
REINCIDÊNCIA: UMA AGRAVANTE NÃO RECEPCIONADA

Jorge de Oliveira Vargas¹

Felipe Heringer Roxo da Motta²

Sumário: 1. Introdução; 2. A reincidência a partir da dogmática penal; 3. Uma breve análise criminológica da reincidência; 4. Da repercussão geral; 5. Considerações finais; 6. Referências Bibliográficas.

1. Introdução.

A reincidência é, ainda hoje, utilizada como forma de agravamento da punição durante a dosimetria da pena. Tal concepção parte de premissas que, conforme veremos, são problemáticas e falsas acerca do “crime”.

Trabalharemos com o tema, inicialmente, a partir de um viés dogmático. Com tal abordagem pretendemos tratar das principais correntes que procuram sustentar o ordenamento jurídico nacional na forma em que se encontra. Em seguida, veremos como a argumentação leva a sustentar a necessidade de aplicação da reincidência de forma diametralmente oposta àquela dominante.

Porém, somente conseguiremos compreender os fundamentos que demandam uma mudança tão radical no tema específico se nos envolvermos com o campo criminológico. Sem o diálogo com conhecimentos tão necessários reciprocamente, podemos cair na situação caricata exposta por Lyra Filho dos cegos que tentam descrever um elefante tateando apenas uma pequena parcela do paquiderme³.

Não nos alongando demais na apresentação inicial, seguiremos agora com a questão da reincidência partindo do referencial dogmático-penal.

¹ Desembargador no Tribunal de Justiça do Estado do Paraná; mestre e doutor pela UFPR; professor na Escola da Magistratura do Paraná, núcleo de Curitiba e na UTP e UNIBRASIL. jorgedeoliveiravargas@yahoo.com.br

² Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Paraná e mestrando em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina.

³ LYRA FILHO, Roberto. *Criminologia dialética*, pp. 45-46.

2. A reincidência a partir da dogmática penal.

A polêmica não é nova. Na monumental obra de Roberto Lyra⁴ consta que Carnot, Alauzet, Tissot, Köstlein, Merkel, Gesterling, Mittermayer, Pagano, Carmignani, Gruliani, Pessina, Bucelatti, já se manifestavam pela improcedência da agravante da reincidência pela quebra do princípio *non bis in idem*, e injusta invasão do terreno da moral. Chegou-se até, já naquela época, a apresentar a reincidência como atenuante (Bourdon, Tissot).

O discurso doutrinário contemporâneo sobre a reincidência, contudo, costuma ser bastante superficial ao tratar do tema, mas alguns argumentos costumam ser repetidos. Zaffaroni e Pierangeli fazem um trabalho um pouco mais detalhado. Segundo os citados autores, as principais classificações costumam lidar com a reincidência *genérica* contraposta à *específica*; e com a reincidência *ficta* contraposta à *real*⁵.

O primeiro critério leva em conta a classificação do crime, estando de um lado a forma *genérica*, a qual leva a considerar reincidente a pessoa que cometa (e seja condenada por) crime após condenação com trânsito em julgado por qualquer outro crime (não importando para quaisquer das condenações se o crime foi cometido na forma culposa ou dolosa). A modalidade *específica*, por sua vez, leva a pessoa a ser considerada reincidente apenas no caso de a segunda prática delituosa igual ou de categoria igual à da condenação anterior.

No segundo critério, o que está em questão é a análise de existência de cumprimento de pena. Assim, a reincidência será *ficta* quando o indivíduo sofre condenação por uma conduta considerada crime após ter sido condenado por outra (independente da existência do cumprimento de pena) e será *real* quando há prática de um segundo delito após uma condenação penal prévia e o respectivo cumprimento da pena. Existem posições que acrescentam aqui neste ponto a reincidência *incompleta*. Esta consistiria no cometimento de um novo crime antes do trânsito em julgado do primeiro⁶.

⁴ LYRA FILHO, Roberto. *Comentários ao Código Penal*: Arts. 28 a 74, v. 2., p. 318.

⁵ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal brasileiro*: Parte Geral, p. 716.

⁶ FERREIRA, Gilberto. *Aplicação da pena*, p. 108.

No ordenamento jurídico nacional, a reincidência é *genérica e ficta*. O art. 83, V, do CP⁷ traz a expressão “reincidente específico”, o que leva a crer que, fora nos casos expressos, a reincidência em nosso ordenamento é tratada de acordo com o art. 63 do CP⁸. Este explicita que para ser aplicada a agravante reincidência, basta a existência de condenação penal prévia. Não é necessário que seja pelo mesmo crime e também não há necessidade de que a pena de quaisquer dos crimes envolvidos seja privativa de liberdade. “Assim, a reincidência pressupõe: a) *condenação por crime anterior* – portanto, qualquer pena aplicada, excluída a contravenção; b) *trânsito em julgado da condenação anterior* – portanto, imutabilidade da decisão por esgotamento ou preclusão de recursos; c) *prática de novo crime após transitar em julgado a condenação anterior* – portanto, a nova conduta criminosa deve ser posterior ao *trânsito em julgado* da condenação criminal anterior” (grifos no original)⁹.

