



INSTITUTO DE DIREITO PÚBLICO

Curso de Pós-Graduação em Direito Penal e Processual Penal

ANAOR GOMES PEREIRA JUNIOR

REINCIDÊNCIA: A DUPLA PUNIÇÃO E APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA

BRASILIA-DF

2013



ANAOR GOMES PEREIRA JUNIOR

**REINCIDÊNCIA: A DUPLA PUNIÇÃO E APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA
INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA**

Monografia apresentada como requisito parcial à obtenção do título de especialista em Direito Penal e Processo Penal no curso de Pós-Graduação Lato Sensu do Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP

Orientador: Professor Bruno Espiñeira Lemos

BRASILIA-DF

2013



ANAOR GOMES PEREIRA JUNIOR

**REINCIDÊNCIA: A DUPLA PUNIÇÃO E APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA
INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA**

Monografia apresentada como requisito parcial à obtenção do título de especialista em Direito Penal e Processo Penal no curso de Pós-Graduação Lato Sensu do Instituto Brasileiro de Direito Público – IDP

Aprovado pelos membros da banca examinadora em __/__/__, com menção ____ (_____).

Banca Examinadora:

Presidente: Prof.

Integrante: Prof.

Integrante: Prof.



AGRADECIMENTOS

Aos professores da referenda instituição, aos parente e amigos , todos que contribuíram de forma direta ou indireta para a conclusão dessa obra.

A todos os estudantes e
profissionais do direito e,
principalmente, aqueles que se
preocupam com os problemas sociais

RESUMO

O Estado procura, a todo tempo, aplicar ao indivíduo infrator uma pena capaz de demonstrar um caráter ressocializador, de forma que não venha a cometer mais crimes e um caráter sancionador, punitivo, para que se dê uma resposta efetiva aos que buscam infringir as regras sociais. Assim, desde os primórdios, a sociedade, como forma de sobrevivência, busca punir o indivíduo que se desvia das regras sociais, para que o mesmo não venha a se desviar novamente, para dar uma satisfação aos outros indivíduos e para que outros não cometam o mesmo erro. As punições eram as mais severas e desproporcionais possíveis, no entanto, o fim almejado não era alcançado, por mais severa que a pena aplicada fosse, e na maioria das vezes até injusta, o aumento da criminalidade era inevitável. A evolução acompanhava a cada momento histórico um tipo de aplicação penal, até que o homem percebeu que não era a severidade da pena que abrandaria o cometimento dos crimes, veio a integração dos direitos humanos e uma conseqüente diminuição de injustiças na execução da pena com um número maior de garantias, mas criou-se o instituto da reincidência, dando um tratamento mais firme, aumentando o rigor da pena e suprimindo algumas garantias. Como avaliar a reincidência? Supressão de garantias, asseveramento do tratamento penal, uma reeducação eficiente e conscientizadora no pensamento igualitário, princípios constitucionais, esses e outros enfoques serão analisados sob uma perspectiva diretiva na pesquisa e nos trabalhos de campo. Uma análise histórica, uma comparação com outros Sistemas Penais, uma política garantista e subjetiva ajudara a solucionar o problema da reincidência no Brasil, em especial, demonstraremos o conflito dos princípios que apoiam e outros que desvalorizam de forma paradoxal afirmando o que deve prevalecer nessa nova ordem constitucional humanitária vigente.

PALAVRAS-CHAVE: princípios constitucionais, caráter ressocializador, aplicação penal, reincidência, sistemas penais.



ABSTRACT

The state seeks , at all times , apply to the individual offender a pity able to demonstrate a character resocializing , so that does not commit more crimes and character sanctioning , punitive , that they give an effective response to those who seek to break the rules social . Thus , from the beginning , the company , in order to survive , seeking to punish the individual who deviates from the social rules , so that it will not stray again , to give satisfaction to others and that others do not make the same error . The punishments were the most severe and disproportionate possible , however, the desired end was not achieved for more severe the sentence imposed was, and mostly ate unjust , increased crime was inevitable . The evolution accompanied at each historical moment a kind of criminal enforcement , until the man realized it was not the severity of the penalty that would slow down the commission of crimes , came the integration of human rights and a reduction of inequities in the execution of the sentence with a greater number of guarantees, but it created the Office of recurrence , giving a more firm, increasing the rigor of the sentence and deleting some guarantees . How to evaluate a recurrence ? Suppression guarantees asseveramento the penal treatment , reeducation efficient and conscientization in egalitarian thought , constitutional principles , these and other approaches will be analyzed under a policy perspective on research and field work . A historical analysis , a comparison with other systems Criminal policy garantista and subjective helped solve the problem of relapse in Brazil , in particular , demonstrate the conflict of principles that support and others that devalue paradoxically stating what should prevail in this new constitutional humanitarian force.

KEYWORDS : constitutional principles , character resocializing , applying criminal recidivism , criminal justice systems .



Sumário

1. INTRODUÇÃO.....	12
2. HISTORIA DA PENA.....	12
2.1 Vingança Privada.....	13
2.2 Vingança Divina.....	15
2.3 Vingança Publica.....	16
2.4 Período Humanitário.....	17
2.5 Período Científico.....	19
3. HISTORIA DA PENA NO BRASIL.....	20
4. A REINCIDENCIA NO BRASIL.....	26
4.1 A Pena e a Reincidencia.....	27
4.2 Teoria Geral da Pena.....	26
4.3 AS Teorias da Pena e a Reincidência.....	33
4.4 A Teoria do Etiquetamento e a Reincidência.....	32
4.5 A Reincidência na Retribuição e na Prevenção.....	38
4.6 A Reincidência e a culpabilidade.....	40
4.4.3 Regime Aberto.....	37
4.5 Penas Restritivas de Direito.....	39
4.6 Pena de Multa.....	41
4.7 Teoria da Prevenção Especial.....	42
5. OS REGIMES PRISIONAIS E A REINCIDENCIA.....	49
6. A REINCIDÊNCIA INTERNACIONAL.....	53
7. CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	54
8. BIBLIOGRAFIA.....	57



INTRODUÇÃO

O estudo da reincidência, surgiu com a idéia de enfatizar o problema existente no sistema penal brasileiro e através de uma pesquisa de campo desenvolver uma solução para o problema ou pelo menos indicar um método mais eficaz comparado a tudo que já foi feito ate hoje.

A Reincidencia como é aplicada no Brasil atinge os fins da pena? tem caráter ressocializador? Esta de acordo com os princípios constitucionais? Essa aplicação caracteriza “*bis in idem*”? uma margem de discricionariedade aliada a proporcionalidade e o contexto probatório no caso concreto ajudara a solucionar o problema. Assim para uma atuação eficaz não é severidade da pena que importa e sim a maneira como o Estado demonstra seus mecanismos de atuação, assinala Foulcaut¹ em sua obra “vigiar e punir”. Uma atenção redobrada a palavra eficácia, pois ela apresenta um duplo sentido tanto no que tange a função da pena tanto no que aprecia as limitações ao poder punitivo estatal.

A função ressocializadora do Estado demonstrada aqui nessa obra vai ao encontro de diversas instituições e programas que na realidade tem um papel importante na preparação do individuo para a volta ao convívio social. Mas e quando o individuo não consegue se inserir na sociedade e rapidamente volta ao sistema? Como combater reincidência nos crimes punidos com mais severidade, São problemáticas atuais que serão respondidas nessa pesquisa, colocando o sistema prisional brasileiro em foco.

Destacaremos também não só a subjetividade do tema, mas também varias questões aplicadas ao caso concreto em que norteia a deficiência da lei de execuções penais, as soluções práticas aplicadas pelo estado a determinados indivíduos denominados sociopatas. Daremos uma atenção especial a certos

¹ Escritor e filosofo Frances Michael Foucault em sua obra “Vigiar e Punir,”obra publicada em 1975, sobre o tema do suplicio, método espúrio usado ate os finais do século XVIII para levar a cabo as condenações a morte.



indivíduos de comportamentos nocivos repetitivos que não tem lugar no meio social para que possamos desenvolver uma resposta que possa ser utilizada pelo estado. Nesse aspecto faremos uma rápida interpelação ao princípios favoráveis a reincidência para que se esclareça certas posições tidas como extremistas

Por fim tentaremos numa abordagem rápida, pratica e conclusiva dar sugestões que possam, senão resolver, pelo menos amenizar as emblemáticas aqui abordadas como também defender uma reforma imediata da lei de execuções penais e se possível uma aplicação de certas características relacionadas aos princípios que fundamentam a reincidência, sem delimitar garantias constitucionais fundamentais ao Estado democrático do direito.



2. HISTÓRIA DA PENA

Numa época primitiva o homem vivia sozinho, não tinha o condão de se associar, ineficiente se fazia a necessidade de se criar um direito, regras só existem para regular relações entre pessoas ou pessoas e coisas, mormente o homem ainda não havia se organizado de tal forma. Com a evolução histórica o homem percebeu que viveria melhor se formassem grupos e dividissem as tarefas. Surge então as primeiras relações humanas e a necessidade de regras para dirimir essas relações.

Para se discutir o historia e evolução da pena , se faz necessário discorrer sobre os períodos da evolução humana relacionado com o com o tempo e o espaço que marcaram o processo da formação da sociedade e a sua vivência em grupo.

Faremos uma viagem na busca pelo conhecimento para descobriremos onde foi inspirado o modelo penal que hoje é usado na maioria dos países, assim, entenderemos porque certas condutas podem levar ao retrocesso. O que se vive na atualidade, realmente, é o retrato da experiência formada por muitas falhas que no decorrer dos anos produziu um certo amadurecimento estatal.

Assim dividimos esses marcos históricos em três períodos: Período das Vinganças Ofensivas, Período Humanitário e Período Científico. O primeiro é subdividido, por sua vez, em três fases: Vingança Privada, Vingança Divina e Vingança Pública. No segundo encontra-se a Escola Clássica que alguns autores a inserem no último período, porém por se coadunar mais com as características do Período Humanitário esta assim ficou enquadrada. No Período Científico são apresentadas outras três escolas, quais sejam, a Positiva, a Terceira Escola e a Escola Moderna Alemã.

2.1 Vingança Privada

Não se sabe ao certo quando começaram as primeiras punições, más pode-se inferir que surgiu com a necessidade de se viver em grupo. Com isso entende-se que o homem precisaria de mecanismos para que as regras naturais de



convivência fossem cumpridas, naquela época sequer havia um raciocínio lógico humano, mas instintos selvagens que instigavam a violência com castigos cruéis que não se limitavam por mais severos que fossem.

Dentre os castigos mais severos estavam a expulsão da tribo, também chamada de expulsão de paz em que o indivíduo era posto a mercê de animais ferozes e das baixas condições de sobrevivência, tendo uma morte cruel e certa.

Assim preleciona Renê Ariel Dotti (1980, p. 3)

A história da pena que revela sua existência foi modelada por totens e tabus que lhe imprimiam contornos místicos enquanto os diversos castigos corporais até a morte traduziam as expressões cruéis da defesa e da vingança. O infrator também poderia ser condenada a perda da paz que se caracterizava pela expulsão do clã e a impossibilidade de sobrevivência diante das forças hostis da natureza, da agressão dos animais ou da dificuldade de colheita de alimentos.

Tal pena tinha o condão de castigar o indivíduo e trazia uma resposta para o meio onde vivia inibindo a prática de novas ações, já nasce aqui resquícios inconscientes das funções da pena que veremos em capítulos posteriores.

Com o processo altamente severo, o homem se viu na necessidade de buscar uma resposta mais justa a determinadas ações, momento em que surgiu um instituto chamado Talião (de talis= tal), um marco na história da pena, pois foi o primeiro que delimitou o espaço da punição e deu uma certa dosagem na aplicação dessa mesma sanção.

O instituto do talião² foi seguido em várias ordenações.

O Código de Hamurábi, da Babilônia (séc. XVIII a.C.) reproduz exatamente o talião e a composição:

§ 196. Se alguém tirar um olho a outro, perderá o próprio olho.

