

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL

GABRIEL MARTINS COSTA SIMÕES PIRES

**INSTITUTO PENAL DA REINCIDÊNCIA: ANÁLISE CRÍTICA À LUZ DO
JULGAMENTO DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 453.000**

PORTO ALEGRE

2013

GABRIEL MARTINS COSTA SIMÕES PIRES

**INSTITUTO PENAL DA REINCIDÊNCIA: ANÁLISE CRÍTICA À LUZ DO
JULGAMENTO DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 453.000**

Trabalho de conclusão de curso apresentado ao Departamento de Ciências Penais como requisito parcial para obtenção de grau de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais pela Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul.

Orientadora: Vanessa Chiari Gonçalves

PORTO ALEGRE

2013

GABRIEL MARTINS COSTA SIMÕES PIRES

**INSTITUTO PENAL DA REINCIDÊNCIA: ANÁLISE CRÍTICA À LUZ DO
JULGAMENTO DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 453.000**

Trabalho de conclusão de curso apresentado ao Departamento de Ciências Penais como requisito parcial para obtenção de grau de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais pela Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul.

Aprovada em ____ de _____ de 2013.

BANCA EXAMINADORA:

Professora Doutora Vanessa Chiari Gonçalves
Orientadora

Professor Doutor Odone Sanguiné

Professor Doutor Pablo Alflen

PORTO ALEGRE

2013

AGRADECIMENTOS

Agradeço inicialmente a todos os colegas do G10 – Grupo de Assessoria a Adolescentes Selecionados pelo Sistema Penal Juvenil – por proporcionarem a mais rica experiência acadêmica e de vida que tive ao longo da Faculdade de Direito da UFRGS. Saber que vocês compartilham o mesmo sentimento de inconformidade com o encarceramento da juventude me deu forças para seguir em frente.

Aos demais amigos que fiz ao longo da vida, agradeço pelo carinho, apoio e por todos os momentos de alegria que vivemos e ainda viveremos.

Aos meus pais, Márcio e Maria José, e ao meu irmão André, agradeço pelo amor incondicional e por todos os ensinamentos transmitidos.

RESUMO

O presente trabalho trata do instituto penal da reincidência no ordenamento jurídico brasileiro. A pesquisa inicialmente procura investigar o substrato ideológico configurador da reincidência, o que permite tornar visível a incompatibilidade do instituto com o sistema garantista constitucional. Diversos são os princípios penais violados com o agravamento obrigatório da pena em razão da reincidência, razão pela qual a pesquisa pretende analisar as tensões entre o instituto da reincidência e o paradigma garantista orientador da Constituição de 1988. Para aprofundar tal análise, o trabalho opta por selecionar e analisar um caso consistente em decisão do Supremo Tribunal Federal, no qual decidiu pela constitucionalidade da reincidência. A análise do caso permitiu concluir que a fundamentação jurídica carece de solidez dogmática, e que se mostra carente de sintonia com os dados criminológicos e sociológicos a respeito do tema. Por fim, a partir de conclusões da criminologia e da sociologia, o trabalho analisa a possibilidade de uma nova abordagem jurídica sobre a reincidência, de forma que o cometimento de novo crime após condenação anterior seja considerado como indicador de uma menor culpabilidade do réu. É utilizada, nesse sentido, a teoria da culpabilidade pela vulnerabilidade, desenvolvida por Eugenio Raúl Zafaroni.

Palavras-chave: Reincidência. Princípios penais. Criminologia. Culpabilidade pela vulnerabilidade.

RESUMEN

El presente trabajo se ocupa del instituto de la reincidencia delictiva en el derecho brasileño. Inicialmente, el estudio investiga el sustrato ideológico configurador de la reincidencia, lo que ayuda a hacer visible la incompatibilidad del instituto con el sistema garantista constitucional. Muchos son los principios penales violados con la agravación obligatoria de la pena por razón de la reincidencia, razón por lo cual la investigación tiene como meta analizar las tensiones entre el instituto de la reincidencia y el paradigma garantista de la Constitución de 1988. Para profundizar la análisis, el trabajo elige seleccionar y analizar un caso consistente en una decisión de la Corte Suprema, la cual ha decidido por la constitucionalidad de la reincidencia. El análisis del caso ha demostrado que el razonamiento jurídico carece de solidez dogmática y de sintonía con los datos criminológicos y sociológicos acerca del tema. Por último, desde las conclusiones de la criminología y la sociología, el estudio examina la posibilidad de un nuevo enfoque jurídico acerca de la reincidencia, en que la práctica de otro delito después de una condena anterior es considerada un indicador de una menor culpabilidad del acusado. Para eso, es utilizada la teoría de la culpabilidad por la vulnerabilidad, desarrollada por Eugenio Raúl Zafaroni.

Palabras clave: Reincidencia. Principios penales. Criminología. Culpabilidad por la vulnerabilidad.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO:	7
1. O INSTITUTO DA REINCIDÊNCIA NO DIREITO PENAL BRASILEIRO	9
1.1 A Criminologia Positivista e o conceito de periculosidade	10
1.2 A reforma de 1984 da Parte Geral do Código Penal e a nova justificativa para a reincidência com base na culpabilidade.....	14
1.3 Tensões entre o instituto da reincidência e o paradigma garantista orientador da Constituição de 1988	19
1.3.1 Princípio do <i>ne bis in idem</i>	21
1.3.2 Princípios da secularização e da culpabilidade pelo fato	26
1.3.3 Princípio da proporcionalidade	29
1.3.4 Princípio da igualdade.....	33
1.3.5 Princípio da individualização da pena	35
2. EXPOSIÇÃO DE CASO: A REINCIDÊNCIA NO RE 453.000	38
2.1 Síntese Processual	38
2.2 Os fundamentos da decisão e considerações a respeito	39
2.2.1 Ausência de contrariedade ao princípio da individualização da pena e da igualdade.....	40
2.2.2 Não configuração de Direito Penal de autor e maior culpabilidade do reincidente	41
2.2.3 Ausência de ofensa ao princípio do <i>ne bis in idem</i>	42
2.3 Considerações finais a respeito do acórdão	43
3. UMA POSSÍVEL NOVA ABORDAGEM JURÍDICA SOBRE A REINCIDÊNCIA	46
3.1 Direito Penal e pena em crise.....	46
3.2 Teoria agnóstica da pena e culpabilidade pela vulnerabilidade	51
3.3 A possibilidade de consideração da reincidência como causa atenuante da pena a partir da culpabilidade pela vulnerabilidade	55
4. CONCLUSÃO	59
REFERÊNCIAS	61

INTRODUÇÃO:

O instituto da reincidência, na legislação penal brasileira, é sinônimo de uma série de prejuízos ao réu/condenado, seja no âmbito do Direito Penal material, seja na esfera processual. Dentre tais conseqüências, a exemplificar o intenso impacto que a reincidência acarreta, é possível apontar o agravamento obrigatório da pena na segunda fase do procedimento trifásico de aplicação da sanção, nos termos do artigo 61, inciso I, do CP, a vedação à substituição da pena privativa de liberdade por pena restritiva de direitos, prevista no artigo 44, inciso II, do CP, e o estabelecimento de regime inicial mais gravoso para o cumprimento da pena, conforme o artigo 33, §2º, do CP.

À luz dos artigos 63 e 64, ambos do CP, dá-se a reincidência quando o agente comete crime após ter sido condenado anteriormente por outro fato, em sentença transitada em julgado, desde que não transcorrido prazo superior à 5 anos entre a data de cumprimento ou extinção da pena pelo fato pretérito e a prática do novo fato delituoso. Nesses termos, resta claro que toda conseqüência jurídica decorrente da reincidência parte de um pressuposto objetivo: uma condenação anterior e definitiva do réu. É exatamente diante dessa constatação que surgem os questionamentos doutrinários e jurisprudenciais sobre a real adequação do instituto da reincidência ao sistema constitucional brasileiro: afinal, se o agravamento da situação do réu/acusado em razão da reincidência é, em última análise, agravamento em razão de uma condenação anterior, já transitada em julgado, não haveria aí violação ao princípio do *ne bis in idem* (art. 5º, inciso XXXVI, da CRFB/88)? Além disso, o questionamento sobre a constitucionalidade do instituto amplia-se ante sua confrontação com os princípios da igualdade (art. 5º, *caput*, da CRFB/88) e da individualização da pena (art. 5º, inciso XLVI, da CRFB/88): o tratamento mais gravoso dispensado ao reincidente em comparação ao réu primário promove, de fato, a igualdade? O aumento obrigatório da pena diante da reincidência atende à individualização da pena, ou seja, a reincidência indica, invariavelmente, maior culpabilidade pelo injusto penal?

Diante de tais questionamentos, a presente monografia pretende aprofundar a análise sobre o instituto da reincidência, investigando sua adequação constitucional sob o ângulo de tais indagações. A proposta tem, como pano de fundo da análise, a observação de julgado de

referência em que o STF decidiu pela constitucionalidade do instituto da reincidência, o RE 453.000. Assim, tencionando os argumentos expendidos pelos Ministros, pretende-se verificar a solidez de seus fundamentos, ou, eventualmente, sua carência de sustentação.

A pertinência do tema se justifica sob diferentes perspectivas, que envolvem, além do direito constitucional, a dogmática penal, a criminologia e a política criminal. Nesse sentido, a análise sobre o instituto da reincidência relaciona-se diretamente com o conceito de culpabilidade, um dos pilares da teoria do delito. Da mesma forma, e como consequência inevitável da premissa anterior, uma vez que é tarefa da criminologia investigar a lei penal em seus efeitos, o instituto da reincidência é de ampla relevância sob a ótica da criminologia, sendo possível analisar as diferentes teorias criminológicas a partir do conceito legal de reincidência. No que se refere à política criminal, é possível afirmar que a relevância da análise sobre a reincidência reside no efeito de maximização da incidência do sistema penal causado pelo instituto, o qual acarreta aumento do tempo de encarceramento, dificulta a aplicação de penas alternativas (logo, contribui para o aumento da população do sistema carcerário) e de benefícios processuais penais, tais como progressão de regime, livramento condicional, indulto e comutação de pena.

As hipóteses centram-se na inconstitucionalidade do instituto da reincidência e na possibilidade de uma nova configuração normativa em que, observando-se a crítica criminológica desenvolvida a partir da virada criminológica do *labelling approach* e a noção de culpabilidade pela vulnerabilidade desenvolvida por Eugênio Raul Zaffaroni no âmbito da teoria do delito, passe-se a considerar a reincidência como causa atenuante da pena.

O presente tema foi escolhido pelo autor em razão da bagagem adquirida pela prática processual na atuação como assistente jurídico no G10, grupo do SAJU/UFRGS que realiza a defesa de adolescentes selecionados pelo sistema penal juvenil, e como estagiário na PRR4. Na atuação processual realizada em tais atividades, diagnosticaram-se, concretamente, os sensíveis impactos ocasionados quando da verificação da reincidência, o que demonstrou a necessidade de se problematizar o instituto nas dimensões apontadas (constitucional, dogmática penal, criminologia e política criminal).

1. O INSTITUTO DA REINCIDÊNCIA NO DIREITO PENAL BRASILEIRO

A legislação penal brasileira traz, nos artigos 63 e 64 do Código Penal, as condições em que se verifica a reincidência¹. De pronto, percebe-se que se trata de uma relação entre uma condenação anterior transitada em julgado e o cometimento de um segundo delito, sem que se verifique o transcurso de ao menos 5 (cinco) anos entre eventual extinção da pena e a infração posterior. Nesse sentido, na definição de Juarez Cirino dos Santos², a verificação da reincidência pressupõe a) uma condenação por crime anterior, b) o trânsito em julgado dessa condenação e c) a prática de um novo crime após o trânsito em julgado da condenação pretérita.

Quanto aos efeitos jurídicos previstos em lei decorrentes da verificação da reincidência no caso concreto, destacam-se: a) agravamento da pena privativa de liberdade (art. 61, inciso I, do CP); b) determinação de regime de cumprimento de pena mais gravoso (art. 33, §2º, do CP); c) vedação à substituição da pena privativa de liberdade por pena restritiva de direitos (art. 44, inciso II, do CP); d) vedação à substituição da pena privativa de liberdade por pena de multa (art. 60, §2º, do CP); e) obstrução do *sursis* (suspensão condicional da pena) (art. 77, inciso I, do CP); f) ampliação do prazo de cumprimento de pena necessário à concessão do livramento condicional (art. 83, inciso II, do CP); g) aumento do prazo (art. 110, do CP) e suspensão da prescrição (art. 117, inciso VI, do CP); h) revogação do *sursis* (art. 81, do CP), do livramento condicional (art. 87, do CP) e da reabilitação (art. 95, do CP); i) exclusão de privilégios legais de diminuição da pena (art. 155, §2º, do CP; arts. 170 e 171, §1º, do CP); j) vedação à suspensão condicional do processo (art. 89, da Lei nº 9.099/95), aumento do tempo

¹ 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 5 (cinco) anos, computado o período de prova da suspensão ou do livramento condicional, se não ocorrer revogação;

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

² SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito penal: parte geral*. 3ªed. Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2008.p. 579.

de cumprimento de pena necessário para o indulto e para a comutação de pena (arts. 1 e 2 do Decreto 7873/12), entre outros.

A leitura dos dispositivos acima referidos ilustra os amplos efeitos negativos causados pela reincidência em prejuízo ao réu/condenado. Nesse capítulo, tratar-se-á de analisar se tais restrições observam os princípios constitucionais penais do *ne bis in idem* (art. 5º, inciso XXXVI, da CRFB/88), da igualdade (art. 5º, *caput*, da CRFB/88) e da individualização da pena (art. 5º, inciso XLVI, da CRFB/88). Antes, porém, faz-se necessário investigar os fundamentos teóricos que sustentam o aumento de pena em razão da reincidência³, a fim de compreender se tais fundamentos se sustentam em um Estado Democrático de Direito.

1.1 A Criminologia Positivista e o conceito de periculosidade

Dentre as mudanças do Código Penal brasileiro advindas com a reforma implementada pela Lei 7.209/84, destaca-se a extinção do sistema de aplicação de penas e medidas de segurança do duplo binário e instituição do sistema vicariante. Enquanto no antigo sistema previa-se a aplicação sucessiva da pena e da medida de segurança por um mesmo fato quando o agente fosse considerado *perigoso*, o modelo atual torna inconciliável a coexistência sucessiva da pena e da medida de segurança pela prática de um mesmo fato. Portanto, conforme a antiga lógica positivada na Parte Geral do Código Penal, ao agente imputável diagnosticado como *perigoso* seria aplicada uma pena, com base na reprovabilidade pela culpabilidade, e, posteriormente, uma medida de segurança, com base na periculosidade.

Importante destacar, seguindo o entendimento de Zaffaroni e Pierangeli⁴, que ambos os sistemas (duplo binário e vicariante) configuram uma tentativa de compatibilização de duas lógicas absolutamente distintas, quais sejam, a de um Direito Penal de culpabilidade e a de um

³ A referência ao aumento de pena em razão da reincidência e as posteriores considerações sobre tal agravante devem ser lidas como abrangentes aos demais efeitos decorrentes da reincidência anteriormente apontados. Isso porque as críticas a respeito da agravante estendem-se aos demais efeitos legais, uma vez que decorrem de um mesmo fato jurídico.

⁴ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Manual de direito penal brasileiro, v. 1: parte geral*/ Eugenio Raúl Zaffaroni, José Henrique Pierangeli. 8ªed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.p.109-110.

Direito Penal de periculosidade. Enquanto no Direito Penal de culpabilidade a aplicação da pena pressupõe a *culpabilidade* do agente, entendida como a reprovabilidade da pessoa com capacidade de autodeterminação que, podendo ter agido conforme a norma, a viola (culpabilidade normativa), no Direito Penal de periculosidade o conceito de culpabilidade é substituído pelo de periculosidade, que representa o grau de pré-determinação do sujeito para a prática do delito. Neste modelo, portanto, parte-se de uma concepção determinista do homem, tendo a pena (ou medida de segurança) seu fundamento na periculosidade do agente.

Assim, se no sistema do duplo binário a compatibilização das lógicas de Direito Penal de culpabilidade e de Direito Penal de periculosidade é materializada pela já referida possibilidade de aplicação sucessiva, a um mesmo agente e por um mesmo fato, de uma pena fundada na culpabilidade e de uma medida de segurança fundada na periculosidade, no sistema vicariante, a compatibilização se verifica pela coexistência, na legislação penal, das penas fundadas na culpabilidade e das medidas de segurança fundadas na periculosidade, ainda que afastada qualquer possibilidade de aplicação conjunta das sanções. São os chamados sistemas *pluralistas*, na definição de Zaffaroni e Pierangeli⁵.

Em síntese, a diferenciação dos sistemas vicariante e duplo binário revela-se nas palavras de Juarez Cirino dos Santos:

“A utilização alternativa de *penas criminais* ou de *medidas de segurança* para controle social de fatos definidos como crimes constitui o sistema *dualista alternativo* do Direito Penal: ou penas criminais, ou medida de segurança – excluída a aplicação simultânea de penas criminais e de medida de segurança própria do sistema *dualista cumulativo*, também conhecido como sistema do *duplo binário*, vigente na lei penal anterior.”⁶

Seguindo essa concepção, a lei penal brasileira anterior à reforma de 1984 previa as hipóteses de presunção da periculosidade do agente, autorizando assim a aplicação de medida de segurança. Nos termos do revogado artigo 78, do CP, presumir-se-iam perigosos: a) os inimputáveis; b) os semi-imputáveis; c) os condenados por crimes cometidos em estado de embriaguez pelo álcool ou substâncias de efeitos análogos, se habitual a embriaguez; d) os

⁵ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Manual de direito penal brasileiro, v. 1: parte geral*/ Eugenio Raúl Zaffaroni, José Henrique Pierangeli. 8ªed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.p.109-110.