Zaffaroni e Pierangeli colacionam os principais fundamentos utilizados para sustentar a reincidência enquanto elemento para agravar a pena das condenações seguintes¹⁰. O primeiro, de influências positivistas, afirma que a reincidência é um elemento que explicita uma maior periculosidade do indivíduo. Não é difícil perceber como tal asserção é vazia. Nada indica que uma pessoa que pratica um crime, pelo simples fato de ter sido *condenada*, tenha uma maior “probabilidade de delinquir” do que aquele que nunca foi *condenado*, não importando o cumprimento da pena. Percebe-se que o mais importante não é a prática de um delito, mas a condenação prévia. Na verdade, há chances maiores de cometer um delito quando há a prática não sancionada deste¹¹. Quando observamos o argumento que sustenta tal maior “periculosidade” diante da reincidência ficta ou genérica, não parece haver uma probabilidade maior de prática de estelionato para quem já foi condenado por um crime contra os costumes, quando

⁷ “Art. 83. O juiz poderá conceder livramento condicional ao condenado a pena privativa de liberdade igual ou superior a 2 (dois) anos, desde que:

...

V – cumprido mais de dois terços da pena nos casos de condenação por crime hediondo, prática de tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, e terrorismo, se o apenado não for reincidente específico em crimes dessa natureza”.

⁸ “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”.

⁹ CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *Direito Penal*: parte geral, p. 569.

¹⁰ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal brasileiro*: Parte Geral, pp. 717-718.

¹¹ Aqui não se quer reforçar uma idéia de pan-penalismo. Veremos adiante a questão da reincidência em condenações e a reincidência na prática de atos típicos, quando acrescentamos à análise a questão da seletividade da atuação dos órgãos penais.

comparado com alguém que não teve qualquer condenação penal; não é válido pensar que alguém tenha maiores chances de cometer um crime apenas em função de ter sido intimado de uma sentença condenatória penal dias antes.

O segundo dos argumentos utilizados para fundamentar a utilização da reincidência como agravante da pena seria uma espécie de vontade mais reforçada do agente em manter a prática delitiva, o que demandaria, igualmente, uma pena mais reforçada. Tal argumento é falho, mas tal questão será explorada na seção seguinte, quando tratarmos da estrutura criminógena do cárcere e os ciclos de criminalizações gerados pela pena prisional, demonstrando como a própria aplicação da sanção penal pode reforçar a reincidência.

Em terceiro lugar, os autores apontam uma corrente que entende ser necessária uma segunda pena mais grave após a primeira condenação para reforçar os mecanismos de prevenção especial. No modelo do ordenamento nacional, fingir que a intimação de uma condenação seja um motivo para não praticar um novo crime é ingenuidade e imaginar que, conforme veremos, testemunhar por vários anos a ilegalidade da atuação do aparato penal reforça a “vontade de cumprir a lei” é um verdadeiro ato de má-fé.

Uma quarta corrente argumentativa apontada por Zaffaroni e Pierangeli segue na direção do reforço de um direito penal do autor. Seria afirmado que a necessidade de uma pena agravada se daria em função da personalidade do condenado, ou seja, uma pena mais severa com base no que o agente “é” e não fundamentada naquilo que ele fez. Sobre a crítica do Direito Penal do autor, existe uma vasta bibliografia e não podemos nos estender muito em torno do tema¹².

Outra postura tenta justificar ser a reincidência uma violação a dois bens jurídicos distintos. “Um seria o do delito cometido depois de um primeiro, o outro seria a imagem do Estado, que sairia denegrada quanto ao seu eficaz cumprimento de sua função de provedor da segurança jurídica”¹³. Aqui, levanta-se a questão da reincidência como uma violação da proibição do *bis in idem*¹⁴. Se o agente já foi condenado por uma

¹² Indicamos, no entanto, alguma leitura sobre a questão: ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal brasileiro: Parte Geral*, pp. 522-524. ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *A ilusão de segurança jurídica: do controle da violência à violência do controle penal*, pp. 58-60. ROXIN, Claus. *Strafrecht allgemeiner Teil: Grundlagen der Aufbau der Verbrechenslehre*, v.1., pp. 178-189.

¹³ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal brasileiro: Parte Geral*, p. 718.

¹⁴ FERREIRA, Gilberto. *Aplicação da pena*, p. 107.

conduta anterior, a pena referente a esta já foi estabelecida e o agravamento de uma pena posterior, com base na reincidência, significa uma punição a mais em razão de conduta que já foi sancionada. Tentando superar tal questão, “Armin Kaufmann sustentou que ao realizar o segundo delito violam-se duas normas: a do segundo tipo (‘não furtarás’, por exemplo), e a que, partindo do primeiro delito, proíbe cometer um segundo”¹⁵. Para perceber a incongruência de uma postura como a citada, basta observar que a teoria parece sustentar que existe, depois do cometimento de um delito, a proibição de cometer o segundo, mas não uma proibição de cometer o primeiro. Inventar-se, portanto, um “bem jurídico” fantasioso para tentar justificar o agravamento de uma pena.

Transparente fica a percepção de que os argumentos que tentam sustentar o uso da reincidência como meio de agravar a pena são completamente falhos. Com base nisso, podemos trazer a posição sustentada por Juarez Cirino dos Santos, por ser uma possibilidade, de estar em conformidade com o ordenamento jurídico e, ao mesmo tempo, fundamentada nos concretos resultados das práticas penais. De acordo com o citado autor, utilizar a reincidência ficta como agravante “descreve hipótese formal *irrelevante* e escamoteia situação real *relevante*” (grifos no original)¹⁶. Vejamos as razões de tal afirmação.

Com relação à reincidência ficta (“hipótese formal *irrelevante*”, ou seja a simples existência de condenação criminal anterior), já percebemos como o aumento de pena com base na citada circunstância agravante carece de fundamentos. Assim, atenta-se apenas para o cumprimento de um requisito formal (o trânsito em julgado de uma condenação penal) para justificar o aumento de uma pena. No entanto, voltar a atenção para tal elemento de base formal, esconde características importantes da reincidência real: o cumprimento da pena, a passagem concreta pelo sistema prisional (“situação real *relevante*”).