² A lei de talião, do latim *lex talionis* (lex: lei e talio, de talis: tal, idêntico), também dita pena de talião, consiste na rigorosa reciprocidade do crime e da pena — apropriadamente chamada retaliação.



§ 197. Se alguém quebrar um osso a outrem, parta-se-lhe um osso também.

§ 229 e 230. Se o mestre de obras não construiu a casa e esta caindo mata o proprietário, o construtor será morto... E se for morto o filho do proprietário será morto o filho do construtor

§ 209. Se alguém bate numa mulher livre e a faz abortar, deverá pagar dez ciclos pelo feto.

§ 210. Se essa mulher morre, então deverá matar o filho dele.

Exemplo dos mesmos também são encontrados nos cinco livros da Bíblia (Pentateuco) de Moisés (séc. XIV a.C.):

Quem ferir mortalmente um homem será condenado à morte. Quem ferir mortalmente um animal devolverá um semelhante: vida por vida. Se alguém prejudicar a pessoa de seu compatriota, ser-lhe-á feito assim como ele fez. Fratura por fratura, olho por olho, dente por dente; como ele prejudicou a outrem, assim ser-lhe-á feito.

O mesmo pode-se dizer da Lei das XII Tábuas, de Roma (séc. V a.C.):

Tábua VII, n. 11 – Se alguém fere alguém, que sofra a lei de Talião, salvo se houver composição".

2.2 Vingança Divina

Nesse período se buscava a satisfação dos deuses, ou seja, todas as punições eram proporcionais ao pecado cometido contra "DEUS". Uma forte influencia da igreja com o direito canônico e raízes do direito germânico.

O homem utilizava Deus como desculpa para aplicar as penas mais severas possíveis, com interpretações bíblicas inquestionáveis, fora do comum, que impunha privações das mais variadas a fim de punir aquele que fugisse do cumprimento das regras impostas.

Há de se observar que até aqui a privação da liberdade era vista apenas com fim de assegurar a punição que estaria por vir, ou seja, o individuo era colocado em um local ate que as autoridades decidissem o que fazer com ele, não obstante



a influencia da igreja houve uma evolução da prisão-pena que passou a tomar um caráter de custódia e ao mesmo tempo eclesiástico, onde era utilizada para punir clérigos faltosos, o recluso era colocado em celas de mosteiros para meditar e arrepender da infração cometida. O cárcere podia ser interpretado como lugar de penitencia e meditação, surgindo daí a idéia de penitenciária.

Assim preleciona o professor Renê Ariel Dotti (,1980, p. 6)

A Igreja via no delito a expressão do pecado e para redimir a culpa o infrator deveria sujeitar-se a penitencia que poderia aproximá-lo de deus: *quoties inter homines fui, minor homo redii*. Daí então cumprir-se o internamento em prisão de conventos: *Detrusion in monasterium*.

A vingança divina foi adotada na Índia (Código de Manu), Babilônia (Código de Hamurábi), Israel (Pentateuco), Egito (Cinco Livros), Pérsia (Avesta), China (Livros das Cinco Penas) etc.

2.3 Vingança Pública

Uma evolução significativa da aplicação penal, o Estado passa a assumir a função sancionadora. Com a queda de Constantinopla, desaparecimento do feudalismo e em meio a muitas guerras o caos de muita pobreza e desordem se consolidou na Europa levando o Estado a tomar para si a responsabilidade. Com objetivo de buscar o restabelecimento e influenciado pelo direito canônico se consolida a punição publica como única, justa e correta.

Faz-se mister relatar que nesse período, apesar de uma evolução significativa da sanção, o soberano era visto como Deus e as penas eram aplicadas sem proporcionalidade alguma, o poder era concentrado em suas mãos que assim podia exercer a prática punitiva em nome do Estado.

Assim preleciona Renê Ariel Dotti(1980, p. 4)



A pena pública era caracterizada por uma dupla natureza originária: ora se apresentava como exercício de vingança coletiva, ora como sacrifício expiatório. Enquanto essa modalidade penal acarretava sempre a morte do condenado, já a pena privada se admitia a perda da liberdade como sanção propriamente dita imposta ao culpado por furto que era adjudicado ao credor.

Nesse momento se observa várias espécies de penas aplicadas com diferentes objetivos mas que serviram de base para evolução do caráter punitivo, na transição do feudalismo para o capitalismo a pena serviu também para suprir a falta da crescente mão-de-obra, as casas de correção e trabalho em que eram mandados os condenados deram origem ao que hoje chamamos de cárcere. A privação social vigorava em diferentes sentidos, expulsão, trabalhos forçados em esgotos, obrigação de remar em navios de guerra acorrentados, dando origem as construções das verdadeiras prisões.

A prisão tinha também um caráter de segregar indivíduos de classe menos favorecidas, com o escopo de aproveitar mão-de-obra gratuita.

No entanto, o sistema de aplicação punitiva estatal (vingança pública - inquisitória), permanecia baseado em penas pecuniárias, penas corporais e na pena capital.

Com a perda de parte do poder da igreja, o monarca assume quase que inteiramente a titularidade da aplicação punitiva, e como já foi dito, um poder assim sem limitações trouxe um gama de penas exacerbadas e desproporcionais. A pena de morte, aplicada por meios cruéis e desumanos como pela força, fogueira, roda, arrastamento, esquartejamento, estrangulação, sepultamento em vida, etc.

2.4 Período Humanitário

Já era de se esperar que tantas atrocidades aplicadas pelo Estado na pessoa do soberano não poderiam prosperar pois o resquícios de injustiça provindos dos períodos arcaicos ensejavam injustiça e desproporcionalidade na aplicação das penas, pregava-se uma reforma das leis no sentido de contestar idéias absolutistas estabelecendo um caráter mais humanitário as sanções penais.



Nessa época se caracterizou uma explosão de idéias contrárias ao estado, num sentido de verdadeira inovação surgiu o iluminismo. Foram os escritos de pensadores iluministas, Montesquieu, Voltaire, Rousseau e D'Alembert que prepararam o advento do humanismo e o início da radical transformação liberal e humanista do Direito Penal. A busca da razão em contraposição a arbitrariedade. Uma expressa preocupação com aplicação de penas mais justas. Os povos clamavam pelo fim de tanta injustiça e atrocidades meramente disfarçadas.

Não se pode deixar de citar aqui Cesar Bonesana, Marquês de Beccaria, que publicou a obra "Dei Delitti e Delle Pene"³, que, posteriormente, foi chamado de "pequeno grande livro", por Ter se tornado o símbolo da reação liberal ao desumano panorama penal então vigente, Beccaria revolucionou o direito penal delimitando a aplicação do magistrado apenas as sanções previstas em lei, obra exclusiva do legislador ordinário, contrato social entre a sociedade e o estado Quanto a crueldade das penas afirmava que era de todo inútil, odiosa e contrária à justiça. Sobre as prisões de seu tempo dizia que "eram a horrível mansão do desespero e da fome", faltando dentro delas a piedade e a humanidade.

Houve também uma influencia marcante da escola naturalista com os pensadores, Hugo Grócio, Hobbes, Spinoza, Puffendorf, Wolf, Rousseau e Kant. Estes pregavam a natureza humana como fundamento do Direito; o estado de natureza como suposto racional para explicar a sociedade; o contrato social e os direitos naturais inatos. Tais pensamentos levaram a formação de uma corrente denominada jusnaturalismo influenciando o período Humanitário, no qual buscava-se individuais a valorização dos direitos e sanções punitivas proporcionais e que mais tarde se evoluíram em princípios fundamentais basilares do ordenamento jurídico penal.

A escola clássica não trouxe muita inovação, pois buscava, apenas, uma reafirmação das idéias iluministas, o que caracterizou de forma marcante o humanismo nesse processo foi a classificação da pena quanto a finalidade onde surgiu três teorias: Absoluta, que entendia a pena como exigência de justiça.

³ "Dos delitos e das penas" é uma obra que se insere no movimento filosófico e humanitário da segunda metade do século XVIII, ao qual pertencem os trabalhos dos Enciclopedistas, como Voltaire, Rousseau, Montesquieu e tantos outros



Relativa que assinalava a ela um fim prático, de prevenção geral e especial; Mista que, resultando da fusão de ambas, mostrava a pena como utilidade e ao mesmo tempo como exigência de justiça.

2.5 Período Científico

Um avanço histórico abarca essa nova fase no estudo da pena, desde o período das vinganças até o humanismo não se viu evolução como a que ocorre nesse período, aqui há uma preocupação além dos muros do caráter da pena, busca-se um estudo do homem que delinque e a razão pela qual delinque. Tal período é também denominado de criminológico e caracteriza-se por um notável desenvolvimento científico.

Nesse momento verifica-se o intenso estudo da criminologia, vários pensadores darão sua contribuição no sentido de aperfeiçoar o Estado na evolução da aplicação penal. Assim é nesse período que surge um movimento chamado determinismo que postula que todos os fenômenos do universo são ligados as leis e as causas necessárias. Um estudo diferente do ser humano preexistente do humanismo tendo o homem como resultado da vida em sociedade e sujeito a variações no tempo e no espaço, consoante a lei da evolução.

César Lombroso, autor do livro L'uomo Delinquente, criador da "Antropologia Criminal," quem apontou os novos rumos do Direito Penal após o período humanitário, através do estudo do delinqüente e a explicação causal do delito. Seus estudos se deram no sentido apontar o individuo infrator como criminoso nato, com características que já o identificavam desde o seu nascimento. A seu lado surgem Ferri, com a "Sociologia Criminal", e Garofalo, no campo jurídico, com sua obra "Criminologia", podendo os três ser considerados os fundadores da Escola positiva.

Tudo que se tem hoje é fruto dessas teorias criadas desde o período das vinganças até o período humanitário, algumas doutrinas ainda pregam o surgimento de uma nova escola, que misturava idéias clássicas com positivistas, onde se separava do direito penal as demais ciências penais. Não há duvida de que pode ser



dado novo nome ao aperfeiçoamento dessas escolas, data vênua, tem-se maior entendimento de que tudo que surgiu foi mera evolução dos períodos relacionados.

Hoje se vê claramente os princípios humanitários que dão norteamento ao ordenamento jurídico penal, são limitadores da sanção punitiva estatal e permitem a proporcionalidade vista sob a ótica da nova defesa social.



3. HISTORIA DA PENA NO BRASIL

Para se falar da aplicação penal no Brasil vamos levar em consideração a época do descobrimento, visto que, nosso estado ainda não era visto como tal antes desses acontecimentos. Em que pese observarmos os índios que ali viviam e já aplicavam sanções aos membros de suas tribos o direito que surgiu com o escopo de organizar o novo estado colonizado teve sua origem e influencia com os portugueses vindos da Europa. Assim surgiram as ordenações no Período Colonial, os Códigos do Período Imperial e Republicano ate os dias de hoje.

As Ordenações Afonsinas vieram com a chegada dos portugueses ao Brasil, foram as primeiras a serem instituídas no novo estado e foi o primeiro Código completo de legislação a aparecer na Europa, depois da Idade – Média. Ganham esse nome característico porque foram concluídas sob o reinado de D. Afonso V. Não apresentava uma estrutura compatível com os códigos modernos, mas foi considerado uma revolução em sua época perdurando ate o reinado de D. Manuel I onde surgiram as novas ordenações denominadas Manuelinas.⁴

As Ordenações manuelinas surgiram em 1521, mantiveram o plano adotado nas Afonsinas, compreendendo, portanto, cinco livros subdivididos em títulos e parágrafos. As matérias distribuem-se, aproximadamente, segundo a mesma ordem. Mas as alterações são importantes. Quanto à substância, inseriram-se muitos preceitos novos, alguns deles consagrados em leis posteriores às Ordenações de D. Afonso V, e interpretaram-se passagens duvidosas. Paralelamente, foram suprimidas as normas revogadas. Assim, por exemplo: no livro II deixou de figurar a legislação especial para Judeus e Mouros, que uma lei de 5 de dezembro de 1496 expulsara do Reino, e esse mesmo livro deixou de conter, na edição de 1521, a matéria que, entrementes, fora colocada nas Ordenações da Fazenda; no livro IV desapareceu uma importante lei sobre o direito de avoenga. Vigoraram na época das capitanias hereditárias e dos primeiros governadores gerias, aliadas as cartas de

⁴ DOTTI, Rene Ariel, Bases e alternativas para o sistema de pena, 1998, p.43).



doação com força semelhante aos forais definiram as regras do código unitário. Apesar de ser um diploma renovado não teve muita aplicação, pois o arbítrio dos donatários e que impunha as regras jurídicas⁵.

