

CARLOS GONÇALVES DA ROCHA



**REINCIDÊNCIA CRIMINAL COMO AGRAVANTE DE  
PENA À LUZ DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988**

CARATINGA/MG  
CURSO DE DIREITO  
2016

CARLOS GONÇALVES DA ROCHA



**REINCIDÊNCIA CRIMINAL COMO AGRAVANTE DE  
PENA À LUZ DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988**

Projeto de Monografia apresentado ao Curso de Direito das Faculdades Doctum de Caratinga/MG, como requisito parcial à obtenção do título de Bacharel em Direito.

Área de concentração: Direito Penal.

Orientação do Professor Doutor Dário José Soares Júnior.

FIC - MINAS GERAIS

CURSO DE DIREITO

2016

TERMO DE APROVAÇÃO

TÍTULO DO TRABALHO

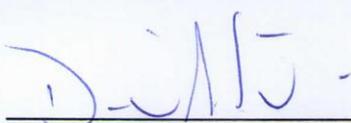
**Reincidência criminal como agravante de pena à luz da Constituição Federal de 1988**

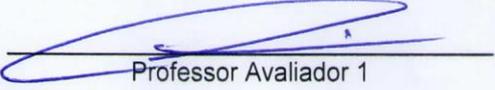
Nome completo do aluno: Carlos Gonçalves da Rocha

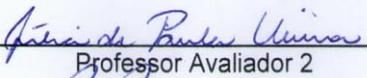
Este Trabalho de Conclusão de Curso foi apresentado perante a Banca de Avaliação composta pelos professores Dário José Soares Júnior, Júlia De Paula e Márcio Xavier Coelho., às 20:00 horas do dia 16 de dezembro de 2016, como requisito parcial para a obtenção do título de bacharel em Direito. Após a avaliação de cada professor e discussão, a Banca Avaliadora considerou o trabalho: Aprovado (aprovado ou não aprovado), com a qualificação: \_\_\_\_\_ (Excelente, Ótima, Bom, Satisfatório ou Insatisfatório).

Trabalho indicado para publicação: ( ) SIM ( ) NÃO

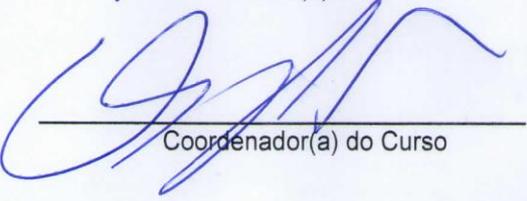
Caratinga, 16 de dezembro de 2016

  
\_\_\_\_\_  
Professor Orientador e Presidente da Banca

  
\_\_\_\_\_  
Professor Avaliador 1

  
\_\_\_\_\_  
Professor Avaliador 2

  
\_\_\_\_\_  
Aluno(a)

  
\_\_\_\_\_  
Coordenador(a) do Curso

Dedico este trabalho à minha esposa Valcirléa e aos filhos Sabrina-Kelly, Thales, Wesley e Samyra-Kelly, que compartilharam comigo todos os momentos de alegria e tristeza em mais esta conquista.

## **AGRADECIMENTOS**

Meus agradecimentos a Deus, que me deu condições de conquistar mais esta vitória, mesmo na adiantada fase da vida.

À minha esposa Valcirléa que com seu apoio incondicional me deu força e persistência naqueles momentos de desânimo e desalento.

A meus filhos Sabrina-Kelly, Thales, Wesley e Samyra-Kelly que estiveram todo o tempo, um na retaguarda, empurrando; outro à minha frente, puxando e outros à minha esquerda e direita, amparando sempre que necessário.

A todos os professores e em especial ao meu orientador Doutor Dário José Soares Júnior, cujas orientações foram essenciais à construção deste trabalho acadêmico.

Agradeço, por fim, aos amigos e colegas de classe, que participaram direta ou indiretamente nesta conquista, sem os quais, com certeza, minha formação acadêmica não estaria completa.

## RESUMO

O trabalho trata de uma abordagem sobre a agravante da pena pela reincidência criminal, que decidida com repercussão geral pelo STF, é controvertida pelos juristas criminalistas garantistas, que entendem ferir o princípio do *non bis in idem*, entre outros, sob argumento de que o réu estaria sendo submetido a dois julgamentos, haja vista o aumento da pena do segundo crime.

O fato de agir em dissonância com a sociedade em geral, de forma a voltar ao crime, demonstra a condição de anormalidade do criminoso reincidente, necessitando de tratamento diferenciado pela sociedade não apenas para proteção da sociedade, mas para reabilitação do agente em ambiente onde o mesmo possa receber tratamento adequado.

Segundo o entendimento majoritário o agravamento da pena pela reincidência do agente, fere o princípio do *non bis in idem*, por se tratar de segunda condenação pelo crime anterior. Já o Supremo Tribunal Federal entende que o reincidente não deve ter tratamento igual ao não reincidente, haja vista a necessidade de se dar tratamento diferenciado aos diferentes, entendendo que o criminoso reincidente é diferente do não reincidente.

O objetivo central do trabalho é se posicionar diante da atual disciplina da reincidência na legislação brasileira, refletindo sobre sua constitucionalidade à luz da Constituição Federal de 1988 e na teoria do garantismo penal, questionando, sempre, o fracasso ressocializador da pena privativa de liberdade.

**Palavras chaves:** Reincidência criminal; garantismo penal; agravante de pena; *bis in idem*.



## INTRODUÇÃO

O Código Penal brasileiro estabelece, no artigo 59, que o juiz fixará a pena necessária e suficiente para a reprovação e prevenção do crime, e no mesmo artigo estão inseridas as circunstâncias a serem consideradas na fixação da pena-base.

Entretanto, o artigo 68 determina que a dosimetria da pena possua três fases distintas. Primeiramente, com base nas circunstâncias previstas no art. 59, o magistrado fixará a pena-base; em seguida, aplicará as circunstâncias agravantes e atenuantes, e na terceira fase, aplica as causas de diminuição e de aumento de pena, consagrando, assim, o sistema trifásico de aplicação da pena.

Dentre as circunstâncias que agravam o crime está a reincidência, no artigo 60, I do Código Penal.

Grande parte dos doutrinadores entende que o instituto da reincidência criminal como agravante de pena trata-se de *bis in idem*, sob argumento de estar o réu sendo submetido a dois julgamentos devido ao aumento da pena do segundo crime.

A problemática da conveniência de se dar pena maior ao criminoso reincidente é maior do que uma simples questão de decisão jurídica do legislador, pois se trata de necessidade, tanto para proteção da sociedade quanto para recuperação do agente.

Grande parte dos delinquentes volta ao crime após sua liberdade e isso requer estudos e pesquisas para se verificar onde estão as reais causas motivadoras para essa reincidência ao crime, sendo que o ambiente prisional seja, provavelmente, um dos motivadores, mas não o único. Assim sendo, o fato de o ambiente prisional não ressocializar não justifica dar o mesmo tratamento dado ao criminoso não reincidente ao criminoso reincidente, eis que este, por ser diferenciado tem que receber tratamento diferenciado pela legislação. Lembrando-se que parte dos criminosos, mesmo convivendo no mesmo ambiente prisional e com tratamento igual, não retorna ao crime.

Esta é a decisão do STF, segundo a qual, o criminoso reincidente não pode ter tratamento igual ao criminoso não reincidente, haja vista se tratar de pessoas diferenciadas da sociedade, não obstante, grande dos juristas não concordar com tal decisão.

Assim sendo, o questionamento que se faz é o seguinte: o agravamento da pena por reincidência fere, entre outros, o princípio do *non bis in idem*?

Desde Aristóteles que sabemos da necessidade de se dar tratamento igual aos iguais e desigual aos desiguais, de forma a buscar levar a todos a maior proximidade possível de igualdade de tratamento. O fato de agir em dissonância com a sociedade em geral, de forma a voltar ao crime, demonstra a condição de anormalidade do criminoso reincidente, necessitando de tratamento diferenciado pela sociedade não apenas para proteção da sociedade, mas para reabilitação do agente em ambiente onde o mesmo possa receber tratamento adequado.

O trabalho tem como fonte de apoio o julgamento do RE453000, de 04 de abril de 2013 com repercussão geral, no qual os ministros do STF entendem que o criminoso reincidente deve ter tratamento diferenciado por se tratar de pessoa diferente, daí a constitucionalidade da reincidência como agravante de pena.

Demonstrar que o instituto da reincidência criminal, diferentemente do que alegam os juristas em geral, não se trata de agressão ao princípio do *non bis in idem*, mas de uma necessidade de se dar tratamento diferenciado ao criminoso reincidente, não com objetivo de penalizá-lo, mas para sua recuperação, a qual é inviável, no atual sistema penitenciário brasileiro, é o objetivo geral do trabalho, que tem como objetivos específicos: Levantar estudo doutrinário sobre o assunto; explicar as controvérsias jurídicas; coletar dados referentes a pesquisas documentais, legislativas e bibliográficas a partir de casos exemplificativos em que houve a ressocialização do indivíduo e outros não.

O presente trabalho se justifica devido à necessidade urgente de se resolver o problema da reincidência criminal que parece ter origem tanto na personalidade do agente, quanto nas condições do sistema prisional.

Assim, é de grande interesse social a compreensão e aceitação pelo meio jurídico, da reincidência criminal como causa de aumento de pena, vez que essa compreensão e conscientização tornará factível um tratamento diferenciado e mais adequado ao reincidente, para médio ou longo prazo, através de programas de assistência aos marginalizados com ações de serviços sociais e pessoal adequados.

O trabalho tem como maior ganho jurídico as implicações jurídicas que envolvem tal conhecimento e conscientização, pois, se hoje vários setores da sociedade envolvendo o meio jurídico, não concordam com o aumento da pena em virtude da reincidência criminal, a conscientização de sua necessidade acabará com

o sentimento de injustiça, bem como, por outro lado, incentivará ao Poder Público que tome medidas necessárias para implementação de verdadeiros centros de socialização das pessoas com tais problemas sociais, em lugar de penitenciárias que aprofundam a marginalização dos detentos.

Assim sendo, grande será o ganho acadêmico pessoal proporcionado pelo trabalho, pois, além de auxiliar no convencimento da necessidade de tratamento diferenciado aos reincidentes, proporcionará maior conhecimento dos problemas sociais envolvendo o criminoso reincidente.

O trabalho será realizado através de consultas a periódicos, pesquisas teórico-dogmáticas, envolvendo a área do Direito Penal, Psicologia Jurídica, entrevistas etc.

Desta forma, o trabalho envolve várias disciplinas e procura dar respostas a questões sociais, através da interdisciplinaridade, envolvendo questões poucas exploradas, mas de razoável compreensão, que será distribuído em três capítulos, sendo o primeiro sobre reincidência criminal no Brasil; o segundo capítulo falará sobre alguns princípios penais constitucionais que estariam sendo infringidos com a reincidência como agravante de pena; e no terceiro capítulo será abordada a constitucionalidade da agravante pela reincidência.

## CONSIDERAÇÕES CONCEITUAIS

Reincidência é a situação de quem pratica um fato criminoso após ter sido condenado por crime anterior, em sentença transitada em julgado.

Nas palavras de Damásio de Jesus<sup>1</sup> (1998, p. 348), “*reincidência deriva de recidere, que significa recair, repetir o ato. Reincidência é, em termos comuns, repetir a prática do crime*”. Damásio apresenta duas formas de reincidência: a reincidência real, quando o indivíduo pratica a nova infração após cumprir, total ou parcialmente, a pena imposta em face de crime anterior, e a reincidência ficta, quando o indivíduo comete novo crime após trânsito em julgado de sentença que o tenha condenado por delito anterior. Dessa forma, observa ele que o Código Penal Brasileiro adotou a reincidência ficta, conforme se verifica no artigo 63: “*Verifica-se a reincidência quando o agente comete novo crime, depois de transitar em julgado a sentença que, no país ou no estrangeiro, o tenha condenado por crime anterior*”.

