na prática, existam institutos desse direito penal do inimigo mesmo em ordenamentos que, em tese, buscam ser garantistas, parece ser uma realidade. Isso acontece no Brasil, que não é exceção nesse cenário, o que se justifica, inclusive, pela hipertrofia legislativa que se encontra em nosso país, existindo políticas criminais contraditórias, de maior repressão penal (que resultou, por exemplo, na lei de crimes hediondos) e de abrandamento (que resultou, por sua vez, na criação de infrações de menor potencial ofensivo e na possibilidade de substituição de penas privativas de liberdade - PPL por penas restritivas de direitos - PRD's), o que se explicaria, também, pelo movimento cíclico presente no direito penal, cuja evolução histórica mostra uma alternância de modelos mais garantistas com modelos mais autoritários.

Tem-se, então, e cada vez mais, a existência real de uma legislação concebida para combater determinados grupos de indivíduos, uma criminalidade diferente da que existia no modelo clássico, como a intervenção nas telecomunicações, as investigações secretas e a intervenção de agentes infiltrados.

Poder-se-ia citar, ainda, a título de exemplo, os seguintes tipos penais, mecanismos e parâmetros penais e processuais penais mais próximos de um direito penal do inimigo, de um direito penal do autor, do que do modelo liberal-clássico²⁵: vadiagem (art. 59 do Decreto-Lei 3.688/41 - LCP);

24 PRITTWITZ, Cornelius. O direito penal entre o direito penal do risco e direito penal do inimigo: tendências atuais em direito penal e política criminal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 47, p. 42-43, mar./abr. 2004.

25 MOREIRA, Reinaldo Daniel. Influxos da concepção de direito penal de autor na ordem jurídica brasileira. *Boletim Ibcrcrim*, [S.L.], v. 12, n. 142, p. 18-19, set. 2004; MORAES, Alexandre Rocha Almeida. *Direito*

mendicância (art. 60 da LCP – Decreto-Lei 3.688/41); embriaguez (art. 62 da LCP – Decreto-Lei 3.688/41); rufianismo (art. 230 do CP); antecipação da tutela penal com a punição de atos preparatórios; tipos de mera conduta e de perigo abstrato; lei dos crimes hediondos (Lei 8.072/90); lei 9.099/95, que a pretexto de afastar a incidência da pena de prisão para infrações de menor potencial ofensivo, flexibilizou a garantia do devido processo penal, permitindo a imposição de penas pecuniárias ou restritivas de direito sem a produção da necessária prova e o exercício de ampla defesa; lei 9.034/95 (dispõe sobre a utilização de meios operacionais para a prevenção e repressão de ações praticadas por organizações criminosas); lei 9.296/96 (interceptações telefônicas); lei 10.217/01 (infiltração de agentes policiais, para o fim de se obter prova em investigação criminal); lei 10.792/03 (regime disciplinar diferenciado); lei 10.826/03 (estatuto do desarmamento) e, ainda, a lei 7.565/86 (Lei do abate).

Nesse contexto, em determinadas situações, a circunstância agravante da reincidência poderia, também, ser tida como um instituto do direito penal do inimigo. Seria no caso do indivíduo que, por princípio ou de maneira permanente, comporta-se de modo desviado frente à ordem jurídica sem oferecer garantia de conduzir-se como “pessoa” (expressão utilizada por Jakobs).

Todavia, corre-se o risco de se voltar com antigas figuras que, por bem, foram extirpadas, há algum tempo, do ordenamento jurídico pátrio, quais sejam, os criminosos habituais, por tendência e profissionais, que recebiam tratamento penal diferenciado²⁶, e que remontam, mais uma vez, a um direito penal do autor. “O criminoso habitual era *“quem, em período não superior a cinco anos, comete sucessivamente quatro ou mais crimes da mesma natureza e demonstra, pelas suas condições de vida e pelas circunstâncias dos fatos apreciados em conjunto, acentuada inclinação para o crime”*²⁷; *“entre os criminosos habituais incluem-se os profissionais que ao costume unem o fim de lucro, fazendo das práticas delituosas modo de vida ou ofício”*²⁸ e o criminoso por tendência era *“quem, pela periculosidade, motivos determinantes e meios e modos de execução do crime, revela extraordinária torpeza, perversão ou malvadez”*²⁹.

penal do inimigo: a terceira velocidade do direito penal. Curitiba: Juruá, 2009. p. 239–241.

