

Centro Universitário de Brasília – UniCEUB  
Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais – FAJS  
Graduação em Direito

**LÍGIA REIS ROCHA**

**O INSTITUTO DA REINCIDÊNCIA CRIMINAL SOB UM OLHAR  
GARANTISTA**

**BRASÍLIA**

**2012**

**LÍGIA REIS ROCHA**

**O INSTITUTO DA REINCIDÊNCIA CRIMINAL SOB UM OLHAR  
GARANTISTA**

Monografia submetida ao Núcleo de Pesquisa e Monografia, como requisito parcial para conclusão do curso de bacharelado em Direito do Centro Universitário de Brasília.

Orientador: Prof. Marcus Vinícius Reis Bastos

**BRASÍLIA**

**2012**

**LÍGIA REIS ROCHA**

**O INSTITUTO DA REINCIDÊNCIA CRIMINAL SOB UM OLHAR  
GARANTISTA**

Monografia submetida ao Núcleo de Pesquisa e Monografia, como requisito parcial para conclusão do curso de bacharelado em Direito do Centro Universitário de Brasília.

Orientador: Prof. Marcus Vinícius Reis Bastos

Brasília, \_\_\_ de \_\_\_\_\_ de 2012.

**Banca Examinadora**

---

**Prof. Marcus Vinícius Reis Bastos**

**Orientador**

---

**Prof. José Carlos Veloso Filho**

**Examinador**

---

**Prof. Humberto Fernandes de Moura**

**Examinador**

“Ai de vós, penalistas, que invocais os demonstrados malefícios do encarceramento para impedir que os consumidores não ingressem na penitenciária, e silenciais diante do apodrecimento em vida dos filhos da hedionda pobreza!

Ai de vós, penalistas, que vos mobilizais em polêmicas intermináveis sobre os fungíveis médicos nazistas que remetiam menor quantidade de internos enfermos para o extermínio, e ignorais que no hospital público do lado uma comissão de bioética está agora escolhendo entre alguns pacientes quem vai morrer!

Ai de vós, penalistas, que proclamais o direito penal do ato quando ensinais culpabilidade, e exerceis implacavelmente o direito penal de autor quando aplicais a pena.”

**Nilo Batista**

## RESUMO

Este trabalho analisa o instituto da reincidência em face da Teoria do Garantismo Penal. Passando em revista aos diversos conceitos de reincidência observados no ordenamento jurídico brasileiro, e aos diversos efeitos advindos de sua adoção, tanto os observados na aplicação da pena quanto na execução da mesma, intenta-se perquirir sobre sua compatibilidade com os princípios norteadores do garantismo penal, como tal descritos na obra de Luigi Ferrajoli. Avulta, dentre eles, os princípios da legalidade, da intervenção mínima, da ofensividade e da culpabilidade. Esses princípios, cuidadosamente expostos, constituem o pano de fundo sobre o qual se avaliará o instituto da reincidência, tendo sempre em mente que a teoria garantista não se satisfaz com um modelo de resposta penal centrado no autor da conduta, mas tem que de forma impreterível estar associada a um direito penal do fato.

Palavras-chave: Reincidência. Garantismo penal. Direito penal do autor.

## SUMÁRIO

<b>RESUMO</b> .....	5
<b>INTRODUÇÃO</b> .....	8
<b>1. REINCIDÊNCIA</b> .....	10
1.1. CONCEITO .....	10
1.3. CLASSIFICAÇÃO DA REINCIDÊNCIA .....	19
1.4. EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA REINCIDÊNCIA NO DIREITO PENAL BRASILEIRO .....	22
1.5. FUNDAMENTOS PARA O AUMENTO DA PENA COM BASE NA REINCIDÊNCIA .....	26
<b>2. DIREITO PENAL E SEUS PRINCÍPIOS</b> .....	30
2.1. DIREITO PENAL E O PRINCÍPIO DA INTERVENÇÃO MÍNIMA .....	30
2.2. PRINCÍPIO DA SUBSIDIARIEDADE .....	35
2.3. PRINCÍPIO DA FRAGMENTARIEDADE .....	36
2.4. PRINCÍPIO DA OFENSIVIDADE .....	37
2.5. PRINCÍPIO DA MATERIALIZAÇÃO .....	40
2.6. PRINCÍPIO DA CULPABILIDADE .....	44
<b>3. REINCIDÊNCIA SOB A ÓTICA GARANTISTA</b> .....	49
3.1. GARANTISMO PENAL DE FERRAJOLI .....	49
3.2. PRINCÍPIO DA LEGALIDADE .....	51
3.3. AFRONTA AOS PRINCÍPIOS GARANTISTAS .....	52
<b>CONCLUSÃO</b> .....	65



## INTRODUÇÃO

O instituto da reincidência, que proporciona um maior rigor na aplicação da pena àquele que tendo contra si uma sentença transitada em julgado comete novo crime, tem ao longo do tempo sofrido raras críticas por parte da doutrina e jurisprudência brasileira.

É um instituto tão amplamente aceito, não só pela sociedade, mas também por grande parte dos aplicadores do direito, que é, por isso, muitas vezes defendido e aplicado sem questionamento dos fundamentos legais que o amparam.

Porém, ao denominar o Estado brasileiro como garantista, faz-se necessária uma análise mais crítica sobre esse instituto e sua conformidade ou não com os princípios norteadores do garantismo.

Por isso, o presente trabalho se dispõe a analisar frente ao modelo garantista de Ferrajoli, desenvolvido no livro *Direito e Razão*, se o instituto da reincidência encontra seu amparo legal na teoria garantista.

No primeiro capítulo será desenvolvida a conceituação legal de tal instituto, para que se possa conhecer o seu significado, como também entender os efeitos gerados, não só durante a aplicação da pena, mas também posteriormente, na sua fase de execução. Também serão abordadas as diferentes classificações da reincidência, que ajudam a entender quem no Brasil é considerado reincidente, a partir de quando o é, até quando continuará a carregar tal rótulo e com base em quais tipos de sentença se configurará a reincidência.

Posteriormente, será apresentada a evolução histórica, fundamental para se apurar desde quando a pena no Brasil é influenciada pela reincidência e as modificações sofridas ao longo do tempo em relação ao seu conceito. Por último, serão desenvolvidas as diversas argumentações, como a da insuficiência da pena imposta, maior periculosidade do agente, maior culpabilidade, dentre outras, que são trazidas pela doutrina para defender a permanência de tal instituto nos ordenamentos penais.

No capítulo seguinte, será enfrentada a conceituação dos princípios garantistas importantes para a análise da reincidência. Ferrajoli estrutura o sistema garantista em 10 axiomas, dos quais conceituaremos alguns que essencialmente limitam o poder punitivo do Estado, demonstrando em que áreas pode ou não o direito penal atuar, quando e de que forma isso deve ser feito.

Primeiramente, analisaremos o princípio da intervenção mínima, que é intimamente ligado ao princípio da subsidiariedade e da fragmentariedade, como também ao princípio da necessidade. Depois, passaremos aos princípios da ofensividade e da materialização, em que se desenvolverá a ideia do Direito Penal do Autor, que será de extrema importância para análise da reincidência, inclusive quando confrontada com o princípio da culpabilidade, que é o último princípio abordado nesse capítulo.

No capítulo três, após a análise dos princípios garantistas penais e do conceito de reincidência levada a efeito nos capítulos anteriores, será o momento de se confrontar tal instituto com os princípios analisados, para descobrir se o agravamento da pena pela reincidência é ou não abraçada pelo direito penal garantista próprio de todo Estado Democrático de Direito. Para tanto, é necessário conceituar o garantismo e os critérios que regulam a intervenção penal estatal, pois essa, mesmo que muitas vezes brutal, se faz necessária em alguns casos. Também é preciso trazer o conceito do princípio da legalidade, pilar da teoria garantista, que só se faz atendido, quando há a obediência de todos os outros postulados garantistas.

Assim, tal trabalho tem o intuito de demonstrar que, embora a intervenção estatal na esfera de liberdade do indivíduo quando do cometimento de um fato-crime se faça necessária, é preciso que tal ação seja controlada por diversos princípios, que garantam o cidadão contra as ingerências arbitrárias do Estado. O Estado, dessa forma, não tem o poder de cominar pena a qualquer conduta escudando-se na mera tipificação legal. É necessário que a intervenção da norma penal incriminadora se dê em consonância com os princípios garantistas.

## 1. REINCIDÊNCIA:

### 1.1. CONCEITO:

Reincidência, do latim *recider*, significa recair, cair novamente sob o ponto de vista físico ou moral. Pela definição do dicionário Aurélio, reincidência é “ato ou efeito de reincidir; obstinação; pertinácia; teimosia”. (YAROCHEWSKY, 2005)

O Código Penal brasileiro atual não trouxe a exata definição de reincidência, mas apenas os requisitos necessários para sua configuração, quais sejam: cometimento de nova infração depois de transitada em julgado a condenação anterior e lapso temporal inferior a cinco anos. (BRUNONI, 2007)

Nesse sentido julgado do STJ:

“Reincidente é todo aquele que, após o trânsito em julgado da condenação, independentemente do tipo de pena imposta, comete novo crime. (STJ – HC 4.023 – SP – Rel. Min. EDSON VIDIGAL - 5ª T. – J. 18.12.95 – Un) (DJU n. 38, 26.2.96, p.4.028)” (AMARO, 2007, p.360).

Importante observar que para que se configure a reincidência o cometimento do novo crime deve se dar após trânsito em julgado da sentença que o tenha condenado anteriormente. Dessa maneira, não basta a simples existência de uma condenação transitada em julgado para que o condenado seja considerado reincidente.

É o que esclarece o julgado do Supremo Tribunal Federal:

“(…) Verifica-se a reincidência quando o agente comete novo crime, depois de transitar em julgado sentença condenatória de processo anterior, assim o que a conceitua é o cometimento do novo crime e não a existência da segunda sentença condenatória passada em julgado. (STF – RHC 36.201 – Rel. Min. HENRIQUE D’AVILA – J. 24.9.58) (RF 189/272)” (AMARO, 2007, p. 362).

Como a Lei reporta-se especificamente à prática de crime anterior, conclui-se que o cometimento anterior de contravenção não gera reincidência. Todavia, pelo disposto no Art. 7º da Lei de Contravenções Penais, será configurada a reincidência quando o agente praticar uma contravenção após o trânsito em julgado da sentença

que o tenha condenado por outra contravenção, se esta ocorreu no Brasil, ou por qualquer crime, tendo esse ocorrido no Brasil ou não estrangeiro. (QUEIROZ, 2008)

Dessa forma, se o agente praticar duas contravenções, ou dois crimes, ou um crime e uma contravenção será considerado reincidente. Entretanto, se praticar uma contravenção e um crime, nesta exata ordem, não haverá reincidência. (QUEIROZ, 2008) Tal incongruência jurídica ocorre devido à falta de previsão legal da ocorrência de reincidência nessa hipótese.

O julgado do TACRIM SP atenta para tal falha legislativa:

“É reincidente quem pratica um crime e depois outro crime. É ainda reincidente quem pratica um crime e depois uma contravenção. Também o é quem pratica uma contravenção e depois outra contravenção. Já não o é, todavia, quem pratica uma contravenção e depois um crime. (TACRIM SP – Ap. 36.331 – Rel. Juiz TOLEDO ASSUMPÇÃO – 4ª C. – J. 2.3.72 – M.V.) (RT 451/406)” (AMARO, 2007, p. 360).