O autor conclui:

“a) se novo crime é cometido após a passagem do agente pelo *sistema formal* de controle social, com *efetivo cumprimento* da pena criminal, o processo de deformação

¹⁵ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal brasileiro: Parte Geral*, p. 718.

¹⁶ CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *Direito Penal: parte geral*, p. 569.

e embrutecimento pessoal do sistema penitenciário *deveria* induzir o legislador a incluir a *reincidência real* entre as *circunstâncias atenuantes*, como produto específico da atuação *deficiente e predatória* do Estado sobre sujeitos criminalizados; b) se novo crime é cometido após simples formalidade do trânsito em julgado de condenação anterior, a *reincidência ficta* não indica qualquer *presunção de periculosidade* capaz de fundamentar *circunstância agravante*. Em conclusão, (...) a *reincidência real* deveria ser *circunstância atenuante* e a *reincidência ficta* é, de fato, um *indiferente penal*” (grifos no original)¹⁷.

A respeito do instituto da reincidência também escreve Amilton Bueno de Carvalho:

“Quando o juiz agrava a pena na sentença posterior, está, em verdade, aumentando o quantum da pena do delito anterior, e não elevando a pena no segundo crime. (...) Cernicchiaro propõe que a circunstância do art. 63 do Código Penal brasileiro não seja interpretada de forma meramente objetiva, dado que considerar a pluralidade de infrações implicaria projetar a pena de um crime em outro. Crê que a solução técnica admissível, e possível estrategicamente dada a imposição legal, seria a leitura do dispositivo do art. 63 de acordo com o princípio constitucional da individualização judicial da pena. Dessa forma, a reincidência não seria um imperativo de aumento baseado em dados estritamente objetivos. O princípio da individualização abalaria a obrigatoriedade da aplicação do instituto, cabendo à jurisprudência estabelecer referenciais de negação e afirmação.”¹⁸

Gustavo Scandelari ao responder questões suscitadas em trabalho de iniciação científica do curso de Direito da Unibrasil¹⁹ esclarece que o tema da reincidência é intimamente ligado com a *teoria da pena* com que se trabalhe. Para exemplificar, as teorias da pena mais usadas nas exposições da dogmática penal são: a *retributiva* (Seneca, Hegel); as da *prevenção* (especial e geral, nas respectivas modalidades positiva e negativa, de inúmeros adeptos na atualidade); as *unitárias* (unificação das *retributivas* e das *preventivas*, albergadas pelo nosso CP, como se vê de seu art. 59²⁰); a teoria *agnóstica/negativa* (Zaffaroni e Batista); a teoria *materialista/dialética*, (Pashukanis, Pavarini, Baratta e, no Brasil, Cirino dos Santos). As teorias

¹⁷ CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *Direito Penal*: parte geral, p. 570.

¹⁸ CARVALHO, Amilton Bueno de; CARVALHO, Salo de. *Aplicação da pena e garantismo*, pp 65-66.

¹⁹ Apresentada pelo acadêmico Laércio Cruz Uliana Junior.

²⁰ “Conforme seja necessário e suficiente para **reprovação** e **prevenção** do crime”.

tradicionais (unitárias) não parecem identificar defeitos no instituto da *reincidência* como agravante da situação processual do acusado/condenado. Contudo, acha-se, com as teorias críticas (*agnóstica/negativa* e *materialista/dialética*), um viés mais realista – fracasso histórico das funções de *neutralização* e de *ressocialização* da pena (teoria da prevenção especial), bem como da *intimidação* ou *reforço da fidelidade da ordem jurídica* (teoria da prevenção geral) e, ainda, da *retribuição* de um mal por outro mal (teoria retributiva)-; concluindo que a agravante da *reincidência* é preconceituosa e incompatível com qualquer princípio constitucional.

Para entendermos a profundidade dessas propostas e de maneira especial a de Cirino dos Santos, faz-se necessário compreender, minimamente, um arcabouço teórico que vem anexado com ela. Precisamos, portanto ampliar os horizontes da dogmática penal inserindo aqui uma breve digressão em campos das Criminologias.

3. Uma breve análise criminológica da reincidência.

Fizemos um levantamento de algumas posições doutrinárias sobre a questão da reincidência. Mesmo com diversas falhas na análise da dogmática penal sobre o tema, percebemos como as posições não são homogêneas e, a partir do próprio referencial citado, é possível fazer profundas críticas ao uso da reincidência como circunstância agravante na dosimetria da pena. Tais apontamentos são capazes de ir à própria base dos argumentos utilizados para sustentar a citada postura e de expor óbvias contradições envolvidas no discurso, que se refletem na prática.

Porém, para arrematar a desconstrução do uso da reincidência como circunstância agravante, não podemos dispensar o aparato das Criminologias, o qual nos proporciona uma abordagem que parte de uma postura distinta acerca das questões penais. Utilizando tal arcabouço teórico, a análise se torna mais profunda e tal fato reflete também sobre a crítica.