26 NETO, Alcides Munhoz. Criminosos habituais e por tendência. *Revista de direito penal*, [S. L.], n. 15/16, p. 18-33, jul./dez. 1974.

27 *Ibidem* p. 25.

28 *Ibidem* p. 26.

29 *Ibidem* p. 26.

Dessa forma, como bem ponderou Alexandre Rocha Almeida de Moraes³⁰, surge a seguinte indagação: seria possível, no estágio atual e diante do cenário descrito neste capítulo, inclusive com novas formas de criminalidade a serem enfrentadas (cite-se a onda de ataques em São Paulo promovidos pelo Primeiro Comando da Capital), retomar um direito penal absolutamente garantista, sem esses elementos típicos de um direito penal de autor (direito penal do inimigo)? Para o objetivo do presente trabalho, significa perguntar, seria possível, prudente e recomendável mudar o tratamento (de agravante) dado à reincidência penal?

Cabe transcrever entrevista concedida por “Marcola”, tido como chefe do PCC (Primeiro Comando da Capital), publicada no Jornal “O Globo”³¹, que retrata justamente esta nova situação de criminalidade organizada a ser enfrentada pelo Estado brasileiro, e que, ao menos em um primeiro momento, indica não ser oportuno dotar a reincidência de um efeito de abrandamento de pena:

JG – Você é do PCC?

Mais do que isso, eu sou um sinal de novos tempos. Eu era pobre e invisível... Vocês nunca me olharam durante décadas... E antigamente era mole resolver o problema da miséria... O diagnóstico era óbvio: migração rural, desnível de renda, poucas favelas, ralas periferias... A solução é que nunca vinha... Que fizeram? Nada. O governo federal alguma vez alocou uma verba para nós? Nós só aparecíamos nos desabamentos no morro ou nas músicas românticas sobre a “beleza dos morros ao amanhecer”, essas coisas... Agora, estamos ricos com a multinacional do pó. E vocês estão morrendo de medo... Nós somos o início tardio de vossa consciência social... Viu? Sou culto... Leio Dante na prisão...

JG – Mas... a solução seria...

Solução? Não há mais solução, cara... A própria idéia de “solução” já é um erro. Já olhou o tamanho das 560 favelas do Rio? Já andou de helicóptero por cima da periferia de São Paulo? Solução como? Só viriam com muitos bilhões de dólares gastos organizadamente, com um governante de alto nível, uma imensa vontade política, crescimento econômico, revolução na educação, urbanização geral; e tudo teria de ser

30 MORAES, Alexandre Rocha Almeida. *Direito penal do inimigo: a terceira velocidade do direito penal*. Curitiba: Juruá, 2009. p. 326.

31 JABOR, Arnaldo. *Pornopolítica: paixões e taras na vida brasileira*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2006. p.43-47
apud PINTO, Soraya Moradillo. *Infiltração Policial*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2007. p. 29-33

sob a batuta quase de uma “tirania esclarecida”, que pulasse por cima da paralisia burocrática secular, que passasse por cima do Legislativo cúmplice (Ou você acga que os 287 sanguessugas vão agir? Se bobear, vão roubar até o PCC) e do Judiciário, que impede punições. Teria de haver uma reforma radical do processo penal do País, teria de haver comunicação e inteligência entre as policias municipais, estaduais e federais (nós fazemos até *conference calls* entre presídios...) E tudo isso custaria bilhões de dólares e implicaria numa mudança psicossocial na estrutura política do país. Ou seja: é impossível. Não há solução.

JG – Você não tem medo de morrer?

Vocês é que tem medo de morrer, eu não. Aliás, aqui na cadeia vocês não podem entrar e me matar... mas eu posso mandar matar vocês lá fora... Nós somos homens-bomba. Na favela tem cem mil homens-bomba. Estamos no centro do Insolúvel, mesmo... Vocês no bem e eu no mal e, no meio, a fronteira da morte, a única fronteira. Já somos uma outra espécie, já somos outros bichos, diferentes de vocês. A morte para vocês é um drama cristão numa cama, no ataque do coração... A morte para nós é o presunto diário, desovado numa vala... Vocês intelectuais não falavam em luta de classes, em “seja marginal, seja herói”? Pois é: chegamos, somos nós! Há Há... Vocês nunca esperavam esses guerreiros do pó, né?