Observa-se que a reincidência, também, não é perpétua, tendo em vista que, se transcorrido período superior a cinco anos da data do cumprimento ou da extinção da pena anterior e a prática da infração posterior, extinguir-se-ão todos os efeitos da reincidência, desse modo, o sentenciado volta a ser considerado primário. (QUEIROZ, 2008).

Por força do princípio constitucional da presunção de inocência – presente no Art. 5º, inciso LVII da Constituição Federal – ninguém será culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória. Assim sendo, só pode ser considerado reincidente quem comete novo crime após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória que o tenha condenado por crime anterior. (QUEIROZ, 2008).

Não se leva, desse modo, em consideração para fim de reincidência a mera condenação não transitada em julgado ou o inquérito policial, conforme o entendimento do Superior Tribunal de Justiça no Enunciado de Súmula nº 444, que deixa claro que tais situações não podem ser usadas em detrimento do réu na fixação da pena base. Tão pouco seria razoável que o fosse na constatação da reincidência já que o próprio Art. 63 do Código Penal deixa claro que, o único meio hábil a dar ensejo ao agravamento da reincidência é a sentença condenatória transitada em julgado.

Diversos tribunais já se manifestaram sobre o tema, dentre eles o TJSP e o TACRIM SP, como se segue:

“A reincidência, nos termos da lei, pressupõe condenação com trânsito em julgado e não simplesmente a prática do crime ou a existência de processo anterior. (TJSP – Ap. 41.969 – Rel. Des. THRASYBULO DE ALBUQUERQUE – 1ª C. Crim. – J. 3.6.54) (RT 227/85)” (AMARO, 2007, p.361).

“Não é possível o reconhecimento da reincidência, estando ausente a comprovação de condenação com trânsito em julgado do anterior à data do delito, não valendo como tal prova mera folha de antecedentes. (TACRIM SP – Rev 189.162/5 – Rel. Juiz SIDNEI BENETI – 6º G.Cs. – J. 2.4.90 – M.V.) (RJDTACRIM 7/235)” (AMARO, 2007, p. 361).

A doutrina, precisamente com Mirabete (1997), também confirma que para o reconhecimento da reincidência é necessário a comprovação anterior por documento hábil, exigindo-se a competente certidão de cartório em que figure a data do trânsito em julgado. Assim, o assento policial não basta para a comprovação da reincidência.

A lei não faz diferenciação sobre a natureza dos crimes, logo para haver reincidência, podem estes serem tanto dolosos quanto culposos. Também não existe distinção quanto ao tipo de pena aplicada, é reincidente aquele que é sentenciado a pena privativa de liberdade, restritiva de direito ou multa. Em alguns códigos estrangeiros os efeitos da reincidência limitam-se às penas privativas de liberdade, mas não é isso que ocorre no Brasil, pois a lei sequer traz fundamento para excluírem-se os delitos em que são cominados a pena de multa. (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2009).

Logo, não é a qualidade da pena, e sim a existência de infração penal, que torna configurada a reincidência definida no Art. 63 do CP. (MARQUES, 1999).

TACRIM SP assentou o entendimento nesse sentido:

“No conceito de crime anterior mencionado no Art. 63 do CP estão incluídos os crimes dolosos e também os crimes culposos. (TACRIM SP – HC. 198.928 – Rel. Juiz JOSÉ SANTANA – 10ª C. – J. 21.11.90-Un.)” (AMARO, 2007, p. 361).

Não são todos os crimes, porém, que geram reincidência. O Código Penal excepcional os crimes militares próprios e os crimes políticos em seu Art. 64, inciso II.

Crimes militares próprios são aqueles tipificados exclusivamente no Código Penal Militar, e que, por isso, somente podem ser cometidos por militares. Não se confundem, dessa forma, com os crimes militares impróprios que podem ser cometidos tanto pelo militar quanto pelo civil. (QUEIROZ, 2008).

Crimes políticos são as infrações penais contra a segurança interna e externa do Estado, sendo puramente político os crimes que atentam exclusivamente contra interesse político da nação, e relativamente políticos os crimes que se referem a fatos puníveis segundo a lei penal comum, praticado com finalidade político-subversiva. Somente os puramente políticos não geram a reincidência. (QUEIROZ, 2008).

Nesse sentido o STF já se manifestou:

“Da circunstância de, para efeito de reincidência não se considerarem os crimes militares ou puramente políticos, não resulta, necessariamente, que não devem ser levados em conta os crimes comuns para configuração da reincidência em condenação por crime militar. (STF – HC 58.281-8-RJ – Rel. Min. SOARES MUÑOZ- 1ª T.- J. 7.10.80 – Un.) (RT 551/416)” (AMARO, 2007, p.364).

Existem, ainda, algumas situações, que embora levadas ao conhecimento do judiciário, não induzem à reincidência, são elas: a) a sentença concessiva do perdão judicial (Art. 120, do CP), b) a sentença que aplica medida de segurança (conforme doutrina majoritária), c) a decisão que aplica pena restritiva de direito em transação penal (Lei 9.099/95, Art. 76§ 40, d) a decisão concessiva de suspensão condicional do processo (Art. 89 da Lei 9.099/95), e) a decisão que homologa a composição civil (Art. 74 da Lei 9.099/95) e f) a exceção da prescrição da pretensão executória, o reconhecimento da prescrição (retroativa ou superveniente) afasta a reincidência, uma vez que implica desconstituição da própria sentença condenatória. (QUEIROZ, 2008).

## 1.2. EFEITOS DA REINCIDÊNCIA:

A reincidência possui um papel significativo na aplicação da pena, pois trata-se de uma das circunstâncias agravantes elencadas pelo Código Penal brasileiro, sendo considerada na segunda fase da dosimetria da pena pelo juiz.

A reincidência não é, no ordenamento penal brasileiro, apenas uma circunstância que sempre agrava a pena, mas é considerada a agravante mais importante trazida pelo Código Penal Brasileiro, sendo chamada por isso de agravante preponderante. (YAROCHEWSKY, 2005).

O Código Penal em seu artigo 67 estabelece que a pena deva se aproximar do limite indicado pelas circunstâncias preponderantes. Circunstâncias preponderantes são as resultantes dos motivos determinantes do crime, da personalidade e da reincidência. (BITENCOURT, 2010).

Ou seja, quando houver no caso analisado circunstâncias atenuantes não preponderantes e do outro lado a reincidência, que como já dito, é uma agravante preponderante, essa terá maior peso na aplicação da pena.

Ao contrário do que ocorre com as demais agravantes, a reincidência não se limita apenas a aumentar a pena base na segunda fase da aplicação da mesma. Ela possui diversos outros efeitos não apenas no campo do direito penal processual, mas também atingindo o condenado na fase de execução da pena. (YAROCHEWSKY, 2005).

Alguns exemplos dos efeitos da reincidência no âmbito penal, processual penal e na execução penal:

### 1.2.1. Determina regime de cumprimento de pena mais severo:

A literalidade o Art. 33 do CP direciona para o entendimento de que o reincidente sempre iniciará o cumprimento de sua pena no regime fechado, independentemente de qual seja a pena fixada.

“**Art. 33.** (...)”

§ 2º (...)

a) o condenado a pena superior a 8 (oito) anos deverá começar a cumpri-la em regime fechado;

- b) o condenado não reincidente, cuja pena seja superior a 4 (quatro) anos e não exceda a 8 (oito), poderá, desde o princípio, cumpri-la em regime semiaberto;
- c) o condenado não reincidente, cuja pena seja igual ou inferior a 4 (quatro) anos, poderá, desde o início, cumpri-la em regime aberto.”

Porém o STJ no enunciado de Súmula 269 firmou o entendimento de ser admissível a adoção do regime prisional semiaberto aos reincidentes condenados à pena igual ou inferior a quatro anos se favoráveis às circunstâncias judiciais. (STJ, HC 93.371/SP, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, 5ª Turma, Dje 1º/6/2009).

#### 1.2.2. Impede substituição de pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, se específica em crime doloso:

Como se vê, nesse caso, o legislador exigiu para a restrição a existência da reincidência em crime doloso. Ou seja, se qualquer uma das duas infrações penais que estão sendo confrontadas, com o intuito de concluir pela reincidência, for de natureza culposa, mesmo sendo o réu considerado reincidente para a maioria dos outros fins, isso não impedirá a substituição. (GRECO, 2012).

**“Art. 44.** As penas restritivas de direitos são autônomas e substituem as privativas de liberdade, quando:  
II – o réu não for reincidente em crime doloso.”

Embora inicialmente a reincidência dolosa impeça a substituição, o § 3 do mesmo artigo traz uma ressalva:

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

Portanto, ao juiz caberá avaliar se, mesmo no caso do reincidente em crime doloso, a concessão da substituição atenderá a sua dupla finalidade: evitar a prisão desnecessária do condenado e também permitir que se alcance o efeito preventivo. (GRECO, 2012).

A última parte do § 3 do Art. 44, porém, traz mais uma exceção. Não poderá haver a substituição, mesmo que as circunstâncias sejam favoráveis ao réu, se esse for reincidente específico, ou seja, houver condenação por crime da mesma natureza. (GRECO, 2012).

### 1.2.3. Impede substituição da pena privativa de liberdade por multa:

Não pode ainda, caso seja o réu reincidente, ser substituída a pena privativa de liberdade por pena de multa, como determina o Art. 60, § 2 do Código Penal:

**“Art. 60. (...)**

**§ 2º** A pena privativa de liberdade aplicada, não superior a 6 (seis) meses, pode ser substituída pela de multa, observados os critérios dos incisos II e III do art. 44 deste Código.”

### 1.2.4. Obstrui o sursis, quando da prática de crime doloso:

Para que o réu não tenha direito ao sursis é necessário que seja reincidente em crime doloso. Desse modo, se a infração cometida anteriormente é uma contravenção penal ou um crime culposo não há impedimento para a concessão do sursis, conforme Art. 77, inciso I do Código Penal:

**“Art. 77.** A execução da pena privativa de liberdade, não superior a 2 (dois) anos, poderá ser suspensa, por 2 (dois) a 4 (quatro) anos, desde que:

I - o condenado não seja reincidente em crime doloso;

§ 1º A condenação anterior a pena de multa não impede a concessão do benefício.”

Ressalta-se, ainda, que mesmo se o agente tiver anteriormente sido condenado pela prática de um crime doloso, Não será obstada a concessão do sursis se a ele tiver sido aplicada a pena de multa, isolada ou mesmo em substituição à pena privativa de liberdade. (GRECO, 2012).

### 1.2.5. Aumenta o lapso temporal de cumprimento da pena para obtenção do livramento condicional:

O Art.83 do Código Penal exige como requisito objetivo para o livramento condicional o cumprimento de mais de um terço da pena. Porém, caso seja o réu reincidente tal lapso temporal é de mais da metade da pena.

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

- I – cumprida mais de um terço da pena se o condenado não for reincidente em crime doloso e tiver bons antecedentes;
- II – cumprida mais da metade se o condenado for reincidente em crime doloso;”

1.2.6. Revoga o sursis (art.81, CP), o livramento condicional (art.87, CP) e a reabilitação (art.95, CP):

A reincidência, além de impedir a concessão do sursis, se configurada posteriormente a concessão o revoga. O livramento condicional, da mesma forma, caso se configure a reincidência é revogado, é o que afirma o Art. 81,§1 e 87, ambos do Código Penal:

**“Art. 81.** A suspensão será revogada se, no curso do prazo, o beneficiário:

- I – é condenado, em sentença irrecorrível, por crime doloso;

§ 1º A suspensão poderá ser revogada se o condenado descumpre qualquer outra condição imposta ou é irrecorrivelmente condenado, por crime culposo ou por contravenção, a pena privativa de liberdade ou restritiva de direitos.”