Foram revogadas por novas ordenações, Código Filipino, ordenado pelo rei D. Felipe III na Espanha e II em Portugal que ficou famoso por suas severas penas. Era comum naqueles tempos a freqüência com que era aplicada a pena de morte e pela maneira pela qual a executavam, sendo comum enforcamentos, e mortes pelo fogo, onde o corpo era reduzido à pó. As mortes cruéis, precedidas de torturas e tormentos, ficavam à critério do juiz, essas torturas se resumiam, entre outras a morte por mutilações, marcas de fogo, açoites eram abundantemente aplicados, penas infamantes, degredos, confiscações de bens. Aos delitos, na maior parte, era cominada a pena de morte. Ocorre, porém, que os delitos podiam ser de quatro espécies, havendo uma distância bastante considerável entre a forma mais grave e a mais leve: Morte cruel - a vida era tirada lentamente, em meio a suplícios. Morte atroz - em que se acrescentavam certas circunstâncias agravantes à punição capital, tais como o confisco de bens, a queima do cadáver ou seu esquartejamento, a proscricção de memória, etc. Morte simples - limitada à supressão da vida, sem outros acréscimos Morte civil - eliminava a vida civil e os direitos de cidadania.

As condições pessoais do réu tinham uma grande relevância para determinar o grau de punição, pois os indivíduos de classes sociais inferiores, ficavam reservado às punições mais severas, já à nobreza, ficavam lhes garantido certos privilégios. Essas distinções ainda eram relevantes no que diz respeito ao sexo do réu. A herança deste código é marcada pela desproporção entre o delito praticado e a pena, castigos infames, em que a pessoa do ser humano era exposta de forma vexatória, com o fim de acabar com sua moral e boa fama. O princípio da pessoalidade da pena, que vigora nos dias de hoje, era totalmente desconhecido, pois não raras vezes, a vergonha daquele que sofreu a humilhação era suportada por varias gerações. Um exemplo dessa arbitrariedade foi a execução do mártir da inconfidência mineira, José da Silva Xavier (Tiradentes).

⁵ Idem item 4.”.



As Ordenações Filipinas ainda ultrapassaram Período Imperial, que surgiu com Independência do Brasil, e apesar das expectativas de mudanças e novas leis, ainda perduraram por algum tempo. Mas foi nessa época em o Brasil sofreu grandes modificações pelo reconhecimento de valores políticos, sociais e culturais e estabelecimento de princípios basilares do direito penal. Assim em 1824, surgiu uma nova constituição previu a necessidade de um código criminal, que deveria ter pilares fundados na justiça e equidade. Em 1830 foi sancionado o Código Criminal, pelo imperador D. Pedro I. Este novo código reduziu os delitos que eram apenados com morte, bem como a extinção das penas infamantes. Surgiu a pena de privação de liberdade, na qual substituiria as penas corporais .

Após o proclamação da Republica em 1889, surgiu a necessidade de um novo código, pois um novo estado se convalida, com uma nova política e liberdades mais acentuadas. Em 1890 ocorre a incidência de um novo projeto, “Código Penal dos Estados Unidos do Brasil”, que possuía penas mais brandas, e com caráter de correção. Um ano depois a Constituição foi promulgada, abolindo algumas penas impostas pelo atual Código Penal. Mas foi a constituição de 1934 que extinguiu as penas de banimento, morte, confisco de bens e as de caráter perpétuo, com exceção em caso de guerra declarada a pena capital.

Em 1937, mais modificações, novo governo, novas idéias, a Constituição Federal é outorgada pelo presidente Getulio Vargas, criam-se crimes políticos, figura da pena de morte reaparece e direitos e garantias individuais são limitados em detrimento do bem publico e a segurança do Estado. ⁶

O novo ministro da justiça Francisco Campos designou o professor Alcântara Machado para estudar as mudanças na lei penal, e realizar as devidas alterações. O anteprojeto de Alcântara Machado previa as penas de reclusão, detenção, segregação e multas. O anteprojeto ainda adotou o sistema dualista (penas e medida de segurança), além dos efeitos da condenação, como registro e a publicação da sentença, o confisco e a inabilitação. ⁷

⁶ SHECAIRA e CORRÊA JUNIOR, 2002, 42

⁷ DOTTI, Rene Ariel, Bases e alternativas para o sistema de pena, 1998, p.65a 66).



Em 31 de dezembro de 1940 é publicado o novo Código Penal. Erigido sobre o Anteprojeto Alcântara Machado, com redação principal de Nelson Hungria.⁸

Em 1946 a Constituição Federal foi novamente promulgada, esta limitava o poder punitivo do Estado e consagrou-se, formalmente, a individualização e a personalidade da pena.

Em 1964 houve o golpe militar, mas as leis penais não sofreram alterações, houve sim um cerceamento das garantias formais da legislação pela ação da polícia armada, influenciada pela ditadura militar.

O Código Penal de 1969 foi outorgado pelos ministros da Marinha de Guerra, do Exército e da Aeronáutica Militar, junto com a Nova Lei de Segurança Nacional. A pena de morte, prisão perpétua e a pena de 30 anos de reclusão para crimes políticos eram revividas, e as garantias processuais eram reduzidas.

Em 1969 os ministros promulgaram uma emenda à constituição de 1967, desfigurando-a de maneira essencial. Este futuro diploma previa de forma expressa em seu artigo 37 a finalidade de prevenção especial, proclamando que a execução penal deve ser promovida de maneira a exercer sobre o condenado uma individualizada ação educativa no sentido de sua recuperação social

O Código Penal de 1969 ficou conhecido pelo *vacatio legis* mais longo da nossa história, sendo revogado pela Lei n. 6.578/78 .A Emenda Constitucional 11, de 13 de outubro de 1978, reprimiu novamente a pena capital, a prisão perpétua e o banimento.

A lei 7.209, de 11 de julho 1984 fez uma reforma na parte geral do Código Penal de 1940. Esta reforma trazia consigo a abolição das penas acessórias e o sistema do duplo binário (responde com a pena criminal e medida de segurança), passando o nosso sistema a ser regido pelo sistema vicariante (responde com a pena criminal ou medida de segurança, ficando o ultimo reservado apenas para os inimputáveis). “A publicação da sentença, por seu caráter infamante, foi extinta e a perda da função pública tornou-se um efeito necessário da condenação criminal. René Ariel Dotti leciona que “o Anteprojeto de revisão da Parte Geral do Código Penal brasileiro adotou algumas idéias básicas em torno das quais

⁸ Idem , item 6.



se desenvolveria todo o esquema proposto das reações criminais”. Assim ele nos ressalta cinco linhas fundamentais, que seria: o repúdio à pena de morte, a manutenção da prisão, as novas penas patrimoniais, a extinção das penas acessórias e a revisão das medidas de segurança

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988, fez-se necessário fazer algumas atualizações, pois a nova Carta Magna trazia novas modalidades de sanções penais e ainda renovava na linguagem utilizada no rol constitucional de penas.

As alterações sofridas por esta Lei destacam-se os requisitos para a substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direito.

Há de se observar nesse contexto histórico uma evolução gradual da aplicação penal no Brasil, que teve suas origens trazidas da Europa. Verifica-se que essa execução penal muito tem haver com o momento histórico em que passava o Estado brasileiro, no tempo em que era dominado pelos europeus, vigorava o direito europeu, as intensas influencias porque passavam faziam um paralelo junto a sociedade da época. Nota-se diretamente como o direito regulava as questões de cada sociedade, o Brasil Colônia, O Brasil Império e o Brasil Republica ate os dias de hoje. Ficou claro dentro do estudo empreendido as modificações que sofreram a pena no decorrer dos tempos, tornando-se mais justa, com finalidades mais humanistas e cada vez mais limitadas, penas mais brandas e proporcionais ao delito cometido, a possibilidade da remissão e a reinserção do individuo criminoso que já cumpriu pena na sociedade.

Muitos questionam esse abrandamento da aplicação penal, acredita-se que a população tem uma certa sensação de impunidade, mas buscar penas mais rigorosas e ilimitadas é um retrocesso social abarcado pela inobservância do passado



4. A REINCIDÊNCIA NO BRASIL

A reincidência tem suas origens no direito romano e germânico. No Brasil, reincidência sempre esteve presente como sendo uma circunstância agravante de pena. O Código Criminal do Império de 1830, em seu art. 16, § 3º, preconizava: "*Ter o delinquente reincidido em delicto da mesma natureza*", assim, para aplicação deste instituto se fazia necessário que o crime fosse da mesma natureza, um mero tipo de reincidência específica.

Com a produção do Código Penal de 1890, houve uma mudança significativa no tocante à reincidência; a inclusão da necessidade do trânsito em julgado da sentença, mas ainda continuava-se com o entendimento de que o crime deveria ser da mesma natureza, conforme se observa no art. 40, que dispunha:

A reincidência verifica-se quando o criminoso, depois de passada em julgado a sentença condenatória, comete outro crime da mesma natureza e como tal entende-se, para os efeitos da lei penal, o que consiste na violação do mesmo artigo.

Ante o exposto só era reincidente quem cometia o mesmo crime, mas o Código Penal de 1940 deu uma nova interpretação ao instituto no art. 46, § 2º, em que os crimes da mesma natureza eram os "previstos no mesmo dispositivo legal, bem como os que, embora previstos em dispositivos diversos, apresentam, pelos fatos que os constituem ou por seus motivos determinantes, caracteres fundamentais comuns", aumentando de forma significativa o campo da reincidência.

Em 1969, durante regime militar, extinguiram a reincidência específica e posteriormente com a Lei 6.416/77, houve a inclusão do sistema de temporariedade, ou seja a necessidade de um lapso temporal de cinco anos entre a data do



cumprimento ou extinção da pena anterior e nova infração penal, desta forma afastando de vez o sistema da perpetuidade.

Nesse sentido, Damásio de Jesus não considera qualquer lapso temporal entre o termo a quo e a prática do novo crime e quanto maior o período do tempo, mais firme se mostra a tendência criminosa do agente.

A reforma do Código Penal, através da Lei nº 7.209, de 11 de julho de 1984, é que deu a redação atual no tocante ao instituto da reincidência em seu art. 63, da seguinte maneira: "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".

Esta forma de reincidência adotada atualmente pelo nosso ordenamento é doutrinariamente chamada de reincidência ficta, ou seja, a mesma ocorre quando o sujeito comete um novo crime após haver transitado em julgado uma sentença que o tenha condenado por delito anterior, diferente da reincidência real, que se dá quando o sujeito pratica nova infração após cumprir total ou parcialmente a pena importa em face do crime anterior, conforme nos ensina o mestre Damásio E. de Jesus (2003, p 565).

Entre os efeitos previstos no Código Penal podemos citar, além do agravamento da pena (art 61, I), o impedimento à concessão da suspensão condicional da execução da pena (art. 67), aumenta o prazo do cumprimento da pena para a obtenção do livramento condicional (art 83, II), aumenta o prazo da pretensão executória (art. 110, caput), interrompe a prescrição (art 117, VI), impede algumas causas de diminuição de pena (arts. 155, § 1º, 170 e 171, § 1º), além de constituir uma circunstância preponderante quando em concurso de agravantes (art. 67, caput).