Primeiramente, podemos começar com uma questão que permaneceu suspensa até agora: o *crime como algo difuso socialmente*. Se colocássemos tal abordagem em momento anterior e a utilizássemos para criticar a postura majoritária da dogmática penal, seria como falar uma língua completamente distinta, impossibilitando a desconstrução dos argumentos doutrinários a partir de seu próprio referencial. Um autor que inicialmente tratou da questão, com um viés relativamente distinto daquele que utilizaremos adiante, foi Edwin Sutherland. O citado autor fez um trabalho de levantamento de decisões processuais que condenassem grandes empresas nos Estados

Unidos por condutas nocivas socialmente reprováveis e conseguiu perceber alguns elementos que podem nos ser bastante interessantes neste momento. Inicialmente, o autor conclui que as condutas praticadas pelos empresários (“crimes do colarinho branco”²¹) são muito mais lesivas economicamente, quando comparadas com os danos oriundos da chamada “criminalidade comum”. Porém, tal é o menor dos problemas, pois o autor afirma que os problemas sociais gerados pelo crime do colarinho são ainda piores e muito mais significantes do que aqueles gerados pela pequena criminalidade²².

Devemos aqui fazer uma ressalva que é importante para entender a exposição de Sutherland. O autor utiliza um conceito “distinto” para a definição de crime, noção que faz bastante diferença para compreender o ponto de partida do citado criminólogo. O crime deve ter dois elementos: a prescrição legal (o que aponta, de forma pressuposta, uma lesividade ao Estado) e a estipulação de uma sanção²³. Isso amplia o referencial, não limitando a noção de crime apenas para as condutas descritas em um tipo penal, à qual se comina uma sanção igualmente penal, mas não necessariamente restritiva de liberdade (apesar das críticas à “pena” de multa, que são importantes, mas não poderão ser aqui abordadas²⁴). Assim, Sutherland demonstra como o crime é socialmente difuso e praticado de forma reiterada por diversos setores com maior poder econômico, não ficando restrito apenas à criminalidade das pessoas dos mais baixos estratos sociais²⁵. Porém, tal afirmação continua verdadeira mesmo se utilizarmos uma noção legal de crime (sendo este apenas aquele definido em um tipo penal ao qual se comina uma pena como sanção)²⁶.

O fato de os crimes serem difusos socialmente ramifica o tema em análise para outros caminhos, a saber: desigualdade de criminalização (primária e secundária); a seletividade; e a ilegalidade na atuação do sistema penal. Com relação à *desigualdade de criminalização*, tal questão foi, de forma “revolucionária” para as Criminologias, suscitada pela chamada criminologia da reação social (expressão usada aqui em sentido

²¹ SUTHERLAND, Edwin H. *White Collar Crime*, p. 7. Neste trecho altamente citado, o autor define *crime do colarinho branco*, de forma declaradamente provisória, como “um crime cometido por uma pessoa de respeitabilidade e alto *status* social no decorrer de sua ocupação” (“*a crime committed by a person of respectability and high social status in the course of his occupation*”).

²² SUTHERLAND, Edwin H. *White Collar Crime*, pp. 9-10.

²³ SUTHERLAND, Edwin H. *White Collar Crime*, p. 46.

²⁴ Cf. STRECK, Lenio Luiz. *Tribunal do Júri: símbolos e rituais*, p. 63.

²⁵ SUTHERLAND, Edwin H. *White Collar Crime*, pp. 246-250. No mesmo sentido, Cf. LYRA FILHO, Roberto. *Criminologia dialética*, p. 25.

²⁶ CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *A Criminologia Radical*, pp. 26-27.

bastante abrangente). Autores interacionistas, como Howard Becker, chama a atenção para o fato de que o crime é *criado* pela sociedade²⁷. O autor passa por uma abordagem distinta daquela que normalmente se faz quando temos a afirmação do crime gerado pela sociedade. Não se está aqui a tratar de situações sociais que “impulsionariam” a conduta “criminosa”. A situação é muito mais profunda, uma afirmação muito mais fundamental. Como é, de acordo com as construções do modelo penal vigente, essencial a existência de uma lei anterior que defina o crime, princípio bastante repetido pela dogmática penal, o crime é *criado* pela lei. Assim, o crime é constituído pela lei e não por ela declarado, como se existisse um crime ontológico “pairando no ar”. De tais constatações, Becker afirma que “desvio *não* é uma qualidade do ato que a pessoa comete, mas antes uma consequência da aplicação por outros de regras e sanções a um ‘ofensor’. O desviante é aquele a quem este rótulo foi aplicado com sucesso; comportamento desviante é comportamento que as pessoas assim rotulam” (grifos no original)²⁸.

Toda a criação de regras envolve a necessidade da criação paralela de um aparato para a aplicação da regra feita em plano legislativo, pois, obviamente, a lei não existe e não é aplicada por si só. Assim, para que uma pessoa seja criminalizada, é necessário um esforço (um verdadeiro empreendimento) no sentido de criar a norma e posteriormente para aplicá-las²⁹. Por isso, de acordo com Lola de Castro, falamos em um processo de criminalização³⁰: *a criminalização de condutas* (atuação no sentido de tornar uma ação que antes era lícita, criando, abstratamente, uma categoria ilícita), *a criminalização de indivíduos* (a seleção de certas pessoas para completar concretamente a categoria que antes havia sido criada idealmente) e *a criminalização do desviante* (processo não apenas psicológico, mas também social, que transforma o “diferente”, em criminoso, uma verdadeira criminalização da diferença).

Com um pouco de exercício crítico, podemos aumentar o campo de visão do que foi exposto. Se a criminalização primária (criação de normas) e a criminalização

²⁷ BECKER, Howard. *Outsiders*, p. 8.