Eu sou inteligente. Eu leio, li 3.000 livros e leio Dante... mas meus soldados todos são estranhas anomalias do desenvolvimento torto desse país. Não há mais proletários, ou infelizes ou explorados. Há uma terceira coisa crescendo aí fora, cultivado na lama, se educando no absoluto analfabetismo, se diplomando nas cadeias, como um monstro Alien escondido nas brechas da cidade. Já surgiu uma nova linguagem. Vocês não ouvem as gravações feitas com “autorização da Justiça”? Pois é. É outra língua. Estamos diante de uma espécie de pós-miséria. Isso. A pós-miséria gera uma nova cultura assassina, ajudada pela tecnologia, satélites, celulares, internet, armas modernas. É a merda com chips, com megabytes. Meu comandados são uma mutação da espécie social, são fungos de um grande erro sujo.

JG – O que mudou nas periferias?

Grana. A gente hoje tem. Você acha que quem tem US\$ 40 milhões de dólares como o Beira-Mar não manda? Com 40 milhões a prisão é um hotel, um escritório... Qual a polícia que vai queimar essa mina de ouro, tá ligado?

Nós somos uma empresa moderna, rica. Se funcionário vacila, é despedido e jogado no “microondas”... há, há... Vocês são o Estado

quebrado, dominado por incompetentes. Nós temos métodos ágeis de gestão. Vocês são lentos e burocráticos. Nós lutamos em terreno próprio. Vocês, em terra estranha. Nós não tememos a morte. Vocês morrem de medo.

Nós somos bem armados. Vocês vão de três-oitão. Nós estamos no ataque. Vocês, na defesa. Vocês tem mania de humanismo. Nós somos cruéis, sem piedade.

Vocês nos transformam em superstars do crime. Nós fazemos vocês de palhaço. Nós somos ajudados pela população das favelas, por medo ou por amor. Vocês são odiados.

Vocês são regionais, provincianos. Nossas armas e produto vem de fora, somos globais. Nós não nos esquecemos de vocês, são nossos clientes. Vocês nos esquecem assim que passa o surto de violência.

JG – Mas o que devemos fazer?

Vou dar um toque, mesmo contra mim. Peguem os barões do pó! Tem deputado, senador, tem generais, tem até ex-presidentes do Paraguai nas paradas de cocaína e armas. Mas quem vai fazer isso? O exército? Com que grana? Não tem dinheiro nem para o rancho dos recrutas... O país está quebrado, sustentando um Estado morto a juros de 20% ao ano, e o Lula ainda aumenta o gasto público, empregando 40 mil picaretas. O exército vai lutar contra o PCC e o CV? Estou lendo o Clausewitz, “Sobre a guerra”. Não há perspectiva de êxito. Nós somos formigas devoradoras, escondidas nas brechas... A gente já tem até foguetes antitanque... Se bobear vão rolar uns “Stingers” aí... Pra acabar com a gente, só jogando bomba atômica nas favelas... Aliás, a gente acaba arranjando também “umazinha”, daquelas bombas sujas mesmo. Já pensou? Ipanema radioativa?

JG – Mas... Não haveria solução?

Vocês só podem chegar a algum sucesso se desistirem de defender a “normalidade”. Não há mais normalidade alguma.

Vocês precisam fazer uma autocrítica da própria incompetência.

Mas eu vou ser franco... na boa...na moral...Estamos todos no centro do Insolúvel. Só que nós vivemos deles e vocês... não tem saída. Só a merda. E nós já trabalhamos dentro dela.

Olha aqui, mano, não há solução. Sabem por que? Porque vocês não entendem nem a extensão do problema.

Como escreveu o divino Dante: “Lasciate ogra speranza voi che entrate”- Percam todas as esperanças. Estamos todos no inferno.

4 DO JULGAMENTO PELO STF DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 453.000/RS ACERCA DA REINICIDÊNCIA PENAL

Ao julgar o RE nº 453.000/RS na sistemática dos recursos representativos de controvérsia prevista no art. 543-B do Código de Processo Civil (CPC), o Supremo Tribunal Federal (STF) decidiu, em 04/04/2013, pela constitucionalidade da reincidência penal. Os excertos a seguir do voto do Ministro relator Marco Aurélio dão a dimensão do julgado:

Está-se diante de fator de discriminação que se mostra razoável, seguindo a ordem natural das coisas. Repito que se leva em conta o perfil do réu, percebendo-se a necessidade de maior apenação, considerada a pena mínima e a máxima do tipo, porque voltou a delinquir apesar da condenação havida, no que esta deveria ser tomada como um alerta, uma advertência maior quanto à necessidade de adoção de postura própria ao homem médio, ao cidadão integrado à vida gregária e solidário aos semelhantes.