Há de se salientar que para gerar seus efeitos, a reincidência ou o novo ato delituoso, deve ocorrer dentro um período não superior a cinco anos entre a sentença condenatória transitada em julgado da infração anterior, conforme dispõe os art. 64, I do Código Penal:

Não prevalece a condenação anterior, se entre a data do cumprimento ou extinção da pena e a infração posterior tiver decorrido período de tempo superior a 5 (cinco) anos, computado o período de prova da suspensão ou do livramento condicional, se não ocorrer revogação



4.1 A Pena e a Reincidência

Se notarmos o período das vinganças até os dias de hoje, observaremos o quanto as sanções penais foram relevantes para o desenvolvimento de cada sociedade temporal, poderemos dizer que, sem elas, evidentemente, seria impossível manter a ordem e a disciplina.

Em que pese a maneira como foi aplicada em cada período ensejar tratamentos desumanos e até exacerbados de tortura, o fim almejado pela pena sempre alcançava seus ideais exercendo a função social de sua época. Como política de prevenção e retribuição sua severidade abarcava os castigos mais cruéis e vingativos, mas a cada renovação tentava-se impor limites para que injustiças não tomassem o lugar do fins colimados pelas devidas sanções.

Assim preleciona Rogério Greco (Curso de Direito Penal, parte geral, p. 523)

Hoje, percebe-se haver, pelo menos nos países ocidentais, uma preocupação maior com a integridade física e mental, bem com a vida dos seres humanos. Vários pactos são levados a efeito por entre as nações, visando a preservação da dignidade da pessoa humana, buscando afastar de todos ordenamentos jurídicos tratamentos degradantes e cruéis

Como assimilado por Rogério Greco, alguns países tem essa preocupação no sentido de considerar o ser humano como pessoa, mas em outros o sistema de penas não evoluiu de uma maneira ascendente. O alto índice de criminalidade ensejava penas cruéis como a castração nos crimes de estupro e ate pena de morte.

Por outro lado, observou-se que não é o grau de sofrimento imposto pela pena que, de certa forma inibe o individuo a cometer os crimes, pois se assim fosse não haveria crimes em décadas marcadas pela total liberdade em se aplicar as



sanções. Épocas em que não se possuía limites nem proporcionalidade como exigência para punir.

Num passado, não tão distante veio a lei dos crimes hediondos⁹, que impunha penas mais acentuadas, maior dificuldade de progressão, mesmo assim crimes hediondos continuavam a acontecer. Não era essa a solução.

O Estado tem, hoje, como regra, penas mais brandas, institutos despenalizadores, segregação da liberdade em ultimo caso, princípios constitucionais limitadores cada vez mais eficientes dentro de um estado democrático de direito, e ainda assim não se tem a resposta que se busca para um sistema penal eficiente.

Passamos ao estudo da pena em si mesma para ver qual a finalidade e o que busca realmente o estado com a sua aplicação, o que é considerado eficiente no âmbito da aplicação ou execução penal pelo Estado.

4.2 Teoria Geral da Pena

No contexto histórico da aplicação penal, as sanções, por mais severas que fossem tinham em seu bojo um caráter preventivo e retributivo. No inicio as chamadas vinganças privadas tinham o escopo de castigar o individuo criando uma certa retribuição em relação a vitima, e teor cruel, degradante e severo, uma política de prevenção para que o individuo não cometesse mais crimes. Hoje se observa os fins da pena na proteção dos bens jurídicos e também numa preocupação com o individuo infrator e sua reinserção no meio social.

A pena é instrumento de que vale o direito penal para atingir seus objetivos, é a consequência do delito cometido, resposta estatal para o infrator. Mas antes de ser aplicada deve ser observado se realmente se faz necessária sua aplicação, quando todas outras medidas mais simples falharem. Deve ter também um caráter

⁹ Lei Federal n ° 8072/90 surgiu como uma esperança no combate a determinados crimes que devido a sua gravidade e consequências passaram a ser considerados hediondos, merecendo um tratamento diferenciado, como uma forma de reprimir os atos de barbárie que são praticados contra as pessoas que vivem sob a égide da lei. No decorrer dos anos, ficou mais do que demonstrado que a denominada Lei dos Crimes Hediondos de forma isolada não foi capaz de conter ou impedir o aumento da violência



de reprovabilidade, como censura a conduta do ofensor e como reparação da norma, deve causar um certo sofrimento ao condenado como forma de retribuição pelo mal cometido. E por último deve também servir como meio de evitar outros crimes.

Assim, nascem algumas teorias para explicar a função da pena, dentre elas temos a **teoria absoluta** que entende que a pena só existe como uma mera retribuição jurídica, não há uma finalidade em si mesma. A **teoria relativa** fundamenta-se na prevenção do crime, que pode ser de caráter geral e especial e por fim temos a **teoria mista ou unificadora** que reconhece na pena tanto um caráter de retribuição quanto de prevenção.

A teoria absoluta advoga a tese da retribuição, ou seja o indivíduo tem que pagar pelo crime cometido, não há um fim socialmente útil, apenas a busca de um sentimento de compensação. Desde os primórdios já se observava resquícios dessa teoria, sua satisfação vista com a pena que correspondesse em duração e intensidade com a gravidade do delito.

Tal teoria representa a resposta estatal perante a sociedade, assim preleciona Rogério Greco:

A sociedade em geral contenta-se com essa finalidade, porque tende a se satisfazer com essa espécie de “pagamento” ou compensação feita pelo condenado, desde que, obviamente, a pena seja privativa de liberdade. Se ao condenado for aplicada uma pena restritiva de direito, ou mesmo de multa, a sensação, para a sociedade, é de impunidade, pois que o homem, infelizmente, ainda se regozija com o sofrimento causado pelo aprisionamento do infrator. (Greco, Rogério, Curso de Direito Penal, parte geral, p.525).

A teoria relativa se reparte na idéia de prevenção geral positiva e negativa, e prevenção especial também positiva e negativa.

Na idéia de prevenção geral negativa também chamada de prevenção por intimidação, busca-se demonstrar que a pena aplicada ao indivíduo seja refletida junto a sociedade, ou seja, que as demais pessoas vejam as sanções aplicadas e com isso não queiram se inserir no mundo criminoso, influenciar os demais tendentes a cometer infrações a se comportarem de acordo com as regras sociais. Uma forma de persuadir as pessoas a voltarem sempre para um caminho reto, de acordo com os fins colimados pelo direito.



A prevenção geral positiva também chamada de integradora, vai além da persuasão de infratores, ela abarca a consciência geral, a necessidade do respeito e fidelidade as regras sociais, assim busca a integração da norma ao comportamento da sociedade em geral.

A prevenção especial negativa pode ser vista como uma neutralização daquele que cometeu a infração, ou seja, a privação de sua liberdade. O individuo e retirado, momentaneamente, daquela sociedade em que não venha a cometer novas infrações.

É a chamada Inocuidade que Von Listz¹⁰ apresentou em seu Programa de Marburgo em 1882. Dizia o renomado autor:

[...] a luta pela delinquência habitual pressupõe um exato conhecimento da mesma. Esse conhecimento ainda hoje nos falta. Trata-se, com efeito, somente de um elo dessa corrente, frise-se, o mais perigoso e significativo, de manifestações patológicas da sociedade que nós comumente agrupamos sob a denominação de proletariado. Mendigos e vagabundos, indivíduos alcoolizados e dados a prostituição, sujeitos de vida errante e desonestos, degenerados física e espiritualmente, que concorrem todos os dias para a formação do exército dos inimigos capitais da ordem social, exército cujo Estado maior parece formado por delinquentes habituais.

É a finalidade da reincidência.

A Teoria da Prevenção Especial negativa visa a pessoa criminalizada, mas, diferente da teoria positiva, não tem finalidade de melhorar o delinquente, apenas objetiva neutralizar os efeitos de sua inferioridade a custas de um mal para o sujeito delinquente, que será um bem para a sociedade. Tem o escopo de afastar o individuo da sociedade.

A neutralização ou inocuidade poderá ser temporária ou definitiva. Terá um caráter temporal quando se afasta o sentenciado de forma perpetua, ou por um determinado período da vida social, custodiando-o. Pode ter um caráter definitivo quando se trata da pena de morte (não se conhece nesta hipótese nenhum caso de reincidência) ou relativo quando destrói parcialmente a pessoa a pessoa e, por

¹⁰ APUD: FERRAJOLI, Luigi. Direito e Razão. Teoria do Garantismo Penal. Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. p. 250



exemplo, castra-se o esturador ou cortam-se as mãos do assaltante ou, ainda, as pernas do trombadinha etc.

Como se sabe, a pena de prisão hoje possui apenas uma função de custódia e controle do recluso. Essa última tem sido considerada o verdadeiro fundamento da prisão, uma vez que durante o tempo em que ele estiver preso, não poderá delinquir. E é nessa afirmação que tem se baseado a teoria penitenciarista americana “Incapacitation”.

O fundamento principal da teoria está em inocuizar o preso, sem preocupar-se com a sua ressocialização. Dizem seus defensores que, para alguns delinquentes, especialmente os perigosos, a privação de liberdade se esgota em uma função puramente de custódia e na consequente segurança para a sociedade que durante o tempo de reclusão nada tem a temer com eles, sendo que, dependendo da periculosidade desse criminoso, esse tempo poderá ser indefinido. Isso acaba por sustentar a pena de prisão perpétua e também a pena de morte.

O pressuposto dessa incapacitação é o prognóstico da periculosidade criminal, ou seja, da probabilidade de que o sujeito condenado possa voltar a cometer crimes. Baseia-se na reincidência, na gravidade do delito cometido e, algumas vezes, em estudos sobre a personalidade, ambiente social e familiar. A reincidência é o critério básico utilizado para prolongar a pena de prisão. Em algumas vezes é considerada uma agravante que obriga a incrementar ou impor em seu grau máximo a pena prevista e outras vezes é usada como pressuposto de outros tipos de reações, como a aplicação de uma medida de retenção ou custódia de segurança ou como a negação de liberdade condicional ou uma redução da duração da pena.

A reincidência veio dos Estados da Califórnia, nos anos 70, onde criou-se a regra do *three strikes and you are out*, que diz que o sujeito que cometer um terceiro delito, mesmo que de pouca gravidade, depois de dois graves, deve ser castigado com uma pena de prisão perpétua ou de vinte e cinco anos, no mínimo. Essa regra



tem aumentado a população carcerária que certamente precede dos níveis mais baixos economicamente, especialmente das minorias negras e hispânicas.

A neutralização enfatiza a irracionalidade entre o fato e a sanção faz sucumbir o próprio Estado democrático de direito que apresenta suas premissas nas garantias e direitos fundamentais do indivíduo que estão na Carta de 1988, facilita os eventuais abusos ou arbitrariedades, pois rompe com o ideal de garantismo do direito penal, uma vez que nem ao menos previne porque atua após a prática de um crime, não buscando, ao menos, um fim preponderante.

Também Hassemer¹¹ criticou essa teoria dizendo que o maior problema está nos casos em que permite-se a obtenção de penas indefinidas e indeterminadas, pois enquanto não estiver apto ao convívio em sociedade, o delinqüente deverá permanecer afastado dela, sendo que então, abrem-se portas para as penas perpétuas ou de morte.

Apesar de todas as críticas que são atribuídas à teoria, tanto em sua forma positiva quanto negativa, alguns méritos lhe são reconhecidos. A Teoria da prevenção Especial chama a atenção sobre a pena sob dupla perspectiva: pragmática e humanizadora. Essa dupla característica manifesta-se tanto em sua cooperação em despojar de abstrações a compreensão da pena e em destacar a necessidade de ponderar os benefícios e os prejuízos decorrentes de sua aplicação, em relação ao fim que ela percebe, quanto em sua exigência em atender ao homem concreto, procurando adaptar a suas peculiaridades a aplicação da pena.

Outro aspecto importante é a medição da pena, pois a Teoria Especial permite conhecer as circunstâncias pessoais que levaram o indivíduo a cometer o fato delitivo, facilitando uma melhor consideração sobre as possibilidades de aplicar-lhe um substitutivo penal, evitando-se, quando possível, o encarceramento.