**“Art. 87.** O juiz poderá, também, revogar o livramento se o liberado deixar de cumprir qualquer das obrigações constantes da sentença, ou for irrecorrivelmente condenado, por crime ou contravenção, a pena que não seja privativa de liberdade.”

Porém, é necessário esclarecer que tais hipóteses nem sempre se referem à reincidência, pois os crimes podem ter sido praticados ao mesmo tempo em que o crime que originou a suspensão condicional da pena, logo, o réu não é considerado reincidente. (FERREIRA, 1998).

Ainda a reincidência gera efeitos na revogação da reabilitação, conforme determina o Art. 95 do Código Penal:

**“Art. 95.** A reabilitação será revogada, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, se o reabilitado for condenado, como reincidente, por decisão definitiva, a pena que não seja de multa.”

São dois os requisitos que autorizam a revogação da reabilitação: a condenação transitada em julgado posterior dever ser a pena privativa de liberdade

e a condenação deve se dar com o reconhecimento de que o reabilitado é reincidente. O fato pelo qual o reabilitado será condenado deverá, portanto, ter ocorrido após o trânsito em julgado da sentença penal que o condenou pelo crime anterior. (TELES, 1996).

É de se observar que o final do dispositivo traz uma ressalva: se a pena a qual ele for condenado é a de multa, a reabilitação não será revogada.

#### 1.2.7. Aumenta o prazo e interrompe a prescrição:

A prescrição, como bem se sabe, é um instituto extremamente favorável ao réu. Esse permite que com o passar do tempo e a inércia do Estado haja a extinção da punibilidade do agente.

Porém, o Art. 110 do Código Penal ao tratar da prescrição executória mencionou expressamente os reincidentes para diferenciá-los, agravando sua situação. O prazo prescricional é aumentado 1/3 (um terço), caso seja o réu reincidente. Dessa forma, depois de condenado o réu, o Estado terá 1/3 (um terço) a mais de tempo para fazer valer sua pretensão executória contra o condenado reincidente do que teria contra o primário.

Vale lembrar que o STJ no enunciado de súmula 220 afirmou que a reincidência não influi no prazo prescricional da pretensão punitiva, mas apenas da pretensão executória.

**“Art. 110.** A prescrição depois de transitar em julgado a sentença condenatória regula-se pela pena aplicada e verifica-se nos prazos fixados no artigo anterior, os quais se aumentam de um terço, se o condenado é reincidente.”

Ainda, quanto à prescrição, a reincidência irradia mais um efeito: de interrompê-la, conforme Art. 117, inciso VI do Código Penal.

**“Art. 117.** O curso da prescrição interrompe-se:  
VI – pela reincidência.”

Porém, é importante esclarecer que será interrompida a prescrição da pretensão executória na data do trânsito em julgado da sentença condenatória do novo crime e não na data do cometimento do mesmo. (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2009).

### 1.2.8. Impede alguns casos de diminuição de pena:

O Art. 155 do Código Penal – que tipifica o crime de furto – traz a previsão do furto privilegiado. O referido artigo, porém, traz como requisito para a concessão da referida diminuição de pena a primariedade, ou seja, ao reincidente não é estendido tal prerrogativa.

**“Art. 155. (...)**

§ 2º Se o criminoso é primário, e é de pequeno valor a coisa furtada, o juiz pode substituir a pena de reclusão pela de detenção, diminuí-la de um a dois terços, ou aplicar somente a pena de multa.”

O STJ, no RESP 166750/SP, se manifestou afirmando que a reincidência impede o reconhecimento do denominado furto privilegiado. (STJ, Resp. 166750/SP, Rel. Min. Felix Fischer, 5ª T., DJ 30/11/1998, p. 189).

Os Art. 170 – que se refere ao crime de apropriação indébita – e o Art. 171 § 1 – que se refere ao estelionato - fazem referência ao disposto no Art. 155 § 2. Dessa forma, também exclui do reincidente o direito à diminuição da pena.

### 1.2.9. Impossibilita a suspensão condicional do processo:

A reincidência, no caso da Lei 9.099/95, traz um efeito ainda mais drástico. A suspensão condicional do processo será proposta desde que o acusado não esteja sendo processado ou não tenha sido condenado por outro crime. Nota-se que o legislador não afirmou um lapso temporal que faria a condenação por outro crime deixar de influenciar a não concessão da suspensão condicional do processo.

## 1.3. CLASSIFICAÇÃO DA REINCIDÊNCIA:

A reincidência pode ser classificada quanto: a) ao pressuposto para configuração, b) à identidade dos fatos, c) à temporariedade e d) à questão territorial.

Em relação ao pressuposto para sua configuração, a reincidência pode ser: real ou ficta. A reincidência real ocorre quando o autor de uma infração penal

comete outra, após cumprir parcial ou totalmente a pena que lhe foi imposta pela prática de crime anterior. Já a reincidência ficta se dá quando o autor de um crime comete outro, depois de transitada em julgado a sentença que o condenou por crime anterior. (YAROCHEWSKY, 2005).

O Brasil, atualmente, adota a reincidência ficta. Assim não se exige, para o reconhecimento da agravante da reincidência, ou como condição desta, que o agente tenha pelo menos cumprido parte da pena, bastando apenas que ele tenha sido condenado anteriormente por outro crime. (YAROCHEWSKY, 2005).

Yarochewsky (2005), crítico do instituto da reincidência, afirma que mesmo que a reincidência pudesse ser condição para o agravamento da pena – o que para ele não é possível por ser um claro exemplo de direito penal do autor – só poderia ser, caso o direito penal adotasse a reincidência real ou própria, onde o agente para ser reincidente tem que cometer uma nova infração após ter cumprido parcial ou totalmente a pena que lhe foi atribuída pela prática do crime anterior.

Porém, como já mencionado, o Brasil adotou a reincidência ficta e, com isso, acabou permitindo, muitas vezes, que um agente sendo reincidente nunca tenha chegado a cumprir uma parcela de sua pena, só possuindo contra ele uma sentença condenatória transitada em julgado.

Por isso, a reincidência em nosso sistema penal não pode se fundamentar em qualquer função da pena, já que fica claro que o cumprimento dessa não é um dos requisitos para a atribuição da etiqueta de reincidente.

Consequentemente, não há razoabilidade alguma em aumentar a dose de um remédio sem que o paciente tenha tomado doses menores anteriormente. Se o remédio – que é a pena – ainda não foi ministrado, não há como concluir que ele não tenha alcançado o efeito desejado. (YAROCHEWSKY, 2005).

Em relação à classificação quanto à identidade dos fatos, o Código Penal brasileiro adotou, em regra, a reincidência genérica ou heterogênea, dessa forma, não se faz necessário que haja identidade entre os fatos praticados, isto é, os crimes podem ter natureza diversa. Logo, para sua caracterização basta que o agente pratique um novo crime depois de ter sido anteriormente condenado por outro, independentemente da espécie dos mesmos. (YAROCHEWSKY, 2005).

Diferentemente ocorre com a reincidência específica ou especial, que exige para sua configuração que os crimes perpetrados sejam da mesma espécie e, portanto, constituem fatos de igual identidade. (YAROCHEWSKY, 2005).

Embora a regra no sistema penal brasileiro seja a adoção da reincidência genérica, ainda é possível em alguns momentos encontrar dispositivos legais que façam referência à reincidência específica, como exemplo temos o Art. 83, inciso V do Código Penal, em que o livramento condicional não é permitido àquele que for reincidente específico em crime de natureza hedionda ou assemelhado.

A reincidência ainda pode ser considerada quanto à temporariedade. Assim, a prescrição da reincidência pode ser vista através de três sistemas: o da perpetuidade, o da temporariedade e o misto. (YAROCHEWSKY, 2005).

Para o sistema da perpetuidade não importa o lapso temporal entre a primeira condenação definitiva e a prática do novo crime o agravamento de pena pela reincidência estará configurado. Para o sistema da temporariedade por outro lado, não subsiste a reincidência quando decorrido um determinado lapso temporal entre a sentença transitada em julgado e o novo crime. O sistema misto, embora inclinado à perpetuidade, permite a atenuação do valor do agravamento da pena proporcionalmente ao tempo decorrido. (YAROCHEWSKY, 2005).

O Código Penal brasileiro, de 1940, adotava o sistema da perpetuidade da reincidência. Contudo, com a entrada em vigor da Lei n. 6.416, de 24.5.77, esse sistema foi abandonado e passou-se a adotar o sistema da temporariedade da reincidência, conforme resta claro com a leitura do Art.64 do Código Penal. O referido artigo afirma que não prevalecerá a condenação anterior, se entre a data do cumprimento ou extinção da pena tiver decorrido período de tempo superior a cinco anos, computado período de prova da suspensão ou do livramento condicional, se não ocorrer a revogação. (YAROCHEWSKY, 2005).

Interessante é a leitura da exposição de motivos nº 54 da parte Geral do Código Penal que deixa claro o fator determinante para tal mudança:

“A Lei nº 6.416, de 1977, alterou a disciplina da reincidência, limitando no tempo os efeitos da condenação anterior, a **fim de não estigmatizar para sempre o condenado**. A partir desse diploma legal deixou de prevalecer a condenação anterior, para efeito de reincidência, se decorrido período superior a cinco anos entre a data do cumprimento ou da extinção da pena e a da infração posterior. A

redação do texto conduziu a situações injustas: o réu que tenha indeferida a suspensão condicional da pena tem em seu favor a prescrição da reincidência, antes de outro, beneficiado pela suspensão. A distorção importa em que a pena menos grave produz, no caso, efeitos mais graves. Daí a redação dada ao artigo 64, I, mandando computar 'o período de prova da suspensão ou do livramento condicional, se não houver revogação.' (grifo nosso).

Na classificação da reincidência, ainda, é levado em consideração a questão territorial, já que é apropriado saber se a sentença condenatória proferida no estrangeiro será considerada ou não para efeitos de reincidência. (YAROCHEWSKY, 2005).

O Código Penal brasileiro faz expressa menção em seu Art. 63 à sentença transitada em julgado no país ou no estrangeiro. Dessa forma, o Brasil adotou a solução internacionalista, admitindo a valoração da sentença condenatória transitada em julgado estrangeira para reconhecer a reincidência. Essa sentença estrangeira, porém, para que possa produzir seus efeitos no país deve ser homologada pelo Superior Tribunal de Justiça. (YAROCHEWSKY, 2005).

#### 1.4. EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA REINCIDÊNCIA NO DIREITO PENAL BRASILEIRO:

Não foi com a elaboração do atual Código Penal brasileiro que se criou a ideia do aumento de pena pela reincidência. Outros códigos brasileiros, mesmo que muitas vezes com parâmetros diversos, já exploravam a visão de que aquele que delinuiu mais de uma vez merece um tratamento diferenciado.

O Código Criminal do Império de 1830, em seu Art.16, § 3, enunciava que constituía circunstância agravante ter o delinquente reincidido em delito da mesma natureza. (YAROCHEWSKY, 2005).

Como o código em questão não trazia o conceito do que seria delito da mesma natureza, nem tão pouco referência à necessidade de uma sentença condenatória para que se configura a reincidência, coube à doutrina preencher tal lacuna legal (ROCHA, 2007).

De acordo com Henrique de Souza, delitos da mesma natureza seriam aqueles definidos ou qualificados pelo legislador debaixo de uma mesma denominação comum. (apud ROCHA, 2007).