A reincidência tem como natureza jurídica circunstância agravante genérica de caráter subjetivo ou pessoal, segundo Fernando Capez (2015, p, 500) que, na própria definição da natureza jurídica da reincidência, já traz a controvérsia instalada, conforme segue:

Alguns autores sustentam ser duvidosa a constitucionalidade de tal circunstância obrigatória de aumento de pena. Argumenta-se que o princípio do *ne bis in idem*, que se traduz na proibição de dupla valoração fática, tem hoje o seu apoio no princípio constitucional da legalidade, pois não se permite, segundo essa corrente de pensamento, que o fato criminoso que deu origem a primeira condenação possa servir de fundamento a uma agravação obrigatória de pena em reação a um outro fato delitivo. Segundo Alberto Silva Franco, “o princípio da legalidade não admite, em caso algum, a imposição de pena superior ou distinta da prevista e assinalada para o crime e que a agravação da punição, pela reincidência, faz, 'no fundo, com que o delito anterior surta efeitos jurídicos duas vezes'?”. Em que pese tal discussão, o Código Penal, em sua Parte Geral, manteve a reincidência como circunstância agravante. A exacerbação da pena justifica-se para aquele que, punido anteriormente, voltou a delinquir, demonstrando que a sanção anteriormente imposta foi insuficiente<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> JESUS, Damásio E. de. **Direito Penal**, Parte Geral. 1º Volume. 21ª ed. revista e atualizada. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 348.

<sup>2</sup> CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal**, volume 1. Parte geral. 19ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 500.

O autor não opina referente à constitucionalidade ou não da reincidência como agravante de pena, se restringindo a demonstrar opiniões contrárias de colegas juristas.

Já o doutrinador Zaffaroni (2011, p. 716) é um veemente crítico do instituto da reincidência como agravante de pena. Segundo ele: *“Na realidade, a reincidência decorre de um interesse estatal de classificar as pessoas em ‘disciplinadas’ e ‘indisciplinadas’, e é óbvio não ser esta função do direito penal garantidor”*.

Segundo Zaffaroni, existem vários tipos de reincidência, apresentando quatro formas de reincidência: a reincidência genérica, a específica, a ficta e a real, conforme se segue:

Na legislação comparada, encontramos várias maneiras de considerar a reincidência e seus efeitos. Assim, fala-se em reincidência *genérica*, que se conceitua como o cometimento de um delito, depois de ter sido o agente condenado e submetido à pena por outro delito, enquanto se denomina de reincidência *específica* a que exige a prática de um novo delito igual, ou da mesma categoria, daquele pelo qual sofreu anterior condenação. Também costuma-se falar em reincidência *ficta*, que consiste na prática de um delito depois de ter sido condenado por outro, e de reincidência *real*, que consiste no cometimento de um delito depois de ter sido condenado e "sofrido pena", por um delito anterior<sup>3</sup>

Segundo ele, as leis comparadas combinam os vários tipos de reincidência de várias formas, algumas com maior outras de menor peso até se chegar ao Código da Colômbia de 1980, que extinguiu a reincidência criminal.

Cezar Roberto Bitencourt (2012, p. 1302) credita o problema do alto índice de reincidência à falta de estudos científicos para se detectar a sua real causa, de forma que não se pode atribuir a este ou àquele motivo as causas, até que se tenha estudos que confirmem a causa real, podendo ser o ambiente prisional apenas um dos fatores, somando-se a outros ainda não estudados e, portanto, desconhecidos:

Na verdade, as causas responsáveis pelos índices alarmantes de reincidência não são estudadas cientificamente. O progresso obtido em outros campos do conhecimento humano ocorre exatamente mediante o estudo criterioso dos fracassos e das suas causas, algo que não acontece no campo penitenciário. Não são realizados estudos que possibilitem deslindar os aspectos que podem ter

---

<sup>3</sup> ZAFFARONI, E. R.; PIERANGELI, J. H. **Manual de direito penal brasileiro**. Volume 1. Parte geral. 9ª ed. Rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2011. p. 716.

influência sobre a reincidência, isto é, não há pesquisas científicas que permitam estabelecer se a reincidência pode não ser considerada como um ou o mais importante indicador da falência da prisão, ou se esta pode ser um resultado atribuível aos acontecimentos posteriores à libertação do interno, como seria, por exemplo, o fato de não encontrar trabalho ou então não ser aceito pelos demais membros — não delinquentes — da comunidade<sup>60</sup>. Por outro lado, não se pode afirmar que tenha sido demonstrado que a pena de prisão seja mais ineficaz, em termos de reincidência, em relação a outros métodos de tratamento, especialmente aos não institucionais<sup>61</sup>. As elevadas taxas de reincidência podem não só indicar a influência da prisão, como ainda refletir as transformações dos valores que se produzem na sociedade e na estrutura socioeconômica. É necessário pensar que a deficiência político-criminal que se observa nas modernas espécies de pena, representada pelas alarmantes taxas de reincidência, não deve ser atribuída somente a uma pobreza inventiva, à impaciência e a um método cientificamente defeituoso, pois também é preciso levar em consideração as modificações que ocorrem no material humano sobre o qual a pena opera ou produz sua ameaça<sup>4</sup>.

Damásio de Jesus(1998, p.395) cita dois tipos de reincidências, a reincidência real e a reincidência ficta, sendo esta a adotada pelo Código Penal Brasileiro:

O legislador brasileiro não adotou o sistema da reincidência real, que para a sua ocorrência exige que o sujeito cometa o novo crime após o cumprimento total ou parcial da pena imposta em consequência da prática do delito anterior. Acatou o sistema da reincidência ficta, exigindo apenas que o novo delito seja praticado após o trânsito em julgado da condenação anterior, pelo que, entre nós, a condenação irrecorrível constitui o fundamento e o pressuposto básico da recidiva.

Apresenta-se aqui o problema da eficácia temporal da condenação anterior para efeito da reincidência. A condenação irrecorrível deve possuir eficácia perpétua, de maneira a se tornar irrelevante o período decorrido entre seu trânsito em julgado e o cometimento do novo crime, ou, pelo contrário, ela deve perder o efeito de permitir a reincidência quando medeia certo lapso de tempo entre o julgamento definitivo e a prática do novo crime? Em favor da última posição, argumenta-se que um sujeito que pratica um crime em sua juventude, tendo uma vida inteira pacífica, poderá tornar-se reincidente e ter a pena agravada por isso se vier a cometer novo delito em sua velhice. O tempo que medeia entre infração e infração indica a desnecessidade de agravação da última sanção, sendo justo que o Estado esqueça a primeira condenação para o efeito único de não ser agravada a segunda pena. Contra esse entendimento afirma-se que não importa o tempo entre o termo a quo e a prática do novo

---

<sup>4</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral**, 1. 17ª ed. Rev. ampl. e atual. De acordo com a Lei n. 12.550, de 2011. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 1302.

crime, uma vez que sempre estará presente a tendência criminológica do agente reiterador de infrações penais<sup>5</sup>.

Damásio de Jesus (1998, p. 353) questiona a eficácia temporal da condenação anterior para efeito da reincidência, pois segundo ele, a condenação irrecorrível teria eficácia perpétua, não se justificando um lapso temporal de cinco anos para o que ele chama de: "*prescrição da condenação anterior para efeito da reincidência*" ou "*eficácia temporal da condenação anterior para efeito da reincidência*".

Há muita controversa quanto ao aumento de pena em virtude da reincidência, sendo que grande parte, senão a maioria, dos juristas é contrária ao instituto da reincidência como agravante de pena, por se tratar, segundo eles, de ferir o princípio *non bis in idem*, entre outros princípios do Direito Penal.

Assim sendo, o argumento central da discordância é devido à incidência de *bis in idem*, tendo como motivo secundário as condições do sistema penitenciário, sendo ignorada pela maioria a condição pessoal do agente, que pode justificar uma pena agravada pela reincidência.

Alguns juristas admitem a falta de segurança jurídica com a reiterada volta ao crime pelo mesmo agente, mas discorda que seja motivo suficiente para agravamento de pena pela reincidência, caso do Dr. Yarochevsky:

Embora reconhecendo, como já se adiantou, que a seguridade jurídica fique por vezes abalada com a prática de vários delitos cometido pelo mesmo agente, principalmente se o sujeito já foi condenado e cumpriu pelo menos uma das penas quem lhe foram impostas, produzindo assim um maior alarde social, entende-se não ser tal fundamento suficiente para motivar o agravamento da pena pela reincidência<sup>6</sup>.

Segundo Rocha<sup>7</sup>(1938, p. 28), dentro da própria escola clássica havia três correntes divergentes sobre o assunto, sendo uma corrente representada por Tissot, Carmigniani, Carnot, Alauzet, Gesterding e Orano, sustenta pela violação do princípio *non bis in idem*. A outra corrente encabeçada por Francesco Carrara, toma

<sup>5</sup> JESUS, Damásio E. de. **Direito Penal**, Parte Geral. 1º Volume. 21ª ed. revista e atualizada. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 351.

<sup>6</sup> YAROCHEVSKY, Leonardo Isaac. **Da Reincidência Criminal**. Belo Horizonte, MG: Mandamentos, 2005. p. 97.

<sup>7</sup> ROCHA, Synesio. **Da Reincidência**. Tese apresentada à Congregação da Faculdade de Direito de São Paulo, no concurso para a cátedra de Direito Penal. São Paulo: Saraiva, 1938. p. 27.

como fundamento justificativo para a agravação pela reincidência a “*revelação de maior temibilidade do agente criminoso*”. A terceira corrente representada por Haus, Pessina, Bruza e Buccelati, defende caber ao magistrado a faculdade de aplicar ou não a agravação da pena pela reincidência no caso concreto:

Orano filia-se ao grupo dos que sustentam a ilegitimidade de qualquer agravação, dando como fundamento o facto de ter a reincidência origem sobretudo no estado physico do delinquente, donde concluir ser positivamente destituida de senso a punição agravada do reincidente. Carnot, nos Commentarios ao Codigo Penal Francez, art. 56, n.º 1, revolta-se contra a applicação de pena mais severa aos reincidentes, e conclúe: ‘Si elles commetteram um primeiro crime foram por isso punidos; infligir-lhes uma nova pena em razão desse crime não será violar abertamente a seu respeito o non bis in idem, que é uma das bases de toda a legislação?’ Alauzet, no seu “Ensaio sobre as Penas”, 1.ª parte, cap. 9, enfileirando-se entre os que se insurgem contra a agravação, é peremptorio: ‘Todos os raciocinios possiveis virão aqui naufragar contra um facto: debalde sustentarão que se não pedem contas ao accusado do seu primeiro delicto; nem por isso será menos verdade que é em razão desse crime, e delle sómente, que a agravação lhe é imposta, independente de outra qualquer circumstancia<sup>8</sup>.

Sidney Rocha (1938, p 75), um dos poucos penalistas a apoiar o agravante da pena pela reincidência, sustenta que não deve haver distinção entre reincidência genérica e reincidência específica para efeito da lei penal, mas que deve ser observada a periculosidade e as circunstâncias subjetivas que se referem à intensidade do dolo ou condições e qualidades pessoais do agente e inerentes à sua pessoa<sup>9</sup>.

Por outro lado, já se empregou a mesma decisão para fins de gerar reincidência e maus antecedentes, conforme verifica Fernando Capez (2015, p. 509), que cita decisão do STF favorável e do STJ contrária em forma de súmula (Súmula 241 STJ):

A mesma decisão pode ser empregada para fins de gerar reincidência e maus antecedentes?

1ª posição: sim, não havendo que se falar em bis in idem. Nesse sentido decidiu o Supremo Tribunal Federal: “se a biografia do paciente é fartamente ilustrativa dos seus maus antecedentes, o que impõe o agravamento da pena-base e se, de outro lado, há

<sup>8</sup> ROCHA, Synesio. **Da Reincidência**. Tese apresentada à Congregação da Faculdade de Direito de São Paulo, no concurso para a cátedra de Direito Penal. São Paulo: Saraiva, 1938. p. 28.

<sup>9</sup> Ibidem. p 75.

reincidência no sentido técnico, o juiz não tem escolha quanto a suas consequências, aplicando ao feito, também a circunstância agravante, sem incorrer em bis in idem”.

2ª posição: constitui bis in idem. Considerada e valorizada a reincidência para estabelecer a pena-base acima do mínimo legal, incabível considerá-la novamente para agravar a pena, sob o risco de sancionar-se o bis in idem<sup>10</sup>.