A prevenção especial positiva baseia-se na influencia exercida sobre o infrator para que não volte a cometer mais crimes, ou seja, tem um caráter ressocializador, fazer com que o indivíduo pense nas consequências do crime. Essa teoria visa,

¹¹ MORAES, Alexandre Roxa Almeida. Direito Penal do Inimigo: a terceira velocidade do direito penal. Ed. Curitiba: Juruá.



especificamente, aquele que já delinuiu, direcionando-o ao convívio harmônico com as regras da sociedade

A teoria mista, junção das duas teorias relativa e absoluta, e também a teoria adotada pelo código penal brasileiro, visão da pena como retribuição e prevenção, a idéia justo e do útil no mesmo plano objetivando a justificação da medida punitiva.

Assim preleciona a parte geral do código penal em seu artigo 59:

Artigo 59. O juiz, atendendo a culpabilidade, aos antecedentes, a conduta social, a personalidade do agente, aos motivos, as circunstâncias e conseqüências do crime, bem como o comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para a reprovação e prevenção do crime:

I- (...)

II- (...)

III- (...)

IV -(...)

A reprovação e a prevenção do caput do artigo retrata a teoria aplicada pelo código penal brasileiro, assim preleciona Rogerio Greco (Curso de Direito Penal, parte geral, p.524).

:

De acordo com nossa legislação penal, entendemos que a pena deve reprovar o mal produzido pela conduta praticada pelo agente, bem como prevenir futuras infrações penais.

4.3 As Teorias da Pena e a Reincidência

A agravante da reincidência, prevista no art. 61, I, do Código Penal pátrio, é, uma afronta ao Estado Democrático de Direito, a exacerbação da pena do reincidente é, via de regra, efetivada de maneira automática pelo operador do direito, sem que seja analisada a pertinência das críticas comumente tecidas em relação à agravante, tornando-se uma arbitrariedade incontestada do poder público aos sistemas garantistas ensejadores das práticas consubstanciadas no direito humanitário.

É cediço que a sociedade tem, de sobremaneira, um sentimento de repulsa referente a aplicação penal, pois anseia por sanções mais severas para aqueles que cometem crimes. Assim o Estado no afã de se combater a criminalidade, a qualquer



custo, permite que algumas garantias penais e processuais penais terminem sendo, sensivelmente, reduzidas ou suprimidas.

O tratamento conferido ao reincidente também tende a ser o mais rigoroso possível. A condição de reincidente acarreta uma série de efeitos gravosos, dentre os quais se destaca o agravamento da pena.

Antes de adentrar as discussões das teorias da pena em si mesmas, há de destacar que, nessa seara, existem, por um lado, as teorias que questionam e combatem a existência do Direito Penal (teorias deslegitimadoras) e, de outra banda, há teorias que defendem a necessidade do Direito Penal, tendo em vista que a pena é dotada de determinadas finalidades em relação ao corpo social ou em relação ao autor do delito (teorias legitimadoras).

Assim pondera Jorge de Figueiredo Dias, “as questões fulcrais da legitimação, fundamentação, justificação e função da intervenção penal estatal” devem ser examinadas à luz das finalidades da pena. O autor argumenta que “a questão dos fins da pena constitui, no fundo, a questão do destino do direito penal”.¹²

O Código Penal brasileiro, ao estabelecer, em seu artigo 59, que o juiz fixará a pena necessária e suficiente para a reprovação e prevenção do crime abarcou algumas teorias legitimadoras da pena. A referência à “reprovação e prevenção do crime” encontra-se inserida no art. 59, o qual contém as circunstâncias a serem consideradas na primeira fase da dosimetria da pena, isto é, à fixação da pena-base. Todavia, a busca da concretização dessas finalidades da pena não se exaure nesse primeiro momento.

Com efeito, nos termos do art. 68 desse mesmo diploma legal, a dosimetria da pena possui três fases distintas. Em primeiro lugar, o magistrado, com base nas

¹² DIAS, Jorge de Figueiredo. *Questões Fundamentais de Direito Penal Revisitadas*. São Paulo: RT, 1999, p. 89.



circunstâncias previstas no art. 59, fixará a pena-base; no segundo momento, aplicará as circunstâncias agravantes e atenuantes; por fim, na terceira fase, aplica as causas de diminuição e de aumento de pena. Consagrou-se, pois, o sistema trifásico de aplicação da pena.

Não se pode considerar que as finalidades da pena somente devem ser buscadas no momento da fixação da pena-base. Na realidade, é a pena definitiva, e não apenas a pena-base, que deve ser necessária e suficiente para a reprovação e prevenção do crime. Assim, diante desta premissa, seria inadmissível aplicar a agravante da reincidência caso se constatasse que a mesma não se presta para reprovar ou prevenir o crime.

4.4 A Teoria do Etiquetamento e a Reincidência.

Algumas teorias proclamam uma política contrária ao Direito Penal, são as teorias deslegitimadoras, dentro das quais se enquadram as correntes abolicionistas e minimalistas.

O abolicionismo, que tem Louk Hulsman como principal expoente, defende a extinção imediata do Direito Penal. Por outro lado, os minimalistas radicais (por exemplo, Baratta e Zaffaroni) sustentam que ao Direito Penal devem ser impostas uma série de limitações, a fim de que, paulatinamente, seja possível extingui-lo. Pode-se, assim, afirmar que os abolicionistas e os minimalistas radicais diferenciam-se quanto ao momento de extinção do Direito Penal; para os primeiros, essa extinção deve ser imediata, ao passo que os segundos consideram que essa extinção precisa ser gradual.

Paulo Queiroz adverte que o minimalismo radical “propõe, imediatamente, a máxima contração do âmbito de atuação do sistema penal, preservando-o, assim,



residualmente, e só mediatamente a abolição – a longo prazo – desse sistema de controle social”¹³

Os minimalistas pregam a subsidiariedade do Direito Penal, de modo que, se um bem jurídico pode ser tutelado por outro ramo do ordenamento jurídico – como o Direito Civil ou o Direito Administrativo – não se faz necessária a utilização do Direito Penal. Deste modo, como observa Zaffaroni, o minimalismo, “a exemplo do abolicionismo, nega a legitimidade do sistema penal, tal como hoje funciona, mas propõe uma alternativa mínima que considera um mal menor necessário”.

A teoria deslegitimadora afronta o caráter seletivo do Direito Penal, sob o argumento de que se trata de um ramo destinado a certos setores da sociedade. A seletividade ocorre tanto por meio da criminalização primária (escolha de quais condutas devem ser consideradas delituosas), quanto através da criminalização secundária (aplicação da sanção criminal).

Nesse passo há de observar que tanto os abolicionistas, quanto os minimalistas, afastam a aplicação da circunstância agravante da reincidência. Para eles seria uma mera aplicação da teoria do “labelling approach”. Assim Paulo Queiroz¹⁴:

O abolicionismo e o minimalismo contemporâneos são movimentos de política criminal, vertentes da assim chamada nova criminologia ou criminologia crítica, surgida nos Estados Unidos por volta dos anos 60 e 70, que, rompendo com a criminologia tradicional (a criminologia positiva), e sob a influência das teorias sociológicas principalmente (das mais diversas tendências), contrapõem ao paradigma etiológico, próprio da criminologia positiva, um novo paradigma, o paradigma do controle”.

¹³ QUEIROZ, Paulo. Funções do Direito Penal: legitimação versus deslegitimação do sistema penal. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 101.

¹⁴ QUEIROZ, Paulo. Funções do Direito Penal: legitimação versus deslegitimação do sistema penal. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 86-87.



A teoria do etiquetamento, também conhecida como teoria do “labelling approach”, surgiu nos Estados Unidos nas décadas de sessenta e setenta, tendo Howard Becker, Erving Goffman e Edwin Lemert como principais expoentes. A teoria do “labelling approach” é uma reação ao paradigma etiológico da criminologia positivista, que, consoante adverte Alessandro Baratta, tinha como principal objeto de estudo os fatores biológicos e psicológicos do delinquente.

Assim o foco do estudo era a influência da sociedade nos processos de criminalização, as formas de desvio das pessoas, inserindo-as no mundo do crime. O “labelling approach” se pauta no primeiro comportamento delitivo praticado pelo sujeito decorrente de fatores sociais, culturais ou psicológicos e no fruto das diversas forças de reação da sociedade contra o primeiro delito praticado, bem como na existência das carreiras criminais causadas pela sanção penal e os preconceitos, estigmas e estereótipos sofridos pelo apenado

A reincidência estaria num plano firmado na consequência das reações do primeiro delito, fruto do processo de etiquetamento, que torna o condenado mais vulnerável a ser “escolhido” pelo Direito Penal.

A reincidência e os antecedentes criminais são verdadeiras etiquetas, que, em verdade, servem de estímulo para que se concretize o desvio secundário, isto é, para que esses sujeitos adentrem no contexto das carreiras criminais. Assim, Bissoli Filho¹⁵:

Estes estigmas, “valorosos” instrumentos de diferenciação formal dos indivíduos, capazes de identificá-los pessoal e socialmente, acabam sendo incorporados pelo indivíduo etiquetado (auto-etiquetas), transformando-se, em face da proposição contida na etiqueta, em um “corredor”, para onde o mesmo será empurrado, iniciando, com grande probabilidade de êxito, uma “carreira criminal”.

O abolicionista Louk Hulsman assevera que “o sistema penal cria o delinqüente, mas, agora, num nível muito mais inquietante e grave: o nível da

¹⁵ BISSOLI FILHO, Francisco. Estigmas da criminalização: dos antecedentes criminais à reincidência criminal. Florianópolis: Obra Jurídica, 1988, p.217.



interiorização pela pessoa atingida do etiquetamento legal e social”¹⁶. Do mesmo modo, manifesta-se o minimalista Zaffaroni¹⁷:

Nas prisões encontramos os estereotipados. Na prática, é pela observação das características comuns à população prisional que descrevemos os estereótipos a serem selecionados pelo sistema penal, que sai então a procurá-los. E, como a cada estereótipo deve corresponder um papel, as pessoas assim selecionadas terminam correspondendo e assumindo os papéis que lhes são impostos”

Pela teoria do etiquetamento percebe-se que, a prática um novo delito é decorrência, dentre outros aspectos, da imposição de uma sanção criminal. Deste modo exacerbar a pena do reincidente não é uma medida impõe um raciocínio capcioso. Para Zaffaroni e Pierangeli¹⁸ é melhor que a reincidência se torne uma atenuante, tendo em vista a maior vulnerabilidade do reincidente e o caráter criminógeno da pena

Convém advertir que os referenciais teóricos das teorias deslegitimadoras (tais como o caráter criminógeno da pena, a seletividade do Direito Penal, o etiquetamento e o desvio secundário) são de extrema relevância para se estudar, de forma crítica, as teorias legitimadoras da pena.

4.5 A Reincidência na Retribuição e na Prevenção

As teorias absolutas apontam como finalidade da pena a reprovação ou retribuição do mal causado pelo delinquente, isto é, uma resposta do Estado contra o fato delituoso, configurando, nas palavras de Juarez Cirino dos Santos, “a imposição de um mal justo contra o mal injusto do crime”

¹⁶ HULSMAN, Louk; BERNAT DE CELIS, Jacqueline. Penas perdidas: o sistema penal em questão. Trad.: Maria Lúcia Karam. 2.ed. Niterói: Luam, 1997, p. 69.

¹⁷ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Em busca das penas perdidas: A perda de legitimidade do sistema penal. 5. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001, p. 130.

¹⁸ ZAFFARONI, Eugênio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. Manual de direito penal brasileiro: parte geral. 4. ed. São Paulo: RT, 2002, p.837)



Para Roxin a justificação de tal procedimento não se depreende, para esta teoria, de quaisquer fins a alcançar com a pena, mas apenas da realização de uma idéia: a justiça¹⁹.

Não há dúvidas, contudo, de que a força das teorias absolutas decorreu das duas últimas modalidades de retribuição, as quais foram defendidas, respectivamente, por Kant e Hegel.