Da mesma forma, embora não fosse no texto expressamente previsto a obrigatoriedade de uma sentença condenatória transitada em julgado para que se configura o agravamento da pena, só era à época aceito tal circunstância caso fosse esse requisito devidamente preenchido. (YAROCHEWSKY, 2005).

O Código Penal Republicano, de 1890, trouxe uma definição mais completa do que seria o agravante da reincidência, ao prever que, a reincidência se verificava quando o criminoso, depois de passada em julgado 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. (YAROCHEWSKY, 2005).

Embora trouxesse, diferentemente do Código de 1830, uma definição do que seria crime da mesma natureza, o Código de 1890 contemplou a reincidência específica de uma forma bastante restrita. Assim, a reincidência só se configuraria caso a ofensa se desse ao mesmo artigo de lei. (YAROCHEWSKY, 2005).

A Consolidação das Leis Penais, de 1932, manteve o instituto da reincidência específica, porém, trouxe como exceção os crimes eleitorais. Esses eram analisados à luz da reincidência geral, já que haveria reincidência sempre que o criminoso depois de condenado por sentença irrecorrível cometesse crime eleitoral, embora não infringisse a mesma disposição de lei. (ROCHA, 2007).

Dessa forma, é evidente que em relação aos crimes eleitorais, o citado código não exigia que os delitos ocorridos violassem o mesmo artigo de lei, mas tão somente, que o condenado tivesse uma sentença condenatória anterior transitada em julgado.

Com o advento do Código Penal de 1940, as lacunas conceituais deixadas pelos códigos anteriores foram supridas, tendo em vista que esse código trouxe não apenas a diferenciação conceitual de reincidência específica e reincidência genérica, como também a definição do que seriam os delitos da mesma natureza. (ROCHA, 2007).

Declarava a lei que reincidência genérica se constituía quando os crimes fossem de natureza diversa, e específica quando fossem da mesma natureza.

Considerava, ainda, crimes da mesma natureza os previstos no mesmo dispositivo legal, bem como os que, embora previstos em dispositivos diversos, apresentassem, pelos fatos que os constituíssem ou por seus motivos determinantes, caracteres fundamentais comuns. (YAROCHEWSKY, 2005).

A reincidência específica na redação original do Código de 1940 era extremamente gravosa ao réu. Diz o Art. 47 do Código Penal:

**“Art. 47.** A reincidência específica importa:  
I – a aplicação da metade da soma do mínimo com o máximo;  
II – a aplicação da pena mais grave em qualidade, dentre as cominadas alternativamente, sem prejuízo do disposto no nº I.”

O Código de 1940, embora tenha ampliado consideravelmente a conceituação de reincidência, pecou ao não trazer o prazo prescricional, adotando, dessa forma, o sistema de perpetuidade da reincidência. (YAROCHEWSKY, 2005).

Existia, ainda, outro problema. O referido código apresentava uma verdadeira incongruência jurídica. A lei de contravenções penais trazia a possibilidade da configuração do agravante da reincidência quando o agente praticasse primeiramente um crime e logo após uma contravenção. O Código Penal, porém, não trazia a possibilidade de reincidência quando o agente praticasse primeiro a contravenção e depois o crime. (YAROCHEWSKY, 2005).

Tal problema apresentado persiste no atual código, pois esse continua não prevendo a reincidência no caso do agente primeiro cometer uma contravenção e posteriormente um crime.

Era, ainda, adotado o sistema do duplo binário, em que o reincidente em crime doloso, estava sujeito além da pena privativa de liberdade, a aplicação de uma medida de segurança, que seria um tratamento especial de readaptação após o desconto do tempo de prisão. O citado diploma legal trazia expressamente em seu texto que os reincidentes em crime dolosos eram presumidamente perigosos. (YAROCHEWSKY, 2005).

Deste modo, a reincidência – tanto específica quanto genérica – fazia presumir-se a periculosidade do agente. (ROCHA, 2007).

O Código Penal de 1969, que não chegou a entrar em vigor, extinguiu a reincidência específica, trazendo apenas a previsão da reincidência genérica. De acordo com a exposição de motivos do referido código, a reincidência específica foi eliminada, pois significava uma intolerável limitação ao poder discricionário do juiz na aplicação da pena. (ROCHA, 2007).

Além disso, como essa lei trazia a distinção entre reincidentes, criminosos habituais e por tendência, a aplicação da reincidência específica perdeu seu sentido, já que as sanções direcionadas aos criminosos habituais e por tendência tinham um direcionamento mais eficaz do sistema repressivo. (ROCHA, 2007).

A Lei 6.416 de 1977 alterou a disciplina da reincidência, extinguindo a reincidência específica e limitando no tempo os efeitos da condenação anterior, a fim de não estigmatizar para sempre o condenado. (PRADO, 2010).

O lapso temporal exigido, para que não se considerasse mais o crime anterior como agravante, passou a ser de 5 anos entre a data do cumprimento ou da extinção da pena e a infração posterior. (ROCHA, 2007).

Outra modificação trazida por essa lei foi a não consideração, para efeitos de reincidência, dos crimes militares ou puramente políticos. (YAROCHEWSKY, 2005).

De acordo com ela, aquele que tivesse contra si outra condenação com sentença transitada em julgado não teria direito a obtenção da suspensão condicional da pena. (YAROCHEWSKY, 2005).

Com o advento da Lei 7.209/84, a relação entre concessão da suspensão condicional da pena e da reincidência foi restringida, só não sendo possível a obtenção por aquele que fosse reincidente em crime doloso. Antes da referida lei não havia distinção entre ser o crime anteriormente praticado doloso ou culposo, nenhum possibilitava a concessão do sursis. (YAROCHEWSKY, 2005).

Como já havia ocorrido anteriormente, com o Código de 1969, foi superada a presunção de periculosidade adotada pelo Código Penal de 1940. Dessa forma, foi extinta a aplicação da medida de segurança para o reincidente, só restando, agora, sua aplicação aos inimputáveis, mas nunca podendo ser cumulada com pena privativa de liberdade. (YAROCHEWSKY, 2005).

A reincidência, no ordenamento penal brasileiro atual, é entendida de forma genérica, sem a necessidade de reincidência em crime de mesma natureza para sua configuração, mas apenas que haja a recaída no crime.

Além disso, continuou-se adotando a temporariedade da reincidência. Dessa forma, foi estabelecido o prazo de 05 (cinco) anos para sua prescrição, ou seja, não pode haver um lapso temporal superior a cinco anos entre o cumprimento ou extinção da pena e a prática do novo delito para que seja possível aumentar a pena do agente devido à reincidência.

Nesse sentido entendimento do STF e do TJDP:

“Diante da adoção do critério da temporariedade para efeito de reincidência, decorridos mais de cinco anos entre o cumprimento ou a extinção da pena, volta o autor do novo ilícito à categoria de não reincidente. (TJDP- Ap. 51.511-3 – Rel. Des. ÂNGELO GALLUCI – 2<sup>a</sup> C. – J. 6.4.87 – Un.) (RT 620/274)” (AMARO, 2007, P.364).

“Não se considera para efeito de reincidência, se entre a data do cumprimento ou extinção da pena e a infração posterior decorrer período superior a cinco anos. (STJ – Resp. 53.201-9 SP – Rel. Min. LUIZ VINCENTE CERNICCHIARO – 6<sup>a</sup> T. – J. 10.10.94 – Un.) (DJU n. 115, 19.6.95, p. 18.755)” (AMARO, 2007, p.363).

## 1.5. FUNDAMENTOS PARA O AUMENTO DA PENA COM BASE NA REINCIDÊNCIA

As concepções tradicionais, mais frequentemente tendentes à tentativa de fundamentar a reincidência, afirmavam ser a reiteração delitiva “uma elevação da intensidade criminosa”, “uma acentuada inimizade com o direito”, “um desprezo permanente contra os bens jurídicos” (KARAM, 1994), até mesmo, uma atitude mais reprovável pelo conhecimento do caráter ilícito da ação.

Os positivistas entendiam que o tratamento diferenciado destinado ao reincidente se fundamentava na maior periculosidade. Na verdade, seria uma defesa da sociedade perante o reincidente, pois esse em sua repetida atividade criminal demonstra maiores periculosidade e temibilidade que as demonstradas por um delinquente primário. (YAROCHEWSKY, 2005).

A Escola Positivista Italiana estudou com seus três principais autores, Lombroso, Ferri e Garófalo, a diferença entre o homem delinquente e o homem normal.

Lombroso desenvolveu a teoria do delinquente nato, uma espécie de ser atávico, degenerado, marcado por uma série de características físicas e estigmas corporais, que demonstravam sua persistência no crime, dessa forma, a reincidência revelava o criminoso nato. (YAROCHEWSKY, 2005).

Ferri (2003) ratificou o pensamento já formulado por Lombroso em relação às condições orgânicas e psíquicas do criminoso e realçou os fatores sociológicos ou sociais, tais como miséria, educação e profissão, bem como a influência das condições ambientais e físicas, como clima e temperatura. Antes de estudar o crime como infração da lei penal, era preciso conhecê-lo como ação humana e avaliá-lo como expressão antissocial de uma dada personalidade delinquente.

Garófalo, por sua vez, trouxe a ideia de que, além da anomalia física, existe a anomalia moral que é a verdadeira causa do crime. (apud YAROCHEWSKY, 2005).

Para Synesio Rocha (1938) como a reincidência revela um índice de temibilidade maior do delinquente e a sociedade precisa se defender dos delinquentes perigosos, os reincidentes deve ser punidos com maior rigor.

Por isso, o agravamento da pena é em razão do maior perigo que o reincidente oferece à segurança geral, devendo ser entendida como uma medida preventiva e não como medida repressiva. (YAROCHEWSKY, 2005).

Carrara (2002) via na reincidência a revelação da ineficiência e da insuficiência da pena anterior. Para ele, quando um mesmo indivíduo volta a delinquir, não há como negar que a pena resultante da condenação anterior não produziu o efeito esperado pelo legislador.

O aumento da pena não é decorrente da presunção de que o agente é mais perverso, mas da presunção de que é mais insensível em relação à pena sofrida. (CARRARA, 2002).

O reincidente mostra rebeldia, insensibilidade e desprezo a pena anterior, por isso, quando pratica outro crime deve ser punido de forma mais severa e com maior rigor. O legislador prevê que à um determinado delito possa ser suficiente uma certa

quantidade de mal. E para a maioria das pessoas o é. Porém, ao reincidir, o indivíduo dá um claro sinal de desprezar aquele mal, mostra que para ele aquela soma de sofrimento não é freio suficiente. Resta claro, então, que apenas a lei ordinária não é mais remédio apto para tranquilizá-lo. (CARRARA, 2002).

De acordo com Giuseppe Bettioli (1976), o aumento deve-se à inclinação ao crime que existe no reincidente e na conduta mais censurável que este apresenta, logo o castigo deve ser maior para aquele com maior culpa. O indivíduo com mais empenho pessoal poderia evitar reincidir no crime, como não o fez, assumiu pela repetição de ações um determinado modo de ser, que impõe uma retribuição pelo aumento de pena pelo crime praticado posteriormente. Assim, pode-se dizer que, quem furta pela primeira vez é punido porque furtou, no caso do agente reincidente, ele é punido porque é larápio.

Alguns autores defendem o instituto da reincidência pelo fato de o agente ser mais culpável ao recair no crime, por possuir um conhecimento mais profundo da antijuridicidade do fato que está cometendo.