²⁸ BECKER, Howard. *Outsiders*, p. 9. Tradução livre de: “*deviance is not a quality of the act the person commits, but rather a consequence of the application by others of rules and sanctions to an ‘offender’. The deviant is one to whom that label has successfully been applied; deviant behavior is behavior that people so label*”.

²⁹ BECKER, Howard. *Outsiders*, pp. 162-163.

³⁰ CASTRO, Lola Aniyar de. *Criminologia da reação social*, p. 103.

secundária (aplicação da norma sobre uma situação concreta)³¹ são frutos de esforços concretos de grupos sociais, não fica difícil reparar que tais empreendimentos ocorrem de formas desiguais, com intensidades desiguais, a partir de grupos sociais desiguais, com interesses desiguais, etc. Uma noção muito cara ao Direito Penal de raízes modernas, o princípio da igualdade, fica assim absolutamente abalada. Alessandro Baratta acrescenta às idéias de crime do colarinho branco, as noções das teorias do etiquetamento (algumas das quais foram superficialmente expostas acima) e a questão da chamada *cifra negra da criminalidade*, tudo para não deixar dúvidas da ilusão que constitui o citado princípio em Direito Penal³². A cifra negra é uma noção que desestabiliza muitas idéias equivocadas que surgiram e continuam a aparecer quando se estuda o “crime”. O uso de estatísticas, por exemplo, pode induzir a pesadas falácias, pois imaginar que o número de pessoas condenadas criminalmente pelos tribunais coincide com o número de pessoas que cometeram atitudes definidas como crime é uma verdadeira ingenuidade. Uma série de etapas deve ser superada para se chegar da prática de uma conduta criminalizada até a condenação (além disso, nem todas as condenações são feitas a pessoas que cometeram um crime). Uma enorme quantidade de ações típicas é praticada e não chega a ter a intervenção jurídica oficial, o que também não significa que não tenha qualquer resposta, pois “se não sabemos como algo é tratado isto não significa que ele não é tratado”³³. A criminalização está diretamente ligada à reação social a certas condutas, mas Roberto Lyra Filho nos aponta o fato de que os grupos que reagem são os mesmos responsáveis pela opressão social³⁴.

As condutas que ingressam no rol dos crimes não são apenas desigualmente selecionadas, mas, principalmente, são desigualmente aplicadas³⁵. A quantidade de condutas criminalizadas é imensa e, como já vimos, a criação em abstrato de um crime demanda a geração de um aparato concreto para sua persecução. Porém, as possibilidades materiais de aplicação das normas penais são absolutamente inferiores às ações típicas que ocorrem todos os dias. Apesar disso, quotidianamente percebemos movimentos de alguns grupos sociais para o reforço da penalização. Os responsáveis pela aplicação das normas penais sabem da situação impossível que é a tarefa

³¹ CASTRO, Lola Aniyar de. *Criminologia da reação social*, p. 109.

³² BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do Direito Penal*, pp. 101 e ss.

³³ HULSMAN, Louk; CELIS, Jacqueline Bernat. *Penas perdidas*, p. 164.

³⁴ LYRA FILHO, Roberto. *Criminologia dialética*, p. 22.

³⁵ CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *Direito Penal: parte geral*, p. 10.

incumbida e eles e, de acordo com esse saber, atuam de forma seletiva. Uma ordem de prioridades é estabelecida, ou seja, as regras que são aplicadas com maior frequência e intensidade são escolhidas de forma isenta de neutralidade³⁶. Se a aplicação da norma penal já ocorre de forma arbitrária, o aumento de tipificações não faz qualquer outra coisa senão aumentar tal arbitrariedade do aparato de execução. “A *seletividade estrutural do sistema penal – que só pode exercer seu poder regressivo legal em um número insignificante das hipóteses de intervenção planejadas – é a mais elementar demonstração da falsidade da legalidade processual proclamada pelo discurso jurídico-penal*. Os órgãos executivos têm ‘espaço legal’ para exercer poder repressivo sobre qualquer habitante, mas operam quando e contra quem decidem” (grifos no original)³⁷.

Tal seletividade não é, em grande parte, consciente, mas também não é absolutamente sem critérios. Podemos trabalhar de forma breve, também, com a noção de *vulnerabilidade*. Esta é um dos elementos que permitem perceber a tendente homogeneidade sobre aqueles que mais são selecionados à punição penal. “A *vulnerabilidade* (ou risco de seleção), como todo o perigo, reconhece graus, segundo a probabilidade de seleção, podendo estabelecer-se *níveis*, conforme a *situação* em que se tenha colocado a pessoa” (grifos no original)³⁸. Tal *situação de vulnerabilidade* é definida pela combinação de dois fatores³⁹: *posição (ou estado) de vulnerabilidade* (elementos constituídos socialmente que aumentam a possibilidade de ser penalizado, como pertencer a uma classe social, possuir certos estigmas, etc.) e o *esforço pessoal para a vulnerabilidade* (elemento de ordem predominantemente individual, que consiste nas ações que a pessoa comete que aumentam o risco de seleção, sendo que o cometimento de uma ação típica é apenas uma parcela de tal esforço). Tendo em vista os elementos da seletividade (nos vários planos, desde a criminalização primária até a efetiva punição penal) e a vulnerabilidade, podemos afirmar de forma enfática que não temos criminosos, mas pessoas criminalizadas; e não temos chances de delinquir, mas chances de ser criminalizado⁴⁰.

³⁶ BECKER, Howard. *Outsiders*, pp. 159-161.

³⁷ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Em busca das penas perdidas*, p. 27.

³⁸ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Em busca das penas perdidas*, p. 270.