Kant considerava a pena um “imperativo categórico”, isto é, um mal necessário para retribuir o mal causado pelo crime. A pena não poderia ter qualquer função utilitarista, uma vez que o homem jamais deveria ser tratado como uma coisa. O homem, para Kant, é um fim em si mesmo. Por conseguinte, corroborando essa tese, Kant asseverou que:

Mesmo se a comunidade de cidadãos, com a concordância de todos os membros, se dissolvesse, o último assassino encontrado na prisão deveria ser previamente executado, para que cada um receba o valor de seu fato e a culpa do sangue não pese sobre o povo que não insistiu na punição.²⁰

Hegel, a outro giro, desenvolveu um raciocínio pautado na retribuição jurídica. Para ele, em sendo o crime uma violação às normas jurídicas, a pena seria o mecanismo utilizado para recompor a ordem jurídica lesada. Trata-se, pois, de uma concepção dialética, em que, enquanto o crime é a negação do direito, a pena atua como negação do crime e, conseqüentemente, restabelece o direito.

A maior contribuição das teorias absolutas, sem dúvida, reside no fato de ostentar uma noção de proporcionalidade entre o mal causado e a pena, de modo que, quanto mais grave o crime, maior deve ser a pena. Consoante Gamil Föppel, “Kant adotou as idéias da Lei de Talião, em que a reprimenda seria tal qual a conduta”, aduzindo, ainda, que “a Teoria de Kant logrou estabelecer, ao contrário do

¹⁹ ROXIN, Claus. Problemas Fundamentais de Direito Penal. Tradução: Ana Paula dos Santos Luís Natscheradetz. 3.ed. Lisboa: Vega Universidade, 2004, p. 16.

²⁰ KANT apud SANTOS, Juarez Cirino dos. Direito Penal: Parte Geral. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2006, p. 455.



que afirma Roxin, uma concepção inicial de limite às penas, embasando-se, para tanto, na idéia de proporcionalidade”, Paulo Queiroz assinala que:

O principal mérito da fundamentação retributiva radica no fato de que a pena, independentemente dos fins a que se destine, deve ter sempre o delito como pressuposto, isto é, o crime conceitualmente é retribuição de um “mal” e há de ser sempre proporcionada ao comportamento delituoso praticado, razão pela qual se presta, assim, a coibir abusos por parte do Estado na sua graduação²¹.

Quanto a reincidência, considerando a ideia de proporcionalidade, temos que as teorias absolutas não se prestam para justificar a finalidade da agravante. Como anteriormente observado, a reincidência pressupõe, necessariamente, a reiteração de condutas delitivas, sendo que, ao réu considerado reincidente, será aplicado um aumento de pena na dosimetria. Sucede que, com amparo nas idéias retribucionistas, o mal causado pelo primeiro delito já foi retribuído com a primeira pena, razão pela qual é forçoso compreender que os seus efeitos se exauriram nesse primeiro momento. Assim esclarece Luigi Ferrajoli

A condição do reincidente (ou pré-julgado), culpabilizada desde a Antigüidade, foi duramente criticada por muitos escritores iluministas que com razão rechaçaram, por respeito ao princípio de retribuição, a hipótese de que fosse considerada como motivo para o agravamento da pena. “A pena”, escreve Pagano, “cancela e extingue integralmente o delito, restaurando, ao condenado que a sofreu, a condição de inocente ... Portanto, não se pode importunar o cidadão por aquele delito cuja pena já tenha sido cumprida”. E Morelly chega, inclusive, a pedir que seja castigado quem ousar recordar publicamente as penas sofridas no passado por alguém em face de delitos precedentes. Essas indicações foram, contudo, totalmente subvertidas na segunda metade do século XIX pela regressão positivista da cultura penal, que centrou grande parte da nova política criminal na relevância e no tratamento dos tipos de autor, mais do que nos de delito.

A natureza do delito não é modificada pelo fato de ter sido praticado pelo reincidente. Pela teoria da retribuição o crime praticado por um reincidente não

²¹ QUEIROZ, Paulo. Funções do Direito Penal: legitimação versus deslegitimação do sistema penal. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 23.



representa um mal maior, pois o dano sofrido pela vítima não será mais intenso pelo fato de ser o autor do delito reincidente, a pena retribui o crime praticado, seria equivocado fundamentar o aumento de um novo crime em um delito em que já se tenha plicado os fins da pena, seria manifesto bis in idem.

4.6 A Reincidência e a culpabilidade

A Escola Positiva fundamentou a aplicação da pena na periculosidade, diferente da Escola Clássica que adotou, como pressuposto da pena, a culpabilidade, na tentativa de fundamentar a reincidência segundo os ditames de um direito penal do fato, muitos autores passaram a afirmar que a culpabilidade do crime praticado pelo reincidente é mais acentuada.

Com fulcro no princípio da culpabilidade, pode-se afirmar que a pena adequada para retribuir o crime praticado deve se pautar na culpabilidade. Utilizando essa linha de raciocínio, de fato, é bem possível que se chegue à conclusão de que as teorias absolutas podem legitimar a agravante da reincidência. Jorge de Figueiredo Dias, ao discorrer sobre as teorias absolutas, assinala que:

Ultrapassado o período de talião, acabou generalizadamente por se reconhecer que a pretendida igualação não podia ser fática, mas tinha forçosamente de ser normativa. Ainda aqui restava porém um largo campo para dúvidas e controvérsias, nomeadamente quanto a saber se a desejada retribuição assumia o caráter de uma reparação do dano real, do dano ideal ou de qualquer outra grandeza, se ela ocorria em função do desvalor da fato ou antes da culpabilidade do agente. Neste plano, a controvérsia pode hoje dizer-se terminada: a “compensação” de que a retribuição se nutre só pode ser função da culpabilidade do agente.

Assim, se o reincidente tem uma maior culpabilidade; a pena também deve retribuir a culpabilidade; logo, sobre o reincidente, deve recair uma pena mais grave.

Pensamento muito criticado, pois a teoria retribucionista deve recair sobre cada crime isoladamente, pois incorreremos no risco de aplicar um direito penal do autor.



Assim assinala Matteotti²²:

Foi violado, foi negado o direito: uma força igual e contrária ao crime, a pena, restabelece, reafirma o direito; crime e pena são duas abstrações que a justiça humana procura igualar; são elas consideradas, em sua objetividade, além e acima da pessoa agente e sofredora; por isto, o crime é sempre idêntico em si mesmo, quem quer que o tenha cometido, quem quer que seja o seu autor, um egresso do cárcere ou um transviado pela primeira vez: logicamente, portanto, nenhuma diferença, nenhum aumento de pena na reincidência.

As teorias relativas, a depender da modalidade de prevenção que se pretende obter, se subdividem em: teoria da prevenção geral e teoria da prevenção especial. Na prevenção especial, a advertência se direciona à pessoa do delinqüente, ao passo que, na prevenção geral, a finalidade da pena está em tentar impedir a prática de delitos pelos demais integrantes do corpo social.

As teorias absolutas não se prestam para justificar a agravante da reincidência, haja vista que visam retribuir o mal causado por uma determinada conduta delituosa e esse mal não se torna maior pelo fato de o réu ser reincidente. Quanto as teorias relativas, é preciso fazer um juízo de probabilidade, a fim de aferir se o aumento da pena contribui para a prevenção de delitos.

Rogério Greco leciona que:

Como se pode perceber, os olhares dos adeptos da teoria absoluta, que pregam a retribuição do cometido pelo agente, ao praticar a infração penal, com o mal correspondente à pena, são dirigidos ao passado, ao passo que os seguidores da teoria relativa têm o seu foco voltado para o futuro, vale dizer, com a prevenção de novas infrações penais, sendo esta última, por isso, considerada como uma teoria utilitarista, que discorre a respeito da utilidade da aplicação da pena.

Nesta orientação, é cediço observar que a teoria absoluta ao analisar os períodos anteriores não deve abranger fatos anteriores diversos da infração penal praticada.

²² MATTEOTTI apud BETTIOL, Giuseppe. Direito Penal. Traduzido por Paulo José da Costa Júnior e Alberto Silva Franco. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1976, p. 15, V. 1.



4.7 Teoria da Prevenção Especial

A teoria prevenção especial considera que a pena deve atuar sobre o condenado, a fim de que o mesmo não torne a praticar delitos, o que se pretende alcançar mediante a ressocialização (prevenção especial positiva) ou através da segregação, neutralização (prevenção especial negativa). Cumpre esclarecer que, de todas as teorias relativas, aquela que visa, primordialmente, evitar a reincidência é a prevenção especial, tanto a negativa, quanto a positiva.

O penalista alemão Claus Roxin considera que a pena visará corrigir o corrigível (ressocialização), intimidar o intimidável e tornar inofensivo, por intermédio, da pena privativa de liberdade, aqueles que não forem “nem corrigíveis nem intimidáveis”.²³

Cezar Bittencourt, a seu turno, valendo-se das lições de Von Liszt, afirma que, na prevenção especial, “a aplicação da pena obedece a uma idéia de ressocialização e reeducação do delinquente, à intimidação daqueles que não necessitem ressocializar-se e também para neutralizar os incorrigíveis”. Em seguida, o autor conclui que “essa tese pode ser sintetizada em três palavras: intimidação, correção e inocuidade”.

A teoria da prevenção especial é alvo de algumas críticas. Quanto à reeducação, entende-se que a mesma não pode ser imposta ao apenado, uma vez que, consoante sustenta Juarez Cirino dos Santos, os “programas de ressocialização devem respeitar a autonomia do preso e, por isso, deveriam ser limitados a casos individuais voluntários”. Para o autor, “o Estado não tem o direito de melhorar pessoas segundo critérios morais próprios.” Nesse mesmo sentido

²³ ROXIN, Claus. Problemas Fundamentais de Direito Penal. Tradução: Ana Paula dos Santos Luís Natscheradetz. 3.ed. Lisboa: Vega Universidade, 2004, p. 20.



posiciona-se Roxin ao questionar “o que legitima a maioria da população a obrigar a minoria a adaptar-se aos modos de vida que lhe são gratos?”

Roxin afirma, também, que a prevenção especial não limita o poder punitivo estatal, assim como possibilita a não aplicação da pena a um crime grave se se demonstrar que o indivíduo não mais voltará a delinquir.

A prevenção especial, em seus dois aspectos, almeja, diretamente, evitar a reincidência. No caso da prevenção especial positiva, considera-se que a ressocialização do apenado teria o condão de impedir que o mesmo, após o cumprimento da pena, volte a praticar crimes. Por outro lado, na hipótese da prevenção especial negativa, a segregação do indivíduo no cárcere, ou seja, através da aplicação de uma pena privativa de liberdade, impediria a reiteração delituosa no período da execução da pena.

Cumprido destacar que a prevenção especial foi defendida pela Escola Positiva, cujos principais expoentes foram Lombroso, Ferri e Garofalo. As teses positivistas sempre estiveram atreladas à noção de periculosidade. O indivíduo considerado perigoso deveria receber tratamento para que não mais voltasse a delinquir.

A Teoria da Prevenção Especial dirige a sua atenção ao delinqüente concreto, esperando que a pena tenha um efeito ressocializador, intimidatório ou inocuizante. Os dois primeiros (ressocialização e intimidação) referem-se a sua versão positiva, e o último (inocuidade) a sua versão negativa. A prevenção positiva persegue a ressocialização do delinqüente por meio da sua correção. Objetiva que o delinqüente não volte a cometer delitos e, para alcançar esse fim, utiliza-se da prisão. Porém, o problema da teoria são altas cifras de reincidência que demonstram que a prisão não consegue atingir o seu objetivo ressocializador. Isso deve-se aos enormes problemas encontrados nos cárceres, tais como: superlotação, pessoal incapacitado, ausência de materiais mínimos de higiene e alimentação, dentre outros. Para que pudesse um dia atingir o seu objetivo ressocializador, a pena de prisão precisaria ser reformada, de forma que atendesse às necessidades mínimas de sobrevivência da



população carcerária, além de fornecer reais formas de (re) adaptação ao convívio em sociedade, para que, ao sair do cárcere, não incida novamente no “mundo do crime”. Para isso, também é necessário que os princípios penais, como o da Ultima ratio, fragmentariedade, ofensividade e, principalmente, da proporcionalidade sejam observados pelo julgador na hora de proferir a sentença, evitando-se, assim, o desnecessário inchaço das casas prisionais.