Quando reincide o agente procede com excessiva consciência da ilicitude, pois este já se sujeitou ao poder punitivo do Estado, logo mostra-se oposto e frustra a expectativa de sua recuperação. (SILVEIRA, 1998 )

Além disso, ao reincidir o agente mostra que a condenação passada não serviu de advertência ou motivação para que ele não voltasse a delinquir. Dessa forma, seria necessária uma pena mais elevada, pois o agente é mais culpável.

Para Aníbal Bruno (1984), o agravamento deve-se a particular, a persistente e a intensa vontade rebelde do agente, que resistiu à ação inibidora da ameaça da pena e mesmo da advertência pessoal, mais severa, da condenação aplicada, que para um homem normalmente ajustável a ordem de direito, isto é, de temperamento e vontade menos decisivamente adversos aos impeditivos da norma, seria estímulo suficiente para afastá-lo da prática do crime.

Para Mir Puig, o agravamento fundamenta-se na maior gravidade do injusto. O agente reincidente experimentou em “carne própria” a pena, e mesmo assim não se desmotivou a cometer um novo crime, portanto demonstra, assim, maior rebeldia e desprezo aos valores jurídicos. (apud YAROCHEWSKY, 2005).

Outro fundamento apresentado para a defesa da reincidência é o do maior alarme social que é capaz de provocar a conduta de quem já foi advertido com uma sentença condenatória. Para salvaguardar a sociedade, então, com o intuito de transmitir a ela maior tranquilidade, deve-se aumentar a pena, para que, desse modo, a imagem geral do direito como meio provedor da segurança jurídica seja atingida. (YAROCHEWSKY, 2005).

Os autores modernos costumam alicerçar a reincidência afirmando que o reincidente tem maior culpabilidade, devido à rebeldia frente à ordem social, e na insistência da inimizade ao direito. (FRAGOSO, 2003).

Na mesma linha de raciocínio, a reincidência, enquanto circunstância agravante, influencia na medida da culpabilidade, pois há maior reprovabilidade pessoal da ação ou omissão típica e ilícita. (PRADO, 2010).

A jurisprudência cita, em diversas oportunidades, expressões como: o desprezo dos agentes pela lei, opção do agente pela vida do crime, dentre outras, que mostra a natureza eticizante da culpabilidade enquanto reveladora da responsabilidade moral do indivíduo que entender estar agindo em desconformidade com o direito e mesmo assim o faz. (CARVALHO, 2004).

## 2. DIREITO PENAL E SEUS PRINCÍPIOS

### 2.1. DIREITO PENAL E O PRINCÍPIO DA INTERVENÇÃO MÍNIMA

A história das penas é, sem dúvida, mais horrenda e ofensiva para a humanidade do que a história dos delitos. Isso porque, a violência produzida pelas penas é mais cruel e talvez mais numerosa do que a produzida pelos delitos, visto que, enquanto a violência produzida pelos delitos é ocasional, e às vezes impulsiva e necessária, a gerada por intermédio da pena é sempre uma violência programada, consciente e organizada por muitos indivíduos contra apenas um. (FERRAJOLI, 2010).

Com o “discurso da defesa social”, não é ousado dizer que o conjunto de penas aplicadas na história tem produzido a humanidade um custo de sangue, de vidas e de sofrimento incomparavelmente superior ao produzido pela totalidade dos delitos. (FERRAJOLI, 2010).

O direito de punir é “aquele que se exercita de forma mais violenta e direta sobre as pessoas, e no qual se manifesta de forma mais conflitante o relacionamento entre o Estado e o cidadão, entre autoridade e liberdade, entre segurança social e direitos individuais”. (FERRAJOLI, 2010, p.15).

Ao direito penal, ainda que rodeado por limites e garantias, é intrínseco uma certa brutalidade que torna duvidosa e incerta sua legitimidade moral e política. A pena é programada e executada por uma coletividade organizada contra um único indivíduo, por isso, é, na verdade, uma segunda violência que se soma ao delito. (FERRAJOLI, 2010).

Todo homem, e também o condenado, não deve ser tratado nunca como um “meio” ou “coisa”, mas sempre como “fim” ou “pessoa”. A pena, por isso, não pode ser cruel nem desumana, pois o valor da pessoa humana impõe limitação em relação à qualidade e à quantidade dessa pena. Todavia, mesmo que limitada, a pena sempre refletirá consequências desagradáveis à vida daquele a quem é aplicada. (FERRAJOLI, 2010).

O direito penal tem uma dupla função preventiva, por isso, mesmo sendo uma força violenta se faz necessário, pois impede o exercício das próprias razões, minimizando a violência na sociedade, tanto a gerada pelos delitos quanto pela vingança. A força que é utilizada nos dois casos é arbitrária e incontrolada. Não só a ofensa pelo crime, mas também a gerada pela vingança é por natureza incerta, desproporcional, desregulada, e, por vezes, dirigida a um inocente. (FERRAJOLI, 2010).

Logo, a lei penal é voltada a minimizar esta dupla violência. Preveni através das proibições legais, que a violência do delito venha a existir, e mediante a punição, a violência por intermédio da vingança e de outras possíveis reações informais. Desse modo, a lei penal deve existir enquanto lei do mais fraco, tutelando os seus direitos contra a violência arbitrária do mais forte: do fraco ofendido ou ameaçado pelo delito, como do fraco ofendido ou ameaçado pela vingança. (FERRAJOLI, 2010).

A criação do direito foi validada, única e exclusivamente, para afiançar o bem estar, desenvolvimento, igualdade, harmonia e justiça social, sempre respeitando as garantias de cada indivíduo. É para assegurar tais objetivos que o poder de aplicar sanções do Estado deve ser limitado, para que este não passe a atuar de forma arbitrária, tornando sua aplicação ilegítima, já que, assim, perder-se-ia a razão de ser do direito. (MELO, 2003).

O Estado é o único titular do *ius puniendi* e deve atuar em conformidade com o ordenamento jurídico geral, isto é, sempre dentro da legalidade. Em um Estado Democrático de Direito e Constitucional nenhum poder existente pode ser absoluto e ilimitado, mas deve ser sempre um poder submetido a limites. (BIANCHINI; MOLINA; GOMES, 2009). Tais limites são extremamente necessários, pois, não é aceitável que no moderno Estado Democrático de Direito tema-se o poder. (ZEIDAN, 2002).

O princípio da intervenção mínima representa uma limitação que o Estado encontra ao poder de punir o indivíduo, já que esse só pode exercer tal arbítrio no momento em que todos os outros sistemas falharem e também apenas quando o bem jurídico releve tamanha importância que justifique uma intervenção mais gravosa.

O princípio da necessidade é um importante critério político-criminal de intervenção mínima na esfera do direito penal, e é representado pela fórmula *nulla lex poenalis sine necessitate*. A avaliação da necessidade é apreciativa e direcionada à fixação dos custos de violência da pena quando comparados às reações informais consequentes da inexistência do sistema penal. (CARVALHO, 2004).

Somente será legítimo ao Estado utilizar o seu poder de punir quando em virtude do princípio da fragmentariedade, não apenas entrem em jogo bens extremamente relevantes para a convivência humana, como também que tal ataque seja intolerável e ainda, que não haja outra forma de tutela mais adequada, em razão do princípio da subsidiariedade. (BIANCHINI; MOLINA; GOMES, 2009).

O direito penal é um dos subsistemas do ordenamento jurídico. Logo, suas normas devem conviver de forma harmônica com as dos outros setores. (GOMES; MOLINA; BIANCHINI, 2009).

Toda ciência é um conjunto de conhecimentos parciais, pois não existe uma ciência que se ocupe de todos os entes. Por isso, toda ciência requer uma delimitação de entes de que se ocupa. (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2009).

O mesmo ocorre com o direito penal, ele não se ocupa de ações de coisas ou animais, mas somente das ações humanas, e dentre essas, apenas, das que não sejam cominatórias. Também não pode o direito penal punir um homem pelo que ele é, pois, desse modo, não estaria regulando condutas. (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2009).

Conceitua-se Direito Penal como o conjunto de leis que objetiva proteger bens jurídicos, e que também determinam o alcance dessa proteção. Quando há a violação de tais leis dá-se o nome de delito, e, assim, surgiu uma consequência que é uma coerção jurídica particularmente grave, tendo por fim evitar o cometimento de novos delitos por parte do autor. (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2009).

Assim, o direito penal é o setor ou parcela do ordenamento jurídico que determina as ações ou omissões que serão consideradas delitivas, cominando-lhes determinadas consequências jurídicas, como penas ou medidas de segurança. (PRADO, 2010).

A pena se diferencia das sanções jurídicas de outros ramos do direito porque busca conseguir, de forma direta e imediata, que o autor não cometa novos delitos, enquanto as outras têm uma finalidade essencialmente ressarcitória ou reparadora. (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2009).

Além disso, o direito penal é um dos instrumentos de controle social formal através do qual o Estado, por intermédio de um determinado sistema normativo puni com sanções excepcionalmente graves as condutas desviadas de maior dano à convivência. Dessa forma, busca garantir a necessária disciplina social bem como a convivência harmônica dos membros da sociedade. (GOMES; MOLINA; BIANCHINI, 2009).

O sistema de controle social abrange o conjunto de instituições, estratégias e sanções sociais que almejam promover e garantir a obediência do indivíduo aos modelos e normas da comunidade. (GOMES; MOLINA; BIANCHINI, 2009).

Um sistema de controle e um de normas que contemplem modelos de condutas, aplicando pena aos fatos que coloquem em risco o próprio grupo são fundamentais para garantir a estabilidade e sobrevivência de toda sociedade. (GOMES; MOLINA; BIANCHINI, 2009).

A justiça criminal representa somente um dos possíveis mecanismos de controle social. O direito penal é apenas um dos sistemas normativos existentes e a infração penal, por sua vez, uma pequena parcela de todas as condutas desviadas imagináveis, e a pena, nada mais é, do que a escolha por uma das sanções existentes. Assim, em um sistema global de controle social, o sistema de controle social penal constitui apenas mais um. (GOMES; MOLINA; BIANCHINI, 2009).

Justamente por existirem outros meios de controle social, o direito penal deve se restringir àquelas condutas particularmente nocivas, cuja contenção não se possa efetivamente confiar aos sistemas de controle menos onerosos, e por isso, mais adequados. (QUEIROZ, 1998).

A intervenção Penal é apenas uma das muitas forças que atuam no controle social sobre o indivíduo, porém por ser mais radical é a mais facilmente perceptível dessas forças. (QUEIROZ, 1998).

O direito penal é um mal, mas um mal necessário, inevitável, que se obriga racionalizar e minimizar. Assim, o direito penal é indispensável, mas deve-se reduzir

a um núcleo absolutamente essencial, ou seja, ao mínimo necessário. (QUEIROZ, 1998).

Hobbes (2006) critica a edição de leis inúteis, afirmando que a lei não tem por finalidade impedir o indivíduo de realizar ações voluntárias, mas dirigir e controlá-las para que os cidadãos não lesionem uns aos outros. Portanto, uma lei que não é necessária para o fim que se propõe, não é boa.

Em obediência ao princípio da necessidade, só se deve recorrer à intervenção punitiva como remédio extremo, pois esta é a técnica de controle social mais gravosamente lesiva a liberdade e dignidade dos cidadãos. (FERRAJOLI, 2010).

Por este motivo, as proibições mínimas necessárias são as únicas proibições penais legitimadas por sua “absoluta necessidade”, ou seja, as que são criadas para coibir condutas lesivas que, somadas à reação informal que comportam, resultariam uma maior violência e uma mais grave ofensa de direitos do que as produzidas pelo sistema penal. (FERRAJOLI, 2010).