³⁹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Em busca das penas perdidas*, p. 270.

⁴⁰ ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *A ilusão de segurança jurídica: do controle da violência à violência do controle penal*, pp. 205-206.

Temos, então, o terceiro ponto da ramificação apontada: *a ilegalidade da atuação do aparato penal*. É uma “interessante” questão reparar como *os atuantes do sistema jurídico-penal só podem aplicar a lei por meio de sua violação*. Pela inexistência da possibilidade de perseguir todos os crimes, sancionar um significa deixar de sancionar muitos outros, prática esta que obviamente não é legal, pois não se pode dispor sobre aplicar ou não a sanção penal. Ao mesmo tempo, só é possível a continuação (mesmo que precária) da “organização” social em razão dessa não aplicação, pois se todas as condutas típicas praticadas fossem sancionadas a exceção seria estar fora das prisões⁴¹. Ainda, podemos acrescentar o fato de que aplicar a lei penal significa a sua violação também processual⁴², pois sem a estrutura para lidar com todos os casos, os processos são demorados, garantias processuais são violadas, os prazos para as prisões provisórias são motivos para piadas nos meios jurídicos. Aplicar a pena acaba na mesma situação, pois temos casos infundáveis de pessoas que permanecem além do tempo condenado na prisão, pois não há estrutura para o acompanhamento das progressões de regime, a lotação máxima em cada cela é violada e assim por diante. Como não sentir a hipocrisia de exigir o cumprimento da lei quando os responsáveis por sua aplicação são, também, os maiores responsáveis por sua violação? Como é possível não se sentir na mais insana das alucinações quando o único jeito de cumprir a lei é por meio de sua violação?

Um presidiário, em um depoimento a Erving Goffman, afirmou que:

“Um ponto que eu quero gravar aqui é a curiosa dificuldade que eu mesmo tenho de me sentir inocente. Eu acho muito fácil aceitar a noção de que eu estou pagando pelo mesmo tipo de faltas imputadas aos outros homens aqui, e devo me lembrar de tempos em tempos que um governo que realmente acredita em liberdade de consciência não deveria colocar homens na prisão por praticá-la. Conseqüentemente, a indignação que sinto com relação às práticas prisionais não é a indignação do inocente perseguido ou a do mártir, mas a do culpado que sente sua punição ser além de seu merecimento e *infligida por aqueles que não são, eles mesmos, livres de culpa*. Este último ponto é

⁴¹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Em busca das penas perdidas*, p. 26.

⁴² ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Em busca das penas perdidas*, pp. 27-28.

aquele que todos os internos sentem fortemente, e é a fonte do profundo cinismo que perpassa a prisão” (grifos no original)⁴³.

Com uma breve síntese, podemos recapitular que o crime é fruto de uma seleção nos momentos de criação e aplicação das normas penais. Existem muitas condutas que não são criminalizadas e são mais lesivas (a partir de diversos pontos de vista) do que aquelas tipificadas. Mesmo no caso das ações tipificadas, temos suas práticas quotidianas nos mais variados estratos sociais, mas sua persecução muito mais direcionada a certos grupos. Baratta arremata as questões aqui abordadas ao afirmar que “a criminalidade, segundo sua definição legal, não é o comportamento de uma minoria, mas da maioria dos cidadãos e que, além disso, segundo sua definição sociológica, é um *status* atribuído a determinados indivíduos por parte daqueles que detêm o poder de criar e aplicar a lei penal, mediante mecanismos seletivos, sobre cuja estrutura e funcionamento a estratificação e o antagonismo dos grupos sociais têm um influência fundamental”⁴⁴.

Muito foi dito nesta seção, mas é possível se perguntar: “e o que tudo isso tem em relação à reincidência?” Como vimos com bastante clareza, não existe o criminoso, mas o criminalizado. A criminalização se dá com muito maior intensidade em grupos sociais vulneráveis, o que se reflete diretamente na “reincidência”. Hoje, principalmente em países periféricos, como o Brasil, aplicar uma pena significa violar a lei, nos diversos pontos apontados e muitos outros. Um passo por vez.

Primeiramente a combinação dos dois primeiros pontos: *a criminalização seletiva*. Com baste nesta noção, o reincidente não é aquele que comete crimes de forma reiterada (pois já vimos como tal prática é difusa socialmente), mas aquele que é repetidamente criminalizado. No banco dos réus primários no Direito Penal, temos um público que tende a uma homogeneização social, em função da seletividade e da vulnerabilidade, mas muitos são os exemplos de pessoas de grupos sociais menos

⁴³ GOFFMAN, Erving. *Asylums*, pp. 57-58. Tradução livre de: “*a point I want to record here is the curious difficulty I have in feeling innocent myself. I find it very easy to accept the notion that I am paying for the same kind of misdeeds as those charged to the other men in here, and I must remind myself from time to time that a government that actually believes in freedom of conscience should not put men in prison for practicing it. Consequently, what indignation I feel toward prison practices is not the indignation of the persecuted innocent or the martyr, but of the guilty who feels his punishment to be beyond his deserts and inflicted by those who are not themselves free of guilt. This latter point is one that all the inmates feel strongly, and is the source of the deep cynicism that pervades the prison*”.

⁴⁴ BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do Direito Penal*, p. 113.

vulneráveis respondendo e sendo condenadas em processos penais (boa parcela em crimes julgados nos Juizados Especiais Criminais ou recebendo penas alternativas). Porém, se temos uma chance muito maior de que setores mais vulneráveis serão criminalizados com maior intensidade, as chances de criminalização de uma pessoa de estratos sociais mais privilegiados são muito menores e uma segunda criminalização da mesma pessoa é infimamente inferior.