Em sua forma Negativa, a teoria pretende-se mais revolucionária. Não busca ressocializar o delinqüente, apenas o segregar, com o fim de neutralizar a possível nova ação delitativa, ou seja, persegue a inocuização do criminoso. Essa inocuização poderá ser absoluta (representada pela pena de morte) ou relativa (quando destrói parcialmente pessoa a pessoa-atraves da castração, por exemplo). A teoria americana “Incapacitation” é uma representante dessa vertente negativa, e tem por fundamento a neutralização do preso, sem preocupar-se com a sua ressocialização, ou seja, a prisão esgota-se em uma função puramente de custódia. Outra solução encontrada para o caso dos reincidentes é a regra do three strikes and you are out, que diz que o sujeito que cometer um terceiro delito, mesmo que de pouca gravidade, depois de dois graves, deve ser castigado com uma pena de prisão perpétua ou de vinte e cinco anos, no mínimo. As críticas dizem que essa vertente da teoria fere o estado Democrático de Direito idealizado na Constituição Federal e também os ideais garantistas do direito penal. Além disso, permite-se a obtenção de penas indefinidas e indeterminadas, abrindo-se portas para as penas perpétuas ou de morte, o que já não pode mais ser tolerado no nível de sociedade e de desenvolvimento no que se refere aos direitos humanos em que vivemos. enais no Brasil tem em seu conteúdo toda a estrutura interpretativa para sua aplicabilidade, ou seja, é uma lei autoexplicativa, mas não condiz com a realidade do sistema penitenciário da maioria dos estados brasileiros. Prisões superlotadas, falta de efetivo, servidores mal-qualificados, mal-remunerados, condições precárias de estrutura, reduzem a quase zero sua aplicabilidade e eficiência.

O reincidente, assim, sempre foi considerado um sujeito de alta periculosidade. No Código Penal de 1940, o reincidente em crime doloso tinha a sua periculosidade presumida e, por essa razão, poderia ser submetido à pena e à



medida de segurança, eis que vigia, nessa época, o sistema do duplo binário. Uma das teorias apresentadas para justificar a agravante da reincidência é a maior periculosidade do reincidente. A teoria da prevenção especial apenas justificaria a exacerbação da pena do reincidente caso se entendesse que esse aumento é necessário para a neutralização ou para a ressocialização do apenado.

Com relação à neutralização, não se pode olvidar que a segregação do indivíduo no cárcere, embora dificulte, não impede que o mesmo pratique delitos. Diante da precariedade e da crise vivenciada pelo sistema penitenciário brasileiro, os presos conseguem, seja por conta da corrupção dos funcionários, seja através das visitas, acesso a celulares e outros aparelhos de comunicação, por meio dos quais praticam uma série de crimes, tais como extorsão, tráfico de drogas e homicídios. Com relativa frequência, a mídia apresenta casos de presos que continuam comandando organizações criminosas e determinando, na condição de autores intelectuais, a prática de diversos delitos.

Então, percebe-se não ter o cárcere o poder de impedir a prática de crimes no período de cumprimento da pena privativa de liberdade. O apenado, muitas vezes, encontra no cárcere um ambiente propício para a prática de crimes. Os delitos são praticados tanto dentro quanto fora das dependências do presídio, sendo que, nesse último caso, haverá, na maioria das vezes, concurso eventual ou necessário de pessoas.

A outro giro, entendemos que a agravante da reincidência também não se sustenta numa suposta maior efetividade da ressocialização. Basta analisar o sistema carcerário atual para se perceber que é falaciosa qualquer alegação de ressocialização. Na realidade, a permanência no cárcere termina estimulando a prática de crimes e contribuindo para recrudescer a própria reincidência criminal.



Nesse sentido, Raul Cervini:²⁴

O fenômeno da prisionização ou aculturação do detento, a potencialidade criminalizante do meio carcerário que condiciona futuras carreiras criminais (fenômeno de contágio), os efeitos da estigmatização, a transferência da pena e outras características próprias de toda instituição total inibem qualquer possibilidade de tratamento eficaz e as próprias cifras de reincidência são por si só eloquentes. Ademais, a carência de meios, instalações e pessoal capacitado agravam esse terrível panorama.

O ideal de ressocialização é facilmente desmitificado pelo “labelling approach”, haja vista que a aplicação e o cumprimento da pena, em vez de facilitar, dificultam ou impedem a ressocialização e a integração social, acarretando o desvio secundário e a inserção do condenado nas carreiras criminais. Nesse sentido, Alessandro Baratta²⁵ anota que:

A teoria do labeling approach se coloca criticamente em face do princípio da prevenção ou do fim, e em particular em relação à ideologia oficial do sistema penitenciário atual: a ideologia da ressocialização. De fato, ao recorrer à diferença entre desvio primário e desvio secundário, as teorias da criminalidade baseadas no labeling approach contribuíram para a crítica dos sistemas de tratamento, com um princípio teórico fundamental para esta crítica, que lança luz sobre os efeitos criminógenos do tratamento penal e sobre o problema não resolvido da reincidência.

Diante do fracasso da ressocialização, já há doutrinadores sustentando que a reincidência deveria ser circunstância atenuante, justamente com base no argumento de que o tempo no cárcere, em vez de ressocializar, estimula a prática de novos delitos. Assim, seria razoável considerar que o réu faz jus a uma redução de pena pelo fato de ser reincidente. Nesse sentido, leciona Juarez Cirino²⁶ dos

²⁴ RAUL CERVINI apud GRECO, Rogério. Direito Penal do Equilíbrio. 3.ed. Niterói: Impetus, 2008, p. 151

²⁵ BARATTA, Alessandro. Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: introdução à sociologia do direito penal. Tradução: Juarez Cirino dos Santos. 2. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1999, p.114.

²⁶ SANTOS, Juarez Cirino dos. Direito penal: parte geral. Curitiba: ICPC; Lumen Júris, 2006, p. 570.



Santos que a passagem pelo sistema penitenciário acarreta deformação e embrutecimento pessoal e, por isso, “de lege ferenda”, deveria a reincidência real ser considerada uma circunstância atenuante. Quanto à reincidência ficta, o autor deixa claro que deveria ser um indiferente penal, não servindo para agravar e nem para atenuar a pena, haja vista que, nesses casos, não houve efetivo cumprimento de pena.

Em verdade, aqueles que entendem ter a pena, notadamente a privativa de liberdade, o poder de ressocializar deveriam ser os primeiros a rechaçar a agravante da reincidência. Ora, se o cárcere, efetivamente, consegue reeducar o apenado, como explicar a prática de um novo crime? Quem acredita na possibilidade de ressocialização deveria, por razões lógicas, defender que a reincidência funcione como circunstância atenuante, haja vista que, de algum modo, o Estado falhou na sua missão ressocializadora.

No futuro, se um dia for desenvolvido meios eficazes que assegurem a ressocialização, a agravante da reincidência poderia ser teoricamente sustentada. Não obstante, não se pode olvidar que, ainda nessas condições, esse tipo de prevenção não seria o mais adequado, uma vez que, o conceito de prevenção não pode se desvincular do fenômeno criminal, ou seja, a intervenção tem que ser dinâmica e positiva para que neutralize suas raízes.

Com efeito, a prevenção pode ser primária, secundária ou terciária. Na prevenção primária, a intenção é solucionar o problema da criminalidade na sua origem na secundária, por sua vez, atua mais tarde em termos etiológicos: não quando – nem onde – o conflito criminal se produz ou é gerado, senão quando e onde se manifesta ou se exterioriza, programas de prevenção policial, de controle dos meios de comunicação, de ordenação urbana e utilização do desenho arquitetônico com instrumentos de autoproteção, desenvolvidos em bairros de classes menos favorecidas. Por fim, a prevenção terciária é aquela que se confunde com a própria idéia de prevenção especial, eis que atua sobre o apenado, a fim de impedir a reincidência.



Em verdade, ainda que um dia, no futuro, o sistema penitenciário brasileiro se revele capaz de ressocializar e reeducar o preso (uma missão bastante utópica), não se pode olvidar que as três modalidades de prevenção devem ser aplicadas conjuntamente, sendo preciso priorizar a prevenção primária, a qual, no fundo, é a que tem melhores condições de cercear a criminalidade e, conseqüentemente, a reincidência criminal.

Na conjuntura atual, todavia, não justifica agravar a pena do réu reincidente, sob o pretexto de que uma pena maior poderá melhor ressocializá-lo ou neutralizá-lo. Ao que tudo indica, esse aumento de pena decorrente da agravante da reincidência seria um incentivo maior para a prática de novos delitos, eis que a vida no cárcere é, inegavelmente, uma verdadeira “escola do crime”.

Existe, ainda, as teorias mistas, também chamadas de ecléticas ou unificadoras, são aquelas que defendem a utilização da pena com propósitos retributivos e preventivos. Nestas teorias, portanto, coexistem as finalidades da pena sustentadas tanto pelas teorias absolutas quanto pelas teorias relativas. O nosso Código Penal adotou uma teoria mista, conforme se depreende da expressão “repressão e prevenção do crime”, contida no caput do art. 59.

No que cinge à agravante da reincidência, consideramos que as conclusões obtidas para as teorias absolutas e relativas são, perfeitamente, extensíveis às teorias mistas.



5. OS REGIMES PRISIONAIS E A REINCIDENCIA

O código penal em seu art. 33, caput, afirma que a pena de reclusão deve ser cumprida em regime fechado, semiaberto ou aberto, e a pena de detenção nos regimes semiaberto ou aberto, com a ressalva de que, para esta última, se necessário, poderá haver transferência ao regime fechado, deixou, contudo, manifesto que a distinção entre eles se vincula ao tipo de estabelecimento prisional onde a pena privativa de liberdade tem que ser cumprida. Se a pena for fixada acima de 8 (oito) anos, obrigatoriamente o réu deverá cumpri-la, inicialmente, no regime fechado. De salientar, no entanto, que está se referindo tão-só à pena de reclusão, pois o próprio caput do artigo não prevê o regime inicial fechado ao condenado em detenção.

Luiz Regis Prado e Cezar Roberto Bitencourt ²⁷:

²⁷ PRADO, Luiz Regis. BITENCOURT, Cezar Roberto. *Código Penal anotado e legislação complementar*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1997, p. 144.



Reclusão superior a 4 anos, reincidente, sempre inicia em regime fechado; reclusão superior a 4 anos até 8, não reincidente, pode iniciar em regime fechado ou semi-aberto. Dependerá das condições do art. 59 do CP; d) reclusão até 4 anos, reincidente, pode iniciar em regime fechado ou semi-aberto. Dependerá do art. 59; reclusão até 4 anos, não reincidente, pode iniciar em qualquer dos três regimes, fechado ou semiaberto ou aberto, segundo recomendam os elementos do art. 59.

O fator reincidência, quando se trata de pena de detenção, só influi no regime inicial, quando for de até 4 anos, que não poderá ser aberto. Quando se tratar de reclusão, influi no regime inicial quando for de até 4 anos, que poderá ser semi-aberto ou fechado, e quando for superior a 4 anos até 8, que deverá ser necessariamente fechado.

Julio Fabbrini Mirabete²⁸:

No art. 33, §§ 2º e 3º, a lei estabelece os critérios para a fixação do regime inicial de cumprimento das penas de reclusão e detenção com fundamento na qualidade e quantidade da pena, na reincidência ou não do condenado, e nas circunstâncias judiciais da aplicação da pena. [...] sendo aplicada pena de reclusão ao reincidente, obrigatoriamente deve ser imposto o regime inicial fechado, já que os regimes semiaberto e aberto, para início de cumprimento da pena, são admitidos aos não reincidentes (§ 2º letras b e c).

O novo Código Penal (Lei n.7.209/84) adotou expressamente o regime progressivo, como se vê no § 2º do art. 33, que determina essa progressão em função do mérito do condenado, observadas as seguintes regras:

1ª — Se o condenado cumpre pena superior a oito (8) anos, é obrigado a iniciá-la em regime fechado.