Fica claro, desse modo, que o direito penal alicerça-se no critério da necessidade absoluta e encontra restrições especialmente nos princípios penais fundamentais. (PRADO, 2010).

Essas limitações são indispensáveis, já que para nada serviria uma teoria do direito penal cuidadosamente desenvolvida e um processo penal garantista se o direito penal, fugindo a seu objetivo, puni um indivíduo por um comportamento que a rigor não deveria ser censurado penalmente. (ROXIN, 2006).

Desse modo, embora não esteja expresso na Constituição Federal nem tampouco no Código Penal, impõe-se ao legislador e ao intérprete da lei a observância ao princípio da intervenção mínima, por sua compatibilidade e conexão lógica com outros princípios jurídico-penais e como pressuposto político do Estado democrático de direito. (BATISTA, 2011).

Ao princípio da Intervenção mínima se relacionam duas características: a subsidiariedade e a fragmentariedade. (BATISTA, 2011).

## 2.2. PRINCÍPIO DA SUBSIDIARIEDADE

O direito penal tem como função garantir uma convivência livre, pacífica e igualitária entres os indivíduos, quando isso não for possível por intermédio de outras medidas de controle mais adequadas, ou seja, menos gravosas. Por isso, o caráter subsidiário é um dos principais limites ao Estado quando este exercita o poder de punir. (ROXIN, 2006).

A subsidiariedade do direito penal indica que este só será utilizado quando os demais mecanismos de controle existentes (tantos os informais, quanto os demais ramos do direito) fracassarem. (QUEIROZ, 1998).

Assim, só se deve aplicar a pena quando for impossível obter a tutela por outro ramo do direito ou, até mesmo, de medidas preventivas extrajurídicas. (ROXIN, 2006).

Justamente por ser a mais radical, a intervenção penal só se explica para resolução de conflitos quando a solução dessa conflituidade não se possa mais confiar, de forma exclusiva ou alternativa, aos meios de controle informais – como a família, a comunidade - ou até mesmo aos formais – como as demais esferas do direito-, porém menos gravosos. É do mais puro arbítrio um direito penal que se ocupa de relações não conflituais. (QUEIROZ, 1998).

Ressalta-se, então, que a interferência dos meios formais só é legítima quando da insuficiência dos meios informais, quando o conflito exige uma resposta formalizada mais severa. Assim, os conflitos de menor gravidade devem ter respostas por instrumentos mais ágeis e socialmente menos gravosos, o direito penal deve ser sempre a *ultima ratio*. (QUEIROZ, 1998).

Fica claro, destarte, que por ser o direito penal a manifestação mais enérgica do sistema jurídico, sua intervenção somente deve se dar nas hipóteses de excepcional, excepcionalíssima, ofensa a bens jurídicos fundamentais e quando as sanções do ordenamento jurídico não penal não bastem para sua repressão. A intervenção “extraordinária-subsidiária” do direito penal, dessa forma, deve-se à gravidade da lesão e à significação social dos danos causados. (QUEIROZ, 1998).

### 2.3. PRINCÍPIO DA FRAGMENTARIEDADE

O sistema penal também não é um sistema exaustivo de condutas ilícitas ou de tutela de bens jurídicos, sua atuação se dá de forma descontínua, fragmentária. (QUEIROZ, 2001).

Assim, o direito penal resguarda os bens jurídicos fundamentais ao indivíduo e à sociedade. Tal proteção é concedida quando proíbe-se comportamentos considerados altamente censuráveis ou perigosos ao organismo social, que afetam gravemente bens jurídicos essenciais a sua própria manutenção e progresso. (PRADO, 2010).

O direito penal, então, escolhe e tipifica as condutas de acordo com a relevância do bem jurídico e a gravidade e intensidade da lesão. (QUEIROZ, 2001). O legislador elegerá os bens que merecem tutela penal por serem especialmente necessários para a vida em sociedade. (PRADO, 2010). Não se protege, portanto, todos os bens jurídicos, somente os mais importantes, e nem sequer protege-se os mais importante em relação a qualquer tipo de ofensa, mas só àquelas que sejam intoleráveis. (QUEIROZ, 2001).

Dessa forma, a criação de proibições penais não está totalmente à disposição do legislador, logo o poder legislativo não pode criminalizar um comportamento apenas por ser ele indesejado. Para que isso não ocorra é necessário que existam limites à faculdade estatal de punir. (ROXIN, 2006).

Por existirem tais limites, o direito penal se restringe apenas a censurar as ofensas mais graves contra os bens jurídicos mais importantes, tendo, então, caráter fragmentário, pois de todas as ações proibidas e bens jurídicos tutelados, o Direito Penal só se ocupa de uma parte, fragmentos. (GRECO, 2012).

A liberdade do indivíduo depende especialmente de que as leis penais sejam boas. (MONTESQUIEU, 2009). Para que a lei criminal seja boa é fundamental saber o que deve ser proibido ou não. Um fato não pode ser vedado se não é, em algum sentido, censurável; mas só isso não é o bastante. Não há como se estabelecer um critério positivo que justifique os conteúdos das proibições, já que o que é considerado crime ou não, muitas vezes, varia de acordo com o tempo e o local. Porém, pode-se e deve-se formular critérios limitadores ou negativos que são,

justamente, as garantias penais, principalmente os princípios da ofensividade, da materialidade e da culpabilidade. (FERRAJOLI, 2010).

#### 2.4. PRINCÍPIO DA OFENSIVIDADE

Para que o Estado alcance o garantismo penal na sua forma mais perfeita deve obedecer aos axiomas garantistas. Dentre esses axiomas se encontra o *nulla necessitas sine injuria*, que se traduz no princípio da lesividade ou da ofensividade do evento. (FERRAJOLI, 2010).

A proposta central que se extrai do princípio da ofensividade é de que não haverá proibição penal sem um conteúdo ofensivo a bens jurídicos (*nulla necessitas sine injuria*). Assim, para que um bem jurídico seja protegido pelo direito penal é indispensável que possa ser afetado, ou seja, lesionado. Impede-se, assim, que o legislador escolha como bem jurídico algo que é indeterminável ou não suscetível de lesão. (BIANCHINI; MOLINA; GOMES, 2009).

O princípio da lesividade corresponde ao princípio de tolerância tendencial da desviação, adequado para diminuir ao mínimo necessário a intervenção penal, e com isso, para aumentar sua legitimidade e credibilidade. (FERRAJOLI, 2010).

Grande parte da doutrina sustenta que o legislador não pode proibir crime sem vítimas ou com vítimas não determináveis, justamente com a finalidade de recuperar a ideia do bem jurídico em sua mais ampla função garantista. (BIANCHINI; MOLINA; GOMES, 2009).

Portanto, o legislador está impedido de configurar como delito a mera desobediência, ou a simples infração da norma imperativa, ou, até mesmo, o simples desvalor da ação, sem se levar em consideração qualquer ofensa ao bem jurídico protegido de terceiro. (BIANCHINI; MOLINA; GOMES, 2009).

Desse modo, é claro que, o direito penal não é um instrumento legítimo para tutelar a moral ou a ética, a religião ou a obediência divina. Também não se destina a proteger os atos disfuncionais ou a ordem natural, os direitos subjetivos ou a norma em si. (BIANCHINI; MOLINA; GOMES, 2009).

O Estado deve garantir um âmbito de liberdade moral. Não pode, dessa forma, estabelecer uma moral a ser necessariamente seguida, pois, assim, acaba por se tornar um Estado imoral. O mérito moral é fruto de uma livre escolha diante da possibilidade de optar por outra coisa. Desse modo, o cidadão deve ter a possibilidade da alternativa imoral. O direito é moral precisamente porque ele é a possibilidade da imoralidade, que está diretamente vinculado à diferença existente entre consciência jurídica e consciência moral. Logo, a pena não pode recair sobre condutas que são justamente o exercício da autonomia ética de escolher entre o moral e o imoral que o Estado deve garantir. (ZAFFARONI; BATISTA, 2003).

O direito não tem legitimidade, nem tampouco é a ferramenta adequada para se educar moralmente o cidadão, sua função é de assegurar a ordem pacífica externa da sociedade. Por isso, não se deve castigar um comportamento pelo simples fato de ser ele pecaminoso ou imoral, mas apenas quando esse comportamento lesionar direitos de outras pessoas. (ROXIN, 1981).

Falta à conduta puramente interna – seja ela pecaminosa ou imoral – a ofensividade que legitima a intervenção penal estatal na esfera de liberdade do indivíduo. (BATISTA, 2011).

O princípio axiológico da “separação entre direito e moral” impede a proibição de condutas por serem estas meramente imorais ou de estados de ânimo considerado hostis, pervertidos ou, inclusive, perigosos. Tal princípio impõe, ainda, para uma maior tutela da liberdade pessoal de consciência e da autonomia e relatividade moral, a tolerância jurídica de toda atitude ou conduta que não lesione a terceiro. (FERRAJOLI, 2010).

Resta claro que, ao contrário da moral, o direito coloca face-a-face, pelo menos, dois sujeitos. Assim, deve necessariamente existir uma correlação entre a conduta do sujeito autor do crime e o bem jurídico que protegido pelo direito penal foi ofendido pelo crime (BATISTA, 2011). Dessa maneira, não há crime sem que haja ofensa a um bem jurídico.

Assim, todo delito deve reconhecer um conflito que afete bens jurídicos alheios. Pois uma lei ou uma sentença que objetiva estabelecer normas morais prevendo ou aplicando pena por um fato que não ofenda ou exponha a perigo o direito alheio é ilícita e sua ilicitude importa a todos que se beneficiam ou podem beneficiar-se do

respeito ao âmbito da autonomia da moral que a Constituição Federal brasileira assegurou. (ZAFFARONI; BATISTA, 2003).

A Constituição Federal, em seu art. 5º, incisos IV, VI, VII, IX e X trouxe justamente o direito à liberdade moral, consagradas pela liberdade de pensamento, de consciência e crença, pela proibição da privação de direitos em razão da convicção filosófica e política, pela livre expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, e ainda pela inviolabilidade da intimidade e da vida privada. (ZAFFARONI; BATISTA, 2003).

No direito penal essa opção constitucional se traduz no princípio da ofensividade, pelo o qual a intervenção punitiva estatal só será legítima quando afetar um bem jurídico total ou parcialmente alheio, individual ou coletivo. (ZAFFARONI; BATISTA, 2003).

O princípio da lesividade possui quatro funções principais: a) proibir a incriminação de uma atitude interna, b) proibir a incriminação de uma conduta que não exceda o âmbito do próprio autor, c) proibir a incriminação de simples estados ou condições existenciais e d) proibir a incriminação de condutas desviadas que não afetem a qualquer bem jurídico. (QUEIROZ, 1998).

A condição de ser o comportamento lesivo a terceiros para que se possa atribuir a ele uma significação penal, refere-se à, já referida, separação entre direito e moral, pois o direito não pode querer estabelecer valores morais aos cidadãos, e proteger subsidiariamente os bens jurídicos fundamentais, por meio de aplicação e execução de penas, cabendo-lhe, desse modo, exclusivamente a disciplinas das ações humanas exteriores que ofendam esses bens. (QUEIROZ, 1998).