Observa-se que mesmo nos órgãos superiores da justiça, não há unanimidade quanto ao manejo do instituto da reincidência e, se hoje o julgado do RE453000, de 04 de abril de 2013 do STF, decidindo pela constitucionalidade do agravante da pena pela reincidência, tem força de repercussão geral, nada impede que tal decisão possa ser alterada. Como bem asseverou o Ministro Marco Aurélio de Mello na relatoria do julgado acima citado:

O tema ainda suscita amplo debate doutrinário, no qual a questão mostra-se polarizada entre a corrente que sustenta a inconstitucionalidade do agravamento da pena pela reincidência, frente ao modelo estatal garantista, representada por Alberto Silva Franco, Eugenio Raul Zaffaroni, José Henrique Pierangeli, René Ariel Dotti, Cirino dos Santos, e aquela que afirma a adequação do instituto à Constituição Federal, porquanto atende ao princípio da individualização da pena, defendida por Reale Júnior, Guilherme de Souza Nucci, Ivanir Nogueira Itajiba e Celso Delmanto. Embora reconheça a importância acadêmica da discussão, é certo que a jurisprudência do Supremo tem revelado óptica semelhante à da segunda<sup>11</sup>[...]

Já que grande parte dos juristas é pela inconstitucionalidade, a possibilidade de se rever tal decisão é possível, bastando para isso, a substituição dos ministros atuais por juristas contrários ao instituto da reincidência criminal como agravante da pena.

---

<sup>10</sup> CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal**. volume 1. Parte geral. 19ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 509.

<sup>11</sup> JUSBRASIL. STF-Recurso Extraordinário: Re 453000 RS. Disponível em: <http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24806856/recurso-extraordinario-re-453000-rs-stf?s=paid> Acesso em 10 set 2016.

## CAPÍTULO 1 - A REINCIDÊNCIA CRIMINAL NO BRASIL

São escassos trabalhos de pesquisas sobre reincidência no Brasil, isso faz com que sejam repercutidas informações como a de que a taxa de reincidência no Brasil esteja entre setenta e oitenta por cento. Nesse caso, trata-se de números amplos, não considerando apenas a reincidência no seu conceito jurídico, aquela em que o agente comete outro crime no período compreendido de cinco anos de extinção ou término de execução de pena. Assim, está se considerando, inclusive, o retorno do agente ao sistema prisional, após sua liberdade sem condenação.

Relatório da Comissão Parlamentar de Inquérito (CPI) do sistema carcerário, em 2008 concluiu em 70% a 80%<sup>12</sup> a taxa de reincidência dos detentos em relação ao crime. Entretanto, a CPI baseou boa parte de suas conclusões em dados informados nos presídios.

Desde 1977 o conceito de reincidência penal foi substituído por reincidência penitenciária pelo Ministério da Justiça. Segundo este conceito, reincidente é aquele que cumpriu pena, foi solto e voltou a ser preso para o cumprimento de nova pena, corroborando com o Código Penal vigente, que em seu artigo 63 determina que reincidência é, “[...] *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*”<sup>13</sup>.

Segundo pesquisas divulgadas pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ)<sup>14</sup> em cooperação com o Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA), em 1991, Adorno e Bordini, trabalhando com o conceito jurídico de reincidência criminal, como definido no Código Penal de 1940 e alterações introduzidas pela Lei 6.416/1977 e pela Lei das Contravenções Penais, revelou uma taxa de reincidência de 29,34% em São Paulo.

Dessa forma, podemos verificar no quadro abaixo, que dependendo do conceito de reincidência utilizado, as taxas de reincidência no Brasil variam muito, mas em todas as circunstâncias as taxas de reincidências são demasiadamente

---

<sup>12</sup> BRASIL. Congresso Nacional. Câmara dos Deputados. Comissão Parlamentar de Inquérito do Sistema Carcerário. Edições Câmara, 2009. p. 347.

<sup>13</sup> BRASIL. Código Penal. Portal do Planalto. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm)>. Acesso em: 19 out 2016.

<sup>14</sup> BRASIL, Secretaria de Assuntos Estratégicos da Presidência da República, Reincidência Criminal no Brasil. Ipea: Rio de Janeiro, 2015. p. 12.

grandes, em se considerando valor entre 30% e 50%, o que demonstra a necessidade de pesquisas atualizadas e mais esclarecedoras, que possam influenciar o Poder Público a repensar a política de cumprimento de pena, que deve ser ressocializadora, não visando apenas a pena, mas a reintegração do marginalizado à sociedade.

Autor	Título	Conceito de reincidência utilizado na pesquisa	Taxa de reincidência
Sérgio Adorno; Eliana Bordini	A Prisão sob a Ótica de seus Protagonistas: itinerário de uma pesquisa.	Reincidência criminal – mais de um crime, condenação em dois deles, independentemente dos cinco anos.	São Paulo: 29,34%.
Sérgio Adorno; Eliana Bordini	Reincidência e Reincidentes Penitenciários em São Paulo (1974-1985).	Reincidência penitenciária – reingresso no sistema penitenciário para cumprir pena ou medida de segurança.	São Paulo: 46,3%.
Julita Lemgruber	Reincidência e Reincidentes Penitenciários no Sistema Penal do Estado do Rio de Janeiro.	Reincidência penitenciária – reingresso no sistema penitenciário para cumprir pena ou medida de segurança. Segundo a autora: "compreende reincidente penitenciário como quem tendo cumprido (tal) pena ou (tal) medida de segurança, veio a ser novamente recolhido a estabelecimento penal para cumprir nova pena ou medida de segurança" (Lemgruber, 1989, p. 45).	Rio de Janeiro: 30,7%.
Túlio Kahn	Além das Grades: radiografia e alternativas ao sistema prisional.	Reincidência penal – nova condenação, mas não necessariamente para cumprimento de pena de prisão. Segundo Kahn, pode-se assumir que nos casos de crimes mais graves os conceitos de reincidência penal e reincidência penitenciária medem basicamente as mesmas coisas, uma vez que crimes graves quase sempre são punidos com prisão.	São Paulo: 50%, em 1994; 45,2%, em 1995; 47%, em 1996; na década de 1970, a taxa não passou de 32%.
Depen	Dados de 2001 para Brasil e de 2006 para Minas Gerais, Alagoas, Pernambuco e Rio de Janeiro.	Reincidência penitenciária – considerando presos condenados e provisórios com passagem anterior no sistema prisional.	Brasil: 70% e Minas Gerais, Alagoas, Pernambuco e Rio de Janeiro: 55,15%

Fonte: Pesquisa Ipea/CNJ, 2013 (revisão bibliográfica)<sup>15</sup>.

As causas da reincidência são variadas, mas a principal causa, nos dias de hoje, estão ligadas ao tráfico e uso de entorpecentes e à desagregação familiar. Essa é a conclusão dos trabalhadores da área criminal, entre servidores e magistrados, conforme se verifica em pesquisas realizadas pelo IPEA:

O principal motivo que pode levar o indivíduo a reincidir é a falta de estrutura familiar. A falta de estrutura familiar é o que leva muitos a reincidirem, a estrutura lá fora. Os que saem daqui e já têm uma

<sup>15</sup> BRASIL, Secretaria de Assuntos Estratégicos da Presidência da República, Reincidência Criminal no Brasil. IPEA: Rio de Janeiro, 2015. p. 13.

família estruturada a gente não vê reincidir (Profissional da equipe de saúde).

Trabalho, educação, família estão interligados, o que leva o apenado a não cometer outros crimes. Mas primeiramente a família. A partir do apoio da família que o indivíduo vai procurar um emprego. O indivíduo que não tem base familiar tem grandes propensões de reincidir (Agente penitenciário – gerente de educação).

Há aqueles que não têm interesse de estudar nem de trabalhar. A gente até entende, porque eles vêm de um meio de criminalidade, sem estrutura familiar, e quando saem da prisão e retornam ao mesmo meio do qual vieram antes de estarem presos é muito propício de reincidirem (Profissional da equipe de assistência social).

Na minha opinião, as pessoas que reincidem são aquelas que não participaram do primeiro processo de reintegração social aqui dentro do sistema, que não demonstraram interesse. Aqueles que participam da educação, trabalho e outros projetos que a superintendência traz para o presídio são mais difíceis de reincidir, porque a gente está conseguindo acompanhar (Profissional da equipe de assistência social).<sup>16</sup>

Opiniões estas que concordam com as opiniões de magistrados que atuam na execução penal, como se exemplifica abaixo:

A motivação para reincidir, lamentavelmente, é o uso da droga. Eu entendo que o que está enchendo os presídios são essas pessoas que praticam roubos. Parece-me que já é mais de 80% da população carcerária. Hoje em dia quem comete roubos é por conta de drogas, para manter o vício. O viciado ou morre ou acaba voltando (Juiz de execução penal)<sup>17</sup>.

Dessa forma, conclui-se que a reincidência criminal teria grande queda com o combate ao uso de drogas, combate este que não significa a repressão forçada a usuários que, ao final, são as vítimas no sistema social em que vivemos, sendo, portanto, casos de saúde pública, e que só se controla com a conscientização e tratamento dos usuários, de forma que aceitem o tratamento e não voltem a ele, com a conscientização dos não usuários, principalmente dos jovens, para que estes não se tornem usuários, e com efetiva repressão ao tráfico. Obviamente que há opiniões contrárias à repressão ao tráfico apenas, opinando-se, também, pela descriminalização do uso de drogas menos nocivas, como a maconha. Somos da opinião de que a descriminalização acarretará no aumento desproporcional do

<sup>16</sup> BRASIL, Secretaria de Assuntos Estratégicos da Presidência da República, Reincidência Criminal no Brasil. IPEA: Rio de Janeiro, 2015. p. 88.

<sup>17</sup> Ibidem. p. 90.

número de usuários e, conseqüentemente, do número de dependentes químicos, mas em todos os casos, a conscientização é indispensável.

### 1.1 Penas alternativas

Segundo o relatório da CPI do sistema carcerário ao passo que a taxa de reincidência dos condenados a pena privativa de liberdade oscila entre 70% e 85%, no estado de São Paulo, que é próximo dos números nacionais, no caso das penas alternativas o índice é de 2% a 12%. Segundo ainda o relatório, apenas devido à falta de cultura de confiança nas penas alternativas por parte do Poder Judiciário é que poucos sentenciados são submetidos às penas alternativas e sugere, o documento, que deveriam ser mais usadas, *“uma vez que elas são a óbvia resposta para desafogar a superpopulação carcerária, que é unanimemente considerada a principal mazela de todo o sistema carcerário e a razão central da ineficiência do sistema na recuperação dos presos”*<sup>18</sup>.

Ocorre, que nem sempre o aplicador da lei pode substituir a pena aplicada pela pena alternativa, haja vista as condições regradas pelo Código Penal:

Art. 44. As penas restritivas de direitos são autônomas e substituem as privativas de liberdade, quando:

I – aplicada pena privativa de liberdade não superior a quatro anos e o crime não for cometido com violência ou grave ameaça à pessoa ou, qualquer que seja a pena aplicada, se o crime for culposos;

II – o réu não for reincidente em crime doloso;

III – a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do condenado, bem como os motivos e as circunstâncias indicarem que essa substituição seja suficiente.

§ 2º Na condenação igual ou inferior a um ano, a substituição pode ser feita por multa ou por uma pena restritiva de direitos; se superior a um ano, a pena privativa de liberdade pode ser substituída por uma pena restritiva de direitos e multa ou por duas restritivas de direitos.

§ 3º Se o condenado for reincidente, o juiz poderá aplicar a substituição, desde que, em face de condenação anterior, a medida seja socialmente recomendável e a reincidência não se tenha operado em virtude da prática do mesmo crime.

§ 4º A pena restritiva de direitos converte-se em privativa de liberdade quando ocorrer o descumprimento injustificado da restrição imposta. No cálculo da pena privativa de liberdade a executar será deduzido o tempo cumprido da pena restritiva de direitos, respeitado o saldo mínimo de trinta dias de detenção ou reclusão.

§ 5º Sobrevindo condenação a pena privativa de liberdade, por outro

---

<sup>18</sup> BRASIL. Congresso Nacional. Câmara dos Deputados. Comissão Parlamentar de Inquérito do Sistema Carcerário. Edições Câmara, 2009. p. 484.

crime, o juiz da execução penal decidirá sobre a conversão, podendo deixar de aplicá-la se for possível ao condenado cumprir a pena substitutiva anterior<sup>19</sup>.

Dessa forma, o relatório da CPI do sistema carcerário (CPI esta, realizada pelos legisladores) atribui aos aplicadores da lei a culpa de aplicar a lei que eles próprios legislaram. De toda forma, no nosso entendimento, não há que falar em culpa, seja na aplicação da lei, seja na legislação. O próprio relatório da CPI reitera as más condições no tratamento carcerário, além de problemas sociais como desestrutura familiar, problema de educação e conscientização, dependência química e outros motivos que levam os jovens à iniciação ao crime e à reincidência criminal.