⁶ SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito penal: parte geral*. 3ªed. Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2008.p. 653.

reincidentes em crime doloso; e) os condenados por crimes que hajam cometido como afiliados a associação, bando ou quadrilha de malfeitores.

A presença da reincidência dentre as hipóteses de presunção da periculosidade caracteriza a influência do pensamento positivista na ciência penal brasileira à época da elaboração do Código Penal de 1940.

Partindo da ruptura do pensamento liberal clássico pela epistemologia positivista a partir da segunda metade do séc. XIX, a Escola Positiva emergente promove intensa crise na ideologia correspondente ao pensamento liberal no âmbito do Direito Penal (Escola Clássica). Se, para a Escola Clássica, o crime é ente juridicamente qualificado, possuidor de um significado jurídico autônomo e representa um ato de livre vontade do sujeito, para a Escola Positiva, o delito nada mais é do que uma manifestação a ser analisada a partir do conceito naturalista de totalidade. Não há a negação, pela Escola Positiva, da qualidade jurídica do delito, mas abre-se, a partir dessa concepção, o horizonte investigativo das causas naturais e sociais do crime. Conforme a análise de Alessandro Baratta⁷, a Escola Positiva “*buscava, de fato, a explicação da criminalidade na “diversidade” ou anomalia dos autores de comportamentos criminalizados.*”

Ao criticar abertamente o “excesso individualista” da Escola Clássica, os positivistas entendem que a contenção do poder punitivo despótico pelo Direito Penal iluminista já foi atingida, sendo necessário voltar-se agora à defesa da sociedade contra o “homem delinqüente”, na clássica definição de Cesare Lombroso, expoente do positivismo na Itália do fim do séc. XIX⁸.

Influenciadas diretamente por esse pensamento, as legislações penais do séc. XX cumprem uma espécie de reforma intervencionista, deslocando, nas palavras de Vera Regina Pereira de Andrade⁹, o “*centro de gravidade do Direito Penal Positivo do fato ao autor, por império da fundamentação preventivo-especial da pena.*” Identificada a anomalia do homem delinqüente, que o diferenciaria do homem normal e desnudaria sua periculosidade social,

⁷ BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal: Introdução à sociologia do direito penal*. Rio de Janeiro: Revan, 1997.p.39

⁸ ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *A ilusão de segurança jurídica: do controle da violência à violência do controle penal*. 2ªed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2003.p. 61.

⁹ *Ibidem*, pg. 72.

caberia ao Direito Penal, na visão positivista, responder a essa periculosidade de forma a curar a “doença” e eliminar a prática delitiva. Não obstante, como aponta a autora, deve registrar-se que a Escola Positiva não abandona por completo as proposições clássicas de um Direito Penal de fato, procedendo a uma conciliação dogmática e legislativa que mantém, em parte, as garantias penais liberais acrescentando a lógica de intervenção sobre o criminoso, orientada pela concepção de periculosidade. Vera de Andrade esclarece ainda, nesse sentido, que, com o advento da Escola Positiva, o Direito Penal clássico passa a conviver com uma justificação social, que acrescenta o discurso de defesa social e de intervenção no indivíduo criminoso ao já consagrado discurso retórico de garantias do indivíduo típico da Escola Clássica do Direito Penal¹⁰. Dentre as legislações penais que seguem essa orientação, inclui-se, como referido anteriormente, o Código Penal brasileiro de 1940.

A já referida antiga redação do artigo 78, do CP, evidencia a faceta positivista na estruturação do diploma penal da época, na medida em que promove direito penal de autor ao presumir a periculosidade do reincidente. De fato, a marca do modelo positivista de Direito Penal é a reprovação da personalidade do autor do fato que, no caso da reincidência, estaria evidenciada pela tendência à repetição do cometimento de delitos. Nesse sentido, afirmam Zaffaroni e Pierangeli:

“O direito penal que parte de uma concepção antropológica que considera o homem incapaz de autodeterminação (sem autonomia moral, isto é, sem capacidade para escolher entre o bem e o

¹⁰ ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *A ilusão de segurança jurídica: do controle da violência à violência do controle penal*. 2ªed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2003.p. 73.

Sobre a presença da ideologia da defesa social no pensamento positivista, deve-se alertar que o pensamento clássico iluminista não estava imune a essa concepção. É o que observa Salo de Carvalho (*Penas e Garantias*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 56): “(...) o pensamento clássico oficial, apesar de romper com o barbarismo do processo penal, instaurar regime de legalidade e ‘humanizar’ a pena, não deixa de apresentar um núcleo ideológico anti-iluminista (ou uma confusão pós-iluminista entre direito e moral) calcado nos princípios ideológicos da Defesa Social, representado, principalmente, no que Alessandro Baratta denomina de ‘*princípio do bem e do mal*’. Segundo essa principiologia, a sociedade apresentar-se-ia como um todo orgânico e funcional de indivíduos idôneos e respeitadores da lei, sendo a única disfunção o delito. A infração às normas seria caracterizada como dano social, sendo que o crime representaria uma exceção no convívio. O sistema penal deveria, neste contexto, direcionar sua atuação no sentido de combater/eliminar o crime, concebendo uma política criminal/penitenciária bélica.” No mesmo sentido conclui Alessandro Baratta (*Criminologia crítica e crítica do direito penal: Introdução à sociologia do direito penal*. Rio de Janeiro: Revan, 1997.p.41), ao comentar esse aspecto de correlação entre a Escola Clássica e a Escola Positiva: “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, como nó teórico e político fundamental do sistema científico.”

mal), só pode ser um direito penal de autor: o ato é sintoma de uma personalidade perigosa, que deve ser corrigida do mesmo modo que se conserta uma máquina que funciona mal.”¹¹

Em análise conclusiva sobre a reincidência no seio da legislação penal de 1940, e já antecipando a crítica ao discurso justificacionista do instituto após a reforma de 1984, como se verá no item seguinte, Salo de Carvalho afirma:

“Constata-se, pois, que a natureza do instituto e argumentação da maior-penalização é fundada em tipos criminológicos de autor e em teorias dogmáticas enamoradas pelas noções de periculosidade social e/ou patologia individual: *A reincidência* - dizia Hungria – *é sinal de periculosidade, como a febre é sinal de infecção, como a putrefação é sinal de morte.*”¹²

1.2 A reforma de 1984 da Parte Geral do Código Penal e a nova justificativa para a reincidência com base na culpabilidade

Se a intensa influência da Escola Positiva na conformação do instituto da reincidência tal qual positivado no Código Penal de 1940 resta evidente diante da presunção da periculosidade do agente em face da conduta recidiva, conforme previsto no revogado artigo 78, cabe analisar quais perspectivas surgem a partir da reforma da parte geral do Código Penal pela Lei 7.209/84 no que se refere aos efeitos legais ocasionados pela verificação da reincidência e quanto ao discurso jurídico de justificação do instituto.

Conforme o entendimento de Zaffaroni e Pierangeli¹³, a reforma da parte geral do CP em 1984 representa a ascensão de um novo modelo penal que pretende substituir o “modelo Rocco” adotado pelo CP de 1940, o qual é expressão do modelo de Defesa Social. No modelo de Defesa Social da legislação penal fascista, há como que a conciliação dos princípios da Escola Clássica com as proposições da Escola Positiva: os princípios liberais dos clássicos devem orientar as possibilidades de punibilidade, mas a intervenção estatal ocasionada pela aplicação da pena deveria observar as necessidades sociais de proteção contra o indivíduo

¹¹ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Manual de direito penal brasileiro, v. 1: parte geral*/ Eugenio Raúl Zaffaroni, José Henrique Pierangeli. 8ªed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.p. 107.

¹² CARVALHO, Amilton Bueno de; CARVALHO, Salo de. *Aplicação da pena e garantismo*. 2ªed. Rio de Janeiro: Lumen Juris. p. 64.

¹³ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Manual de direito penal brasileiro, v.1: parte geral*/ Eugenio Raúl Zaffaroni, José Henrique Pierangeli. 8ªed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.p.197.

delinqüente a ser corrigido, em clara subordinação ao positivismo criminológico¹⁴. Com as nefastas conseqüências desse modelo de reação tecnicista da ciência penal aliada com a manutenção do discurso etiológico, no entanto, o período pós Segunda Guerra faz surgir um novo discurso defensivista, retoricamente apartado das concepções etiológicas positivistas, mas que mantém o caráter antigarantista em sua visão sobre o sistema punitivo¹⁵.

Nesse contexto, aflora o movimento de política criminal da chamada Nova Defesa Social, o qual propõe um modelo de justificação da pena baseado no objetivo de ressocialização terapêutica, que recusa uma função meramente retributiva da sanção¹⁶. Tal movimento é assim definido por Salo de Carvalho:

“Marc Ancel demonstra esquematicamente os pressupostos da doutrina, elaborando rol principiológico mínimo. Para o autor, a Defesa Social supõe uma concepção geral do sistema anticriminal que não visa unicamente à expiação da falta por meio do castigo, mas busca proteger a sociedade contra as ações criminais. Essa proteção social seria realizada sob a noção de periculosidade, aliada ao conjunto de medidas extrapenais destinadas a neutralizar o delinqüente, seja pela eliminação/segregação ou pela aplicação de métodos curativos/educativos. Assim, o modelo de controle conduziria à promoção de uma política criminal que atribuiria importância particular à prevenção individual, operando como sistema de dissuasão dos crimes e tratamento dos delinqüentes (ressocialização), apoiando-se no estudo do fato criminoso e da personalidade do agente sob o método empirista.”¹⁷

No âmbito do Direito Penal brasileiro, a reforma do Código Penal promovida pela Lei 7.209/84, em que pese tenha efetivado importantes mudanças no sentido da superação de um Direito Penal de periculosidade, não ficou imune às influências da doutrina da Defesa Social, perpetuando normas e discursos típicos de concepções alinhadas ao Direito Penal de autor. A já referida eliminação do sistema de penas do duplo-binário e a consolidação do sistema vicariante, consagrador da culpabilidade como fundamento e medida da pena, é exemplo de mudança orientada à superação de um modelo fortemente orientado pelo positivismo criminológico. Esse aspecto é, inclusive, ressaltado por Miguel Reale Júnior em comentário sobre as impressões de Zaffaroni acerca do ainda anteprojeto de reforma do Código Penal:

“O Mestre argentino acentua que a reforma anuncia uma etapa de profundo respeito pelo Homem e que procura a segurança jurídica por um caminho realista. E avaliando o sistema de

¹⁴ Nesse sentido, é a análise de Salo de Carvalho ao abordar os modelos de ciência penal defendidos por Alfredo Rocco e Franz Von Liszt, in *Penas e Garantias*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 68/72.

¹⁵ CARVALHO, Salo de. *Penas e Garantias*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 72.

¹⁶ *Ibidem*. p. 68.

¹⁷ *Ibidem*, p. 71-72.

penas, considerou-o incomparavelmente superior ao CP de 1940 e acima de outros modelos do continente.”¹⁸

No mesmo sentido, Zaffaroni e Pierangeli destacam que, com a reforma de 1984, *retorna-se um direito penal de culpabilidade ao erradicar as medidas de segurança do Código Rocco e ao diminuir, consideravelmente, os efeitos da reincidência*¹⁹.

No entanto, é perceptível a influência da ideologia defensivista no discurso de justificação da pena na reforma legislativa, especialmente com a adesão da finalidade polifuncional da pena. Conforme a pretensão dos reformadores, a pena passa a ter, além da função retributiva, a função preventiva geral e especial, sendo esta última função típica dos modelos correcionalistas. Veja-se, a exemplificar tal situação, o discurso sobre a função da pena desenvolvido na obra *Penas e Medidas de Segurança no Novo Código*, de autoria dos reformadores Miguel Reale Júnior, René Ariel Dotti, Ricardo Antunes Andreucci e Sérgio de Moraes Pitombo. Destacam os autores que uma das vertentes da reforma penal é a *“culpabilidade como fundamento e limite da pena, e sua função retributiva que justifica o juízo de censura e intensifica o sentido ético do Direito Penal.”*²⁰. Afirmam ainda:

“A pena é cominada e depois aplicada ao caso concreto também com vistas à utilidade social que desempenha o Direito Penal, e ao se individualizar a pena age-se não só em função do necessário para o réu mas para com o necessário à sociedade.”²¹

“A pena é de ser aplicada, também, segundo a necessidade da defesa da sociedade.”²²

Ainda no âmbito da teoria da pena, a reforma consagra a vinculação da pena com a culpabilidade, a qual é verificada como requisito de qualificação do crime (função cumprida na

¹⁸ REALE JÚNIOR, Miguel [et al.]. *Penas e medidas de segurança no novo código*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987. p. 30.

¹⁹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Manual de direito penal brasileiro, v.1: parte geral*/ Eugenio Raúl Zaffaroni, José Henrique Pierangeli. 8ªed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.p.196.

²⁰ REALE JÚNIOR, Miguel [et al.]. *Penas e medidas de segurança no novo código*. 2ªed. Rio de Janeiro: Forense, 1987. p. 30.

²¹ *Ibidem*, p. 165.

²² *Ibidem*, p. 168.

teoria do delito) e, posteriormente, *limite e medida* da sanção²³. Afirmam os reformadores, novamente na obra *Penas e Medidas de Segurança no Novo Código*:

“A culpabilidade, como critério básico e principal na fixação da pena, vem mencionada em primeiro lugar. A culpabilidade é entendida em termos de *culpabilidade normativa*, ou seja, importando tanto no exame da reprovabilidade do ato como na do seu autor.

(...)

O agente é tanto mais culpado quanto tenha proporcionado pelo modo de vida, pelos padrões de comportamento, pela formação de sua personalidade (na medida em que se sujeita à sua livre opção) a facilitação à prática do delito.

(...)

O agente será merecedor da maior reprovação se o fato praticado revelar-se conseqüência esperada de seus antecedentes, de sua conduta social bem como de seu particular modo de ser, da sua escolha de valores e das tendências que preferiu desenvolver em detrimento de outras potencialidades positivas.”²⁴

Resta claro que se mantém assim uma concepção de Direito Penal de autor, ainda que abandonado o sistema do duplo binário. A problemática se situa justamente na utilização da culpabilidade como *medida* da pena, para além de sua função limitadora. Isso porque, em um modelo híbrido de pena (fins retributivos e preventivos), a instrumentalização da culpabilidade acaba ampliando o horizonte punitivo, ora com base na necessidade terapêutica, ora com base na necessidade retributiva²⁵. Nessa perspectiva, a valoração da culpabilidade como medida da pena não está isenta de tomar conceitos de culpabilidade de autor como indicadores de uma maior reprovabilidade. Sobre esse aspecto, afirma Salo de Carvalho:

“Mas, para além da virtude da culpabilidade como um limite às sanções desproporcionais, um dos problemas centrais será o de sua *instrumentalização* como medida da pena. Resumindo em uma indagação, os problemas emergem na identificação de quais elementos serão objeto de valoração para estabelecer o índice (grau) de culpabilidade. Ainda, como identificar elementos que não convertam o sistema de culpabilidade pelo fato em um sistema de culpabilidade de autor? Os questionamentos indicam algumas armadilhas que o modelo híbrido de justificação pode apresentar.”²⁶

²³ CARVALHO, Salo de. *Penas e medidas de segurança no direito penal brasileiro: fundamentos e aplicação judicial*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 179-182.

²⁴ REALE JÚNIOR, Miguel [et al.]. *Penas e medidas de segurança no novo código*. 2ªed. Rio de Janeiro: Forense, 1987. p. 160-161.

²⁵ Nesse sentido, é esclarecedora a passagem da obra *Penas e Medidas de Segurança no direito penal brasileiro* em que o autor Salo de Carvalho cita Nilo Batista (pg. 186): “Ao analisar as teorias combinatórias (ou mistas), Nilo Batista assinala que ‘qualquer fragilidade no imperativo retributivista é logo suprida pelas exigências preventivas (e, dentro dessas, as gerais suprem toda desnecessidade preventivo-especial); ao contrário, porém com o mesmo efeito, a falta de necessidade preventivo-especial não pode jamais conduzir à dispensa de pena, ‘para que o crime não recaia sobre o povo’, como disse Kant a propósito da execução do último condenado já depois da dissolução da sociedade civil’.”

²⁶ *Ibidem*, p. 183.

É o que se percebe da análise sobre o discurso de manutenção da reincidência no diploma penal, agora não mais como fator de presunção de periculosidade, mas de agravamento da pena:

“A reincidência refere-se à culpabilidade do réu, e decorre da própria estrutura do Direito Penal da Culpa. O que se pune não é a reincidência mas o *reincidente*, tendo razão Stefano Riccio, quando considera que a reincidência é ‘circunstância inerente à pessoa do culpado’. Objeto do juízo de culpabilidade não é apenas o fato, mas o autor do fato. E o reincidente, sem se constituir, a nosso ver, em tipo de autor, sem ser a reincidência uma qualidade permanente, indica, no entanto, a presença, na prática do fato delituoso novo, de uma vontade do ilícito mais intensa.

(...)

A reincidência insere-se, portanto, no conjunto de um juízo de culpabilidade, nos termos acima postos: como circunstância inerente à pessoa que conduz a maior reprovação.”²⁷

A tentativa desses doutrinadores é, portanto, de uma justificação do instituto da reincidência fundamentada dentro de uma teoria da culpabilidade de autor. Nesse esquema, a conduta reincidente demonstraria uma condição pessoal de maior tendência delitiva, sendo a culpabilidade maior nesses casos, porquanto, como visto, o conteúdo do conceito de culpabilidade defendido pelos autores é composto pela reprovabilidade do ato e do autor.