No entanto, o fenômeno inverso costuma ocorrer com as parcelas mais vulneráveis. Uma primeira criminalização aumenta muito as chances de uma segunda e a reprodução do ciclo de criminalizações. Além de já se encontrar em uma situação de desvantagem e dificuldade (não raro impossibilidade) de buscar a manutenção da vida pelos meios socialmente legítimos, o próprio cárcere insere o criminalizado em uma lógica de reprodução da criminalidade e, quanto pior a situação do apenado, maiores serão as dificuldades de romper o ciclo. Autores como Michel Foucault, Dario Melossi e Massimo Pavarini nos mostram com bastante propriedade como tal fenômeno ocorre. Os dois últimos autores enfatizam como o cárcere foi construído para ser uma fábrica de proletários, pessoas capazes de produzir em um modelo capitalista em ascensão, mas, no momento em que já existia mão-de-obra excedente, passa apenas a meio de controle de uma massa sem utilidade no modelo produtivo hegemônico, mera sanção como forma de controle⁴⁵. Foucault, por sua vez, demonstra como a prisão apenas forma a pessoa para uma carreira de criminalizações em seqüência, pois “a prisão não pode deixar de fabricar delinqüentes. Fabrica-os pelo tipo de existência que faz os detentos levar: que fiquem isolados nas celas, ou que lhes seja imposto um trabalho inútil (...). A prisão fabrica também delinqüentes impondo aos detentos limitações violentas; ela se destina a aplicar as leis, e a ensinar o respeito por elas; ora, todo o seu funcionamento se desenrola no sentido do abuso de poder”⁴⁶.

Percebe-se, então, que se a sanção penal recai de forma desigual sobre uma parcela ligeiramente específica do todo populacional, a reincidência é aplicada a uma parcela ainda mais homogênea: aqueles que, reiteradamente criminalizados e que com menores chances de saírem dos ciclos de práticas de condutas mais perseguidas, são jogados cada vez mais fundo na reprodução deste processo. Assim, a reincidência acaba

⁴⁵ MELOSSI, Dario; PAVARINI, Massimo. *Cárcere e fábrica*, p. 147.

⁴⁶ FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir*, p. 222.

sendo uma causa para manter a parcela dos “indesejáveis”, criada por toda uma teia de violências estruturais anteriores ao cometimento do crime, um período ainda maior dentro do cárcere.

Se a aplicação da pena e o cumprimento da lei vêm com uma série de violações legais em anexo, uma pessoa que é reiteradamente criminalizada e, com o uso da reincidência como forma de mantê-la por um período mais elevado encarcerada, significa que sofrerá tais ilegalidades da aplicação da pena outra vez e por um lapso de tempo ainda maior.

Não é difícil entender, com o uso de um arcabouço teórico das Criminologias, como a parcela de pessoas que são punidas com a aplicação da reincidência como forma de agravar a pena sofre um mal estéril⁴⁷ (que é a aplicação da pena) com uma gradação ainda maior.

Reagindo às teorias positivistas, anti-garantistas e autoritárias, o legislador colombiano fornece o exemplo de abolição da reincidência pelo disposto no art. 8º de seu Código Penal de 1980⁴⁸.

4. Da repercussão geral.

É importante frisar que o Supremo Tribunal Federal, que já entendeu que a majoração da pena resultante da reincidência não configura violação ao princípio do *no bis in idem* (Informativo 476), hoje, entretanto, reconhecendo sua repercussão geral, está revendo a questão, acenando em sentido contrário.

Nesse sentido o voto do Ministro Cezar Peluso, relator da Repercussão Geral em Recurso Extraordinário 591.563-8:

A questão suscitada versa sobre importantíssima matéria, que demanda reflexão da Corte, acerca da admissibilidade constitucional do agravamento da pena criminal, importa por certo fato, em virtude de o réu

⁴⁷ HULSMAN, Louk; CELIS, Jacqueline Bernat. *Penas perdidas*, p. 91.

⁴⁸ Proibição de dupla incriminação. A ninguém se lhe poderá imputar mais de uma vez a mesma conduta punível, qualquer seja a denominação jurídica que se lhe der ou haja dado, salvo o estabelecido nos instrumentos internacionais. Tradução livre de: “Artículo 8. Prohibición de doble incriminación. A nadie se Le podrá imputar más de una vezla misma conducta punible, cualquiera sea La denominación jurídica que se Le dê o haya dado, salvo lo establecido em los instrumentos internacionales”.

já ter sido condenado por fato diverso. Ou seja, trata-se de indagar se a norma de agravamento da pena por reincidência não significa autorização de dupla punição pelo mesmo fato (o réu seria punido duas vezes pelo fato objeto da primeira condenação, cuja pena já se exauriu), isto é, “bis in idem”. A questão, embora nem sempre considerada pela doutrina nem pelos tribunais, envolve o alcance de relevantíssima garantia constitucional, a cuja luz deve aferida a subsistência, ou não, de normas do Código Penal. Este tema tem profundo reflexo no “ius libertatis”, bem jurídico fundamental, e, como tal, transcende os limites subjetivos da causa, revestindo-lhe a decisão de repercussão geral.