## 1.2 Juristas e a reincidência criminal

A situação desumana do sistema carcerário brasileiro, que deveria ressocializar o agente, mas que tem efeito contrário, aprofundando-o ainda mais na marginalidade; a necessidade de levar a efeito o “julgamento do crime, não do criminoso”, estigmatizando-o de “perigoso”; o descumprimento do princípio do *non bis in idem* e de vários outros princípios garantistas, são alguns dos argumentos em que se apega grande parte dos juristas que discordam com o agravamento da pena em virtude da reincidência criminal.

Segundo Zaffaroni (2013, p. 195), a reincidência não é prova de que o criminoso seja inclinado ao delito, mas a personalidade do criminoso que o impulsiona a novo crime, além das condições do sistema penitenciário que é ruim tanto para o preso quanto para os trabalhadores que acabam por tornar pior a situação do detento:

A reincidência não é nenhuma prova de inclinação ao delito, mas sim de uma personalidade instável, que responde positivamente ao condicionamento reprodutor do próprio sistema. Não é de estranhar que as ideologias re tenham fracassado, o que foi aproveitado nos Estados Unidos para substituir a prisão de tratamento pela de segurança.

A isso se soma o fato de o pessoal penitenciário ficar anômico, uma vez que ele é instruído de acordo com um discurso re, que, na

---

<sup>19</sup> BRASIL. **Código Penal**. Portal do Planalto. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm)>. Acesso em: 19 out 2016.

prática, é uma missão impossível, sem contar que as prisões deterioradas os submetem a constantes riscos e condições de trabalho extremamente negativos e estressantes<sup>20</sup>.

Ele critica a influência da mídia na condução de políticas públicas que aumentam as penas, provocando deteriorações irreversíveis no apenado, mas não impedem que outros cometam os mesmos crimes:

É possível constatar, com profundo alarme, que se está produzindo uma notória deterioração dos níveis da política em todo o mundo, com uma agenda marcada pela televisão, que se traduz na absoluta incapacidade dela para enfrentar a criminologia midiática e, ao mesmo tempo, para prevenir a violência real desde suas raízes e mesmo suas manifestações.

Em geral, os políticos não se sentem capazes de enfrentar a criminologia midiática e se limitam a ceder diante das reclamações que esta faz, na expectativa de fazê-la projetar a imagem de que eles estão no controle, sem dar-se conta de que ela jamais o fará. Essa imagem é reservada para quando tenha um governo de acordo com os desejos do establishment dos empresários midiáticos, em sintonia com os beneficiários do desbaratamento criminal do Estado de bem-estar e da consequente contenção violenta dos excluídos.

A resposta política limita-se a conceder maior autonomia às polícias, com o que se coloca em posição de altíssima debilidade frente a estas e às empresas midiáticas. Também sanciona leis penais, como resposta, mediante papéis que proliferam em todo o mundo, mas que tampouco exercem algum efeito sobre a criminalidade violenta.

Como já dissemos e não nos cansamos de reiterar, os criminosos violentos, em nenhum país do mundo nem em nenhuma época, foram tratados de outro modo senão com as penas mais severas, salvo quando operaram com cobertura oficial.

Isso não muda com as leis inovadoras que os políticos, estimulados pela criminologia midiática, inventam. Uns anos a mais de prisão para quem cometeu assassinatos pode afetar o princípio de proporcionalidade e produzir uma deterioração irreversível na pessoa, mas não impede, em absoluto, que outro faça o mesmo.

O Ministro relator do RE 453000 que julgou pela constitucionalidade do agravante de pena pela reincidência, com força de repercussão geral, citou alguns juristas favoráveis e outros contrários à constitucionalidade do instituto para agravamento de pena, sendo citados favoráveis os juristas Alberto Silva Franco, Eugenio Raul Zaffaroni, José Henrique Pierangeli, René Ariel Dotti, Cirino dos Santos, e contrários os juristas Reale Júnior, Guilherme de Souza Nucci, Ivanir Nogueira Itajiba e Celso Delmanto, conforme segue:

---

<sup>20</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **A questão criminal**. 1ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2013. p.195.

O tema ainda suscita amplo debate doutrinário, no qual a questão mostra-se polarizada entre a corrente que sustenta a inconstitucionalidade do agravamento da pena pela reincidência, frente ao modelo estatal garantista, representada por Alberto Silva Franco, Eugenio Raul Zaffaroni, José Henrique Pierangeli, René Ariel Dotti, Cirino dos Santos, e aquela que afirma a adequação do instituto à Constituição Federal, porquanto atende ao princípio da individualização da pena, defendida por Reale Júnior, Guilherme de Souza Nucci, Ivanir Nogueira Itajiba e Celso Delmanto. Embora reconheça a importância acadêmica da discussão, é certo que a jurisprudência do Supremo tem revelado óptica semelhante à da segunda, conforme se extrai dos seguintes julgados<sup>21</sup>

Leonardo Isaac Yarochevsky (2005, p. 93) alega não existir nenhuma relação entre a condenação anterior e a prática de novo delito, pois, segundo ele, a gravidade da prática de um determinado fato delitivo não pode variar e sequer ser determinada pela simples existência de condenação ou de condenações anteriores<sup>22</sup>.

Evidente que não se pode negar a necessidade de estudos científicos que venham a provar qualquer alegação de que dois delitos independentes tenham ou não algum elo, entretanto, vários são os testemunhos de alegações dos próprios réus que, segundo eles, “*difícil é o primeiro crime*”. O ser humano é facilmente adaptável e a partir do primeiro crime, acreditamos que muitas vezes sua moral se adapta à condição pós-crime de forma que ele se acomode à nova situação fazendo com que agrave seu potencial criminoso, isto é, sua periculosidade, e as circunstâncias determinantes para um segundo crime terão peso menor que do primeiro.

Nesse sentido concorda o Professor Juarez Cirilo dos Santos (icpc.org.br), ao discorrer sobre o fracasso das funções declaradas das prisões, em artigo de sua autoria:

O fracasso das funções declaradas da prisão refere-se ao projeto de correção do condenado, como demonstram todas as pesquisas empíricas dos últimos duzentos anos: a) primeiro, a relação entre pena e reincidência: quanto maior a pena, maior a reincidência

---

<sup>21</sup> JUSBRASIL. STF-Recurso Extraordinário: Re 453000 RS. Disponível em: <http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24806856/recurso-extraordinario-re-453000-rs-stf?s=paid> Acesso em 10 set 2016.

<sup>22</sup> YAROCHEVSKY, Leonardo Isaac. **Da Reincidência Criminal**. Belo Horizonte, MG: Mandamentos, 2005. p. 93.

criminal; b) segundo, a influência negativa da subcultura da prisão sobre o condenado: a reconstrução psíquica da autoimagem como criminoso, as deformações emocionais do preso, os processos de desculturação (desaprendizado das normas sociais) e de aculturação do condenado (aprendizado das normas de sobrevivência na prisão: as normas da violência e da malandragem, por exemplo). Nessa perspectiva, o êxito das funções reais da prisão consiste em garantir as desigualdades sociais da formação econômica capitalista, fundadas na relação capital/trabalho assalariado, mediante uma gestão diferencial da criminalidade, assim definível: a) imunização legal das elites de poder econômico e político; b) repressão penal das massas populares de marginalizados do mercado de trabalho e de oprimidos sociais, em geral<sup>23</sup>.

Ainda no mesmo texto, o Professor alega que as condições carcerárias promovem “a reconstrução psíquica da autoimagem como criminoso” de forma a deformá-lo emocionalmente. Em outras palavras, o criminoso, após passar pela prisão, pode sair com sua personalidade modificada de forma a influenciar no cometimento de um segundo crime.

### 1.3 A reincidência e o STF

A posição atual do STF a respeito do emprego da reincidência como agravante da pena é pela constitucionalidade. Tal posição é amparada pelo julgado RE453000, de 04 de abril de 2013.

AGRAVANTE – REINCIDÊNCIA – CONSTITUCIONALIDADE – Surge harmônico com a Constituição Federal o inciso I do artigo 61 do Código Penal, no que prevê, como agravante, a reincidência. (STF - RE: 453000 RS, Relator: Min. MARCO AURÉLIO, Data de Julgamento: 04/04/2013, Tribunal Pleno, Data de Publicação: ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-194 DIVULG 02-10-2013 PUBLIC 03-10-2013)<sup>24</sup>

No recurso, o autor, representado pela Defensoria Pública, sustentou a tese de que a aplicação da reincidência caracterizaria *bis in idem*, sendo o réu punido duas vezes pelo mesmo fato. Durante a sustentação oral no Plenário, o defensor

<sup>23</sup> SANTOS, Juarez Cirino dos. Os Discursos Sobre Crime e Criminalidade. ICPC - Instituto de Criminologia e Política Criminal. Curitiba. Disponível em: <[http://icpc.org.br/wp-content/uploads/2012/05/os\\_discursos\\_sobre\\_crime\\_e\\_criminalidade.pdf](http://icpc.org.br/wp-content/uploads/2012/05/os_discursos_sobre_crime_e_criminalidade.pdf)>. Acesso em: 09 out 2016.

<sup>24</sup> JUSBRASIL. STF-Recurso Extraordinário: Re 453000 RS. Disponível em: <http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24806856/recurso-extraordinario-re-453000-rs-stf?s=paid> Acesso em 10 set 2016.

público federal Afonso Carlos Roberto do Prado comparou a situação à de pessoas que cometem infração de trânsito e não são punidas como reincidentes. Afirmou ele que: “O agravamento pela reincidência traz a clara situação de penalizar outra vez o mesmo delito, a mesma situação com a projeção de uma pena já cumprida sobre a outra”<sup>25</sup>.

Argumentou que a regra contraria o princípio constitucional da individualização da pena, estigmatiza, obstaculiza uma série de benefícios legais, afeta a coisa julgada violando, flagrantemente, o *non bis in idem*, base fundamental de toda a legislação criminal, criando obstáculos para o réu a uma série de benefícios legais e que a agravante empresta ao indivíduo, por determinado tempo, um estigma que o diferencia dos demais, rotulando o reincidente e prejudicando a ressocialização – finalidade oficial da pena.

Já para a representante do Ministério Público, Deborah Duprat, “reincidência foi pensada no sentido de censura mais grave àquele que, tendo respondido por um crime anterior, persiste na atividade criminosa”<sup>26</sup>. Segundo ela, não está se punindo duas vezes o mesmo fato, mas fatos diferentes levando em consideração uma circunstância que o autor do fato carrega e a história de vida do agente criminoso:

Vê-se que a reincidência repercute em diversos institutos penais, compondo consagrado sistema de política criminal de combate à delinquência. Serão todas essas normas inconstitucionais? Sim, a glosa da reincidência como agravante alcançará, por coerência, os demais preceitos, ante a harmonia própria à aplicação e interpretação do Direito<sup>27</sup>.

Segundo o relator do caso, ministro Marco Aurélio, que negou provimento ao recurso, “o instituto constitucional da individualização da pena respalda a consideração da reincidência, evitando a colocação de situações desiguais na mesma vala”<sup>28</sup>.

Ainda segundo o ministro, o instituto da reincidência está em harmonia com a Constituição Federal, envolvendo mais de 20 institutos penais:

---

<sup>25</sup> JUSBRASIL. STF-Recurso Extraordinário: Re 453000 RS. Disponível em: <http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24806856/recurso-extraordinario-re-453000-rs-stf?s=paid> Acesso em 10 set 2016.

<sup>26</sup> Ibidem

<sup>27</sup> Ibidem.

<sup>28</sup> Ibidem.

Múltiplas são as repercussões legais da reincidência, não estando, portanto, restrita à problemática do agravamento da pena. Logicamente, uma vez assentada a inconstitucionalidade, haverá, por coerência, o afastamento também das demais implicações. Assim é que, no tocante ao regime intermediário de cumprimento da pena, ou seja, o semiaberto, em face do balizamento de quatro a oito anos, não se pode favorecer o reincidente. O regime aberto também fica excluído, presente pena igual ou inferior a quatro anos, se notada a figura legal – alíneas “b” e “c” do § 2º do artigo 33 do Código Penal. Mais uma vez, no artigo 44, a versar as penas restritivas de direitos, vê-se a impossibilidade da substituição da privativa de liberdade quando o réu for reincidente – inciso II. O instituto também repercute no tocante à substituição da pena privativa de liberdade pela de multa – § 2º do artigo 60. Consoante se depreende do disposto no artigo 67, a reincidência é levada em conta, novamente, para deslinde do concurso de agravantes e atenuantes. Segue-se a disciplina do *sursis*. Consta do inciso I do artigo 77 do Código Penal que a reincidência o obstaculiza. A reincidência volta a repercutir para efeito de lapso temporal relativamente ao livramento condicional – artigo 83, incisos I e II, do mesmo diploma – bem como à prescrição depois de transitada em julgado a sentença considerado o disposto no artigo 110, ganhando o fenômeno repercussão maior no que ocasiona a interrupção da prescrição – inciso VI do artigo 117. Configura também causa de revogação do *sursis* e do livramento condicional impedindo, em alguns casos, a diminuição da pena, a reabilitação e a prestação de fiança – artigos 155, § 2º, 170, 171, § 1º, e 95 do Código Penal e 323, inciso III, do Código de Processo Penal. E, mais, segundo os artigos 76, § 2º, inciso I, e 89 da Lei nº 9.099/95 – a Lei dos Juizados Especiais –, a reincidência impede a transação e afasta a suspensão condicional do processo<sup>29</sup>.