Há, no entanto, tanto no discurso dos próprios doutrinadores em análise quanto na exposição de motivos do projeto de reforma da parte geral do CP, a presença de um discurso justificacionista do instituto da reincidência que se baseia no conceito de periculosidade, tal qual no modelo penal anterior. Afirmam Miguel Reale Júnior e os demais autores:

“Ganha maior relevo, com a nova Parte Geral, a avaliação justa da maior reprovação do reincidente, tendo em vista a supressão do duplo binário, que conduzia a se descuidar da majoração na aplicação da pena, dada a obrigatória imposição da medida de segurança. É neste sentido que na Exposição de Motivos assevera-se: ‘com a extinção, no Projeto, da medida de segurança para o imputável, urge reforçar o sistema, destinando penas mais longas aos que estavam sujeitos à imposição de medida de segurança detentiva e que seriam beneficiados pela abolição.’”²⁸

Veja-se que aqui há explícita adesão ao modelo periculosista, inexistindo sequer a retórica de uma culpabilidade de autor. Não obstante, tanto no discurso de justificação baseado na maior culpabilidade do autor do fato (e não do *fato do autor*), quanto naquele baseado na periculosidade do agente, há um substrato comum, qual seja, a defesa de um Direito Penal de

²⁷ REALE JÚNIOR, Miguel [et al.]. *Penas e medidas de segurança no novo código*. 2ªed. Rio de Janeiro: Forense, 1987. p. 175-177.

²⁸ *Ibidem*, p. 178.

autor, bem como a perpetuação da lógica positivada no Código Penal anterior. É o que leva Salo de Carvalho a afirmar:

“O fato de abandonar a imposição complementar da medida de segurança (sistema do duplo binário) ao reincidente e substituí-la pela majoração da pena não ameniza o substrato ideológico que conforma o sistema; pelo contrário, demonstra claros sinais de perseverança.”²⁹

1.3 Tensões entre o instituto da reincidência e o paradigma garantista orientador da Constituição de 1988

Observada a bagagem histórica que acompanha o instituto da reincidência no Direito Penal brasileiro, tanto no que se refere à transformação legislativa quanto às mudanças doutrinárias e dogmáticas que justificam o agravamento da situação do réu/condenado, procurar-se-á, neste item, analisar o instituto da reincidência em face dos princípios constitucionais penais. O objetivo é identificar possíveis pontos de tensão entre as garantias afirmadas constitucionalmente e os pressupostos e efeitos que acompanham a aplicação do instituto da reincidência no exercício do Direito Penal.

Para tal análise, parte-se do entendimento de que, em um Estado democrático de Direito, tal qual afirmado pela Constituição da República de 1988³⁰, o Direito Penal subordina-se aos princípios previstos na Carta Magna, os quais se constituem como normas instituidoras

²⁹ CARVALHO, Amilton Bueno de; CARVALHO, Salo de. *Aplicação da pena e garantismo*. 2ªed. Rio de Janeiro: Lumen Juris. p. 64.

³⁰ Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, **constitui-se em Estado Democrático de Direito** e tem como fundamentos:

I - a soberania;

II - a cidadania;

III - a dignidade da pessoa humana;

IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

V - o pluralismo político.

Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.

de finalidades que devem ser promovidas e atingidas pelo ordenamento jurídico³¹. Essa subordinação do Direito Penal aos ditames constitucionais impõe, como identifica Salo de Carvalho, uma atitude *comissiva* do operador jurídico, que deve agir, em sua atividade interpretativa dos institutos jurídico-penais, sempre a partir das disposições do texto constitucional³².

Nessa tarefa interpretativa do ordenamento jurídico infraconstitucional a partir dos princípios constitucionais, cabe ao intérprete ter em mente que os princípios afirmados na Carta Magna não determinam mera teleologia normativa, ou, em outras palavras, uma qualificação positiva a determinado elemento com base em um fim a ser promovido. Há, nos princípios, a imposição da *adoção de condutas necessárias à promoção gradual de um estado de coisas*, uma vez que os princípios são normas finalísticas que atuam no plano deontológico, diferenciando-os dos valores³³. De forma conclusiva a respeito do caráter normativo dos princípios, ao sustentar que a utilização de princípios caracteriza procedimento de auto-integração na resolução de lacunas no ordenamento jurídico, afirma Norberto Bobbio:

“Os princípios gerais são apenas, a meu ver, normas fundamentais ou generalíssimas do sistema, as normas mais gerais. A palavra princípios leva a engano, tanto que é velha questão entre os juristas se os princípios gerais são normas. Para mim não há dúvida: os princípios são normas como todas as outras.”

“(…) se são normas aquelas das quais os princípios gerais são extraídos, através de um procedimento de generalização sucessiva, não se vê por que não devam ser normas também eles: se abstraio da espécie animal obtenho sempre animais, e não flores ou estrelas.”³⁴

Compreendida a supremacia normativa dos princípios constitucionais penais em face da legislação infraconstitucional, impõe-se constante investigação da adequação constitucional dos institutos e leis penais, em especial daquelas anteriores à promulgação da Constituição de 1988. Tal atividade se mostra indispensável à efetiva promoção da justiça, objetivo republicano constitucionalmente previsto, e à própria validação das normas infraconstitucionais, uma vez

³¹ ÁVILA, Humberto. Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 12ª Ed. São Paulo: Malheiros Editores. p. 78/80.

³² CARVALHO, Salo de. *Penas e Garantias*. 3ªed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 159/160.

³³ ÁVILA, Humberto. Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 12ª Ed. São Paulo: Malheiros Editores. p. 79/80.

³⁴ BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. 6ª ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília. p. 158.

que, a partir da teoria garantista, entende-se que não há correspondência imediata entre vigência e validade de determinada norma³⁵.

Por fim, a justificar a necessidade de confrontação do instituto da reincidência com os princípios constitucionais, adota-se a lição de Salo de Carvalho:

“É da essência da atividade dos operadores críticos a utilização dos mecanismos fornecidos pela Constituição, e das lacunas e contradições entre esta e o ordenamento inferior, para dar eficácia às normas, gerando práticas de defesa dos direitos fundamentais.”³⁶

Passa-se, assim, a problematizar o instituto da reincidência em face de alguns princípios constitucionais penais que tornam questionável a constitucionalidade (validade) do agravamento da situação do réu/condenado em razão da verificação da reincidência.

1.3.1 Princípio do *ne bis in idem*

O princípio do *ne bis in idem*, ou da vedação da dupla incriminação, é afirmação do princípio constitucional da coisa julgada, previsto no art. 5º, inciso XXXVI, da CRFB/88³⁷. Trata-se, a vedação do *bis in idem* pela imutabilidade da coisa julgada, de uma garantia individual de que ninguém será julgado novamente pelo mesmo fato³⁸. A afirmação é, inclusive, mandamento expresso de força constitucional, por constar em convenção internacional que versa sobre direitos humanos, qual seja, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica)³⁹.

Conforme identifica Alberto Silva Franco⁴⁰, o princípio do *ne bis in idem* possui um caráter bifronte, com uma face processual e outra material. Nesse sentido, a vedação da

³⁵ CARVALHO, Salo de. *Penas e Garantias*. 3ªed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 100/101.

³⁶ *Ibidem*, p. 160.

³⁷ XXXVI - a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada;

³⁸ LOPES JR, Aury. *Direito processual penal*. 9ªed. São Paulo: Saraiva. p. 1110.

³⁹ Artigo 8º - Garantias judiciais. (...) 4. O acusado absolvido por sentença transitada em julgado não poderá ser submetido a novo processo pelos mesmos fatos.

⁴⁰ FRANCO, Alberto Silva. Sobre a não recepção da reincidência pela constituição de 1988: Breves Anotações. In *Direito penal na atualidade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p.7.

múltipla persecução penal de um mesmo fato praticado pelo mesmo autor seria a face processual do princípio. Em raciocínio análogo, Aury Lopes Jr. afirma que o *ne bis in idem* é garantido pela formação da coisa julgada material, a qual assegura que “a causa definitivamente julgada não possa ser novamente objeto de outro procedimento, pois o direito de perseguir penalmente está esgotado (efeito impeditivo).”⁴¹ É possível identificar, portanto, que a face processual do *ne bis in idem* observada por Alberto Silva Franco se confunde com a qualificação da coisa julgada material feita por Aury Lopes Jr.⁴², trazendo uma consequência comum: impossibilidade de nova incriminação por um mesmo fato pelo qual o réu já foi processado. Em sintonia com estes autores, Salo de Carvalho identifica essa mesma diretriz processual estabelecida pelo princípio do *ne bis in idem*, destacando que a vedação da dupla incriminação é extraída dos princípios do devido processo legal e da garantia da coisa julgada⁴³.

Vale destacar que o caráter protetivo ao réu desempenhado pela coisa julgada em sua face processual (vedação de dupla incriminação) fica evidenciado no fato de que a única possibilidade de relativização do instituto é a revisão criminal *em favor do réu*. Conforme explica Aury Lopes Jr.:

“A coisa julgada no processo penal é peculiar, pois somente produz sua plenitude de efeitos (coisa soberanamente julgada) quando a sentença for absolutória ou declaratória de extinção da punibilidade, pois nesses casos não se admite revisão criminal contra o réu (ou *pro societate*), ainda que surjam (novas) provas cabais da autoria e materialidade.

(...)

Já a sentença condenatória, por ser passível de revisão criminal a qualquer tempo, inclusive após a morte do réu (art. 623 do CPP), jamais produzirá uma plena imutabilidade de seus efeitos.”⁴⁴

A face material do princípio do *ne bis in idem* identificada por Alberto Silva Franco, por sua vez, diz respeito à vedação da dupla punição pelo mesmo fato, ou, em outras palavras, proibição de que o delito anterior produza novos efeitos penais⁴⁵. Tal dimensão do princípio é identificada também por Paulo Queiroz, o qual afirma:

⁴¹ LOPES JR, Aury. *Direito processual penal*. 9ªed. São Paulo: Saraiva. p. 1112.

⁴² “(...) a coisa julgada busca proteger o réu do *bis in idem*, ou seja, nova acusação pelo mesmo fato, ainda que diverso o nome jurídico a ele atribuído.” *Ibidem*, p. 1113.

⁴³ CARVALHO, Salo de. *Penas e medidas de segurança no direito penal brasileiro: fundamentos e aplicação judicial*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 288.

⁴⁴ *Ibidem*, p. 1112.

⁴⁵ FRANCO, Alberto Silva. Sobre a não recepção da reincidência pela constituição de 1988: Breves Anotações. In *Direito penal na atualidade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p.7.

“Também em razão do princípio da proporcionalidade (e legalidade), é vedado o *bis in idem*, isto é, dupla valoração do mesmo fato jurídico, de modo a criminalizar o mesmo fato ou a agravar a pena. Semelhante princípio proíbe, portanto, a duplicidade de sanções para o mesmo sujeito, por um mesmo fato e por sanções que tenham um mesmo fundamento, isto é, que tutelem um mesmo bem jurídico.”⁴⁶

No mesmo sentido, Guilherme de Souza Nucci disserta sobre o que chama de *princípio da vedação da dupla punição pelo mesmo fato*, afirmando que “A proibição de dupla punição em virtude do mesmo fato criminoso é decorrência de dois princípios constitucionais: o princípio da legalidade em harmonia com o princípio da vedação do duplo processo pelo mesmo acontecimento.”⁴⁷

Evidencia-se, assim, que o princípio do *ne bis in idem* em sua manifestação processual e material acarreta que 1) processado o réu por determinado fato delitivo, em caso de absolvição, após o trânsito em julgado da sentença, resta imutável a decisão e obstada nova persecução criminal pelo mesmo fato e, em caso de condenação, igualmente é vedada nova persecução pelo mesmo fato, bem como, após o trânsito em julgado da decisão, a única possibilidade de modificação do mandamento é em benefício do réu, em manejo de ação de revisão criminal; 2) definida a pena em sentença condenatória transitada em julgado, é vedada nova punição pelo fato julgado, seja em forma de aumento do *quantum* de pena a ser cumprido seja pela instituição de pena complementar diversa.

Além disso, o princípio do *ne bis in idem* se faz atuante também na fase judicial de aplicação da pena, em desdobramento da regra de vedação da dupla punição pelo mesmo fato. Trata-se da proibição de duplo efeito sancionatório de uma mesma circunstância delitiva, como identifica Salo de Carvalho⁴⁸. Nos termos do artigo 61, *caput*, do CP⁴⁹, se determinada circunstância do delito é constitutiva ou qualificadora do tipo penal, é vedada sua valoração como causa agravante da pena na segunda fase do procedimento trifásico de aplicação da pena. Igualmente, é vedado que circunstâncias sejam duplamente valoradas em mais de uma fase do procedimento, o que configuraria *bis in idem*. Assim, percebe-se que, além da previsão constitucional de vedação do *bis in idem*, a matéria é igualmente positivada na legislação penal

⁴⁶ QUEIROZ, Paulo. *Direito penal: parte geral*. 4ªed. Rio de Janeiro, 2008. p. 49/50.

⁴⁷ NUCCI, Guilherme de Souza. *Princípios constitucionais penais e processuais penais*. 3ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 262.

⁴⁸ CARVALHO, Salo de. *Penas e medidas de segurança no direito penal brasileiro: fundamentos e aplicação judicial*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 290.

⁴⁹ Art. 61 - São circunstâncias que sempre agravam a pena, quando não constituem ou qualificam o crime:

infraconstitucional, ratificando a importância dessa garantia do réu contra a exacerbação do poder punitivo. É este o alerta de Guilherme de Souza Nucci:

“O processo de aplicação da pena pode acarretar a ofensa ao princípio da vedação da dupla punição pelo mesmo fato, sem que o magistrado se aperceba. Considerando-se os vários estágios utilizados para estabelecer a pena justa, é fundamental a redobrada atenção para ponderar uma única vez cada circunstância envolvendo o delito.

(...)

Diante disso, respeitando-se o necessário princípio da individualização da pena, torna-se crucial atentar para a dupla punição, evitando-se o abuso indevido na reprimenda estatal.”⁵⁰

À luz de tais mandamentos emanados pelo princípio do *ne bis in idem*, torna-se evidentemente problemática a adequação do instituto da reincidência ao ordenamento constitucional e legal brasileiro. Se a reincidência possui natureza jurídica de agravante, determinando assim aumento de pena na segunda fase do procedimento de aplicação da sanção, não haveria aí dupla punição de um mesmo fato já julgado e sobre o qual recai a força da coisa julgada? Segundo nosso entendimento, é absolutamente inviável a promoção de um fim instituído por norma constitucional (princípio) que assegura a intangibilidade da coisa julgada e veda a dupla punição por um mesmo fato se, na contramão da Constituição, é instituído no ordenamento infraconstitucional o aumento de pena pela reincidência. O norte interpretativo oferecido pelos princípios constitucionais não permite considerar válido o aumento de pena pela reincidência, pois com a aplicação de tal agravante se está punindo duplamente fato sobre o qual já houve sentença condenatória, pena instituída e incidência da coisa julgada. Considera-se, em tal raciocínio, que a segunda pena aplicada pelo fato anterior é caracterizada pelo *quantum* de pena acrescido no segundo fato em julgamento.

O posicionamento é sustentado por significativa parcela da doutrina penal. Veja-se as palavras de alguns dos principais críticos do instituto da reincidência por sua adequação ao princípio do *ne bis in idem*:

“Ora, a reincidência enquanto agravante, não apenas aplica oficialmente, através da manifestação judicial no segundo processo, o rótulo de reincidente ao condenado por fato criminoso anterior, como também valora penalmente o fato precedente para efeito de agregar maior gravidade à pena cominada para o segundo delito, tomando-se a sentença condenatória

⁵⁰ NUCCI, Guilherme de Souza. *Princípios constitucionais penais e processuais penais*. 3ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 262-263.

anterior como pressuposto do *plus* punitivo. É evidente que um mesmo fato não pode ser duplamente aferido (...)"⁵¹

“A conclusão possível da leitura desta cadeia normativa que sustenta o princípio *ne bis in idem* é da sua incompatibilidade com o instituto da reincidência, motivo pelo qual a agravante não se harmoniza com a ordem constitucional vigente.”⁵²

“(...) a *reincidência* (ficta ou real) significa *dupla punição* do crime anterior: a primeira punição é a pena aplicada ao crime anterior; a segunda punição é o *quantum* de acréscimo obrigatório da pena do crime posterior, por força da reincidência.”⁵³

“(...) em toda agravação de pena pela reincidência existe uma violação do princípio *non bis in idem*. A pena maior que se impõe na condenação pelo segundo delito decorre do primeiro, pelo qual a pessoa já havia sido julgada e condenada. Pode-se argumentar que a maior pena do segundo delito não tem seu fundamento no primeiro, e sim na condenação anterior, mas isto não passa de um jogo de palavras, uma vez que a condenação anterior decorre de um delito, e é uma consequência jurídica do mesmo.”⁵⁴

Assim, para nós, não resta dúvida que o instituto da reincidência representa violação ao princípio do *ne bis in idem*, sendo manifesta sua inconstitucionalidade. Não obstante, parte da doutrina entende que o agravamento da pena pela reincidência é constitucional. Nesse sentido, posiciona-se Guilherme de Souza Nucci:

“A reincidência não passa de uma recaída e, como tal, não significa *nova* punição pelo *mesmo fato*. A contrário, busca-se *valorar* esse aspecto para efeito de individualização da pena, do mesmo modo que se concede efeito positivo aos bons antecedentes e à primariedade.

(...)

A avaliação da reincidência nada mais quer dizer que não o cumprimento fiel a preceito constitucional, lastreado na individualização da pena, evitando-se o injusto padrão punitivo.

(...)