[...]

Saliento, então, a inviabilidade de dar-se o mesmo peso, em termos de gravame de ato de constrição a alcançar a liberdade de ir e vir, presentes os interesses da sociedade, a caso concreto em que envolvido réu primário e a outro em que o Estado se defronta com quem fora condenado antes e voltou a trilhar o caminho glosado penalmente deixando de abraçar a almejada correção de rumos, de alcançar a ressocialização.

O tema ainda suscita amplo debate doutrinário, no qual a questão mostra-se polarizada entre a corrente que sustenta a inconstitucionalidade do agravamento da pena pela reincidência, frente ao modelo estatal garantista, representada por Alberto Silva Franco, Eugenio Raul Zaffaroni, José Henrique Pierangeli, René Ariel Dotti, Cirino dos Santos, e aquela que afirma a adequação do instituto à Constituição Federal, porquanto atende ao princípio da individualização da pena, defendida por Reale Júnior, Guilherme de Souza Nucci, Ivanir Nogueir Itajiba e Celso Delmanto. Embora reconheça a importância acadêmica da discussão, é certo que a jurisprudência do Supremo te revela óptica semelhante à segunda...

[...]

Por tudo, surge constitucional o instituto – existente deste a época do Império – da reincidência, não se podendo, a partir de exacerbação do chamado garantismo penal, olvidar o sistema, dismantelando-o no ponto consagrador da cabível distinção, tratando-se desiguais de forma igual. A regência da matéria, harmônica com a Constituição Federal, circunscreve-se oportuna, sadia, razoável e proporcional política normativa criminal e envolve, em rápida contagem, mais de vinte institutos penais, conforme referido.

5 CONCLUSÃO

O instituto da reincidência penal tem sofrido inúmeras críticas à luz do garantismo penal, tendo-se questionado bastante a sua legitimidade e constitucionalidade em razão da violação dos princípios do *ne bis in idem*, do princípio da secularização, do princípio da culpabilidade, do princípio da igualdade, do princípio da lesividade, do princípio da intervenção mínima, do princípio da individualização da pena e do princípio da proporcionalidade, bem como da falta do Estado em fazer cumprir, efetivamente, a função ressocializadora da pena.

Com esses fundamentos, muitos defendem o fim da reincidência como circunstância agravante. Alguns chegam a defender, inclusive, a sua aplicação como atenuante, solução esta que nos parece por demais simplista, não sendo, com a devida vênia, a melhor, transmitindo, inclusive, uma idéia equivocada de estímulo à criminalidade, ao menos se for realmente considerada como atenuante antes de se buscar a adequação dos estabelecimentos prisionais e da execução da pena para que a correção, ressocialização e reinserção do apenado ocorra.

Corroborando o exposto acima, contra a aplicação da reincidência como circunstância atenuante, tem-se que não se poderia afirmar, em todo e qualquer caso de reincidência criminal, que houve falha do Estado e, com isso, pretender responsabilizá-lo pela prática reiterada de delitos por determinado ex-detento, devendo-se analisar melhor a variedade e a complexidade da estrutura humana para se concluir quais são, no caso concreto, as causas que ensejaram a prática delituosa e, mais especificamente, a reincidência.

Ademais, no cenário atual descrito no presente trabalho, de uma sociedade caracterizada pela complexidade e contingência, cheia

de riscos, com demandas diversas, cada vez mais crescentes e difíceis, a serem enfrentadas pelo direito, inclusive com novas formas de criminalidade, mais organizadas e perigosas, cabe indagar se seria possível, prudente e oportuno mudar o tratamento (de agravante) dado à reincidência penal.

Assim, parece-nos que o mais adequado seria revisar o instituto da reincidência penal, sem, contudo, extirpá-lo do ordenamento jurídico brasileiro, de maneira a manter uma maior reprimenda ao reincidente (ao invés de torná-lo simplesmente uma circunstância atenuante), mas adaptando-o para que tenha uma maior legitimidade, evitando-se, assim, eventual discussão acerca de sua constitucionalidade.

Dessa forma, quanto ao caráter obrigatório da reincidência como circunstância agravante, parece-nos, realmente, indevida.

Os motivos e causas que ensejaram a prática de novo crime não se equivalem, necessariamente, àqueles que originaram o crime anterior. Vale dizer, o fato do agente ter reincidido não significa que ele irá, novamente, praticar crimes no futuro, podendo ter desaparecido as circunstâncias, elementos, que o fizeram cometer os delitos, razão pela qual deveria o juiz, na fixação da pena, valorar a reincidência para, então, decidir pelo agravamento ou não da pena.