O ministro assevera que o instituto não contraria a individualização da pena, pelo contrário, leva em conta exatamente o perfil do condenado:

Cito essas diversas disciplinas para retratar o sistema penal pátrio, devendo ficar consignado que a reincidência como agravante vem do Código Penal do Império – Lei de 16 de dezembro de 1830, artigo 16, 3º. Descabe dizer que há regência a contrariar a individualização da pena. Ao reverso, leva-se em conta, justamente, o perfil do condenado, o fato de haver claudicado novamente, distinguindo-o daqueles que cometem a primeira infração penal, como se faz, já agora sob o ângulo da atenuante, a circunstância de ter menos de vinte e um anos de idade ou mais de setenta ou de desconhecer a lei – artigo 65 do Código Penal<sup>30</sup>.

O voto do Ministro relator foi acompanhado por todos os demais ministros que

<sup>29</sup> JUSBRASIL. STF-Recurso Extraordinário: Re 453000 RS. Disponível em: <http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24806856/recurso-extraordinario-re-453000-rs-stf?s=paid> Acesso em 10 set 2016.

<sup>30</sup> Ibidem.

participaram do julgamento – Rosa Weber, Luiz Fux, Dias Toffoli, Cármen Lúcia, Ricardo Lewandowski, Gilmar Mendes e o presidente, Joaquim Barbosa, valendo destaque para o voto da Ministra Cármen Lúcia, que ponderou que a regra é uma forma de se tratar igualmente os iguais, deixando a desigualdade para os desiguais, garantindo àquele que cometeu um delito “a oportunidade de pensar sobre isso para que não venha a delinquir novamente em afronta à sociedade”<sup>31</sup>. O então presidente da Corte, Ministro Joaquim Barbosa, destacou as finalidades ressocializadora e preventiva da pena, de modo que o condenado que volta a cometer novo crime demonstra que a pena não cumpriu nenhuma dessas finalidades.

Para a Ministra Rosa Weber, o agravamento da pena reincidência, não significa julgar o agente pelo que ele é, como muitos insistem, mas pelo que ele fez:

Não se trata de Direito Penal do Autor. O reconhecimento da reincidência não representa a criminalização ou estigmatização do agente pelo que ele é. Aqui não se trata, como o repudiado Direito Penal do Autor, próprio de regimes totalitários ou autoritários, de punir alguém por ser judeu, negro, homossexual, comunista, cristão ou muçulmano, para ficar em alguns exemplos tristes da história mundial. Na reincidência, o que é valorado negativamente, para fins de exasperação da pena é uma conduta criminal pretérita, ou seja, o que o agente fez, e não uma condição pessoal dele<sup>32</sup>.

Para a ministra Rosa Weber, há uma confusão que se faz na interpretação da sentença, por ser esta o resultado da reunião de dois momentos do julgamento, o momento em que o juiz decide sobre a responsabilidade do acusado e o momento da fixação da pena, mas no primeiro momento a reincidência não influi na decisão do magistrado, que apenas invoca a reincidência para agravamento da pena, na fixação da pena na sentença:

Não se trata de dupla punição pelo mesmo fato, ou *bis in idem*. Argumento da espécie confunde, em geral, dois momentos diferenciados da condenação criminal. Em um primeiro momento, cabe ao magistrado sentenciante proferir o juízo sobre a ocorrência do crime e sobre a responsabilidade do acusado sobre ele. Se efetuado o juízo condenatório, cabe, em um segundo momento, a fixação da pena. Para os crimes em geral, submetidos à competência do magistrado monocrático, esses dois momentos por vezes são confundidos pois reunidos em uma mesma peça, a sentença. No

---

<sup>31</sup> JUSBRASIL. STF-Recurso Extraordinário: Re 453000 RS. Disponível em: <http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24806856/recurso-extraordinario-re-453000-rs-stf?s=paid> Acesso em 10 set 2016.

<sup>32</sup> Ibidem.

entanto, tomando-se como exemplo os julgamentos do Tribunal do Júri, a distinção fica clara, com o veredicto competindo ao Conselho de Sentença e a fixação da pena, em sentença, ao Juiz Presidente. A reincidência não tem lugar no primeiro momento, ou seja, quando se profere o juízo condenatório ou o veredicto. O fato do acusado possuir condenações criminais pretéritas é irrelevante nesse momento de cognição e decisão. Apenas após a conclusão pela responsabilidade criminal do acusado, passando-se à fase de fixação da pena na sentença, é que pode a reincidência ser invocada para fins de exasperação da pena.

Haveria eventualmente que se reconhecer *bis in idem* caso a reincidência tivesse alguma influência para o momento do juízo condenatório pelo novo crime, mas isso, como visto, não ocorre<sup>33</sup>.

Também os demais ministros acompanharam o voto do Ministro Relator reiterando a constitucionalidade do instituto da reincidência criminal como agravante de pena.

---

<sup>33</sup> JUSBRASIL. STF-Recurso Extraordinário: Re 453000 RS. Disponível em: <http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24806856/recurso-extraordinario-re-453000-rs-stf?s=paid> Acesso em 10 set 2016.

## CAPÍTULO 2 - PRINCÍPIOS PENAIS CONSTITUCIONAIS E A REINCIDÊNCIA CRIMINAL

Os princípios penais constitucionais constituem-se verdadeiros limitadores da intervenção penal dos três poderes, pois fixam limites para o Estado em matéria penal, dentre os quais citamos: princípio da legalidade; princípio da irretroatividade da lei; princípio da culpabilidade; princípio da lesividade; princípio da exclusiva proteção do bem jurídico; princípio da intervenção mínima; princípio da personalidade; princípio da individualização das penas; princípio da proporcionalidade das penas; princípio da insignificância; princípio da humanidade; princípio do *in dubio pro reo*; Princípio do *non bis in idem*.

Observamos que vários são os princípios limitadores da atuação do Estado no Direito Penal, dos quais nos deteremos aos principais alvos de crítica pela corrente que sustenta a inconstitucionalidade da reincidência criminal como agravante de pena.

Zaffaroni (2002, p. 110), fervoroso crítico do instituto da reincidência e adepto do Garantismo Penal de Ferrajoli, ensina que os princípios constitucionais não têm eficácia absoluta, e que se os reconhecêssemos com absoluta eficácia teríamos de reconhecer sua violação cotidiana:

Es verificable que ninguno de los principios que se mencionan como limitadores del poder punitivo reconoce realización absoluta. La observación corriente permite comprobar que si todos ellos se enunciasen de modo absoluto, sería menester reconocer su violación cotidiana. Ello obedece al muy limitado espacio de las agencias jurídicas dentro del marco general del poder punitivo y a que, incluso dentro del ejercicio punitivo manifiesto y en los casos a ellas sometidos, éstas no inician la criminalización y sólo se limitan a decidir su continuación o interrupción<sup>34</sup>.

Continuando, Zaffaroni (2002, p. 111) alega que a observação dos princípios limitadores do poder de punição do Estado, é considerada pela doutrina tradicional como mera orientação, haja vista que, se fossem aplicados literalmente levariam à

---

<sup>34</sup> ZAFFARONI, E. R.; ALAGIA, A.; SLOKAR, A. **Derecho Penal**: Parte General. 2ª ed. 1116 p. Buenos Aires: Ediar, 2002. p. 110.

extinção da pena<sup>35</sup>. Isso, continua ele, implica aceitar que o direito penal viola a Constituição e acordos internacionais.

Nesse mesmo sentido concorda Ferrajoli (2002, p.33) quando fala da atividade jurídica. Segundo ele, a atividade jurídica é dividida em quatro tipos de *espaços de poderes*, formando o *poder judicial*, os quais são: “o *poder de indicação, de interpretação ou de verificação jurídica; o poder de comprovação probatória ou de verificação fática; o poder de conotação ou de compreensão equitativa; o poder de disposição ou de valoração ético-política*”<sup>36</sup>.

E continua Ferrajoli:

Estes quatro espaços de poder desmentem irremediavelmente a versão clássica do modelo penal garantista, conferindo-lhe um caráter utópico ou, como se diz, ideal. Isto não impede que o modelo, convenientemente redefinido, possa ser satisfeito em maior ou menor medida segundo as técnicas legislativas e judiciais adotadas. Na realidade, deve-se distinguir até que ponto sua inaplicação depende de limites intrínsecos, como são as margens insuprimíveis de opinabilidade na interpretação da lei, na argumentação das provas e na valoração da especificidade dos fatos, e até que ponto, ao revés, se relaciona a espaços normativos de arbítrio, evitáveis ou redutíveis, e a lesões de fato no terreno judicial<sup>37</sup>.

Segundo ele “*O juiz não é uma máquina automática na qual por cima se introduzem os fatos e por baixo se retiram as sentenças, ainda que com a ajuda de um empurrão, quando os fatos não se adaptem perfeitamente a ela*”<sup>38</sup>.

De forma que, por mais que os princípios legais expressam a meta do legislador e a intenção do aplicador da lei no caso concreto, este em sua decisão, aplica suas convicções pessoais e morais dentro dos quatro espaços de poderes, a partir de: “*hipóteses interpretativas alternativas*”<sup>39</sup> (primeiro espaço de poder); seu poder de escolha a respeito de “*hipóteses explicativas alternativas*”<sup>40</sup> (segundo espaço de poder); que ao discernir as conotações que convertem cada fato em

<sup>35</sup> ZAFFARONI, E. R.; ALAGIA, A.; SLOKAR, A. **Derecho Penal**: Parte General. 2ª ed. 1116 p. Buenos Aires: Ediar, 2002. p. 111.

<sup>36</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. p. 33.

<sup>37</sup> Ibidem. p. 34.

<sup>38</sup> Ibidem. p. 33.

<sup>39</sup> Ibidem. p. 33.

<sup>40</sup> Ibidem. p. 33.

diverso dos demais “*sem dúvida inclui uma atividade valorativa*”<sup>41</sup> (terceiro espaço de poder); e por fim, “*abrem-se no plano judicial espaços inevitáveis de discricionariedade dispositiva, que comprometem tanto o caráter cognitivo do juízo quanto sua sujeição exclusivamente à lei*”<sup>42</sup> (quarto espaço de poder).

Criticando a violação dos princípios constitucionais, Zaffaroni e Pierangeli (2011, p. 78) argumenta favorável a que seja atendido com maior rigor o princípio da intervenção mínima do Estado na América Latina:

Toda a América está sofrendo as consequências de uma agressão aos Direitos Humanos (que chamamos *injusto jushumanista*), que afeta o nosso *direito ao desenvolvimento*, que se encontra consagrado no art. 22 (e disposições concordantes) da Declaração Universal dos Direitos Humanos. Este injusto jushumanista tem sido reconhecido pela Organização dos Estados Americanos (OEA), através da jurisprudência internacional da Comissão dos Direitos Humanos, que declara ter sido violado o direito ao desenvolvimento em El Salvador e no Haiti. A existência deste injusto jushumanista não é, pois, uma afirmação ética, mas uma afirmação jurídica, reconhecida pela jurisprudência internacional<sup>43</sup>.

Segundo ele a violência do Estado corrobora com o subdesenvolvimento da América Latina podendo resultar no aumento da violência social e consequente destruição do sistema produtivo e aprofundamento no subdesenvolvimento.

Observamos, então, que a aplicação absoluta dos princípios constitucionais penais é meta a ser atingida e que deve ser perseguida incansavelmente, mas que ainda não detemos (e talvez nunca consigamos) uma metodologia para sua integral aplicação.