5. Considerações finais.

Neste momento podemos retornar à proposta de Juarez Cirino dos Santos (*reincidência real como circunstância atenuante e reincidência ficta como acontecimento irrelevante para a dosimetria da pena*). Não restam maiores dificuldades para entender que o cumprimento de uma pena privativa de liberdade tem diversos efeitos nocivos e, no que toca a reincidência, é verdadeira hipocrisia tentar reforçar o sentimento de uma pessoa de “respeito à lei” aproximando-a da ilegalidade que acompanha a atuação penal. Ter passado por dentro do aparato carcerário é um motivo para reduzir aplicações futuras da sanção penal sobre a mesma pessoa e não razão para agravamento.

Com base em tudo o que foi sustentado, é possível afirmar que não foi recepcionado pela Constituição de 1988 o artigo 61, I, do Código Penal, o qual insere a reincidência como circunstância que agrava a pena, bem como todas as restrições a direitos, aplicadas com a segunda condenação⁴⁹. Além disso, o artigo 63 do CP deveria ser revisto para abarcar apenas a reincidência real e esta deveria passar a constar expressamente no rol das circunstâncias atenuantes. No entanto, podemos ampliar a proposta de Cirino dos Santos sugerindo a aplicação imediata, pela jurisprudência, com base no art. 66 do CP⁵⁰, da reincidência real para atenuar a pena.

Aqui, podemos trazer uma questão que deixamos silenciada ao longo do trabalho, por não influenciar na linha de raciocínio e nas conclusões. No caso de

⁴⁹ Ver FERREIRA, Gilberto, *Aplicação da pena*, pp. 109-110. CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *Direito Penal: parte geral*, pp. 570-571.

⁵⁰ “Art. 66. A pena poderá ser ainda atenuada em razão de circunstância relevante, anterior ou posterior ao crime, embora não prevista expressamente em lei”.

concurso entre circunstâncias atenuantes e agravantes, o art. 67 do CP dispõe prevalecer aquelas “que resultam dos motivos determinantes do crime, da personalidade do agente e da reincidência”. Assim, o dispositivo, considerando que tal entendimento sugerido acima seja aplicado, leva a entender que no concurso entre atenuantes e agravantes, a reincidência real deve ser um fator que faz a pena tender ao mínimo legal⁵¹.

O que se faz ao transformar um pequeno elemento como a reincidência no momento da dosimetria da pena é aplicar a “*proporcionalidade concreta*” para fundamentar critérios que tenham como objetivo desvelar e amenizar elementos nocivos envolvidos pela atuação do sistema jurídico-penal⁵². Este é apenas um pequeno passo em um contexto que demanda transformações muito mais profundas.

6. Referências Bibliográficas.

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

BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do Direito Penal: introdução à sociologia do Direito Penal*. 3. ed. Rio de Janeiro: Editora Revan; Instituto Carioca de Criminologia, 2002.

BECKER, Howard S. *Outsiders: studies in the sociology of deviance*. Nova Iorque: The Free Press, 1991.

CARVALHO, Amilton Bueno de; CARVALHO, Salo de. *Aplicação da pena e garantismo*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lúmen júris, 2002.

CASTRO, Lola Aniyar de. *Criminologia da reação social*. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *A Criminologia Radical*. 2. ed. Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2006.

_____. *Direito Penal: parte geral*. Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2006.

⁵¹ Podendo inclusive ficar aquém do limite mínimo cominado. Cf. VARGAS, Jorge de Oliveira; MOTTA, Felipe Heringer Roxo da. *A inconstitucionalidade e ilegalidade da Súmula 231 do STJ*. [online] Disponível na Internet via WWW.URL: <http://www.fagundes Cunha.org.br/amapar/revista/artigos/jorge_felipe_inconstitucionalidade.doc>.

⁵² CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *Direito Penal: parte geral*, p. 29.

- FERREIRA, Gilberto. *Aplicação da pena*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1998.
- FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir: história da violência nas prisões*. 27. ed. Petrópolis: Vozes, 2003.
- GOFFMAN, Erving. *Asylums: essays on the social situation of mental patients and other inmates*. Nova Iorque: Anchor Books, 1961.
- HULSMAN, Louk; CELIS, Jacqueline Bernat de. *Penas Perdidas: o sistema penal em questão*. Niterói: Luam, 1993.
- LYRA FILHO, Roberto. LYRA FILHO, Roberto. *Comentários ao Código Penal: Arts. 28 a 74*. 2ª ed. v. 2. Rio de Janeiro, 1955, p. 318.
- _____. *Criminologia dialética*. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1972.
- MELOSSI, Dario; PAVARINI, Massimo. *Cárcere e fábrica: as origens do sistema penitenciário (séculos XVI – XIX)*. Rio de Janeiro: Revan; Instituto Carioca de Criminologia, 2006.
- ROXIN, Claus. *Strafrecht allgemeiner Teil: Grundlagen – der Aufbau der Verbrechenslehre*. 4. ed. v.1. Munique: Verlag C. H. Beck, 2006.
- STRECK, Lenio Luiz. *Tribunal do Júri: símbolos e rituais*. 4. ed. Porto Alegre: Do Advogado, 2001.
- SUTHERLAND, Edwin H. *White Collar Crime: the uncut version*. New Haven: Yale University Press, 1983.
- VARGAS, Jorge de Oliveira; MOTTA, Felipe Heringer Roxo da. *A inconstitucionalidade e ilegalidade da Súmula 231 do STJ*. [online] Disponível na Internet via WWW.URL: <http://www.fagundesjunior.org.br/amapar/revista/artigos/jorge_felipe_inconstitucionalidade.doc>.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Em busca das penas perdidas: a perda de legitimidade do sistema penal*. 5. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal brasileiro: parte geral*. 6. ed. v. 1. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais: 2006.