Desse modo, para que uma conduta seja relevante no âmbito penal o resultado deve ser real ou concreto, ou seja, deve haver lesão de um bem jurídico. Deve ainda ser transcendental, isto é, deve obrigatoriamente ofender interesses de terceiros, pois lesão a bens jurídicos próprios não podem ser definidas como crime, ainda que graves. (BIANCHINI; MOLINA; GOMES, 2009). Para que uma conduta seja relevante no âmbito penal o resultado deve ser real ou concreto

O direito penal tem a obrigação de prevenir os custos individuais e sociais mais graves, representados por estes efeitos lesivos a bens de terceiros e apenas eles

podem justificar a existência das penas e proibições. Não se pode nem se deve pedir mais ao direito penal. (FERRAJOLI, 2010).

A pena, quando aplicada sem que haja ofensa a um bem jurídico de alguém, é uma aberração absoluta que não deve ser aceita, pois implica na tentativa de moralização subjetivada e arbitrária do exercício do poder do sistema penal. (ZAFFARONI, 1996).

Um direito penal que assegure, e também, considere a autonomia moral da pessoa, não pode jamais punir o ser, mas apenas o fazer dessa pessoa, já que o direito serve para regular condutas e não pessoas. (ZAFFARONI, 1986). Logo, o direito penal deve sempre ser o direito penal da ação e nunca um direito penal do autor. (BATISTA, 2011).

Desse modo, uma conduta apenas deve ser vedada na esfera penal quando é totalmente incompatível com os requisitos de uma vida comum pacífica em sociedade, não sendo tarefa do legislador a tutela de cidadãos adultos contra a sua vontade. A intervenção estatal deve se dar unicamente na absoluta necessidade. (QUEIROZ, 1998).

O princípio da lesividade é absoluto, não comportando transigência. Quando o Estado, por intermédio do direito penal, ignora esse princípio passa a atuar de forma disfuncional, pois ultrapassa os seus limites e passa a operar de forma prejudicial aos fins que persegue. (QUEIROZ, 1998).

## 2.5. PRINCÍPIO DA MATERIALIZAÇÃO

Ao princípio da ofensividade relaciona-se o princípio da materialização do fato. Nenhuma lesão, por mais gravosa, pode ser tida como penalmente relevante sem que haja a exteriorização de uma conduta. (BIANCHINI; MOLINA; GOMES, 2009).

Para esse princípio o Estado só pode criminalizar condutas humanas que sejam voluntárias e que se exteriorizem por meio de ações ou omissões concretas, isto é, de fatos. (ROSAL apud BIANCHINI; MOLINA; GOMES, 2009).

Desse modo, é necessário que exista vinculação da punição ao fato cometido pelo agente, pois é esse fato que dará ao Estado, os concretos e definitivos limites

para sua atuação. Portanto, uma pena que supere o extremamente necessário a reparar o dano causado pelo autor é uma pena injusta, sem amparo legal. (TOLEDO, 1994). O critério para fixar a pena deve ser a exata medida do crime, que é o prejuízo efetivamente causado à sociedade. (BECCARIA, 2007).

O princípio garantista da materialização, consubstanciado no axioma “nulla injuria sine actione”, revela que nenhum dano, por mais grave que seja, pode ser penalmente relevante, senão como efeito de uma ação. Logo, os delitos não podem consistir em atitudes ou estados de ânimo interiores, mas, tão somente, em ações humanas – materiais, físicas ou externas-, ou seja, passíveis de serem empiricamente comprováveis. (FERRAJOLI, 2010).

Em um Estado Constitucional e Democrático de Direito somente interessam as condutas exteriorizadas, ou seja, que reflitam ações ou omissões (fatos). Dessa forma, ninguém pode ser punido por seu modo de ser, por sua personalidade. (BIANCHINI; MOLINA; GOMES, 2009).

Tal conclusão é óbvia, já que apenas ações externas, e não atos internos, são capazes de causar danos à terceiro. Os atos internos, como o pensamento e as intenções, do mesmo modo que os “vícios” e a “maldade de animo” não prejudicam a ninguém, logo não há interesse em sua punição. (PUFENDORF; THOMASIIUS apud FERRAJOLI, 2010).

Punir alguém pelo seu modo de viver ou de pensar é filiar-se ao denominado direito penal do autor, no qual se baseou o regime nazista para castigar as pessoas pelo que eram ou pensavam e não pelas suas ações. (BIANCHINI; MOLINA; GOMES, 2009).

Por isso, a denominada Teoria do direito penal do autor é uma clara extrapolação dos limites estabelecidos por esse princípio. Nessa teoria há a desvinculação entre a pena aplicada e o fato cometido, pois para ela, a personalidade do agente também deve ser levada em consideração ao realizar a dosimetria da pena.

Na teoria do direito penal do autor, o agente do crime passa a ser visto como um perigo à sociedade, constituindo verdadeira defesa social sua neutralização por parte do Estado. O agente pelo seu modo de ser é perigoso, e por isso, merece ser combatido. O cometimento da infração é só uma comprovação da periculosidade de

sua personalidade e do modo de vida a que ele se entrega. Assim, o delito, em si, não é valorado, o que deve ser combatido é a essência corrompida do agente.

Esse direito penal pressupõe que o cometimento do crime revela o sintoma de um estado do autor, que é inferior aos das demais pessoas que são consideradas normais. O delito indica ao Estado a necessidade de que seu sistema penal investigue e censure toda a vida pecaminosa do autor, assim, a pena deve adequar-se ao grau de perversão pecaminosa que a condução de vida do agente tenha alcançado. (ZAFFARONI, BATISTA, 2003).

Enquanto para alguns autores, o delito é uma infração ou lesão jurídica, para outros, ele compõe o sintoma de uma inferioridade moral, biológica ou psicológica. Assim, para uns, seu desvalor termina no próprio ato, ao passo que para outros, o ato é apenas uma lente que permite vê uma das características do autor, onde se encontra o verdadeiro desvalor. (ZAFFARONI; BATISTA, 2003).

A pena, dessa forma, não pode ser proporcional apenas à gravidade jurídica e objetiva do crime, mas deve considerar também e, acima de tudo, a personalidade, mais ou menos perigosa, do criminoso. Deve-se, então, assegurar uma defesa social mais eficaz contra o delinquente mais perigoso e uma defesa mais humana para o criminoso menos perigoso. (FERRI, 2003).

Desse modo, o crime realizado é sobretudo um sintoma que revela uma personalidade mais ou menos nociva, assim deve-se dirigir uma defesa social adequada para cada caso. (FERRI, 2003).

A ideia de “defesas sociais” diferentes para o criminoso mais perigoso e o menos, vislumbrada por Ferri, é um claro exemplo da teoria do direito penal do inimigo criada por Jakobs. O direito é, assim, aplicado de forma diferente dependendo do autor ao qual se dirige. A aplicação da pena e da regra penal terá como norteadora a personalidade do agente e não apenas o fato que foi por ele praticado.

Jakobs (2010), para justificar a criação da classe dos inimigos, define pessoa a partir do ser humano em suas relações sociais; então aquele indivíduo que não oferece uma garantia cognitiva suficiente de comportamento, ou, aquele que já demonstrou pelo seu comportamento contra a lei que não é uma pessoa confiável, não faz jus ao status de pessoa.

Então, a partir da separação entre as classes de cidadãos e de inimigos, será a cada uma delas aplicada o direito penal e processual correspondente, ou seja, aos inimigos, o direito penal do inimigo. O direito penal do cidadão e o direito penal do inimigo não se tratam de esferas isoladas, mas sim, da descrição de dois pólos de um só mundo ou de duas tendências opostas em um só contexto jurídico-penal. (JAKOBS, 2010).

Essa ideia de um Código Penal especial é a base da teoria do direito penal do inimigo criado por Jakobs. Cria-se, assim, um direito penal exclusivo para aqueles indivíduos que, por seu modo de vida criminosa, abriram mão do direito de pertencer à classe de cidadãos. Por isso, é obvio que o direito penal do inimigo é um claro exemplo de direito penal do autor.

No direito penal do autor o fato-crime não é completamente ignorado, mas é analisado sob a perspectiva do autor. (ANDRADE, 1997).

A teoria do direito penal do fato, diferentemente, é fundada no fato-do-agente, em que a importância está centrada no fato cometido, e não mais na periculosidade do indivíduo. A personalidade do autor não é levada em consideração, pois nela não foi encontrado nada de diferente em comparação com aqueles que não delinquentes, já que para essa teoria o criminoso é visto como um homem normal. O único fato que o diferencia, é que por sua livre vontade e consciência (livre arbítrio), analisando os benefícios e prejuízos de sua conduta, ele decidiu delinquir.

Diferentemente do que ocorreu na escola positivista, da escola clássica surgiu então, a definição de um Direito penal do fato alicerçado na ideia do livre arbítrio e da responsabilidade moral, no qual, a pena será dosada na medida da imputabilidade e da gravidade objetiva do crime, ou seja, como retribuição proporcional ao crime, com uma rígida vigência do princípio da legalidade dos delitos e das penas. (ANDRADE, 1997).

O direito penal do ato compreende o delito como um conflito que gera uma lesão jurídica, a partir de um ato humano, fruto de uma decisão autônoma de uma pessoa responsável que pode, por isso, ser censurada, e, por consequência, a quem pode ser retribuído o mal na medida de sua culpabilidade. A culpabilidade pelo ato, nesse caso, constitui o limite da pena. (ZAFFARONI; BATISTA, 2003). Claro é que,

para essa teoria, o que deve ser censurado é o ato livremente praticado pelo agente e não algum sintoma de sua personalidade.

O direito penal moderno está fundado no fato do agente, e não no agente do fato, por isso, é, basicamente, um direito penal do fato. (TOLEDO, 1994).

## 2.6. PRINCÍPIO DA CULPABILIDADE

O princípio da culpabilidade tem estreitas relações com o direito penal garantista e possui a função de delimitar o poder punitivo do Estado. Para esse princípio não pode ser cominado uma pena sem que o agente tenha agido culpavelmente. (BIANCHINI; MOLINA; GOMES, 2009).

Para a correta conceituação de culpabilidade diante da teoria garantista é necessário a diferenciação entre o direito penal da culpabilidade e o direito penal da periculosidade. Os partidários da segurança jurídica e da teoria retributiva da pena dizem defender um direito penal da culpabilidade, enquanto os partidários da defesa social e da teoria reeducadora ou ressocializadora da pena, um direito penal da periculosidade. (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2009).

No direito penal da culpabilidade para que se possa admitir a possibilidade de censura a um sujeito, é necessário pressupor que o sujeito tem a liberdade de escolher, ou seja, de autodeterminar-se. Desse modo, o homem é capaz de escolher entre o bem e o mal, isto é, é um ser com autonomia. Por ter a liberdade de escolha, esse mesmo homem pode ser censurado, isto é, pode a ele ser atribuído uma culpabilidade. O limite da pena deve ser, por isso, o grau da culpabilidade. (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2009).

Por outro lado, no direito penal da periculosidade, o homem é um ser que somente se move por causas, ou seja, não goza de possibilidade de escolha, pois é um ser determinado. A possibilidade de escolha é, então, uma ilusão, pois na realidade sempre se atua movido por causas, assim, não há lugar para a culpabilidade. Somente será, no caso, considerado o grau de determinação que tenha o homem para o delito, ou seja, sua periculosidade. Para a definição do limite de sua pena deve ser usado o grau de periculosidade, para que assim essa possa ser neutralizada pela pena. (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2009).

A segurança jurídica não admiti que uma pessoa seja destituída de bens jurídicos, com o fim puramente preventivo, por uma pena imposta tão- somente pela sua suposta inclinação pessoal ao delito, como quer o direito penal da periculosidade, sem levar em conta a extensão do injusto cometido, e o grau de autodeterminação que foi necessário atuar. (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2009).