## 2.1 O princípio da culpabilidade

O autor de um fato considerado antijurídico, não pode ser responsabilizado pelo seu resultado, caso não tenha agido com culpa ou dolo.

Conquista do direito penal garantista, o princípio da culpabilidade tem a seguinte assertiva de Ferrajoli:

---

<sup>41</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. p. 34.

<sup>42</sup> Ibidem. p. 34.

<sup>43</sup> ZAFFARONI, E. R.; PIERANGELI, J. H. **Manual de direito penal brasileiro**. Volume 1. Parte geral. 9ª ed. Rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2011. p. 78.

Por exigir dita condição, que corresponde ao chamado “elemento subjetivo” ou “psicológico” do delito, nenhum fato ou comportamento humano é valorado como ação se não é fruto de uma decisão; conseqüentemente, não pode ser castigado, nem sequer proibido, se não é intencional, isto é, realizado com consciência e vontade por uma pessoa capaz de compreender e de querer<sup>44</sup>.

Zaffaroni (2011, p. 718) por sua vez, reiterando sua discordância com o instituto da reincidência como agravante, não concorda que a reincidência demonstre uma decisão mais forte da vontade do autor. Como argumento, ele alega dois motivos que demonstrariam a agressão do princípio da culpabilidade pela reincidência: i) por que a condenação anterior pode reforçar a decisão do segundo crime e ii) no caso de crimes diferentes não haver reforço para uma vontade inexistente:

Dentro da teoria psicológica da culpabilidade (ver n. 346), sustentou-se que a reincidência demonstrava uma decisão da vontade do autor mais forte ou dotada de maior permanência. Esta conclusão não é, em absoluto, correta, porque pode acontecer ter a própria condenação anterior reforçado essa decisão, e, por outro lado, quando os delitos são completamente diferentes, não se pode falar de um reforço de uma vontade que não existe<sup>45</sup>.

Para Yarochevsky (2005, p 129):

Entende-se, portanto que sendo a culpabilidade analisada e considerada sempre na aplicação e na fixação da pena, não se poderia, e não se deveria considera-la como fundamento do agravamento da pena em razão da reincidência, posto ser notório, claro e evidente que se estaria aumentando a pena duas vezes pelo mesmo motivo, o que constitui manifesta violação do princípio do *non bis in idem*, da individualização da pena e da culpabilidade<sup>46</sup>.

Entendemos que a melhor interpretação do princípio constitucional da culpabilidade é no sentido de se verificar se no caso concreto o primeiro crime influenciou para do segundo.

---

<sup>44</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. p.390.

<sup>45</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **A questão criminal**. 1ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2013. p. 718.

<sup>46</sup> YAROCHEWSKY, Leonardo Isaac. **Da Reincidência Criminal**. Belo Horizonte, MG: Mandamentos, 2005. p. 129-130.

## 2.2 Princípio da individualização da pena

Com previsão no art. 5º, inciso XLVI, da Constituição da República Federativa do Brasil<sup>47</sup>, o princípio da individualização da pena garante que as penas sejam individualizadas, inclusive para crimes idênticos pelo mesmo agente em momentos e circunstâncias diferentes. Tal princípio garante que cada agente responda individualmente por sua conduta, haja vista a condição pessoal de cada indivíduo.

Segundo a decisão do RE 453000 RS<sup>48</sup> a alegação de que tal princípio esteja sendo agredido com o aumento da pena pela reincidência não prospera, pois nesse caso considera-se a personalidade do reincidente, de modo a individualizar a pena, haja vista se tratar de indivíduo diferenciado e que, portanto, necessita de maior tempo, para sua reabilitação, pois a primeira reprimenda não fora adequada.

Concordamos com esta posição, mas observando que deve se tratar de reabilitação, em local adequado para tal, diferentemente do tratamento dado nos presídios atuais.

## 2.3 Princípio da proporcionalidade da pena

Segundo Yarochevsky (2005, p. 124), de acordo com o princípio da proporcionalidade da pena, “*a pena deve ser proporcional ao crime (gravidade do fato). Levando-se sempre em consideração a lesão causada ao bem jurídico, tanto quanto à sua natureza*”<sup>49</sup>.

Esse princípio é direcionado ao legislador e ao aplicador da lei, sendo a este necessário ter em mente aplicar pena proporcional ao injusto dentro dos critérios objetivos e subjuntivos, e àquele, ao criar a norma, que seja considerada a proporcionalidade da mesma, à prática antijurídica.

Foucault (2004, p. 78) fala da proporcionalidade da pena com finalidade de prevenção de crimes futuros e de ajustamento da pena à conduta injusta, de forma que a pena, segundo ele, tem dois objetivos, a saber, punição e prevenção, cuja

<sup>47</sup> BRASIL. **Constituição (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado, 1988.

<sup>48</sup> JUSBRASIL. STF-Recurso Extraordinário: Re 453000 RS. Disponível em: <http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24806856/recurso-extraordinario-re-453000-rs-stf?s=paid> Acesso em 10 set 2016.

<sup>49</sup> YAROCHEVSKY, Leonardo Isaac, **Da Reincidência Criminal**. Belo Horizonte, MG: Mandamentos, 2005. p. 124.

prevenção não é apenas para o apenado, mas também para terceiros propensos ao crime:

Calcular uma pena em função não do crime, mas de sua possível repetição. Visar não à ofensa passada mas à desordem futura. Fazer de tal modo que o malfeitor não possa ter vontade de recomeçar, nem possibilidade de ter imitadores. Punir será então uma arte dos efeitos; mais que opor a enormidade da pena à enormidade da falta, é preciso ajustar uma à outra as duas séries que seguem o crime: seus próprios efeitos e os da pena. Um crime sem dinastia não clama castigo. Tampouco - segundo outra versão do mesmo apólogo - às vésperas de se dissolver e desaparecer, uma sociedade não teria o direito de erguer cadafalsos. O último dos crimes só pode ficar sem punição<sup>50</sup>

No que se refere à reincidência, Yarochevsky (2005, p. 42) alega que: “o fato de ser o agente reincidente não agrava em nada o delito por ele praticado e o crime, qualquer que seja, não se torna mais grave, se for cometido por um reincidente”.

Com efeito, o agravamento da pena pela reincidência, não tem por objetivo demonstrar agravamento do crime, mas dar pena maior ao segundo crime por ter o agente demonstrado não bastar a pena não majorada, por ser ele diferenciado dos primários e, portanto, necessária pena maior, resguardando assim, a proporcionalidade e a individualização da pena no caso concreto.

## 2.4 Princípio do *non bis in idem*

Para a prática de uma única infração penal, deverá haver somente uma punição criminal, impossibilitando a existência de duas ou mais punições.

Para Zaffaroni e Pierangeli (2011, p. 718), não há que se falar em agravamento de pena pela reincidência sem se violar o princípio do *non bis in idem*, não havendo argumentos que justifiquem tal procedimento:

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

<sup>50</sup> FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir: Nascimento da prisão**. 29ª ed. Petrópolis: Vozes, 2004. p. 78.

consequência jurídica do mesmo. E, ao obrigar a produzir seus efeitos num novo julgamento, de alguma maneira se estará modificando as consequências jurídicas de um delito anterior<sup>51</sup>.

Para Rocha (1938, p. 36) não se trata de *bis in idem*, haja vista que não se está punindo o agente pelo primeiro crime, mas agravando a pena do segundo em virtude da prova que o agente demonstra de sua diferenciação dos não reincidentes:

A primeira punição só está influenciando na segunda como demonstração da má índole do delinquente; e a segunda punição só agrava em virtude dessa situação especial do criminoso. Não é pois, da dupla punição do primeiro crime que se trata, senão de apenas de mais severa punição do segundo crime, em, razão da qualidade pessoal do delinquente, comprovada pela condenação anterior<sup>52</sup>.

Posicionamento igual ao de ROCHA é adotado pelo Supremo Tribunal Federal. Segundo esse posicionamento, a agravante da reincidência não fere o princípio do *non bis in idem*, uma vez que a sanção mais rigorosa não decorre da primeira condenação, mas sim da persistência do agente em praticar novas infrações penais<sup>53</sup>.

## 2.5 Princípio da intervenção mínima

Yarochewsky (2005, p. 137) reitera que “o Estado só estará legitimado a intervir em matéria penal quando for estrita e evidentemente necessária sua intervenção para a tutela de bens fundamentais para o homem e para a vida em sociedade”.

Assim sendo, só cabe o Direito Penal quando exauridos todos os meios de proteção, restando o direito penal<sup>54</sup>.

Ou seja, em um estado democrático de direito, o Direito Penal entra como *ultima ratio*, sendo o último recurso usado pelo Estado em situações de punição por

<sup>51</sup> ZAFFARONI, E. R.; PIERANGELI, J. H. **Manual de direito penal brasileiro**. Volume 1. Parte geral. 9ª ed. Rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2011. p. 78.

<sup>52</sup> ROCHA, Synesio. **Da Reincidência**. Tese apresentada à Congregação da Faculdade de Direito de São Paulo, no concurso para a cátedra de Direito Penal. São Paulo: Saraiva, 1938. p. 36.

<sup>53</sup> JUSBRASIL. STF-Recurso Extraordinário: Re 453000 RS. Disponível em: <http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24806856/recurso-extraordinario-re-453000-rs-stf?s=paid> Acesso em 10 set 2016.

<sup>54</sup> YAROCHEWSKY, Leonardo Isaac. **Da Reincidência Criminal**, Belo Horizonte, MG: Mandamentos, 2005. p. 137.

condutas ilícitas, recorrendo-se primeiramente ao Direito Civil, Trabalhista, Administrativo etc.

E continua Yarochevsky (2005, p. 138):

Assim, ao prever o agravamento obrigatório da pena para o reincidente, bem como a restrição de uma série de benefícios, a lei estará alarmantemente, fazendo uma presunção *Juris et de jure* de que o reincidente é mais perigoso e, portanto, merecedor de um mais severo tratamento<sup>55</sup>.

Sendo assim, esse tratamento dado ao reincidente, para ele se trata de uma agressão ao princípio da intervenção mínima.

Segundo Capez (2015, p. 33) assim como o princípio da proporcionalidade, o princípio da intervenção mínima tem por destinatários o legislador e o aplicador da lei, sendo que a este:

recomenda-se não proceder ao enquadramento típico, quando notar que aquela pendência pode ser satisfatoriamente resolvida com a atuação de outros ramos menos agressivos do ordenamento jurídico” e àquele cabendo “cautela no momento de eleger as condutas que merecerão punição criminal, abstendo-se de incriminar qualquer comportamento<sup>56</sup>.

Não obstante a majoração da pena e restrição a benefícios em função da aplicação da reincidência como agravante de pena, a intervenção do Estado é no sentido de se dar tratamento proporcional à atuação do agente.

## 2.6 Princípio da legalidade estrita

Na definição de Miguel Reale:

Para que haja, portanto, relação jurídica penal, é necessário que, de maneira precisa e típica, coincidam os atos praticados com a hipótese prevista numa regra jurídica tipicamente adequada. É por isso que continuam sempre válidos dois brocardos jurídicos penais correlatos: *nullum crimen sine lege, nulla poena sine lege*. Acrescenta-se com razão: nenhum crime sem tipicidade.

<sup>55</sup> YAROCHEWSKY, Leonardo Isaac. **Da Reincidência Criminal**, Belo Horizonte, MG: Mandamentos, 2005. p. 138.

<sup>56</sup> CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal**, volume 1. Parte geral. 19ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 33.

Muito embora nas demais esferas do Direito não se exija igual rigorismo quanto à adequação entre a "tipicidade do fato" e a "tipicidade da norma", o certo é que não há relação jurídica sem norma, implícita ou explícita, que como tal a qualifique<sup>57</sup>.

Ou seja, não há crime sem lei que antes do ato o defina como crime, independente do valor moral negativo que se dê ao ato.

Para Fernando Capez (2015, p. 54), a maioria dos autores considera o princípio da legalidade como sinônimo de reserva legal, mas ele considera o princípio da reserva legal como espécie do gênero legalidade estrita:

A doutrina, portanto, orienta-se maciçamente no sentido de não haver diferença conceitual entre legalidade e reserva legal. Dissentindo desse entendimento, pensamos que princípio da legalidade é gênero que compreende duas espécies: reserva legal e anterioridade da lei penal<sup>58</sup>.