Aliás, a reincidência não utiliza, como parâmetro, o *mesmo fato* para qualquer finalidade. Vale-se de *fato novo* por completo.”⁵⁵

⁵¹ FRANCO, Alberto Silva. Sobre a não recepção da reincidência pela constituição de 1988: Breves Anotações. In *Direito penal na atualidade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p.7.

⁵² CARVALHO, Salo de. *Penas e medidas de segurança no direito penal brasileiro: fundamentos e aplicação judicial*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 396.

⁵³ SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito penal: parte geral*. 3ªed. Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2008.p. 580/581.

⁵⁴ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Manual de direito penal brasileiro, v.1: parte geral*/ Eugenio Raúl Zaffaroni, José Henrique Pierangeli. 8ªed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.p.718.

⁵⁵ NUCCI, Guilherme de Souza. *Princípios constitucionais penais e processuais penais*. 3ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 263-264.

Vale contrapor tais justificativas. Primeiramente, cumpre afirmar que, mesmo que se afirme retoricamente que a reincidência pune a *recaída* e não o *mesmo fato* já punido, trata-se, como referido por Zaffaroni e Pierangeli, de simples *jogo de palavras*, sendo óbvio que o aumento de pena é decorrência do fato já punido. Além disso, afirmar que a reincidência serve à individualização da pena não afasta sua inconstitucionalidade, pelo simples motivo de que o aumento de pena constitui individualização violadora do princípio do *ne bis in idem*, restando incontestado que a individualização deve ser atingida por outros mecanismos que promovam tal fim sem macular outros princípios constitucionais. É dizer, afastar a reincidência não impede a promoção do princípio da individualização da pena. Da mesma forma, é insustentável afirmar que a reincidência individualiza a pena da mesma forma que os bons antecedentes e a primariedade o fazem em sentido contrário (contenção da pena). A legitimidade da atenuação da pena pelos fatores de primariedade e bons antecedentes não torna legítima, por si só, o agravamento pela reincidência, sendo plenamente possível - mais, correto - afirmar que a atenuação pelos referidos motivos é válida e, simultaneamente, a reincidência deve ser, no mínimo, um indiferente para fins de aumento de pena.

1.3.2 Princípios da secularização e da culpabilidade pelo fato

Identificado por Salo de Carvalho como o princípio lapidar do modelo jurídico de garantias⁵⁶, o princípio da secularização se manifesta no sistema constitucional brasileiro por meio de uma cadeia de princípios, tais como o da dignidade da pessoa humana (art. 1º, inciso III), da inviolabilidade da intimidade e do respeito à vida privada (art. 5º, inciso X), da livre manifestação do pensamento (art. 5º, inciso IV) e da liberdade de consciência e de crença religiosa (art. 5º, inciso VI)⁵⁷. Tais princípios, enquanto afirmação do princípio da secularização, caracterizam o sistema de garantias, em superação ao sistema inquisitório. Por óbvio, o princípio da secularização decorre dos processos culturais de secularização, entendidos como fenômeno de eliminação de qualquer forma de legitimação teológica no campo do saber⁵⁸. No campo jurídico, a consequência é amplamente conhecida: separação entre direito e moral, sendo vedada qualquer intervenção punitiva baseada em reprovações morais ou religiosas, tal

⁵⁶ CARVALHO, Salo de. *Penas e Garantias*. 3ªed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 157.

⁵⁷ CARVALHO, Salo de. *Penas e medidas de segurança no direito penal brasileiro: fundamentos e aplicação judicial*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 246.

⁵⁸ *Ibidem*, p. 241.

como ocorria na Inquisição. Em outras palavras, com a consagração do princípio da secularização, o direito penal se desgarra de qualquer pretensão de reprovação de comportamentos ou convicções morais, resguardando a individualidade da pessoa e intervindo apenas em ações exteriorizadas causadoras de dano e previstas como crime.

Como desdobramento lógico do princípio da secularização, verifica-se a consagração do princípio da culpabilidade pelo fato. Se no Estado Democrático de Direito pautado pelo garantismo inexistente espaço para a persecução penal de condutas morais e com base na personalidade da pessoa, é lógico que a culpabilidade, considerada em sua dimensão de limite da pena, será relacionada ao fato cometido, e não a elementos ligados à pessoa. Ou seja, a reprovabilidade será determinada em razão do fato do autor, e não do autor do fato⁵⁹. Distinguem-se, portanto, novamente fazendo-se uso dos modelos antagônicos garantista e inquisitório, as concepções de culpabilidade de fato e de autor. Em síntese, a diferenciação entre as diferentes posições sobre a culpabilidade é esclarecida por Pierangeli e Zaffaroni:

“Na culpabilidade de ato, entende-se que o que se reprova ao homem é a sua ação, na medida da possibilidade de autodeterminação que teve no caso concreto. Em síntese, a reprovabilidade de ato é a reprovabilidade do que o homem fez. Na culpabilidade de autor, é reprovada ao homem a sua personalidade, não pelo que fez e sim pelo que é.”⁶⁰

No mesmo sentido, e em complemento ao afirmado, esclarece Paulo César Busato:

“(...) a culpabilidade é de cada sujeito, porém, sempre é referida a um fato. Ninguém é culpado pelo que é, mas somente pelo que fez. A culpabilidade, embora individual, vai referida a um fato. O princípio de culpabilidade coíbe, portanto, um Direito Penal de autor.”⁶¹

Nesse ponto, parece óbvio que o instituto da reincidência representa ofensa também ao princípio da culpabilidade pelo fato. Seja qual for o fundamento teórico que procure justificar o aumento de pena em razão da reincidência, não é possível escapar de uma contradição com o princípio da culpabilidade pelo fato. Primeiramente, o fundamento periculosista, que defende o aumento de pena em razão da periculosidade do agente, claramente cai em valoração da personalidade do acusado, violando frontalmente a imposição de limitação à culpabilidade pelo fato praticado. Já o argumento de que a conduta reincidente demonstraria uma maior vontade

⁵⁹ CARVALHO, Salo de. *Penas e medidas de segurança no direito penal brasileiro: fundamentos e aplicação judicial*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 250.

⁶⁰ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Manual de direito penal brasileiro, v. 1: parte geral*/ Eugenio Raúl Zaffaroni, José Henrique Pierangeli. 8ªed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.p.523.

⁶¹ BUSATO, Paulo César. Antecedentes, Reincidência e Reabilitação a Luz do Princípio de Culpabilidade. In *Ciências Criminais: articulações críticas em torno dos 20 anos da constituição da república*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p.213.

do autor ao cometimento de delitos, o qual se insere na teoria psicológica da culpabilidade, apresenta semelhante equívoco: ignora a culpabilidade pelo fato e se atém a circunstâncias pessoais, em verdadeiro modelo inquisitório.

Também as teorias que procuram justificar a reincidência com base na “dupla-lesão” que seria causada pelo cometimento do novo delito são absolutamente insustentáveis. Nestas, apresentam-se duas correntes: a primeira, afirma que com a reincidência a imagem do Estado é afetada, e, portanto, haveria maior conteúdo do injusto praticado; já a segunda corrente afirma que todo tipo penal contém duas normas proibitivas, sendo uma de proibição da prática do tipo e outra de abstenção da prática de novos delitos, sendo a reincidência configuradora de maior conteúdo do injusto pela violação dessa segunda norma. Em ambos os casos, as teorias de justificação da reincidência com base na ideia de “dupla-lesão” merecem a mesma crítica desenvolvida por Zaffaroni, para quem tais propostas *“constroem um conceito de bem jurídico paralelo que é afinal a pura e simples vontade do Estado, sem nenhum vínculo com o bem jurídico propriamente afetado, o que constituiria uma espécie de doutrina de ‘segurança nacional’ transitando pela casa do direito penal.”*⁶²

Finalmente, tem-se a tentativa de justificação do instituto da reincidência dentro do conceito normativo de culpabilidade sob a afirmação de uma maior reprovabilidade em razão de uma suposta maior consciência do ilícito por parte do réu, evidenciada pelo fato de já ter sido condenado anteriormente. Percebe-se aqui, claramente, o problema já referido no item 2.2, quando se fez referência à instrumentalização da culpabilidade como medida da pena. O aumento de pena no posicionamento ora em análise representa uma vinculação da culpabilidade aos fins da pena, seja pela necessidade de reprovação de um maior conteúdo do injusto em razão da maior consciência da ilicitude, seja pela necessidade de maior intervenção preventiva pela pena em razão da insuficiência da sanção anterior. Abre-se espaço, assim, para que a culpabilidade absorva elementos estranhos à culpabilidade pelo fato praticado, ampliando o espaço punitivo ao invés de contê-lo, como deveria ser função da culpabilidade⁶³.

⁶² ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Reincidência: um conceito de direito penal autoritário. In *Livro de estudos jurídicos*, vol 6. Rio de Janeiro: Instituto de Estudos Jurídicos, 1993. p. 57.

⁶³ Nesse aspecto, aponta Salo de Carvalho (*Penas e medidas de segurança no direito penal brasileiro: fundamentos e aplicação judicial*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 186): *“...atrelar a legitimidade da pena aos fundamentos da culpabilidade produz um aprofundamento da crise dos discursos justificacionistas em razão da ampliação do seu horizonte de projeção. Parece razoável sustentar que a imersão da culpabilidade nas teorias da pena significa sua imersão nas crises do justificacionismo, o que implica trazer os problemas teóricos e empíricos dos modelos de legitimação da sanção para a teoria do delito.”*

Nesse ponto, deve ser aberto parêntesis para afirmar que maiores problematizações do instituto da reincidência em face do conceito de culpabilidade serão desenvolvidas ao fim do trabalho, quando procurar-se-á confrontar o instituto ao conceito de culpabilidade pela vulnerabilidade. Da mesma forma, as críticas criminológicas que fulminam as proposições de maior resposta punitiva em razão da reincidência serão abordadas no capítulo final do trabalho. Para o presente momento, no entanto, cumpre concluir, com Zaffaroni que o instituto da reincidência é inadmissível, sob qualquer justificativa dogmática, em um ordenamento que consagra a culpabilidade pelo fato:

“Em resumo: podemos comprovar que a reincidência se explica nas abordagens jurídico-penais na medida em que se abandona o direito penal do ato, embora, às vezes, nem mesmo nestas posições a explicação se mostre coerente. Ao contrário, as tentativas de explicá-la dentro dos limites de um direito penal do ato são todas insatisfatórias.”⁶⁴

1.3.3 Princípio da proporcionalidade

O princípio da proporcionalidade em sentido amplo é considerado norma implícita no art. 5º, *caput*, da CRFB/88⁶⁵. Sua manifestação na configuração do Direito Penal de garantias consiste em proibir a aplicação de penas excessivas em resposta à lesão ao bem jurídico protegido pelo tipo penal, o que evidencia sua função de contenção do poder punitivo. Conforme dispõe Juarez Cirino dos Santos, tal princípio é constituído por três princípios parciais: princípio da adequação, princípio da necessidade e princípio da proporcionalidade em sentido estrito. Na lição do autor, a função dos dois primeiros princípios parciais é verificar se a pena constitui meio *adequado e necessário* à promoção do fim de proteção do bem jurídico, enquanto o princípio da proporcionalidade em sentido estrito observa se há proporcionalidade direta entre a pena considerada *adequada e necessária* e a extensão/natureza da lesão ao

No caso específico dos discursos de justificação do correccionalismo, a referida crise é marcada intensamente pela crítica criminológica baseada nos dados da realidade prisional. Como afirma Salo (p. 171-172): “...ao ignorar totalmente os dados de realidade apresentados pela criminologia (crítica) em relação à ilegitimidade teórica e à incongruência prática dos discursos de ressocialização, o mainstream dogmático consome naturalmente o discurso correccionalista, redefinindo as bases da teoria do delito sob pressupostos deslegitimados empiricamente. Neste cenário, a culpabilidade será inegavelmente a categoria dogmática mais vulnerável ao impacto das críticas criminológicas, não apenas em razão da readequação das suas funções, mas, sobretudo, pelo consolidado vínculo com a punição e os seus fins.”

⁶⁴ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Reincidência: um conceito de direito penal autoritário. In *Livro de estudos jurídicos*, vol 6. Rio de Janeiro: Instituto de Estudos Jurídicos, 1993. p. 53.

⁶⁵ QUEIROZ, Paulo. *Direito penal: parte geral*. 4ªed. Rio de Janeiro, 2008. p. 46.

bem jurídico. Assim, entende que aqueles princípios tomariam como objeto de análise as possibilidades da *realidade*, a fim de verificar se as penas seriam adequadas e necessárias ao fim perseguido, enquanto o princípio da proporcionalidade em sentido estrito configuraria uma análise das possibilidades *jurídicas*, tanto em relação ao processo de criminalização primária (processo legislativo) quanto ao de criminalização secundária (atuação das agências de persecução criminal e punitivas). Ainda, dispõe o princípio da proporcionalidade em sentido estrito que, seja mediante a observância da *proporcionalidade abstrata*, seja mediante a promoção da *proporcionalidade concreta*⁶⁶, cabe ao legislador e ao operador jurídico (juiz) ponderar sua ação criminalizante de modo a, respectivamente, harmonizar a pena cominada no tipo penal à gravidade da lesão causada ao bem jurídico protegido pela norma e adequar (individualizar) a pena no caso concreto de acordo com o dano causado pela realização do crime⁶⁷.

Ao analisar o que identifica como postulado da proporcionalidade, Humberto Ávila torna claras as funções desempenhadas pelos princípios parciais (ou sub-princípios) que constituem o princípio da proporcionalidade em sentido amplo. Afirma o autor:

“O postulado da proporcionalidade exige que o Poder Legislativo e o Poder Executivo escolham, para a realização de seus fins, meios adequados, necessários e proporcionais. Um meio é adequado se promove um fim. Um meio é necessário se, dentre todos aqueles meios igualmente adequados para promover o fim, for menos restritivo relativamente aos direitos fundamentais. E um meio é proporcional, em sentido estrito, se as vantagens que promove superam as desvantagens que provoca. A aplicação da proporcionalidade exige a relação de causalidade entre meio e fim, de tal sorte que, adotando-se o meio, promove-se o fim.”⁶⁸

Aproximando tais noções das práticas punitivas por parte do Estado, conclui-se, conforme o ensinamento de Paulo Queiroz⁶⁹, que o mandamento de verificação da *necessidade* da pena se manifesta sob a definição de seu caráter fragmentário e subsidiário, constituindo medida de *ultima ratio* (mínima intervenção); já o exame da *adequação* da pena constituiria o questionamento sobre sua capacidade de promover o fim a que se busca, qual

⁶⁶ A identificação das dimensões da proporcionalidade abstrata e concreta da proporcionalidade em sentido amplo é feita por Juarez Cirino dos Santos. In SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito penal: parte geral*. 3ªed. Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2008.p. 28/30.

⁶⁷ NUCCI, Guilherme de Souza. *Princípios constitucionais penais e processuais penais*. 3ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 249.

⁶⁸ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 12ª Ed. São Paulo: Malheiros Editores. p. 171.

⁶⁹ QUEIROZ, Paulo. *Direito penal: parte geral*. 4ªed. Rio de Janeiro, 2008. p. 47/49.

seja, o de prevenção geral e especial⁷⁰. Por fim, a análise da *proporcionalidade em sentido estrito* refere-se à justa correspondência entre o grau de ofensividade da conduta delitiva e a pena cominada/aplicada. Percebe-se, portanto, que o princípio da proporcionalidade, no âmbito do Direito Penal, tem íntima relação com a análise criminológica e político-criminal sobre os efeitos da persecução penal e da pena, especialmente a privativa de liberdade. Nesse sentido, afirma Juarez Cirino dos Santos:

“O *princípio da proporcionalidade* no Direito Penal coincide com análises da Criminologia Crítica – como Sociologia do Direito Penal -, que estuda a *adequação* e a *necessidade* da pena criminal para proteção de bens jurídicos, do ponto de vista dos princípios jurídicos do discurso punitivo.”⁷¹

Nesse contexto, constata-se a inadequação do instituto da reincidência ao princípio da proporcionalidade. Inicialmente, cumpre analisar se o aumento da pena em razão da reincidência, ou seja, se a imposição de mais tempo no cárcere, configura meio pelo qual se atinge *adequadamente* o principal fim oficial da pena, qual seja, a prevenção especial positiva. Ainda, impõe-se questionar se tal medida representa uma promoção da intervenção mínima, ou seja, se é *necessária* em face de outros meios possíveis. Da mesma forma, questiona-se se o aumento de pena é *proporcional* à ofensa praticada. Sob nenhum desses aspectos subsiste a validade do instituto da reincidência.

A falta de *adequação* do meio instituído pelo instituto da reincidência (aumento de pena) se revela pela crítica criminológica, que há muito denuncia os fatores criminógenos e reprodutores da violência presentes nas prisões⁷². Aumentar o tempo de reclusão do reincidente, à luz dos dados da realidade expostos pela sociologia e pela criminologia crítica,

⁷⁰ Nesse ponto, vale uma ressalva: para fins, estritamente, da análise a ser realizada sobre a conformação do instituto da reincidência ao princípio da proporcionalidade, adota-se como pressuposto as teorias da pena fundadas no fim de prevenção geral e especial, as quais se alinham ao pensamento da doutrina penal majoritária, conforme identifica Paulo Queiroz. Não obstante, a problematização do instituto da reincidência em face do princípio da proporcionalidade alcança outros contornos quando se parte de uma teoria agnóstica da pena, nos termos em que proposta por Zaffaroni. Isso porque, neste modelo, há uma desvinculação entre o Direito Penal e as teorias de justificação da pena, a qual é entendida como fenômeno político. Nesta proposição, a função do Direito Penal seria a de conter o poder punitivo manifestado pela pena, razão pela qual se pode concluir que o princípio da proporcionalidade adquire outro contorno no modelo da teoria agnóstica da pena, manifestando-se principalmente na atuação do juiz em busca de diminuição do sofrimento infligido pela pena. Em outras palavras, a teoria agnóstica não identifica fim algum na pena, restando prejudicada a análise do princípio da proporcionalidade, ao menos nos termos em que realizado no âmbito das teorias justificacionistas, nas quais a proporcionalidade é aferida a partir de um juízo sobre o fim da pena.