2ª — Se o condenado é primário (a lei fala em não reincidente, porque ele pode ter cometido outro delito, sem ser reincidente) e a pena a cumprir é superior a 4 anos, mas não excede os 8 anos (está entre 4 e 8), pode ser iniciada em regime semi-aberto (pode, é faculdade, não direito do condenado).

3ª — Se é primário (não reincidente) e a pena estiver abaixo de quatro anos, o início de seu cumprimento pode ser, desde logo, em regime aberto.

²⁸ MIRABETE, Julio Fabbrini. *Código Penal interpretado*. São Paulo : Atlas, 1999, 1.972p.



A observação de que não se trata de direito do condenado, mas de faculdade que pode beneficiá-lo, está na regra do § 3º, que manda aplicar ao caso a regra do art. 59.

Esta regra diz respeito à fixação da pena, mas serve de orientação ao juiz da execução para ver se o condenado, respeitados aqueles critérios do art. 59, pode ou não ser beneficiado.

Nas lições de Damásio E. de Jesus²⁹ explica-se a situação da reincidência nos ditames da detenção, que não prevê o regime fechado, não é cabível o sursis por ser reincidente em crime doloso (art. 77, I), pela mesma razão, não pode ser substituída pela pena restritiva de direitos (art. 44, II), Por fim, não se admite, pelo mesmo motivo, o cumprimento da pena em regime aberto (art. 33, § 2º, c). Diante do conflito que existe entre o art. 33, caput, que não prevê o início do cumprimento da detenção em regime fechado, para ela admitindo os regimes semiaberto e aberto, e o § 2º, c, que determina na hipótese o regime fechado, de prevalecer a primeira norma, concedendo-se, presentes outros requisitos legais, o cumprimento da pena em regime aberto, eis que não se justificaria o encarceramento de crimes de menor ofensividade junto com criminosos de alta periculosidade.

Os tribunais têm assentado dois entendimentos distintos quanto a apreciação das letras b e c do artigo 33 do Código Penal, nos casos em que o condenado à pena reclusiva seja reincidente. Por um lado, a grande maioria aceita a tese de que, pelo simples fato da reincidência, deve o regime inicial de cumprimento da pena ser o fechado, mesmo sendo favoráveis as circunstâncias judiciais do art. 59. Por outro, há o entendimento de que a reincidência, por si só, não obriga ao regime fechado, podendo ser o semiaberto, ao argumento de que os requisitos do artigo 59 é que vão determinar o regime mais adequado, ou seja, qual regime será o suficiente e necessário para que os fins da pena sejam atingidos (art. 33, § 3º).

²⁹ JESUS, Damásio E. de. *Direito Penal*. São Paulo : Saraiva, v.1, 1983, 683p.



O Juiz, ao fixar o regime inicial de cumprimento da pena, deve analisar os requisitos objetivos e subjetivos. Só assim a pena alcançará o fim enunciado no Código Penal (art. 59), ou seja, necessária e suficiente para reprovação e prevenção do crime. Indispensável ponderar o juízo de conveniência.

A lei penal ao permitir o regime aberto desde o início aos condenados não reincidentes reconhece apenas que, ocorrendo a reincidência, não se aplica este regime desde o início, porém, não nega a possibilidade ao reincidente de iniciar o cumprimento da pena em regime semiaberto. Nos termos do art. 33, § 2º, c, do CP, ao condenado reincidente é vedada, tão-somente, a fixação do regime inicial aberto, sendo a lei omissa no que tange à possibilidade ou não de estabelecimento da modalidade semiaberta, é possível adotar-se solução mais benéfica ao réu.

A determinação do regime inicial de cumprimento da pena não depende apenas das regras do caput e seu § 2º do Código Penal, mas, também, de suas próprias ressalvas, conjugadas com o caput do art. 59 e inciso III.

A bem da verdade deve se examinar a questão de que se o reincidente for condenado a pena inferior a quatro anos, a rigor sua situação não está prevista. Fica, então, conferida ao poder discricionário do magistrado a fixação do regime prisional, que só não pode ser o aberto, por expressa vedação legal, mas nada o impede de uma aplicação da pena no regime semiaberto.

Ao determinar o regime prisional do réu reincidente, não pode o Magistrado ficar adstrito somente à reincidência e ordenar a modalidade fechada para o cumprimento da pena, devendo, outrossim, examinar também o quadro de circunstâncias previsto no § 3º do art. 33 do CP, que diz respeito à culpabilidade. Aplicando os critérios de oportunidade e conveniência para a fixação do regime inicial de cumprimento da pena, seja ela reclusiva ou detentiva.

Apesar das opiniões no sentido de que o réu tem direito subjetivo público penal ao regime, de acordo com a quantidade da pena que lhe for imposta, o Código Penal, por uma interpretação sistemática, atribui ao Magistrado o poder de impor regime inicial suficiente e necessário para efeito de retribuição do mal causado pelo delito, aplicando o princípio da individualização da pena.



6. A REINCIDÊNCIA INTERNACIONAL

Há, hoje, uma globalização latente do direito, de modo que o Brasil tem acordos e tratados que tem inserido o nosso ordenamento jurídico na ordem internacional, a pena cumprida no estrangeiro atenua apenas imposta Brasil ou nela é computada quando idênticas. Assim temos o artigo 63 do CP:

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

Partindo de uma visão legalista não se tem requisitos para que a sentença estrangeira tenha o condão de gerar reincidência no Brasil, mas alguns autores, em



especial Zaffaroni e Pierangeli³⁰ expõem que é necessário que a sentença condenatória estrangeira decorra de uma conduta que também seja típica no Brasil, pois funciona como se o crime fosse cometido no país aduzido. Que a sentença tenha sido proferida como conclusão de um processo respeitados os direitos humanos fundamentais, por fim que a lei do país onde a sentença foi proferida admita essa possibilidade.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O sistema penal, diante do seu caráter seletivo e criminógeno, contribui para que o apenado volte a delinquir, razão pela qual não se mostra razoável elevar a pena do reincidente. A condição de reincidente é uma verdadeira etiqueta, que enseja um desvio secundário e insere o sujeito dentro das carreiras criminais. A incidência da agravante da reincidência não encontra respaldo nas teorias absolutas ou retribucionistas da pena, à medida que se fundamenta em um fato pretérito já devidamente retribuído. Ademais, o mal causado não se torna maior em virtude de o delito ter sido praticado por um reincidente. As teorias relativas também não respaldam a agravante da reincidência também. No tocante à teoria da prevenção geral, demonstrou-se que não se pode estabelecer, com precisão, qual é a quantidade de pena necessária para intimidar o corpo social ou para resguardar o respeito ao direito vigente. Assim, diante da duvidosa efetividade da prevenção geral

³⁰ ZAFFARONI; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro: parte geral*. 4. ed. rev. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2002



(positiva e negativa), torna-se extremamente complicado fundamentar a exacerbação da pena do reincidente nessas teorias.

Quanto à teoria da prevenção especial negativa, o condenado pode praticar delitos dentro e fora das dependências da penitenciária, sendo que, nesse último caso, o crime é cometido por concurso eventual ou necessário de pessoas. Deste modo, não justifica aumentar a pena do reincidente ao argumento de que a neutralização será mais eficaz. Na teoria da prevenção especial positiva, o cumprimento de uma pena, sobretudo a privativa de liberdade, termina corrompendo ainda mais o apenado e estimulando a prática de novos delitos.

A reincidência é um dado que comprova ter o Estado falhado na sua missão ressocializadora. Assim, também não justifica aplicar a agravante da reincidência ao argumento de que um maior tempo de pena enseja uma ressocialização mais adequada.

Outra importante observação, é a aplicação da reincidência para agravar o regime de cumprimento de pena, o ordenamento jurídico penal quis, de certa forma, prender o magistrado ao sistema, diminuindo a margem de discricionariedade na avaliação dos requisitos na maneira como se deve cumprir a pena. O regime inicialmente fechado não se justifica para o reincidente em crimes punidos com detenção, uma vez que a lei não prevê o regime fechado para esta modalidade e a gravidade não o justifica. Noutra diapasão tem-se que a vedação é apenas quanto ao regime inicial aberto para o reincidente, situação que não deve ser acatada para encarcerar o réu mantendo-o em regime inicial fechado, pois não depende apenas das regras do caput e seu § 2º do Código Penal, mas, também, de toda situação em conjunto com o caput do art. 59 e inciso III.

Uma discussão importante é a situação do agravamento pela reincidência, que 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. Contrariando o princípio constitucional da individualização da pena, estigmatizando e criando obstáculos para o réu a uma série de benefícios legais, ocorre que a individualização da pena respalda a consideração da reincidência, evitando a colocação de situações desiguais. Aquele que é dado a atividades criminosas merece uma sanção maior do que réus primários.



Há de se convir que a reincidência e um mal tão imperativo que afeta até mesmo a coisa julgada, mesmo assim, tal sistema tem como corolário do princípio da igualdade, assim é cediço que aquele que é dado a atividades criminosas deve sofrer uma sanção diferenciada. Em contrapartida há uma clara ao ofensa art. 5º, XXXVI da Constituição Federal, que preconiza que “a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”, e também aos princípios da legalidade e da proporcionalidade da pena, haja vista que cada infração possui em seu tipo a pena que lhe corresponde, e o fato de se exarcebar uma pena levando-se em consideração o agente ser reincidente é uma clara violação desses princípios.

Uma solução aceitável para o impasse seria uma relativização do instituto consoante a sua aplicação. Uma margem aberta de discricionariedade dada ao magistrado, de forma a interpretar de acordo com os ditames da esfera humanitária, uma aplicação de acordo com os princípios fundamentais do direito penal. Uma nova linha que buscaria no caso concreto uma valoração mais justa da reincidência, de modo a considera-la de acordo com sua influencia no contexto fático probatório. A avaliação da contribuição de tal instituto para os fins do direito penal.

Diante do exposto, se mesmo com essa solução não se apontar a saída, por mais que o STF em decisão recente³¹ tenha declara a constitucionalidade do dispositivo seria uma luta pela supressão ou substituição de tal instituto, uma vez que as desvantagens e o prejuízo decaem de forma exacerbada em cima do réu, demonstrando ordenamento jurídico contraditório e deficiente frente as novas correntes e conquistas impondo limites ao poder punitivo estatal.

³¹ Por unanimidade, o Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF) declarou em 04 de abril de 2103 que é constitucional a aplicação do instituto da reincidência como agravante da pena em processos criminais (artigo 61, inciso I, do Código Penal). A questão foi julgada no Recurso Extraordinário (RE 453000) interposto contra acórdão (decisão colegiada) do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (TJ-RS) que manteve a pena de quatro anos e seis meses imposta a um condenado pelo crime de extorsão e entendeu como válida a incidência da agravante da reincidência, na fixação da pena.



9. BIBLIOGRAFIA

DOTTI, René Ariel. Bases e Alternativas para o Sistema de Penas. 2ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998.

DOTTI, René Ariel. Bases e Alternativas para o Sistema de Penas. 1ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1980.

GRECO, Rogério, Curso de Direito Penal- Parte Geral - Volume I, Editora Impetus.

FOUCAULT, Michel. Vigiar e Punir. Tradução de Raquel Ramallete. 12 edição. Petrópolis: Vozes, 1995.

SHECAIRA, Sérgio Salomão; CORRÊA JUNIOR, Alceu. Teoria da pena: finalidades, direito positivo, jurisprudência e outros estudos de ciência criminal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.



BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de direito penal. 14. ed., rev., atual. E ampl. São Paulo: Saraiva, 2009

ZAFFARONI; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro: parte geral*. 4. ed. rev. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2002

JESUS, Damásio E. de. *Direito Penal*. São Paulo : Saraiva, v.1, 1983, 683p.

BARATTA, Alessandro. *Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: introdução à sociologia do direito penal*. Tradução: Juarez Cirino dos Santos. 2. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1999, p.114.

SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito penal: parte geral*. Curitiba: ICPC; Lumen Júris, 2006, p. 570.

RAUL CERVINI apud GRECO, Rogério. *Direito Penal do Equilíbrio*. 3.ed. Niterói: Impetus, 2008, p. 151