E explica sua discordância da doutrina majoritária:

Com efeito, o princípio da legalidade corresponde aos enunciados dos arts. 5º, XXXIX, da Constituição Federal e 1º do Código Penal ("não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal") e contém, nele embutidos, dois princípios diferentes: o da reserva legal, reservando para o estrito campo da lei a existência do crime e sua correspondente pena (não há crime sem lei que o defina, nem pena sem cominação legal), e o da anterioridade, exigindo que a lei esteja em vigor no momento da prática da infração penal (lei anterior e prévia cominação)<sup>59</sup>.

Alberto Silva Franco, citado por Fernando Capez (2015, p. 501), não concorda com o instituto da reincidência como agravante de pena, pois, segundo ele, o instituto faz com que o delito surta efeito duas vezes, ferindo o princípio da legalidade:

o princípio da legalidade não admite, em caso algum, a imposição de pena superior ou distinta da prevista e assinalada para o crime e que a agravação da punição, pela reincidência, faz, 'no fundo, com que o delito anterior surta efeitos jurídicos duas vezes<sup>60</sup>".

<sup>57</sup> REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. 25ª ed. 22ª tiragem. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 117.

<sup>58</sup> CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal**, volume 1. Parte geral. 19ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 54.

<sup>59</sup> Ibidem. p. 54.

<sup>60</sup> Ibidem. p. 500-501.

Para Zaffaroni e Pierangeli (2011, p. 718) a agravante de pena pela reincidência agride o princípio da legalidade, tratando-se de culpabilidade de autor:

Dentro dessa mesma corrente da culpabilidade normativa, pode-se falar de uma ampla gama de matizes de culpabilidade de autor, isto é, de reprovações da personalidade, do caráter, da "condução de vida", ou seja, todas consideradas como violações do princípio da legalidade, e do direito penal de ato, que já rechaçamos quando nos ocupamos da chamada "culpabilidade de autor"<sup>61</sup>

Yarochevsky (2005, p. 136) por sua vez alega que *“o fato de estar a reincidência prevista em lei como circunstância agravante não quer dizer, por si só, que não haja violação do princípio da legalidade ou da reserva legal em razão de tal previsão*<sup>62</sup>.

Segundo ele, não se pode olvidar que tanto o agravamento da pena quanto a culpabilidade se deem em razão de outro crime pelo qual o agente já fora julgado e condenado<sup>63</sup>.

A reincidência está prevista no Código Penal Brasileiro no artigo 61, I, restando, portanto, apenas o questionamento de sua constitucionalidade.

---

<sup>61</sup> ZAFFARONI, E. R.; PIERANGELI, J. H. **Manual de direito penal brasileiro**. Volume 1. Parte geral. 9ª ed. Rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2011. p. 718.

<sup>62</sup> YAROCHEWSKY, Leonardo Isaac. **Da Reincidência Criminal**, Belo Horizonte, MG: Mandamentos, 2005. p. 136.

<sup>63</sup> Ibidem. p. 136.

## CAPÍTULO 3 - A CONSTITUCIONALIDADE DA AGRAVANTE PELA REINCIDÊNCIA

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 foi chamada de “Constituição Cidadã” pelo presidente da Assembleia Nacional Constituinte, deputado Ulysses Guimarães, no dia de sua promulgação, não apenas pela intensa participação popular na sua elaboração, também pelo caráter humanitário e garantidor dos direitos fundamentais, mais especificamente, no artigo 5º, caput, que garante a todos a igualdade perante a lei, “*sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade*”<sup>64</sup>.

Entretanto, o termo “tratamento com igualdade” traz dúvidas e controvérsias no meio jurídico desde que Aristóteles definiu que igualdade é tratar com igualdade aos iguais e com desigualdade aos desiguais.

### 3.1 Justiça e Igualdade de tratamento

Norberto Bobbio (2003, p. 148) questiona o critério de se fazer justiça através da igualdade de tratamento colocando em dúvida a própria justiça da igualdade deixando questões a responder:

Por "justiça" entende-se, em geral, "igualdade". Diremos, então, que normas jurídicas são aquelas que tornam possível estabelecer relações de igualdade entre os cidadãos? Mas "igualdade" não é um termo um pouco vago? Igualdade em relação a quê? Na história do pensamento jurídico, se conhece pelo menos quatro respostas a esta última pergunta: igualdade segundo o mérito, segundo a necessidade, segundo o trabalho, segundo o status. Qual destes critérios é o justo, ou seja, o que permite afirmar que uma norma é jurídica ao se sustentar que uma norma, para ser jurídica, deve ser também justa?<sup>65</sup>

---

<sup>64</sup> BRASIL. **Constituição (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado, 1988.

<sup>65</sup> BOBBIO, Norberto. **Teoria da norma jurídica**. Trad. Fernando Pavan Baptista e Ariani Bueno Sudatti. 2ª ed. Revista. Bauru: EDIPRO, 2003. p. 148.

Da mesma forma Bandeira de Melo (2012, p.11) questiona os termos “iguais” e “desiguais”, dada à dificuldade de se definir qual o sujeito da igualdade ou desigualdade:

A dizer: o que permite radicalizar alguns sob a rubrica de iguais e outros sob a rubrica de desiguais? Em suma: qual o critério legitimamente manipulável – sem agravos à isonomia – que autoriza distinguir pessoas e situações em grupos apartados para fins de tratamentos jurídicos diversos? Afinal, que espécie de igualdade veda e que tipo de desigualdade faculta a discriminação de situações e de pessoas, sem quebra e agressão aos objetivos transfundidos no princípio constitucional da isonomia?<sup>66</sup>

E Bandeira de Melo deixa em aberto a pergunta: “*Quem são os iguais e quem são os desiguais?*”<sup>67</sup>”

Claro que a Constituição da República não pretende igualizar os homens, o que seria impossível, mas tem o objetivo de dar as mesmas oportunidades e tratamentos aos cidadãos, de forma a evitar que a lei infraconstitucional faça qualquer discriminação. A Constituição procura, então, minimizar as diferenças, e para isso, muitas vezes é necessário diferenciar o tratamento ao indivíduo, ficando a cargo de sua interpretação pelo seu Guardião que é o Supremo Tribunal Federal, assim como tem feito com muito zelo no caso específico da reincidência criminal como agravante de pena.

No julgamento do Recurso Extraordinário 453.000 do Rio Grande do Sul, a Ministra Cármen Lúcia se lembra da necessidade de se dar tratamento diferenciado quando se trata de diferentes:

Tenho para mim que não há inconstitucionalidade, Presidente, como já foi acentuado aqui, e que é uma forma de se tratar igualmente os iguais, deixando a desigualdade para os desiguais, não - como o Ministro acentuou - como se fosse um carimbo desumano para sempre, mas para que se garanta àquele que cometeu um delito, que ele pense sobre isso e não venha a reincidir.<sup>68</sup>

No caso, o tratamento desigual resulta em aumento de pena para o agente, e o tipo penal mais rigoroso admitido pela Carta Magna (privação da liberdade),

<sup>66</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **O Conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 3ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2012. p. 11.

<sup>67</sup> Ibidem. p. 11.

<sup>68</sup> JUSBRASIL. STF-Recurso Extraordinário: Re 453000 RS. Disponível em: <http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24806856/recurso-extraordinario-re-453000-rs-stf?s=paid> Acesso em 10 set 2016.

entretanto, o tratamento diferenciado se justifica por ter o mesmo se mostrado diferente.

Nota-se que o tratamento diferenciado para benefício do agente é previsto na Lei através das progressões de regimes, por bom comportamento, trabalho, estudos etc, de forma que, para benefício do apenado não há necessidade de comprovação da diferença, digamos “para o bem”, bastando se mostrar adaptável à sociedade (ou igual), mesmo porque, tal demonstração seria demasiadamente dificultosa.

Dessa forma, entendemos que o reincidente não pode ter tratamento igualitário ao não reincidente, não para se fazer justiça a este ou àquele, mas para que a reprimenda, que deve ser ressocializadora, alcance seu objetivo.

### **3.2 O Garantismo na Constituição Cidadã de 1988**

A Constituição Brasileira de 1988, não recebeu o carinhoso apelido de “Constituição Cidadã” sem motivos. O momento em que foi promulgada a Carta Magna de 1988, quando o país acabara de sair de uma ditadura militar com histórico de total desrespeito à dignidade humana, resultou em grande preocupação do constituinte em se garantir, na Carta Magna, direitos fundamentais e valorização da democracia.

Para tanto, foi elaborada uma Constituição rígida de forma a dificultar alterações ao bel prazer do momento político e garantindo-se, através das cláusulas pétreas do artigo 60, §4º, o afastamento da possibilidade de alterações que venham a colocar em risco os direitos fundamentais nela garantidos e a ruptura com o sistema político democrático, garantindo, assim, o estado democrático de direito no país.

Dessa forma, podemos concluir que a Constituição Federal de 1988 é garantista por excelência e que, não obstante ser ela anterior à publicação do *Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal*, de Luigi Ferrajoli (1989), ela trouxe os fundamentos de uma teoria que mais tarde se tornaria mundialmente conhecida como Garantismo penal, que procura garantir a intervenção mínima do Estado na relação social do cidadão no Brasil.

A tutela dos direitos fundamentais no Direito Penal e no Processo Penal brasileiro está garantida no inciso LXXVIII do artigo 5º da Constituição Brasileira de 1988:

LXXVIII a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.

§ 1º As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

§ 2º Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

§ 3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.

§ 4º O Brasil se submete à jurisdição de Tribunal Penal Internacional a cuja criação tenha manifestado adesão<sup>69</sup>.

Observa-se que tais garantias foram eternizadas pelo artigo 60 §4º já mencionado.<sup>70</sup>

### 3.3 Decisões dos tribunais e a Constituição garantista

A Constituição Federal Brasileira de 1988 acolheu os ideais garantistas de Luiz Ferrajoli, entretanto, os tribunais têm sido acusados de tomar decisões que, à luz de uma constituição garantista, seriam inconstitucionais. Tais decisões, entendidas como positivistas, estariam contrariando a teoria garantista, acolhida pela Carta Magna.

É o caso do julgamento do Agravo Regimental no Recurso Especial nº 704.741/RS:

Pena privativa de liberdade (fixação). Maus antecedentes e reincidência (reconhecimento). Diversas condenações (trânsito em julgado). Fatos delituosos (ausência de identidade). Bis in idem (não-ocorrência). Agravo regimental improvido.

<sup>69</sup> BRASIL. **Constituição (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado, 1988.

<sup>70</sup> Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta:

I - de um terço, no mínimo, dos membros da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal; II - do Presidente da República; III - de mais da metade das Assembleias Legislativas das unidades da Federação, manifestando-se, cada uma delas, pela maioria relativa de seus membros.

§ 1º [...]

§ 2º [...]

§ 3º [...]

§ 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:

I - a forma federativa de Estado;

II - o voto direto, secreto, universal e periódico; III - a separação dos Poderes; IV - os direitos e garantias individuais.

(STJ - AgRg no REsp: 704741 RS 2004/0144039-6, Relator: Ministro NILSON NAVES, Data de Julgamento: 21/06/2007, T6 - SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJ 27/08/2007 p. 298)

A decisão do Superior Tribunal de Justiça foi no sentido de que, em caso de mais de uma condenação transitada em julgado, que não há inconstitucionalidade em se aplicar umas como maus antecedentes e outra como reincidência para agravamento de pena.

Outra decisão não menos polêmica e muito criticada, é o RE 453000 RS já reiteradamente citado neste trabalho, pela constitucionalidade do agravamento de pena pela reincidência criminal.

Os dois casos têm como pano de fundo a reincidência criminal, instituto criticado pelos garantistas, como agressor dos direitos fundamentais por, segundo eles, ferir vários princípios do Direito penal.

O principal expoente do Garantismo, Luigi Ferrajoli (2002, p. 400), critica com veemência a aplicação do instituto para agravamento de pena, bem como de outras categorias, como a periculosidade do reincidente:

De fato, sabemos que em muitos ordenamentos as pessoas são sendo responsabilizadas por sua forma de ser - bruxas, ébrios, anarquistas, subversivos, meliantes, inimigos do povo, perigosos, suspeitos etc. - e não pela sua forma de agir. Este mecanismo punitivo, mais constitutivo do que regulador, choca-se com a garantia de culpabilidade, tal como aqui tem sido configurada, e com o caráter regulativo que esta supõe e do qual tratarei no próximo parágrafo. São garantias que, no geral, opõem-se a todas as perversões positivistas e espiritualistas dirigidas a conferir relevância penal autônoma a personalidade do réu. No entanto, o interior da pessoa - seu caráter, sua moralidade, seus antecedentes penais ou suas inclinações psicofísicas - não deve interessar ao direito penal mais do que para deduzir o grau de culpabilidade de suas ações criminais. Entende-se que, num sistema garantista assim configurado, não tem lugar nem a categoria periculosidade nem qualquer outra tipologia subjetiva ou de autor elaboradas pela criminologia antropológica ou ética, tais como a capacidade criminal, a reincidência, a tendência para delinquir, a imoralidade ou a falta de lealdade<sup>71</sup>.