⁷¹ SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito penal: parte geral*. 3ªed. Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2008.p. 28.

⁷² Para o aprofundamento da crítica criminológica, ver o capítulo nº 3.

não representa, de forma alguma, a promoção do fim preventivo da pena. Essa conclusão ganha ainda mais força quando se está diante de reincidente que esteve preso: como sustentar que o aumento da nova pena em razão da reincidência será produtivo em termos de prevenção especial se a pena anterior não redundou na abstenção da prática de novo crime? Em suma, conclui-se com Zaffaroni:

“Os sistemas penais, muito frequentemente, não passam de aparelhos fabricantes de reincidência, e suas instituições totais, de verdadeiros campos de treinamento de candidatos a reincidentes e “habituais”. Só um discurso jurídico-penal alucinado pode ignorar esta realidade, embora sejam abundantes as tentativas metodológicas e epistemológicas que se esforçam para construir discursos deste tipo.”⁷³

A ausência da *necessidade* do instituto da reincidência, por sua vez, é evidenciada pela sua contrariedade ao mandamento da mínima intervenção, que instrumentaliza o princípio da necessidade no Direito Penal. A aplicação de uma pena pela prática do novo delito já representa a resposta penal adequada ao caso concreto, sendo desnecessário qualquer aumento de pena. Em realidade, o aumento da pena em razão da reincidência representa restrição a direitos fundamentais em maior intensidade do que a promoção do fim a que supostamente se presta. Assim, não resta dúvida de que é suficiente a resposta penal sem o *quantum* acrescido. Percebe-se, nas palavras de Cezar Roberto Bitencourt sobre o caráter subsidiário da intervenção penal, o quão incompatível é o instituto da reincidência com a promoção de uma intervenção punitiva pautada pelo minimalismo:

“Quando nos referimos à proteção subsidiária de bens jurídicos como limite do *ius puniendi* estatal, avançamos, portanto, ainda mais na restrição do âmbito de incidência do Direito Penal. Pois o *caráter subsidiário* da proteção indica que a intervenção coercitiva somente terá lugar para prevenir as agressões mais graves aos bens jurídicos protegidos, naqueles casos em que os meios de proteção oferecidos pelos demais ramos do ordenamento jurídico se revelem insuficientes ou inadequados para esse fim.”⁷⁴

Por fim, a inadequação do instituto da reincidência ao princípio da proporcionalidade em sentido estrito é consequência da inexistência de proporção entre a ofensa praticada e o

⁷³ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Reincidência: um conceito de direito penal autoritário. In *Livro de estudos jurídicos*, vol 6. Rio de Janeiro: Instituto de Estudos Jurídicos, 1993. p. 58.

⁷⁴ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte geral*, 1. 17ªed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 98-99.

aumento da pena. Isso porque o crime anterior teve a pena correspondente aplicada em observância aos critérios de determinação da sanção, respeitando-se a culpabilidade pelo fato e culminando na aplicação da pena justa ao caso concreto. Já no segundo delito, o aumento da pena em razão da reincidência representa sanção sem a correspondente ofensa, havendo desproporção na atuação punitiva, uma vez que a pena proporcional ao primeiro crime já foi instituída anteriormente. Conclui-se, em realidade, que o aumento da pena ocorre sem qualquer ofensa praticada, uma vez que o delito anterior teve sua pena correspondente determinada e consagrada imutável em face do princípio do *ne bis in idem*. É o que leva Alberto Silva Franco a afirmar:

“...a reincidência, ao materializar uma sanção penal não cominada legalmente, provoca uma reação punitiva desproporcionada na medida em que inflige ao condenado uma sanção que não guarda a necessária proporção com a infração cometida. Com inteira propriedade, considera-se que ‘a pena provocada pela reincidência, ao exceder a gravidade do injusto cometido, para a ele somar-se um *plus* que obedece a outro injusto, é desproporcionada e, em consequência, injusta’.”⁷⁵

1.3.4 Princípio da igualdade

Consagrado no art. 5º, *caput*, da CRFB/88, o princípio da igualdade impõe a promoção, pelo legislador, de um tratamento equânime aos destinatários das leis. Resta vedada, assim, a diferenciação no tratamento às pessoas que se encontrem em situação idêntica. Em complemento a esta ideia, constata-se que, em busca da igualdade material, é permitido ao legislador instituir diferenciações de tratamento com base em determinado critério sempre que a diferenciação se fizer necessária à promoção da igualdade material, e desde que haja congruência entre as desigualdades utilizadas como critério distintivo e a diferenciação legal daí decorrente. Ou seja, a diferenciação de tratamento instituída por determinada lei somente será válida e respeitadora do princípio da igualdade se constituir uma relação harmônica e lógica entre o critério distintivo e a diferenciação jurídica. A relação é esclarecida nas palavras de Celso Antônio Bandeira de Mello:

⁷⁵ FRANCO, Alberto Silva. Sobre a não recepção da reincidência pela constituição de 1988: Breves Anotações. In *Direito penal na atualidade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p.8.

“Esclarecendo melhor: tem-se que investigar, de um lado, aquilo que é erigido em critério discriminatório e, de outro lado, se há justificativa racional para, à vista do traço desigualador adotado, atribuir o específico tratamento jurídico construído em função da desigualdade afirmada.

Exemplificando para aclarar: suponha-se a hipotética lei que permitisse aos funcionários gordos afastamento remunerado para assistir a congresso religioso e o vedasse aos magros. No caricatural exemplo aventado, a gordura ou esbeltez é o elemento tomado como critério distintivo. Em exame perfunctório parecerá que o vício de tal lei, perante a igualdade constitucional, reside no elemento fático (compleição corporal) adotado como critério. Contudo, este não é, em si mesmo, fator insuscetível de ser tomado como fato deflagador de efeitos jurídicos específicos. O que tornaria inadmissível a hipotética lei seria a ausência de correlação entre o elemento de *discrimen* e os efeitos jurídicos atribuídos a ela. Não faz sentido algum facultar aos obesos faltarem ao serviço para o congresso religioso porque entre uma coisa e outra não há qualquer nexos plausível. Todavia, em outra relação, seria tolerável considerar a tipologia física como elemento discriminatório. Assim, os que excedem certo peso em relação à altura não podem exercer, no serviço militar, funções que reclamem presença imponente.”⁷⁶

No caso do instituto da reincidência, o princípio da igualdade resta violado sob dois aspectos. A uma, porque o reincidente sofre aumento de pena em comparação ao réu primário que tenha cometido fato idêntico. Se a culpabilidade pelo fato é idêntica, e o crime cometido igualmente grave e reprovável, o agravamento da situação do reincidente só pode ser interpretado como tratamento desigual a pessoas iguais, representando discriminação de caráter positivista e periculosista. Nesse sentido, afirma Alberto Silva Franco:

“A agravação da pena pela reincidência infringe também o princípio constitucional da igualdade, na medida em que se aplicam penas diferentes em relação a réus que praticaram fatos iguais.

(...)

A condenação mais grave aplicada ao reincidente torna sua pena maior do que a do primário, e o arbítrio, nessa forma de tratamento punitivo, fica à mostra ao verificar-se que o acréscimo punitivo não decorre do fato criminoso ajuizado, mas em função de condenação por ele sofrida anteriormente. Trata-se, no caso, de um tratamento punitivo que deixa uma discriminação perversa.”⁷⁷

⁷⁶ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *O conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros Editores. p. 38.

⁷⁷ FRANCO, Alberto Silva. Sobre a não recepção da reincidência pela constituição de 1988: Breves Anotações. In *Direito penal na atualidade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p.10.

Nesse ponto, deve ser afastada qualquer argumentação no sentido de que o não agravamento da pena do reincidente poderia configurar tratamento desigual ao réu primário, que estaria sendo discriminado por ter sua pena aplicada no mesmo patamar que aquele que reincidiu. Essa inversão argumentativa mascara o viés autoritário do posicionamento sob uma maquiagem democrática, como se pretendesse respeitar os direitos fundamentais, quando o que faz é maculá-los. Isso porque o que tal argumento prega, em outras palavras, é que a violação dos direitos fundamentais do reincidente é condição necessária ao respeito dos direitos fundamentais do réu primário, ou seja, que somente com um agravamento da pena do reincidente o réu primário terá uma pena justa.

Ainda, o instituto da reincidência viola o princípio da igualdade em razão da ausência de correlação entre o elemento tomado como fator diferenciador (reincidência) e o efeito jurídico decorrente (agravamento da situação do réu). Como no caso hipotético citado anteriormente do afastamento remunerado concedido aos funcionários gordos e vedado aos magros, inexistente nexos plausível entre o elemento de discriminação e o efeito jurídico decorrente no instituto da reincidência. Em um sistema penal de culpabilidade pelo fato, é absolutamente desconexo sustentar o aumento de pena em razão de uma condenação anterior, restando claro que há incompatibilidade entre o agravamento da situação do réu reincidente e o princípio da igualdade.

1.3.5 Princípio da individualização da pena

O princípio da individualização da pena está previsto no art. 5º, inciso XLVI, da CRFB/88. Sua função, na lição de Salo de Carvalho⁷⁸, é limitar a sanção de acordo com a culpabilidade do autor do fato, o que ocorre em diferentes etapas da manifestação do poder punitivo, quais sejam, a fase legislativa, judicial e executiva. Guilherme de Souza Nucci⁷⁹ complementa a delimitação do princípio ao identificar a função de fixação da pena justa, em

⁷⁸ CARVALHO, Salo de. *Penas e medidas de segurança no direito penal brasileiro: fundamentos e aplicação judicial*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 261.

⁷⁹ NUCCI, Guilherme de Souza. *Princípios constitucionais penais e processuais penais*. 3ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 180-181.

superação à padronização das respostas penais decorrentes de uma visão uniforme das pessoas. Especificamente em relação a fase judicial da individualização, afirma Paulo Queiroz que a atividade caracteriza-se pela *“fixação, pelo juiz, das conseqüências jurídicas (pena etc.) da infração penal punível (crime ou contravenção), conforme o grau de culpabilidade do agente, aferida de acordo com as circunstâncias jurídico-penalmente relevantes.”* A instrumentalização de tal processo de individualização da pena promovido pelo juiz se dá na sentença, a qual deve observar procedimento trifásico para a definição da sanção, nos termos do art. 68, do CP.

Observando primeiramente as circunstâncias judiciais previstas no art. 59, do CP, o juiz determinará a pena-base, para em seguida alcançar a pena provisória em observância às circunstâncias agravantes e atenuantes previstas nos arts. 61 a 66, do CP e, finalmente, atendendo às causas especiais de aumento (majorantes) e diminuição (minorantes) da pena previstas na parte geral e especial do CP e nas leis extravagantes, determinará a pena definitiva a ser cumprida. Trata-se, como se vê, de procedimento complexo, que prevê a consideração de diversas circunstâncias a fim de encontrar a pena adequada à culpabilidade do autor. Ademais, além da determinação da quantidade de pena privativa de liberdade a ser cumprida, é definido no processo de individualização da sanção outros aspectos que envolvem a execução da pena, tais como o regime de cumprimento da pena privativa de liberdade e a possibilidade de substituição por pena restritiva de direitos.

Neste contexto, o instituto da reincidência insere-se no processo de individualização da pena sob diferentes matizes: é circunstância agravante prevista no art. 61, inciso I, do CP; determina regime de cumprimento de pena mais gravoso (art. 33, §2º, do CP); veda a substituição da pena privativa de liberdade por pena restritiva de direitos (art. 44, inciso II, do CP), etc. Ocorre que, sob o pretexto de promoção da individualização da pena, a utilização do instituto da reincidência como forma de agravamento da situação do réu redundava exatamente na violação de tal princípio. É que, seja pelo aumento obrigatório da pena privativa de liberdade, ou pela vedação da substituição da pena e pela instituição de regime de cumprimento de pena mais gravoso, a consideração da reincidência caracteriza uma padronização da resposta estatal a todos os réus reincidentes, o que vai de encontro ao mandamento de individualização. Como se sabe, cada indivíduo é um universo próprio, impassível de essencializações, e a consideração da reincidência como agravante obrigatória promove justamente isso: a essencialização do reincidente e uma resposta penal padronizada.

Ainda, deve ser observado que a individualização deveria levar em conta a culpabilidade pelo fato do autor, e não a já mencionada culpabilidade de autor.

Em razão das violações aos demais princípios constitucionais penais já referidos, entendemos ser absolutamente inadmissível, em nosso ordenamento jurídico, a consideração da reincidência como causa de gravame na situação do réu. Não obstante, eventual posicionamento que entenda pela adequação do instituto àqueles princípios não pode deixar de observar que a obrigatoriedade de agravamento da pena configura contradição ao princípio da individualização da pena. É o que leva Alberto Silva Franco a afirmar a possibilidade – com a qual não concordamos – de agravamento da pena com base na reincidência, mas a título de circunstância judicial⁸⁰:

“A recaída em crime, depois de sentença condenatória transitada em julgado, poderá ser livremente avaliada pelo juiz caso em procedimento de individualização da pena, a título de mera circunstância judicial facultativa (art. 59 do CP) (...)”

Por fim, deve ser afastado o argumento de que a não utilização da reincidência como causa de agravamento da situação do réu representa violação do princípio da individualização porque haveria padronização na resposta penal em comparação ao réu primário. Isso porque o procedimento trifásico garante a individualização da pena em razão de sua complexidade e ampla previsão de circunstâncias a serem valoradas, sendo a reincidência apenas um dos – dispensáveis – elementos utilizados no procedimento de aplicação da pena.

⁸⁰ FRANCO, Alberto Silva. Sobre a não recepção da reincidência pela constituição de 1988: Breves Anotações. In *Direito penal na atualidade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 13.

2. EXPOSIÇÃO DE CASO: A REINCIDÊNCIA NO RE 453.000

Neste capítulo, passa-se a analisar o *case* objeto de estudo deste trabalho. Inicialmente, será feita uma breve síntese do percurso processual e da matéria de que se trata, para em seguida analisar-se os fundamentos utilizados pelos ministros do STF para decidir pela constitucionalidade do instituto da reincidência. Como se verá, os argumentos utilizados em defesa da constitucionalidade do instituto revelam-se, sob certo aspecto, ainda apegados aos fundamentos periculosistas e à lógica do Direito Penal do autor. Percebe-se também certa desconsideração dos dados apresentados pela criminologia e sociologia a respeito dos efeitos do cárcere, mantendo-se o apego ao ideal correccionalista.

A eleição do julgado como objeto de análise justifica-se em razão da repercussão geral que o envolve, o que demonstra a relevância da decisão e afirma seu amplo alcance, mediante a vinculação das instâncias inferiores. Não obstante, apesar da unificação e pacificação do entendimento jurisprudencial com a decisão em análise, a matéria deve ser problematizada no âmbito acadêmico, especialmente de forma a tencionar os argumentos utilizados no *decisum* da Corte Superior. Isso porque a discussão envolve instituto penal de intensa ação punitiva sobre o réu, bem como pressupõe a análise sobre o cárcere, o que demonstra a necessidade de constante atualização do debate, em sintonia aos mais recentes estudos criminológicos.

O acórdão analisado foi disponibilizado e publicado na página de acompanhamento processual do site do STF, sob o número do RE 453.000. O documento traz os votos escritos do relator Marco Aurélio e da ministra Rosa Weber, além da transcrição dos votos orais dos demais ministros e dos debates travados na sessão de julgamento do dia quatro de abril de 2013.

2.1 Síntese processual

O caso a ser analisado a seguir consiste em acórdão exarado em plenário, no dia 04/04/2013, pelos ministros e ministras do STF no julgamento do recurso extraordinário nº 453.000. O recurso foi interposto pela Defensoria Pública, procuradora do recorrente Volnei da

Silva Leal, contra decisão da 8ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul⁸¹, na qual foi desprovido recurso de apelação interposto pelo réu. O acórdão exarado pelo TJ/RS manteve a condenação do acusado, afirmada na primeira instância, à pena de 4 anos e 6 meses (quatro anos e seis meses) de reclusão pelo crime de extorsão, previsto no art. 158, do CP. A defesa pugnava pelo reconhecimento da inconstitucionalidade do instituto da reincidência, com o conseqüente afastamento do aumento de pena aplicado pelo juízo monocrático em razão de ser o réu reincidente.

No acórdão atacado pelo recurso extraordinário, entenderam os desembargadores do TJ/RS que não haveria inconstitucionalidade ou violação ao princípio do *ne bis in idem* no instituto da reincidência porque tal agravante expressaria “*maior censura ao agente*”, justificando-se o aumento de pena “*pela maior carga de culpabilidade do réu*”, a qual seria “*verificável quando se observa, na análise de sua vida, uma maior propensão ao delito*”.

Irresignado, o réu interpôs recurso extraordinário, com base no art. 102, inciso III, alínea “a”, da CRFB/88. Conforme o relatório constante no acórdão do RE 453.000, o recorrente sustenta que a decisão do Tribunal gaúcho violou o art. 5º, incisos XXXVI e XLVI, da Constituição, bem como afirma que o instituto da reincidência configura violação ao princípio *ne bis in idem*, afeta a coisa julgada, viola a individualização da pena e representa estigmatização do indivíduo, contrariando a visão garantista estabelecida na Constituição e dificultando a ressocialização do condenado.