Diante do exposto acima, facultando a aplicação da reincidência penal como agravante, poder-se-ia indagar se, dessa forma, não seria ela legítima e constitucional, encontrando fundamento na intensa consciência da ilicitude durante a recaída delituosa. Vale dizer, a agravação da pena em decorrência da reincidência se daria pela maior censura de culpabilidade, afinal o reincidente age com consciência intensa da ilicitude. Repita-se, porém, que o agravamento da pena pela reincidência decorreria da análise do caso concreto pelo juiz, e não obrigatoriamente.

A limitação temporal da condenação anterior para efeitos de reincidência e o fato de nem todos os crimes gerarem reincidência (art. 64, II, do CP) legitimariam, por sua vez, a aplicação da reincidência, indicando que a solução passaria, justamente, por uma relativização do instituto, como ocorreu, por exemplo, com a Lei. 9.714/98, que alterou os arts. 44 e seguintes do CP e flexibilizou a aplicação do supradito instituto, não tornando obrigatória a sua incidência quando da análise da substituição de PPL por PRD's.

Apesar das ponderações acima, a reincidência ficta não poderia ser, em princípio, admitida. Afinal, se uma das razões para o agravamento da pena pela reincidência é o fato de o condenado ser apenado com mais rigor por praticar crime após a sanção anteriormente aplicada ter se mostrado insuficiente, pressupõe-se que ele (condenado) cumpriu ao menos parte dessa sanção, do contrário, sequer poderia se falar que a sanção anterior foi insuficiente. Uma situação que mereceria maior aprofundamento seria o condenado fugir, visando eximir-se da pena, sem que tivesse cumprido qualquer parte dela (pena), vindo a cometer, logo em seguida, mais crimes.

Por fim, destaca-se recente julgamento pelo STF do RE nº 453.000/RS na sistemática dos recursos representativos de controvérsia prevista no art. 543-B do Código de Processo Civil (CPC), oportunidade em que se declarou a constitucionalidade da reincidência penal.

REFERÊNCIAS

- ALVES, Ana Cristina Borba. A reincidência no sistema penal brasileiro. *Revista Jurídica*, São Paulo, v. 54, n. 348, out. 2006.
- ASSIS, Rafael Damasceno. Análise crítica do instituto da reincidência criminal. *Revista CEJ*, Brasília, n. 40, jan./mar. 2008
- CALMON, Sacha. Perversidade e o direito. *Estado de Minas*, Belo Horizonte, 25 de outubro de 2009, opinião, p. 11.
- CARVALHO, Amilton Bueno. *Aplicação da pena e garantismo*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.
- GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal. Parte Geral*. Rio de Janeiro: Impetus, 2006. p. 597-601.
- JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. *Direito penal do inimigo: noções e críticas*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.
- KARAM, Maria Lucia. Aplicação da pena: por uma nova atuação da justiça criminal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 2, n. 6, abr./jun. 1994.
- MORAES, Alexandre Rocha Almeida. *Direito penal do inimigo: a terceira velocidade do direito penal*. Curitiba: Juruá, 2009.

MOREIRA, Reinaldo Daniel. Influxos da concepção de direito penal de autor na ordem jurídica brasileira. *Boletim Ibccrim*, [S.L.], v. 12, n. 142, set. 2004.

NETO, Alcides Munhoz. Criminosos habituais e por tendência. *Revista de direito penal*, [S. L.], n. 15/16, p. 18-33, jul./dez. 1974.

PINTO, Soraya Moradillo. *Infiltração Policial*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2007.

PRITTWITZ, Cornelius. O direito penal entre o direito penal do risco e direito penal do inimigo: tendências atuais em direito penal e política criminal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 47, mar./abr. 2004.

QUEIROZ, Paulo. *Funções do Direito Penal: legitimação versus deslegitimação do sistema penal*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

SILVEIRA, Fabiano Augusto Martins. Fundamentos técnico-jurídicos da reincidência no moderno direito penal. *Revista do CAAP*, Belo Horizonte, v. 2, n.4, 1998.

TORELLY, Elisa et al. Cor, escolaridade e prisão: um estudo sociojurídico do fenômeno da reincidência criminal. *Revista de estudos criminais*, [S.L.], v.8, n. 28, jan./mar. 2008.

YAROCHEWSKY, Leonardo Isaac. *Da reincidência criminal*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2005.