Segundo ele a aplicação da reincidência nos julgamentos trata-se de julgamento da pessoa do agente, em lugar de suas ações, ou seja, julga-se o ser, não o agir do indivíduo. Segundo Ferrajoli (2002, p. 179): “o *Estado, além de não ter*

---

<sup>71</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. p. 400.

*o direito de obrigar os cidadãos a não serem ruins, podendo somente impedir que se destruam entre si, não possui, igualmente, o direito de alterar - reeducar, redimir, recuperar, ressocializar etc. - a personalidade dos réus,*<sup>72</sup>.

Não tem sido essa a forma de pensar dos ministros do Supremo Tribunal Federal, que não apenas entendem como lícita e constitucional, mas consideram a sua função ressocializadora, retributiva e preventiva da reincidência, e que, como destaca o Ministro Luiz Fux: “*não se pode, como destacou o Ministro Marco Aurélio, colocar, na mesma vala comum, o reincidente e aquele que atendeu aos reclamos dos antecedentes das virtualidades da lei e não cometeu mais nenhum crime*<sup>73</sup>” (Luiz Fux RE 453.000).

Ferrajoli (2002, p. 303) cita os códigos penais nazista e stalinista para criticar o sistema penal baseado no julgamento da condição subjetiva e na personalidade do agente.

Refiro-me, antes de tudo, à doutrina penal nazista do “tipo de autor” (Tätertyp), que não identifica a desviação punível com as figuras normativas dos delitos (o homicídio, o furto, o ato de subversão), mas por meio das figuras normativas dos réus (o tipo subjetivo do homicida, do ladrão ou do subversivo), dando relevância aos delitos somente enquanto “sintomas” de personalidade anti-sociais, desleais ou criminosas a interpretar ou “intuir”, como diz o art. 2.º do Código Penal nazista, sobre a base do “são sentimento do povo”. Refiro-me, em segundo lugar, às doutrinas soviético-estalinistas, seja às do “inimigo do povo”, análogas às do Tätertyp, na medida em que se baseiam também na relevância exclusiva do elemento subjetivo da personalidade desleal, seja às que, ao contrário, apontam para o substancialismo do elemento objetivo, configurando o delito como ação em si “socialmente prejudicial ou perigosa” a valorar por referência à materialidade do fato concreto e que há que se impedir, representando uma manifestação patológica não diferente das enfermidades mentais.<sup>74</sup>

E continua Ferrajoli criticando o sistema penal não garantista, segundo ele, o combate a tais indivíduos “indesejados” “*se daria por meio de ‘medidas de defesa social’ de caráter técnico e/ou terapêutico, em vez de utilizar penas predeterminadas*

<sup>72</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. p. 179.

<sup>73</sup> JUSBRASIL. STF-Recurso Extraordinário: Re 453000 RS. Disponível em: <http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24806856/recurso-extraordinario-re-453000-rs-stf?s=paid> Acesso em 10 set 2016.

<sup>74</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. p. 303-304.

e *quantificadas*<sup>75</sup>, sendo que tais sistemas pretendem mudar a personalidade do indivíduo atuando como medida ressocializadora e pedagógica, agredindo seu direito de ser o que é, uma vez que: “*O cidadão tem o dever de não cometer fatos delituosos e o direito de ser internamente ruim e de permanecer aquilo que é*”.<sup>76</sup>

Com máxima vênia, não há que discordar de que o indivíduo tem o direito de ser o que é, e que a ninguém cabe o direito de tentar mudar sua personalidade, entretanto, isso não significa que a sociedade tenha que sofrer as consequências do desajuste do indivíduo na sociedade, quando isso venha a colocar em risco a integridade física ou patrimonial dos demais cidadãos.

---

<sup>75</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. p. 304.

<sup>76</sup> *Ibidem*. p. 179.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

O retorno do agente a cometer crimes, mesmo depois de cumprida a pena pelo crime anterior, é problema atual e acredito sê-lo desde que se tem notícia de sociedade organizada.

As principais causas da reincidência criminal ainda são obscuras, haja vista a falta de pesquisas e estudos específicos mais aprofundados para se diagnosticar seus reais motivos, sendo as condições prisionais apenas parte dos vários motivos da reincidência, tais como a desigualdade social, envolvimento com drogas, desestrutura familiar, personalidade do criminoso etc.

As teorias que fundamentam a majoração da sanção decorrente da reincidência, como maior culpabilidade, maior periculosidade, insuficiência da pena anterior, maior alarme social, hábito de delinquir etc., se justificam à medida em que se verifica a situação diferenciada do agente, que necessita tratamento diferenciado.

A lei procura dar tratamento igualitário a todos, e devido à impossibilidade de se prever se o agente vai ou não cometer outro delito, de modo a se reincidir, o Legislador procura dar tratamento diferenciado na segunda pena, observando-se que o réu não teve tratamento diferenciado por ocasião da primeira condenação, por não ter se mostrado necessário até então, quando não se sabia de sua condição de desigualdade.

Dessa forma, o instituto da reincidência não se trata de *bis in idem*, vez que o indivíduo não está sendo julgado pelo crime anterior, mas tendo a pena do segundo crime aumentada por ter demonstrado ser a pena aplicada anteriormente insuficiente para ele, haja vista se tratar de pessoa diferenciada. Assim, está se cumprindo o termo constitucional quando diz que todos somos iguais perante a lei e que por isso todos merecemos tratamento igual. Ora, se temos tratamento igual à medidas que somos iguais, evidente que ao nos mostrarmos desiguais nosso tratamento deve ser diferenciado na mesma proporção da desigualdade.

O agravamento de pena pela reincidência fere o princípio da culpabilidade, do *non bis in idem* e da proporcionalidade, entre outros, no caso da incerteza ou certeza de que o primeiro crime não tenha influenciado o segundo, ou que o agente não demonstre personalidade voltada ao cometimento de crimes de forma a vir a colocar em risco a sociedade. Nesse caso, deveria haver previsão legal na Lei para que fosse facultada ao magistrado a verificação da necessidade ou não do

agravamento pela reincidência.

Assim sendo, há inconstitucionalidade na falta de alternativa do magistrado, que tem por obrigação legal o agravamento da pena, de forma que o reincidente não tem a chance de uma opinião diferente por parte do magistrado.

Os garantistas não suportam o instituto da reincidência como agravante da pena devido à necessária busca da atuação mínima do Estado na vida social, e para tanto, criticam o tratamento diferenciado dado ao agente, mesmo quando necessário, sob argumento de que estaria em julgamento sua personalidade, não sua ação.

Ora, não podemos dar liberdade a um indivíduo que oferece risco à sociedade e a ele mesmo, sob argumentos de que o mesmo não pode ser preso por estar sendo julgado o seu ser em vez de sua ação.

De nada resolve para o agente (que para os garantistas esta sendo a vítima da máxima atuação do Estado) o julgamento de sua ação se ele é quem pagará pelas suas ações. Ele é julgado por sua ação. A teoria garantista defende que sejam jugadas as ações independentes do indivíduo, como se fosse possível separar o indivíduo de suas ações.

Segundo os garantistas o indivíduo não pode ser julgado pelo que ele é, mas pelo que fez. Entretanto, o indivíduo faz o que sua moral o permite fazer, então, ao ser julgado pelo que fez, está sendo jugado pelo que é, pois sua personalidade é ele. Não se dissocia a personalidade do ser. O indivíduo é o que é sua personalidade.

De forma que se pudéssemos separar o indivíduo e sua personalidade, de sua ação, não existiria dolo, mas apenas culpa.

Talvez um dia isso venha a ser possível e acredito que sim (quando se conseguir desentranhar a personalidade do indivíduo de forma a estudar sua alma), mas ainda não. Ou seja, quando se provar que um indivíduo sem problemas mentais, possa ser separado de suas ações, devemos julgar suas ações, não ele, mas terá de ser repensada a figura do dolo, pois ação independente implicará em agente sem o dolo como hoje conhecemos.

Portanto, não podemos viver uma realidade utópica, que talvez só tenha sentido em um futuro distante, quando a sociedade oferecerá condições propícias para a realização integral do que prega a teoria garantista, como bem disse o próprio Luigi Ferrajoli (São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2002. p. 33), ao enfrentar a

realidade da teoria garantista, quando alega que o modelo penal garantista tem “o defeito fundamental de corresponder a um modelo limite, amplamente idealista, porque de fato nunca foi realizado nem nunca será realizável.”

Assim sendo, cabe à interpretação da Constituição, dentro do contexto atual, garantir o máximo possível de direitos dentro da teoria garantista, como é, por exemplo, o artigo 144 da Carta Magna que garante a todos a segurança como direito e responsabilidade para a preservação da ordem pública, ordem essa que não prevalecerá se adiantarmos no tempo e colocarmos em prática uma teoria liberalista e tão necessária quanto utópica para nossa realidade atual.

Dessa forma, a reincidência como agravante de pena atende a Constituição de 1988, restando acertos na Lei infraconstitucional de forma a dar ao magistrado a faculdade de verificar no caso concreto se o primeiro crime influenciou para o segundo, bem como verificar a personalidade e o grau de periculosidade do reincidente para, então, decidir se se trata ou não de caso de se aplicar o instituto da reincidência como agravante da pena.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte geral, 1. 17<sup>a</sup> ed. Rev. ampl. e atual. De acordo com a Lei n. 12.550, de 2011. São Paulo: Saraiva, 2012.

BOBBIO, Norberto. **Teoria da norma jurídica**. Trad. Fernando Pavan Baptista e Ariani Bueno Sudatti. 2<sup>a</sup> ed. Revista. Bauru: EDIPRO, 2003.

BRASIL, Secretaria de Assuntos Estratégicos da Presidência da República, **Reincidência Criminal no Brasil**. Relatório de Pesquisa. Cooperação Ipea/CNJ. Ipea: Rio de Janeiro, 2015.

BRASIL. **Código Penal**. Portal do Planalto. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm)>. Acesso em: 19 out 2016.

BRASIL. Congresso Nacional. Câmara dos Deputados. **Comissão Parlamentar de Inquérito do Sistema Carcerário**. Brasília: Câmara dos Deputados, Edições Câmara, 2009.

BRASIL. **Constituição (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado, 1988.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal**, volume 1. Parte geral. 19<sup>a</sup> ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir: Nascimento da prisão**. 29<sup>a</sup> ed. Petrópolis: Vozes, 2004.

JESUS, Damásio E. de. **Direito Penal: Parte Geral**. 1<sup>o</sup> Volume. 21<sup>a</sup> ed. revista e atualizada. São Paulo: Saraiva, 1998.

JUSBRASIL. STF-Recurso Extraordinário: Re 453000 RS. Disponível em: <http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24806856/recurso-extraordinario-re-453000-rs-stf?s=paid> Acesso em 10 set 2016

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **O Conteúdo jurídico do princípio da Igualdade**. 3ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2012.

REALE, Miguel, **Lições Preliminares de Direito**. 25ª ed. 22ª tiragem. São Paulo: Saraiva, 2001.

ROCHA, Synesio. **Da Reincidência**. Tese apresentada à Congregação da Faculdade de Direito de São Paulo, no concurso para a cátedra de Direito Penal. São Paulo: Saraiva, 1938.

SANTOS, Juarez Cirino dos. Os Discursos Sobre Crime e Criminalidade. **ICPC - Instituto de Criminologia e Política Criminal**. Curitiba. Disponível em: [http://icpc.org.br/wp-content/uploads/2012/05/os\\_discursos\\_sobre\\_crime\\_e\\_criminalidade.pdf](http://icpc.org.br/wp-content/uploads/2012/05/os_discursos_sobre_crime_e_criminalidade.pdf) />. Acesso em: 09 out 2016

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

ZAFFARONI, E. R.; PIERANGELI, J. H. **Manual de direito penal brasileiro**. Volume 1. Parte geral. 9ª ed. Rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2011.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **A questão criminal**. 1ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2013.

ZAFFARONI, E. R.; ALAGIA, A.; SLOKAR, A. **Derecho Penal: Parte General**. 2ª ed. 1116 p. Buenos Aires: Ediar, 2002.