Reconhecida a repercussão geral da matéria, o STF julgou o RE 453.000 em 04/04/2013, decidindo por negar provimento ao recurso e considerar constitucional o instituto da reincidência.

2.2 Os fundamentos da decisão e considerações a respeito

Passa-se agora a analisar os fundamentos da decisão do STF pela constitucionalidade do instituto da reincidência. A análise será realizada com base no acórdão publicado no site do STF, no qual consta, como referido, os votos escritos do relator Marco Aurélio e da ministra

⁸¹ Apelação Criminal Nº 70005475363, Oitava Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Umberto Guaspari Sudbrack, Julgado em 26/02/2003.

Rosa Weber, além da transcrição dos votos orais dos demais ministros e dos debates travados na sessão de julgamento.

2.2.1 Ausência de contrariedade ao princípio da individualização da pena e da igualdade

O argumento de violação do princípio da individualização da pena é afastado pelo ministro Marco Aurélio ao afirmar que leva-se em conta, para o aumento da pena, o perfil do condenado, o fato de ter cometido novo delito, o que o distingue do réu primário. Afirma o ministro que a lógica é a mesma que rege, por exemplo, a atenuante de ter o réu menos de vinte e um anos de idade na época do cometimento do fato, ou seja, busca-se um tratamento desigual para pessoas desiguais. Haveria, portanto, na ótica do ministro, uma necessidade de maior apenação, considerando a necessidade de uma “advertência maior quanto à necessidade de adoção de postura própria ao homem médio, ao cidadão integrado à vida gregária e solidário aos semelhantes.” Conclui o raciocínio sustentando a inviabilidade de dar-se o mesmo tratamento ao réu reincidente e ao réu primário, o que significa afirmar a razoabilidade do fator de discriminação utilizado pelo instituto e a ausência de violação ao princípio da igualdade.

A ministra Rosa Weber, por sua vez, afirma apenas, em repúdio à tese de incompatibilidade do instituto da reincidência com o princípio da individualização da pena, que a norma constitucional que remete ao legislador a individualização das penas não prevê qualquer vedação à consideração da reincidência como fator de exasperação da pena.

Luiz Fux segue o raciocínio, afirmando que não se pode tratar da mesma forma o reincidente e o réu primário, no que é acompanhado pela ministra Cármen Lúcia, que afirma que o agravamento da pena ao reincidente é uma forma de tratar desigualmente os desiguais. Em relação aos demais ministros, não há, nos votos, análise específica quanto à compatibilidade do instituto da reincidência e os princípios da individualização da pena e da igualdade.

Nesse contexto, a análise dos votos dos ministros e ministras no que diz respeito aos princípios da igualdade e da individualização da pena e sua intersecção com o instituto da reincidência evidencia uma vinculação à ideia de que o reincidente é desigual ao primário, e que tal desigualdade seria capaz de justificar, ou mesmo impor, a necessidade de diferenciação no tratamento penal, mediante a individualização da pena. De nossa parte, como já exposto nas considerações do capítulo de nº2, rejeitamos a noção de que a consideração da reincidência seja fator necessário à individualização da pena. Mais que isso, entendemos que há a violação da individualização e que o critério de diferenciação entre o réu primário e o reincidente é absolutamente desconexo ao efeito jurídico decorrente, pois a culpabilidade deve ser observada em relação ao fato praticado. Assim, não se justifica o argumento de que não se pode colocar na mesma “vala comum” o reincidente e o primário, como afirma o ministro Luiz Fux. Ainda, as afirmações do ministro Marco Aurélio, que afirma que se leva em conta o “perfil do condenado” para diferenciá-lo dos demais e que o instituto segue a “a ordem natural das coisas”, demonstram que ainda não houve a superação ampla dos fundamentos positivistas e periculosistas que se verificam na origem do instituto da reincidência.

2.2.2 Não configuração de Direito Penal de autor e maior culpabilidade do reincidente

Em oposição à crítica que identifica no instituto da reincidência a promoção de um Direito Penal de autor, a ministra Rosa Weber afirma que a maior punição ao reincidente não decorre de uma característica do autor do fato, de uma condição pessoal sua, mas da prática de uma conduta criminal pretérita. Em alinhamento a essa concepção, o ministro Ricardo Lewandowski sustenta que a maior punição do reincidente decorre de uma maior culpabilidade, verificada em razão de sua vontade rebelde e particularmente interior e persistente.

Em que pese a afirmação da ministra Rosa Weber, entendemos que o instituto da reincidência é promovedor de um Direito Penal de autor na medida em que a culpabilidade é medida, como afirmado pelo ministro Ricardo Lewandowski, pela maior inclinação ao delito por parte do reincidente. Também o discurso do ministro Marco Aurélio, quando fala em levar em conta o “perfil do condenado” para o aumento da pena, demonstra que há sim, na fundamentação do STF, a consideração de uma condição pessoal do réu.

A caracterização do Direito Penal de autor promovido pelo instituto da reincidência pelo discurso dos julgadores resta clara com a lição de Pierangeli e Zaffaroni sobre as características do Direito Penal de autor com base na culpabilidade⁸²:

“(...) nem todo direito penal de autor funda-se em uma concepção determinista ou biológica do homem, ou seja, nem todo direito penal de autor é direito penal de periculosidade no sentido exposto. Há uma concepção do direito penal de autor que é também direito penal de culpabilidade e que, como tal, não nega a autonomia moral do homem, ainda que, inegavelmente, leve à sua destruição. Parte da premissa de que a personalidade que se inclina ao delito é gerada na repetição de condutas que num começo foram livremente escolhidas e, portanto, postula que a reprovação que se faz ao autor não o é em virtude do ato, mas em função da personalidade que este ato revela (culpabilidade de autor).”

2.2.3 Ausência de ofensa ao princípio do *ne bis in idem*

O enfrentamento ao argumento de que o instituto da reincidência viola o princípio do *ne bis in idem* é realizado pela ministra Rosa Weber. Segundo sua fundamentação, o aumento de pena não caracteriza dupla punição pelo mesmo fato, mas sim exasperação decorrente da escolha do agente em delinquir novamente. Para a ministra, o instituto somente violaria o *ne bis in idem* caso o crime pretérito fosse tomado em consideração para a formação do juízo condenatório do fato criminal novo objeto de julgamento.

Tal argumento é fulminado quando se considera a face material do princípio do *ne bis in idem*, que proíbe que o delito anterior produza novos efeitos penais. Ou seja, mesmo que o delito anterior não seja considerado no momento de formação da convicção sobre a existência do novo crime imputado ao réu, a sua referência como causa de aumento na fase de aplicação da pena caracteriza o *bis in idem*. Nem mesmo o argumento de que não é o crime pretérito que se leva em consideração, mas a opção do agente em cometer novo crime, é válido para afastar a incongruência do instituto da reincidência com o princípio do *ne bis in idem*. Isso porque, nessa hipótese, ao pretender-se a desvinculação do aumento da pena com o crime anterior,

⁸² ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Manual de direito penal brasileiro, v.1: parte geral*/ Eugenio Raúl Zaffaroni, José Henrique Pierangeli. 8ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.p. 107.

abre-se definitivamente as portas ao Direito Penal de autor, justificando-se a maior penalização com base em uma “vontade” supostamente definidora da personalidade do sujeito.

2.3 Considerações finais a respeito do acórdão

A observação do acórdão no caso analisado permite concluir que os ministros tomaram como principal fundamento à declaração de constitucionalidade do instituto da reincidência a ausência de violação ao princípio da individualização da pena, ressaltando que a diferenciação da resposta penal destinada ao réu reincidente em comparação ao réu primário é necessária e justificável sob o mandamento de tratamento desigual aos desiguais. Foi recorrente ainda, nos votos, a referência a uma maior vontade à prática delitiva por parte do reincidente, que seria demonstrada pelo fato de que, mesmo condenado, preferiu delinquir novamente. Assim, argumentam os ministros que a pena não teria cumprido sua função ressocializadora, impondo-se o aumento na sanção seguinte. Ainda, verifica-se que não houve aprofundamento argumentativo quanto à compatibilização do instituto com a culpabilidade pelo fato.

Outro aspecto que chama a atenção no acórdão é que apenas o ministro Gilmar Mendes trouxe ao debate a análise sobre o sistema carcerário como fator de produção da reincidência e, conseqüentemente, como elemento problematizador da legitimidade e da racionalidade do aumento de pena ao reincidente. Como afirmado pelo ministro, o debate suscita a questão da falência do modelo penal prisional, uma vez que, diante dos fatores criminógenos presentes nas instituições totais, é sumamente questionável se a intensificação da resposta penal ao reincidente efetivamente conduz ao objetivo declarado de ressocialização. Ademais, deve ser ressaltado que a própria ocorrência da reincidência, nos casos em que a primeira condenação já ocasionou pena privativa de liberdade, demonstra que o “remédio” adotado não produz o efeito desejado. O ministro recorda, nesse sentido, os altos índices de reincidência verificados no sistema prisional brasileiro. Ademais, o voto chama a atenção ao fato de que o instituto da reincidência foi abolido na Alemanha, em razão da consideração de sua incompatibilidade com a culpabilidade pelo fato. Ainda assim, mesmo diante de tais considerações, o ministro Gilmar Mendes acompanhou o voto dos demais colegas e julgou improcedente o recurso extraordinário.

A falta de maiores considerações e reflexões dos ministros quanto aos efeitos do cárcere demonstra tanto uma alienação aos dados fornecidos pela criminologia e pela sociologia quanto um forte apego ao discurso justificacionista do direito penal e da pena, alheio aos dados da realidade. Em que pese o exercício jurisdicional, no caso em análise, de fato implique fundamentação dogmática na busca da solução ao conflito, a incursão no âmbito da sociologia e da criminologia é imperativa em razão da matéria em análise, o que se verifica inclusive pelo reconhecimento da repercussão geral da matéria, fator que indica a relevância jurídica e social da questão.

Assim, qualquer consideração e reflexão sobre a intensificação punitiva (aumento do tempo de encarceramento) como forma de resposta à reincidência deveria partir de questionamentos sobre a adequação do cárcere ao objetivo de ressocialização, sobre a influência do cárcere na produção da reincidência nos casos em que o reincidente já foi preso e mesmo sobre a viabilidade de manutenção do ideal ressocializador/correcionalista, ou qualquer outro objetivo, como fundamento jurídico da pena. A resposta a tais questionamentos, parece claro, não é alcançada apenas pela análise da norma escrita, sendo fundamental a observação sociológica e criminológica. Nesse sentido, a lição de Alessandro Baratta sintetiza a necessidade de ampliação do olhar do jurista para além da simples análise dogmática da norma:

“A realidade do direito é dada pela sua unidade. Por isso, a análise do sistema penal e da marginalização social a ele ligada não pode ser feita, sob o aspecto *jurídico*, se o trabalho do jurista se limita ao universo da norma, excluindo-se o conhecimento da eficácia e da aplicação concreta da norma. Partindo desta unidade funcional pode-se compreender como o insucesso que, nos últimos 150 anos, acompanha todas as iniciativas de reformas e tentativas de fazer o sistema carcerário um sistema de reinserção, não pode ser interpretado como o causal e desafortunado desvio da realidade carcerária das funções a ela atribuídas pelo direito, ou seja, como consequências não *desejadas* do direito. Deste ponto de vista, a lógica da aplicação seria uma lógica contrária à da normatização. Uma visão global do direito permite, ao contrário, interpretar a lógica da normatização à luz da realidade histórica e social em que ela é concretizada. Isto permite atribuir a todo o sistema, e não somente à aplicação, a sua *função real*, controlável com os dados da experiência, e interpretar como ideologia legitimante as finalidades do legislador que, até agora, permaneceram um programa irrealizado.”⁸³

⁸³ BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal: Introdução à sociologia do direito penal*. Rio de Janeiro: Revan, 1997.p. 187-188.

Nesse sentido, o conteúdo dos votos carece de ampliação do universo analisado, mantendo-se restrito ao discurso jurídico-normativo de ressocialização pelo cárcere. São representativos desse contexto os trechos em que o ministro Marco Aurélio afirma, por exemplo, que a exacerbação da pena ao reincidente se justifica porque este deixou de “abraçar a almejada correção de rumos, de alcançar a ressocialização”, ou quando afirma que a individualidade do reincidente é considerada como fator de aumento de pena porque este “voltou, por isto ou aquilo, não importa, a claudicar” (sem grifo no voto original); da mesma forma, destacam-se as afirmações do ministro Luiz Fux, quando afirma que o STF não tem “capacidade institucional” para verificar se a reincidência pode ser vinculada ao Estado em razão do fracasso do sistema carcerário, e da ministra Cármen Lúcia, que afirma que o aumento da pena ao reincidente garante que o condenado “pense sobre isso e não venha a reincidir”.

Diante de tais afirmações, compreende-se a lição de Alessandro Baratta referida anteriormente. O discurso jurídico legitima as práticas punitivas mediante um raciocínio possível de ser construído apenas com um esforço de alienação da realidade e apego ao idealismo da norma. Em conclusão, ratificam-se as palavras de Zaffaroni ao distinguir o raciocínio pautado pelo realismo daquele orientado pelo idealismo:

“O idealismo tende a gerar um “mundo do jurista”, o que lhe outorga uma grande segurança ao afastá-lo da permanente mudança e do devenir próprio do mundo real, isolando-o dos debates sobre a realidade. O realismo, ao contrário, é um caminho que proporciona respostas menos absolutas, mais contingentes e, quase sempre, provisórias. Em geral, o jurista tende a inclinar-se para o idealismo, que lhe permite construções teóricas dentro de uma “estética jurídica” que compartilha os valores da arquitetura autoritária, predominantemente – não casualmente – na maioria dos “palácios de justiça” do Ocidente, com seu monumentalismo frontalista. O realismo, apesar de não representar essa “segurança”, possui a vantagem de valorizar um mundo não articulado na medida das necessidades do valor ou, o que é o mesmo, do sujeito que avalia.”⁸⁴

Na busca de um posicionamento que escape ao idealismo da norma, procurar-se-á, no capítulo seguinte, analisar a reincidência desde o ponto de vista da criminologia crítica sobre o cárcere e a funcionalidade do sistema penal. Ademais, a partir das conclusões observadas, será analisada a possibilidade de instituição de norma penal que, ao revés de considerar a reincidência um fator agravante de pena, passe a considerá-la uma atenuante.

⁸⁴ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Em busca das penas perdidas: a perda de legitimidade do sistema penal*. 5ª ed. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2001. p. 188.

3. UMA POSSÍVEL NOVA ABORDAGEM JURÍDICA SOBRE A REINCIDÊNCIA

Neste capítulo, pretende-se refletir sobre os verdadeiros contornos da pena privativa de liberdade, seus efeitos sobre o indivíduo e seu impacto sobre a sociedade. Tais considerações serão confrontadas com o discurso jurídico de fundamentação da pena, procurando-se problematizar os argumentos jurídico-normativos utilizados na prática jurídica em face da realidade observada no sistema carcerário. Diante dessa observação crítica, será analisada, por fim, a possibilidade de uma construção normativa que considere a reincidência como causa atenuante da pena, em oposição à atual configuração do Código Penal.

3.1 Direito Penal e pena em crise

A intensa crise de deslegitimação vivida pelo direito penal e pela pena (especialmente a privativa de liberdade) tem sua gênese, de forma incisiva, a partir da década de 60, do séc. XX. Nessa época, identifica-se o lançamento de duas obras que, simbolicamente, representam a ruptura irreversível dos discursos correccionalistas da pena e dos discursos de legitimidade e funcionalidade do direito penal: “Manicômios, Prisões e Conventos”, de Erving Goffman, e “Outsiders”, de Howard Becker.

Construídas a partir do interacionismo simbólico, as análises críticas sobre as instituições totais, por parte de Goffman, e sobre os processos de rotulação (criminalização), feitas por Becker, desestruturam o discurso jurídico-normativo baseado na função correccional da pena e na funcionalidade do direito penal, que supostamente atuaria de forma igualitária e imparcial perante a sociedade.

Em relação ao primeiro aspecto, Goffman demonstra, através da análise sobre os processos de sociabilidade e formação de identidade dos indivíduos internados em instituições totais, como as prisões determinam a estigmatização do indivíduo e dificultam suas possibilidades de readaptação ao convívio fora do cárcere. Assim, na visão de Goffman, antes de promover o projeto correccionalista (posteriormente substituído pelo ideal ressocializador) da pena, a prisão representa a imposição de barreiras sociais ao indivíduo, que encontra as

condições propícias para a manutenção do papel social que lhe é atribuído pelo estigma. Em outras palavras, a prisão favorece a reincidência, pois desencadeia dois processos complementares sobre o indivíduo: desculturação, que representa a quebra da adaptação às condições necessárias à vida em liberdade, e a prisionalização, que significa a assunção dos modelos de comportamento e dos valores da subcultura carcerária⁸⁵.

Becker, por sua vez, detém sua análise crítica sobre os processos de rotulação dos indivíduos e sobre a construção de *carreiras* desviantes, fomentadas a partir do rótulo. Há, portanto, uma quebra do pensamento criminológico tradicional positivista, que, a partir da essencialização do crime e do criminoso, ignorava a investigação sobre os processos de criminalização, detendo-se apenas na investigação sobre o criminoso e as razões que determinavam sua “patologia”. Em suma, é possível concluir que a grande contribuição de Becker no âmbito da criminologia foi demonstrar que os processos de criminalização, como processos de rotulação, são seletivos, obedecendo a relações de poder e interações sociais complexas, e que a aplicação de sanções representa uma mudança na identidade social do indivíduo, que passa a ser identificado como *desviante*.

Estes dois aspectos de desconstrução, pelo interacionismo simbólico de Becker e Goffman, do discurso criminológico positivista e do discurso jurídico-normativo, podem ser resumidos nas palavras de Vera Regina Pereira de Andrade:

“O *princípio da igualdade* é convincentemente refutado pelo *labelling approach*, em cujo âmbito se demonstra que o desvio e a criminalidade não são entidades ontológicas preconstituídas, identificáveis pela ação das distintas instâncias do sistema penal, mas sim uma qualidade atribuída a determinados sujeitos por meio de mecanismos oficiais e não-oficiais de definição e seleção. Em conseqüência, não é possível estudar a criminalidade independentemente destes processos.”⁸⁶

“Finalmente, o *princípio do fim e da prevenção* resulta questionado pelos resultados das múltiplas investigações acerca da efetividade dos fins atribuídos à pena, as quais partem das diferentes correntes da Sociologia Criminal acima mencionadas. Contesta-se de maneira crescente tanto a função reeducativa da pena e a ideologia do tratamento como o conceito mesmo de reeducação e ressocialização, convertendo-os em objeto de profundas dúvidas.”⁸⁷

⁸⁵ BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal: Introdução à sociologia do direito penal*. Rio de Janeiro: Revan, 1997.p. 184.

⁸⁶ ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *A ilusão de segurança jurídica: do controle da violência à violência do controle penal*. 2ªed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2003.p. 201.

⁸⁷ *Ibidem*, p. 202.

O impacto do chamado *labelling approach* representa, portanto, a virada criminológica que permite a superação do paradigma etiológico e a construção de novos horizontes críticos na criminologia e no próprio direito penal. Afirma Zaffaroni, ao dissertar sobre a função deslegitimante do discurso jurídico-normativo promovida pelo interacionismo simbólico, que:

“(...) o discurso jurídico-penal ficou irremediavelmente desqualificado pela demonstração incontestável de sua falácia e a criminologia etiológica, complemento teórico sustentador desse discurso, viu-se irreversivelmente desmentida. A partir dessas contribuições teóricas, o sistema penal já não podia permanecer fora dos limites da criminologia, convertendo-se em seu objeto necessário ao revelar-se como mecanismo reprodutor da realidade “criminal”. Por isso, afirmamos que as investigações interacionistas e fenomenológicas constituem o golpe deslegitimador mais forte recebido pelo exercício de poder do sistema penal, do qual o discurso jurídico-penal não mais poderá recuperar-se, a não ser fechando-se hermeticamente a qualquer dado de realidade, por menos que seja, isto é, estruturando-se como um delírio social.”⁸⁸

Diante da desestabilização provocada pelo *labelling approach*, abre-se espaço, portanto, para o questionamento sobre as reais funções e manifestações do cárcere na sociedade. Assim, a crítica ao falacioso discurso correccionalista é ampliada a partir de produções advindas da criminologia crítica e de autores como Michel Foucault.

Autores representativos da criminologia crítica, Dario Melossi e Massimo Pavarini identificam, nesse sentido, que a real finalidade do cárcere é sua utilização a serviço do modelo econômico vigente. Afirmam os criminólogos, nesse sentido, que a prisão uma espécie de máquina que transforma o criminoso em sujeito disciplinado para trabalhar nas fábricas.

Não obstante, paralelamente, constrói-se a crítica que desnuda a falácia do discurso que identifica a prisão como forma de promover a ressocialização e que apresenta o fator criminógeno de produção de reincidência gerado pelo cárcere. Como afirma Alessandro Baratta:

“(...) os institutos de detenção produzem efeitos contrários à reeducação e à reinserção do condenado, e favoráveis à sua estável inserção na população criminosa. O cárcere é contrário a todo moderno ideal educativo, porque este promove a individualidade, o auto-respeito do indivíduo, alimentado pelo respeito que o educador tem dele. As cerimônias de degradação no início da detenção, com as quais o encarcerado é despojado até dos símbolos exteriores da própria autonomia (vestuários e objetos pessoais), são o oposto de tudo isso. A educação

⁸⁸ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Em busca das penas perdidas: a perda de legitimidade do sistema penal*. 5ª ed. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2001. p. 61.

promove o sentimento de liberdade e de espontaneidade do indivíduo: a vida no cárcere, como universo disciplinar, tem um caráter repressivo e uniformizante.”⁸⁹

Ainda, Michel Foucault promove irreparável ruptura dos discursos de justificação da pena. Na clássica obra *Vigiar e Punir*, afirma o pensador:

“A prisão não pode deixar de fabricar delinqüentes. Fabrica-os pelo tipo de existência que faz os detentos levarem: que fiquem isolados nas celas, ou que lhes seja imposto um trabalho inútil, para o qual não encontrarão utilidade, é de qualquer maneira não “pensar no homem em sociedade; é criar uma existência contra a natureza inútil e perigosa”; queremos que a prisão eduque os detentos, mas um sistema de educação que se dirige ao homem pode ter razoavelmente como objetivo agir contra o desejo da natureza? A prisão fabrica também delinqüentes impondo aos detentos limitações violentas; ela se destina a aplicar as leis e a ensinar o respeito por elas; ora, todo o seu funcionamento se desenrola no sentido do abuso do poder.”⁹⁰

Nesse ponto, identificando o total fracasso da prisão como forma de concretização dos objetivos declarados no discurso jurídico-normativo, Foucault questiona: por que, mesmo constatada a ineficiência da prisão em cumprir os objetivos declarados, e mesmo verificando-se que o cárcere promove reincidência, mantém-se intocada, salvo as reformas em sua estruturação, sua existência? Em resposta a essa indagação, o autor desenvolve a ideia de que o “fracasso” da prisão talvez não signifique ausência de utilidade, mas que seus efeitos contrários ao discurso normativo (manutenção da delinquência, indução em reincidência, transformação do infrator ocasional em delinquência) signifiquem uma maneira de “*gerir as ilegalidades, de riscar limites de tolerância, de dar terreno a alguns, de fazer pressão sobre outros, de excluir uma parte, de tornar útil outra, de neutralizar estes, de tirar proveito daqueles.*”⁹¹

Para Foucault, portanto, a prisão cria delinquência, atingindo seu objetivo de marcar formas particulares de ilegalidade. Ou seja, a delinquência seria uma forma de ilegalidade fechada, separada e útil em relação às demais, sendo que a prisão teria papel fundamental na construção dessa forma de ilegalidade (delinquência). Por essa razão, afirma o autor⁹²:

“O atestado de que a prisão fracassa em reduzir os crimes deve talvez ser substituído pela hipótese de que a prisão conseguiu muito bem produzir a delinquência, tipo especificado, forma

⁸⁹ BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal: Introdução à sociologia do direito penal*. Rio de Janeiro: Revan, 1997. p. 183/184.

⁹⁰ FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir*. 37ª ed. Rio de Janeiro: Editora Vozes, 2009. p. 252.

⁹¹ *Ibidem*, p.258.

⁹² *Ibidem*, p.262.

política ou economicamente menos perigosa – talvez até utilizável – de ilegalidade; produzir os delinqüentes, meio aparentemente marginalizado, mas centralmente controlado; produzir o delinqüente como sujeito patologizado.”

Foucault conclui o raciocínio afirmando que o “circuito da delinqüência” é um “efeito direto de uma penalidade que, para gerir as práticas ilegais, investiria algumas delas num mecanismo de ‘punição-reprodução’ de que o encarceramento seria uma das peças principais.”⁹³ A seguir, questiona: “Mas por que e como teria sido a prisão chamada a funcionar na fabricação de uma delinqüência que seria de seu dever combater?” A resposta seria a obtenção de vantagens políticas e econômicas ocasionadas pela criação de uma ilegalidade marcada e fechada em relação às demais. Nesse sentido, como identifica o autor, pode-se controlá-la mais facilmente, orientar a delinqüência fechada em si mesma para formas de ilegalidade menos perigosas e até mesmo utilizá-la de forma direta, como no exemplo da deportação de criminosos nos processos de colonização praticados pelos países centrais. Em suma, conclui que a delinqüência é um “meio de vigilância perpétua da população: um aparelho que permite controlar, através dos próprios delinqüentes, todo o campo social.”⁹⁴

A crítica foucaultiana conclui, assim, que “a vigilância policial fornece à prisão os infratores que esta transforma em delinqüentes, alvo e auxiliares dos controles policiais que regularmente mandam alguns deles de volta à prisão.”⁹⁵

De toda a crítica exposta pelo pensamento foucaultiano, pelas demonstrações da criminologia crítica em relação aos efeitos criminógenos do cárcere e pelas contribuições perenes do *labelling approach*, resta clara a vinculação entre prisão e reincidência. O encarceramento gera reincidência, na medida em que a estrutura da prisão é contrária aos objetivos ressocializadores formalmente declarados. Por essa razão, demonstra-se a incoerência de utilização da circunstância agravante da reincidência como causa de aumento de pena pela dogmática penal.

A manutenção de um discurso como aquele proferido pelos ministros do STF no voto do RE 453.000, no qual defendem o agravamento da pena em razão da reincidência como forma de prevenção do crime, em uma postura romântica de ressocialização dissociada da

⁹³ FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir*. 37ª ed. Rio de Janeiro: Editora Vozes, 2009. p. 263.

⁹⁴ *Ibidem*, p. 266.

⁹⁵ *Ibidem*, p. 267.

realidade, talvez se explique na crítica de Foucault em relação ao papel da justiça penal na engrenagem de produção da delinquência. O autor francês afirma:

“A justiça penal com todo o seu aparelho de espetáculo é feita para atender à demanda cotidiana de um aparelho de controle meio mergulhado na sombra que visa engrenar uma sobre a outra polícia e delinquência. Os juízes são os empregados, que quase não se rebelam desse mecanismo. Ajudam na medida de suas possibilidades a constituição da delinquência, ou seja, a diferenciação das ilegalidades, o controle, a colonização e a utilização de algumas delas pela ilegalidade da classe dominante.”⁹⁶

Considerando, com base nas críticas criminológicas analisadas, a inadequação da utilização da reincidência como causa de agravamento da pena, e tendo em mente que os discursos de justificação da pena servem de fundamento ao posicionamento de exacerbação da pena privativa de liberdade ao reincidente, será analisada no item seguinte a teoria agnóstica da pena e o conceito de culpabilidade pela vulnerabilidade como forma de contenção, especialmente pelos operadores jurídicos, dos excessos punitivos.

3.2 Teoria agnóstica da pena e culpabilidade pela vulnerabilidade

Identificada a crise da pena a partir da crítica criminológica, que desnuda a seletividade do direito penal e a realização da prática sancionatória à margem da lei e do discurso oficial normativo, restam desconstruídos os discursos jurídicos de justificação da pena. A atribuição de uma finalidade positiva à pena, seja a retribucionista, seja a ressocializadora, mostrou-se, além de contraditória às práticas punitivas efetivamente verificadas na realidade, uma forma de justificação do direito penal que, em realidade, não encontra racionalidade. Esse é o ponto de partida da teoria agnóstica da pena proposta por Eugenio Raul Zaffaroni. Afirma o autor argentino:

“Nos últimos cento e trinta anos, a operacionalidade dos sistemas penais não variou muito na realidade; no entanto, a diversidade discursiva com a qual se tenta legitimá-la durante esse mesmo tempo é assombrosa, representando, de forma indireta, um indício claro de sua irredutível carência de racionalidade.”⁹⁷

Zaffaroni entende ausente qualquer racionalidade que justifique a pena, a qual só se faz amplificada em seus danos quando sustentada por um discurso jurídico de legitimação.

⁹⁶ FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir*. 37ª ed. Rio de Janeiro: Editora Vozes, 2009. p. 267-268.

⁹⁷ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Em busca das penas perdidas: a perda de legitimidade do sistema penal*. 5ª ed. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2001. p. 203-204.

Assim, restaria concluir que a pena possui natureza política, e não jurídica, como pretendem os discursos de justificação. Além disso, a estruturação da teoria agnóstica da pena traz, como pressupostos, a identificação da função de controle social exercida pela pena e a conclusão de que não é possível cogitar a extinção da pena nas sociedades atuais, pois os dados de realidade apontam para a intensificação do fenômeno punitivo.⁹⁸ Por fim, como identifica Salo de Carvalho, a teoria agnóstica pressupõe, a partir das premissas anteriores, que é necessário conter a pena, pois sua manifestação na realidade invariavelmente traz excessos. Conclui-se, assim, que, se há um fim na teoria agnóstica, este fim não é atribuído à pena em si, mas sim aos instrumentos jurídicos, que tem como finalidade conter o poder punitivo, minimizando a incidência negativa da sanção criminal.⁹⁹

O direcionamento dessa perspectiva ao âmbito da dogmática penal e à atuação dos atores jurídicos, em especial dos juízes, traz a afirmação de uma teleologia redutora (dogmática consequente), que deve orientar o trabalho do juiz no processo de criminalização.¹⁰⁰ Ou seja, a minimização do sofrimento causado pela pena deve pautar a criminalização promovida pelo juiz e a aplicação da sanção, o que demanda uma postura de contenção. Nesse sentido, conclui Salo de Carvalho:

“A postura agnóstica permite, portanto, que o operador jurídico atue consciente da institucionalização deteriorante do cárcere, voltando o seu saber e a sua atuação para a máxima neutralização possível dos efeitos da prisionalização e para a diminuição da vulnerabilidade dos indivíduos e dos grupos criminalizados.”¹⁰¹

De fato, é o que propõe o próprio Zaffaroni:

“Se o jurista aceita que o direito penal é político, já não pode mais atuar como exegeta ou construtor de deduções racionalizantes, mas sim como programador de um exercício de poder, um homem de luta. Está, hoje, nas mãos do jurista decidir se cria um discurso a serviço do poder de agências não-judiciais, racionalizando-o como discurso útil a um suposto “sistema”, ou se produz um discurso que desenvolva uma prática de poder autônoma para as agências judiciais, a serviço da pessoa humana, valendo-se de uma contradição que reduza a violência.”¹⁰²

⁹⁸ CARVALHO, Salo de. *Penas e medidas de segurança no direito penal brasileiro: fundamentos e aplicação judicial*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 147-148.

⁹⁹ *Ibidem*, p.148-149.

¹⁰⁰ *Ibidem*, p.153.

¹⁰¹ *Ibidem*, p. 160.

¹⁰² ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Em busca das penas perdidas: a perda de legitimidade do sistema penal*. 5ª ed. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2001. p. 208.

Com a concretização da teleologia redutora, como não poderia deixar de ser, a teoria do delito também tem seus elementos rediscutidos a partir de uma concepção agnóstica, em busca da contenção do poder punitivo. Nesse sentido, Zaffaroni propõe uma reconstrução da teoria do delito a partir do realismo marginal, em busca da redução de danos causados pelo sistema penal. Nessa reconstrução, mantém-se, em linhas gerais, a estrutura do injusto (categorias da tipicidade e antijuridicidade), promovendo-se intensa modificação, contudo, na categoria da culpabilidade. Como afirma Zaffaroni:

“Se as diferenças entre um direito penal liberal, mais ou menos tradicional, e as que aqui expusemos, no âmbito dos *requisitos de elementares e mínimos*, são relativamente pequenas, o mesmo não podemos dizer, a este nível, quanto aos *requisitos de responsabilidade* que a doutrina denomina “culpabilidade”. Nesta etapa de análise dos requisitos limitadores da arbitrariedade seletiva surgem elementos que não nos é possível continuar sustentando, produzindo-se – agora sim – um “esvaziamento” da culpabilidade.”¹⁰³

O autor portenho considera que a seletividade do sistema penal, denunciada pela criminologia, compromete a manutenção de um conceito puramente normativo de culpabilidade, pois ocorre uma subtração de seu conteúdo ético: como sustentar a reprovação do autor por não ter agido de acordo com a norma, se todos violam a norma e se a ação criminalizante é seletiva? Assim, se a culpabilidade pelo injusto deve ser mantida como pressuposto para a resposta criminalizante, o princípio da culpabilidade não pode ser absolutizado em torno da premissa do livre arbítrio/autodeterminação¹⁰⁴. É necessário, nessa perspectiva, e seguindo a teleologia redutora, que a intervenção decisória judicial seja racional, o que se atinge, na proposta de Zaffaroni, pelo conceito de culpabilidade pela vulnerabilidade.

A concepção da culpabilidade pela vulnerabilidade decorre da teoria da coculpabilidade, a qual, partindo das premissas referidas (insuficiência e esvaziamento ético da utilização da culpabilidade pelo injusto como único elemento na avaliação da reprovabilidade do fato), busca “reduzir os espaços de punitividade” pela consideração, no momento de aplicação da pena e consideração do nível de autodeterminação do sujeito, da condição econômica do réu e de eventuais omissões estatais no provimento de suas necessidades básicas. Ou seja, verificada a precariedade material do agente, decorrente da desigualdade social e da omissão estatal, haveria uma coculpabilidade da sociedade, que deve ser

¹⁰³ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Em busca das penas perdidas: a perda de legitimidade do sistema penal*. 5ª ed. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2001. p. 259.

¹⁰⁴ CARVALHO, Amilton Bueno de; CARVALHO, Salo de. *Aplicação da pena e garantismo*. 2ªed. Rio de Janeiro: Lumen Juris. p. 71.

considerada no momento de aplicação da pena como causa de diminuição da culpabilidade do indivíduo em razão da redução de seu grau de autodeterminação.¹⁰⁵

A partir dessa teoria, Zaffaroni identifica a necessidade de uma readequação do conceito de coculpabilidade a fim de superar seus inconvenientes: a vinculação entre criminalidade e pobreza e a subestimação da seletividade do sistema penal.¹⁰⁶ Sem negar as premissas da coculpabilidade, mas aprimorando suas bases, o autor desenvolve o conceito de culpabilidade pela vulnerabilidade, que edifica um juízo de responsabilização baseado 1) na posição de vulnerabilidade do sujeito e 2) em seu esforço pessoal para atingir a situação de vulnerabilidade.

A posição ou estado de vulnerabilidade, nas palavras de Zaffaroni, “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 esteriótipo, devido às características que a pessoa recebeu.”¹⁰⁷ Assim, além das condições econômicas analisadas no conceito de coculpabilidade, outras variáveis são analisadas na culpabilidade pela vulnerabilidade em relação ao elemento posição de vulnerabilidade. Nessa perspectiva, uma posição de vulnerabilidade alta é fator preponderante para a seleção do sistema penal.

Já o esforço pessoal para a vulnerabilidade “é predominantemente individual, consistindo no grau de perigo ou risco em que a pessoa se coloca em razão de um comportamento particular”, concluindo-se que “a realização do injusto é parte do esforço para a vulnerabilidade, na medida em que o tenha decidido com autonomia.”¹⁰⁸ Com a observação e conjugação, no caso concreto, dos dois fatores que compõe a culpabilidade pela vulnerabilidade, concluir-se-á que:

“(…) quem parte de uma baixa condição ou posição de vulnerabilidade deve realizar um esforço de proporção considerável para alcançar uma posição que o situe em nível de alta vulnerabilidade e vice-versa. Da mesma forma, já que a vulnerabilidade é também graduável,

¹⁰⁵ CARVALHO, Salo de. *Penas e medidas de segurança no direito penal brasileiro: fundamentos e aplicação judicial*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 228.

¹⁰⁶ CARVALHO, Amilton Bueno de; CARVALHO, Salo de. *Aplicação da pena e garantismo*. 2ªed. Rio de Janeiro: Lumen Juris. p. 85.

¹⁰⁷ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Em busca das penas perdidas: a perda de legitimidade do sistema penal*. 5ª ed. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2001. p. 270.

¹⁰⁸ *Ibidem*, p. 270.

*alguém que já se encontre em uma posição de alta vulnerabilidade pode realizar um grande esforço para colocar-se em uma situação de nível incrivelmente elevado de vulnerabilidade.”*¹⁰⁹

Por óbvio, a posição de vulnerabilidade, como explica Zaffaroni, é “incobrável”, sendo a responsabilização do indivíduo limitada em função do esforço para a vulnerabilidade. Não se trata, como alerta o autor, de “reprovar” o esforço pessoal, pois tal solução consistiria em reprodução da violência, e não em sua contenção. Antes disso, a análise dos fatores que compõe a culpabilidade pela vulnerabilidade, em especial do esforço para a situação de vulnerabilidade, consiste na delimitação do máximo de violência irracional passível de ser aplicada ao indivíduo, partindo-se da ideia de contenção do poder punitivo e da incorporação das conclusões empíricas da criminologia (seletividade penal) nas categorias dogmáticas.¹¹⁰

Pode se concluir, portanto, que o compromisso preponderante do juiz é com a limitação e contenção da pena, e que a concretização desse objetivo em maior ou menor grau dependerá da culpabilidade pela vulnerabilidade: *“quanto maior for o grau de culpabilidade pela vulnerabilidade, menor deve ser (porque também menor pode ser) o interesse da agência judicial em limitar a pena.”*¹¹¹ No mesmo sentido, o raciocínio se complementa com a afirmação de que:

“Na batalha ética que a agência judicial trava com a ação do poder a fim de impor limites à irracionalidade, é razoável que esta se dedique com maior interesse a restringir a violência que é exercida sobre pessoas que pouco reforçaram a mesma violência de que são objeto (...), por serem aquelas que decidiram pela ação com grau menor de autonomia.”

3.3 A possibilidade de consideração da reincidência como causa atenuante da pena a partir da culpabilidade pela vulnerabilidade

No presente item, será analisada a possibilidade de, a partir do conceito de culpabilidade pela vulnerabilidade, considerar-se a reincidência não como circunstância

¹⁰⁹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Em busca das penas perdidas: a perda de legitimidade do sistema penal*. 5ª ed. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2001. p. 271.

¹¹⁰ CARVALHO, Salo de. *Penas e medidas de segurança no direito penal brasileiro: fundamentos e aplicação judicial*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 235-236.

¹¹¹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Em busca das penas perdidas: a perda de legitimidade do sistema penal*. 5ª ed. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2001. p. 275.

agravante da pena, como previsto atualmente no ordenamento jurídico brasileiro, mas como causa de atenuação da sanção criminal.

O ponto de partida do posicionamento a ser analisado é a revisitação das demonstrações criminológicas sobre os efeitos degradantes do cárcere, sobre sua ineficiência em cumprir os objetivos declarados pela norma e sobre sua contribuição à produção de delinquência e reincidência. As bases teóricas propostas pelos autores analisados no item 4.1 permitem afirmar, nesse sentido, que a prisão dificulta a socialização do apenado quando volta ao convívio social em liberdade e que o estigma causado pelo aprisionamento acompanha o indivíduo mesmo após cumprida a pena, ocasionando, além das dificuldades de aceitação social, maior vigilância por parte da polícia e demais agências punitivas. Além disso, a observação empírica demonstra que a prisão produz reincidência e delinquência, seja pela degradação do indivíduo em razão das condições precárias do cárcere, seja pelas dificuldades de reinserção em um modelo de vida dentro da legalidade (dificuldades as quais são causadas pelo próprio estigma referido anteriormente), ou ainda pela própria impossibilidade de praticar qualquer outra conduta que não seja a criminoso, em razão de irreversíveis laços criados com outros criminosos e organizações criminosas pelas mais diversas razões.

A partir de tais observações, e recordando que a culpabilidade pela vulnerabilidade busca a máxima contenção possível da pena e é aberta às conclusões empíricas quanto ao funcionamento real do sistema penal, é possível construir tese que atribua à reincidência causa de atenuação da pena, se não mediante a positivação de uma atenuante no sentido dogmático, ao menos como diminuição da culpabilidade pela vulnerabilidade. Nesse sentido, duas são as possibilidades de sustentação de uma menor culpabilidade pela vulnerabilidade do reincidente: 1) pelo entendimento de que o agente que já cumpriu pena se encontra em maior estado de vulnerabilidade e 2) pela consideração da existência de um menor esforço pessoal para a vulnerabilidade na prática do delito pelo reincidente.

Na primeira hipótese, considera-se que a maior posição de vulnerabilidade do reincidente decorre do estigma e do rótulo que carrega em razão da condenação anterior. A marca da reincidência seria determinante, assim, para que o risco de seleção se agudizasse, configurando um grupo social mais vulnerável: os reincidentes. A verificação dessa maior vulnerabilidade se dá especialmente pela atuação da polícia, que muitas vezes pauta sua atuação criminalizante a partir dos “registros” e dos antecedentes de conhecidos clientes do

sistema penal, tratando-os como “suspeito número um” ou mesmo utilizando-os como “bode expiatório” como forma de demonstração de competência.

A segunda hipótese para sustentar a menor culpabilidade do reincidente a partir do conceito de culpabilidade pela vulnerabilidade decorre da constatação de que há um menor esforço para a vulnerabilidade por parte daquele indivíduo que já sofreu os efeitos do cárcere. Nessa hipótese, considerando os efeitos deteriorantes da prisão, que não é apta a promover a almejada reinserção social, haveria menor âmbito de autodeterminação do sujeito, decorrendo daí sua menor culpabilidade. Essa ideia é defendida por Zaffaroni:

“Quanto mais limitada estiver uma pessoa por sua posição vulnerável, em particular pela atribuição de papéis que correspondam ao esteriótipo em que se enclausura, menos autonomia terá para a realização do ‘injusto’ que corresponda a tais papéis (...)”

“Considerando que o contato com o sistema penal, geralmente, costuma fixar papéis, os contatos anteriores com o sistema penal tornam cada vez menor o esforço necessário para alcançar a situação vulnerável, pelo que, menor resposta criminalizante corresponderá por parte da agência judicial (ao contrário do que normalmente se defende).”¹¹²

Em suma, verifica-se que ambas as proposições resultam da aplicação do conceito de culpabilidade pela vulnerabilidade e representam a concretização de três critérios que, dentre outros, segundo Salo de Carvalho¹¹³, delineiam a concepção agnóstica de culpabilidade: 1) admitir a seletividade da programação criminalizante do sistema penal; 2) aceitar a vulnerabilidade de pessoas e de grupos sociais; 3) reconhecer a violência produzida com a aplicação e a execução da pena.

Ademais, cabe referir que, embora as hipóteses analisadas considerem a reincidência real, ou seja, aquela em que houve a condenação e o cumprimento da pena, na hipótese de reincidência ficta, em que o agente comete crime após ter sido condenado por outro, também é possível sustentar uma menor culpabilidade pela vulnerabilidade. Nesse caso, seria insustentável a tese de menor esforço pessoal para a vulnerabilidade nos termos em que desenvolvida anteriormente, mas ainda poderia cogitar-se de uma maior posição de

¹¹² ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Em busca das penas perdidas: a perda de legitimidade do sistema penal*. 5ª ed. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2001. p. 273-274.

¹¹³ CARVALHO, Salo de. *Penas e medidas de segurança no direito penal brasileiro: fundamentos e aplicação judicial*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 236-237.

vulnerabilidade em razão da existência de crime praticado anteriormente. Tal raciocínio é compartilhado em parte por Juarez Cirino dos Santos, que afirma:

“É necessário reconhecer: a) se o novo crime é cometido após a passagem do agente pelo *sistema formal* de controle social, com *efetivo cumprimento* da pena criminal, o processo de deformação e embrutecimento pessoal do sistema penitenciário *deveria* induzir o legislador a incluir a *reincidência real* entre as *circunstâncias atenuantes*, como produto específico da atuação *deficiente e predatória* do Estado sobre sujeitos criminalizados; b) se o novo crime é cometido após simples formalidade do trânsito em julgado de condenação anterior, a *reincidência ficta* não indica qualquer *presunção de periculosidade* capaz de fundamentar *circunstância agravante*. Em conclusão, nenhuma das hipóteses de *reincidência real* ou de *reincidência ficta* indica situação de *rebeldia* contra a ordem social garantida pelo Direito Penal: a *reincidência real* deveria ser *circunstância atenuante* e a *reincidência ficta* é, de fato, um *indiferente penal*.”¹¹⁴

A partir do exposto, tem-se que, a partir do conceito de culpabilidade pela vulnerabilidade, a reincidência real determina uma menor culpabilidade do agente, e que, em relação à reincidência ficta, é possível sustentar a mesma conclusão ou, quando muito, a sua irrelevância para fins de determinação da culpabilidade do agente. Portanto, a adoção desse posicionamento leva à conclusão de que a atual configuração da legislação penal é inadequada no que se refere ao tratamento dispensado à reincidência. A consideração da reincidência como circunstância agravante obrigatória na segunda fase de aplicação da pena deveria ser extirpada, abrindo-se espaço para soluções dogmáticas alinhadas ao pensamento exposto, dentre as quais podem ser destacadas: 1) consideração da reincidência como fator de diminuição da pena-base na primeira fase de aplicação da pena quando da análise da circunstância judicial ‘culpabilidade’; 2) consideração da reincidência com atenuante inominada, nos termos do artigo 66, do CP; 3) reforma legislativa para que a reincidência fosse incluída como circunstância atenuante.

¹¹⁴ SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito penal: parte geral*. 3ªed. Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2008.p. 580.

4. CONCLUSÃO

O instituto penal da reincidência tem sua história recente, no Direito Penal brasileiro, ligada ao ideal positivista, o que é demonstrado pela legislação penal vigente até 1984. A presunção de periculosidade ocasionada pela reincidência configura, no Código Penal anterior à reforma da parte geral, a materialização do paradigma etiológico e a consagração de um direito penal de autor, antiliberal e incompatível com o direito penal de culpabilidade.

Com a reforma da parte geral do Código Penal em 1984, a instituição do sistema vicariante em substituição ao duplo-binário procura adequar o instituto da reincidência ao direito penal de culpabilidade, tornando a reincidência circunstância agravante e consagrando o modelo penal vigente ainda hoje. No entanto, a análise dos discursos de justificação da reincidência como circunstância agravante em decorrência de uma maior culpabilidade do réu permitiu concluir que o substrato periculosista mantém-se presente, às vezes sob a roupagem de um direito penal de autor, às vezes por um discurso abertamente partidário das concepções periculosistas e defensivistas.

A confrontação do instituto penal da reincidência com os princípios constitucionais penais permitiu ainda constatar que o aumento de pena em razão de condenação anterior é violador dos princípios do *ne bis in idem*, da secularização, da culpabilidade pelo fato, da proporcionalidade, da igualdade e da individualização da pena, o que evidencia a impossibilidade de manutenção do instituto em um estado constitucional de garantias.

Constatamos, a partir da análise do julgado escolhido para análise, que o discurso jurídico de justificação do instituto da reincidência permanece alheio ao discurso crítico da criminologia e da sociologia sobre os efeitos degradantes do cárcere. Além disso, verificamos que a aplicação de uma maior pena ao reincidente é justificada com base em um discurso de confiança e aposta no caráter ressocializador da pena privativa de liberdade, o que evidencia desconexão com a realidade carcerária. Por fim, observou-se que foram afastadas as alegações de que a reincidência viola os princípios constitucionais referidos, dando-se ênfase ao entendimento de que a maior penalização do reincidente seria necessária como forma de diferenciar sua pena em relação ao réu primário. Concluimos, a respeito desse último aspecto, que a diferenciação da pena deve ser baseada em critérios de culpabilidade pelo fato, e que a

individualização da pena não é prejudicada com o afastamento da consideração da reincidência, pois subsistem outros elementos a serem considerados com esta finalidade.

Procuramos ainda aprofundar a análise do instituto da reincidência a partir de observações da criminologia e da sociologia. As bases da criminologia do *labelling approach*, da criminologia crítica e do pensamento foucaultiano permitiram desqualificar os discursos jurídico-normativos de sustentação e de atribuição de fins à pena de prisão, bem como permitiram constatar o fator criminógeno da prisão, que, antes de promover a ressocialização e cumprir os fins oficiais que a sustentam, cria delinquência e reincidência.

A partir de tais bases, analisamos a teoria agnóstica da pena proposta por Eugenio Raul Zaffaroni, e verificamos a necessidade de, seguindo seu posicionamento, enxergar a pena como fenômeno político, incapaz de ser justificado juridicamente sob pena de potencializar a violência causada pelas sanções. Assim, identificamos a necessidade de assunção de uma perspectiva redutora da violência da pena a partir da máxima contenção possível do poder punitivo das agências formais de controle. Nesse sentido, a partir da teoria da culpabilidade pela vulnerabilidade, a qual consiste em uma teoria agnóstica da culpabilidade, concluímos pela possibilidade de uma nova abordagem em relação à reincidência, consistente em uma menor culpabilidade do agente que tenha cumprido pena ou até mesmo que apenas tenha passado pelo sistema penal com uma condenação transitada em julgado. Em suma, o que se impõe é a necessidade de extinção, da legislação penal brasileira, do instituto da reincidência como circunstância indicadora de maior culpabilidade do agente.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *A ilusão de segurança jurídica: do controle da violência à violência do controle penal*. 2ªed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2003.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 12ª Ed. São Paulo: Malheiros Editores.

BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal: Introdução à sociologia do direito penal*. Rio de Janeiro: Revan, 1997.

BECKER, Howard Saul. *Outsiders: estudos de sociologia do desvio*; tradução Maria Luiza X. de Borges; revisão técnica Karina Kuschnir. 1. Ed, Rio de Janeiro: Jorge Zahar ed., 2008.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte geral, 1*. 17ªed. São Paulo: Saraiva, 2012.

BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. 6ª ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 453.000, Supremo Tribunal Federal, Relator: MIN. MARCO AURÉLIO, Julgado em 04/04/2013. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/principal/principal.asp>

BUSATO, Paulo César. Antecedentes, Reincidência e Reabilitação a Luz do Princípio de Culpabilidade. In *Ciências Criminais: articulações críticas em torno dos 20 anos da constituição da república*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

CARVALHO, Amilton Bueno de; CARVALHO, Salo de. *Aplicação da pena e garantismo*. 2ªed. Rio de Janeiro: Lumen Juris.

CARVALHO, Salo de. *Penas e Garantias*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

CARVALHO, Salo de. *Penas e medidas de segurança no direito penal brasileiro: fundamentos e aplicação judicial*. São Paulo: Saraiva, 2013.

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir*. 37ª ed. Rio de Janeiro: Editora Vozes, 2009.

FRANCO, Alberto Silva. Sobre a não recepção da reincidência pela constituição de 1988: Breves Anotações. In *Direito penal na atualidade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

LOPES JR, Aury. *Direito processual penal*. 9ªed. São Paulo: Saraiva.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *O conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros Editores.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Princípios constitucionais penais e processuais penais*. 3ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

QUEIROZ, Paulo. *Direito penal: parte geral*. 4ªed. Rio de Janeiro, 2008.

REALE JÚNIOR, Miguel [et al.]. *Penas e medidas de segurança no novo código*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Criminal Nº 70005475363, Oitava Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Umberto Guaspari Sudbrack, Julgado em 26/02/2003. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/site/>

SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito penal: parte geral*. 3ªed. Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2008.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Em busca das penas perdidas: a perda de legitimidade do sistema penal*. 5ª ed. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2001.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Manual de direito penal brasileiro, v.1: parte geral*/ Eugenio Raúl Zaffaroni, José Henrique Pierangeli. 8ªed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Reincidência: um conceito de direito penal autoritário. In *Livro de estudos jurídicos, vol 6*. Rio de Janeiro: Instituto de Estudos Jurídicos, 1993.