Assim, o Código Penal brasileiro adotou a culpabilidade como elemento do crime, não se deve confundir esta com periculosidade, mas sim entende-la com a possibilidade que teve o autor do delito de atuar em conformidade ou não com a lei.

O direito penal que considera o homem incapaz de autodeterminar-se, de fazer suas próprias escolhas – direito penal da periculosidade -, só pode ser um direito penal de autor, pois, para esse, o ato é o sintoma de uma personalidade perigosa, que deve ser corrigida do mesmo modo que se conserta uma máquina que funciona mal. (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2009).

O direito penal do autor não veda o ato em si, mas o ato como revelação de uma “forma de ser” do autor, esta sim considerada verdadeiramente delitiva. O ato, desse modo, teria valor de sintoma de uma personalidade, o proibido e reprovável ou perigoso seria a personalidade do agente e não o ato que ele cometeu. Assim, o que se condena, na verdade, é o “ser ladrão” e não o furto em si. (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2009).

O princípio da culpabilidade, em que “não há pena se a conduta não for reprovável ao autor”, funda-se, necessariamente, na premissa de que o homem é capaz de se autodeterminar. Uma análise superficial da Constituição Federal brasileira e do Código Penal deixa claro a escolha do legislador por excluir a interpretação determinista. (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2009).

O Art. 26, *caput* do Código Penal não autoriza a responsabilização do sujeito se esse não entende a antijuridicidade de sua conduta. O Código Penal, dessa forma, claramente adotou o direito penal da culpabilidade. (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2009).

Resta claro, dessa forma, que no nosso sistema jurídico penal, culpabilidade não está relacionada à periculosidade, mas tão somente, se há ou não reprovabilidade da conduta do autor diante das circunstâncias do fato.

Porém, mesmo que nosso direito se encontre fundado, como já demonstrado, no direito penal da culpabilidade, ainda se faz necessário mais uma distinção. Existe uma concepção de direito penal de autor que é também direito penal de culpabilidade e que não nega a autodeterminação do homem. Esse direito parte da premissa que a personalidade que se inclina ao delito é gerada na repetição de condutas que em um começo foram livremente escolhidas pelo autor. Assim, a reprovação que se faz ao autor não é em virtude do ato, mas em função da personalidade que este ato revela. (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2009).

Assim, todo direito penal de periculosidade é, necessariamente, direito penal de autor, enquanto o direito penal de culpabilidade pode ser de autor ou de ato. Tais concepções de culpabilidade são inconciliáveis não podendo coexistir no mesmo ordenamento jurídico. (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2009).

Na culpabilidade de ato, entende-se que o que se reprova no homem é a sua ação, na medida da possibilidade de autodeterminação que teve no caso concreto. É assim, a reprovabilidade pelo que o homem fez. Na culpabilidade de autor é reprovada a personalidade do homem, é o que ele é e não o que fez. (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2009).

Assim sendo, o moderno conceito de culpabilidade pode ser entendido como uma reprovação que se faz ao autor de uma conduta típica e antijurídica, por não ter cumprido a norma penal, considerando que na situação apresentada, era exigível a ele que o fizesse. (BERLA, 2010). É dessa forma um juízo de reprovação que se faz ao autor por um determinado fato e não uma reprovação do autor.

O direito penal do fato e a culpabilidade do fato alinham-se imponentemente, em uma perfeita sequência e implicação lógica, como base de um sistema ligado ao direito penal de caráter democrática. (TOLEDO, 1994).

Um ordenamento jurídico que se baseie em princípios próprios de um Estado de direito liberal, como o princípio da culpabilidade, se inclinará sempre em direção a um direito penal do fato. (ROXIN, 1997). Assim, o primeiro mandamento, pois, que se extrai da consagração do princípio de culpabilidade é que o legislador constituinte optou pelo direito penal do fato, não sendo possível, por isso tipificar ou sancionar o caráter ou modo de ser, pois no âmbito do Direito Penal não se deve julgar a pessoa, mas apenas seus atos. (BRUNONI, 2007).

O princípio da culpabilidade, para que possa proteger o indivíduo contra o poder de punir estatal, deve se limitar à aferição da reprovabilidade de comportamentos e nunca de caracteres. (BERLA, 2010).

Para exercer sua função garantidora, a culpabilidade, só poder ser entendida como culpabilidade pelo fato praticado (culpabilidade pelo ato ou pelo injusto), pois este é o único entendimento constitucionalmente admissível. (KARAM, 1994). O direito penal deve partir do dogma fato (ZAFFARONI, 2002 apud BRUNONI, 2007), de tal modo que não caiba a responsabilização de outros aspectos que não sejam condutas objetivamente perceptíveis. (BRUNONI, 2007).

Como consequência disso, os autores entendem que a medida da pena base deve ser auferida pelo grau de culpabilidade. (CARVALHO, 2004).

Na culpabilidade é necessário levar-se em consideração o agente, já que não é possível, em momento algum desliga-lo do fato. (YAROCHEWSKY, 2005). O autor, dessa forma, tem que ser punido de forma proporcional ao fato que cometeu, e não pode ter sua pena aumentada pelos sintomas da sua personalidade.

O conceito de culpabilidade pode alterar-se e inclusive converter-se em um engendro perigosíssimo para as garantias individuais. Uma das alterações mais comuns é a de se esquecer que a culpabilidade é uma reprovação do ato e não da personalidade do sujeito, reprovação do que o homem fez e não do que o homem é, tentação na qual com frequência se cai. (ZAFFARONI, s/d Apud CARVALHO, 2004).

Por isso, é necessário que exista um elo entre o fato e o agente, pois a culpabilidade é um juízo valorativo feito ao agente em relação ao fato típico e ilícito. Na reincidência não existe esse elo, dessa forma, o agravamento se dá por razões de caráter subjetivo do sentenciado. (YAROCHEWSKY, 2005).

Um modelo político-criminal de intervenção mínima deve respeitar, de forma absoluta e universal o “ser” do “outro”, pois, o cidadão tem o dever de cumprir a lei, e ao mesmo tempo tem o direito de ser interiormente perverso e continuar sendo sem a interferência dos sistemas de controle social. (CARVALHO, 2004).

A estrutura do direito penal, no Brasil e na maioria dos países do mundo, adota, como regra geral, a tipologia penal descritiva de condutas proibidas, não “modos de vida” proibidos. Logo, podemos concluir que a tipologia moderna do direito penal é descritiva de atos, não de personalidades indesejáveis. Um direito penal que

pretenda modelar o homem correrá o risco de cair na indigência. Não pode, pois, ter pretensões de modelar, sob cominação de pena, o “ser existencial” do homem. Essa missão não lhe compete. (TOLEDO, 1994).

Um direito penal que reconheça, mas que também respeite a autonomia moral da pessoa, jamais pode penalizar o “ser” de uma pessoa, mas somente seu agir, já que o direito é uma ordem reguladora de condutas humanas (ou seja, fatos). Logo, não se pode penalizar um homem por ser como escolheu, sem que isso viole a sua esfera de autodeterminação. (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2009).

Em resumo, existe um âmbito da vida pessoal intocável pelo poder estatal e resguardado do controle público e da vigilância policial: não apenas as intenções e projetos, mas, também, e com maior razão, os erros do pensamento e a opinião. (FERRAJOLI, 2010).

### 3. REINCIDÊNCIA SOB A ÓTICA GARANTISTA

#### 3.1. GARANTISMO PENAL DE FERRAJOLI

O garantismo designa o modelo normativo de direito da estrita legalidade, própria de um Estado de Direito, que sob o plano epistemológico se define como um sistema de poder mínimo, sob o plano político se caracteriza como uma técnica de tutela para diminuir a violência e aumentar a liberdade, e sob o plano jurídico, para que sejam garantidos os direitos dos cidadãos, como um sistema de vínculos impostos ao Estado em sua função punitiva. (FERRAJOLI, 2010).

A teoria do garantismo penal, primeiramente, propõe-se a instituir critérios para uma intervenção penal racional, deslegitimando qualquer modelo de controle social maniqueísta que priorize a defesa social em detrimento dos direitos e garantias individuais. O modelo garantista permite, dessa forma, a criação de um instrumento de proteção dos direitos frente à irracionalidade dos poderes públicos e privados. (CARVALHO, 2004).

É um modelo baseado no máximo grau de tutela dos direitos e na confiabilidade do juízo e da legislação, restringindo o poder punitivo e garantindo o cidadão contra qualquer tipo de violência arbitrária. (CARVALHO, 2004).

É de extrema importância em um Estado Democrático de Direito que a intervenção estatal seja limitada, e que existam critérios de racionalidade e previsibilidade no arbítrio punitivo, e ainda, que haja a maximização das garantias e a redução da atuação do direito penal. (CARVALHO, 2004).

É a partir da análise do direito penal mínimo que surgiu a teoria do garantismo penal de Ferrajoli, que constrói um instrumento teórico para à efetiva delimitação e minimização do direito penal. Essa teoria tenta, a qualquer preço, evitar o direito penal máximo e ilimitado que é incompatível com a tutela e a preservação dos direitos fundamentais. (MEROLLI, 2010).

O direito penal mínimo, também conhecido como abolicionismo moderado, não defende o desaparecimento total de todos os meios formais de controle, mas sim uma intervenção mínima do sistema penal na solução dos conflitos. Assim, prioriza-

se a solução dos conflitos mediante o emprego de outros ramos do direito, aplicando o direito penal como *ultima ratio*, ou seja, o direito penal deve ser aplicado em último caso, quando as outras soluções não forem suficientemente eficazes. (MELO, 2003).

O direito penal mínimo é condicionado e limitado ao máximo, corresponde não somente ao grau máximo de tutela da liberdade dos cidadãos em relação ao arbítrio punitivo, mas também a um ideal de racionalidade e de certeza. Por isso, todas as vezes em que sejam incertos ou indeterminados seus pressupostos, exclui-se a responsabilidade penal. Assim, existe um nexó profundo entre garantismo e racionalismo, excluindo ou reduzindo-se a intervenção penal quando não existirem argumentos cognitivos seguros para a sua aplicação. (FERRAJOLI, 2010).

No Brasil, a orientação moderna é de que, para se concretizar um Estado Democrático de Direito, é necessário a utilização do princípio da intervenção mínima. (MELO, 2003)

O garantismo penal é o traço mais característico da democracia, pois corresponde a uma técnica de disciplina e limitação dos poderes públicos: protegendo os direitos fundamentais do cidadão face aos poderes do Estado, os interesses dos mais fracos em relação aos mais fortes, assim como tutela das minorias marginalizadas frente às maiorias integradas. (STRECK, 1998 apud CARVALHO, 2004).

Os direitos fundamentais adquirem status de intangibilidade, tornando-se um núcleo sobre o qual sequer a totalidade pode decidir. É, então, uma esfera do inegociável, cujo sacrifício não pode ser legitimado nem sob a justificativa da manutenção do bem comum. Assim, tais direitos possuem a função de estabelecer o objeto e os limites do direito penal nas sociedades democráticas. Sendo, então, considerados como limitadores a intervenção- são entendidos como vínculos substanciais de caráter negativo -, impondo um dever de observância que inclusive a unanimidade não pode legitimamente violar. (CARVALHO, 2004).

Garantismo corresponde, justamente, a proteção dos valores e direitos fundamentais, cuja satisfação se exige mesmo contra os interesses da maioria, pois constitui o objetivo justificante do direito penal, ou seja, a tutela dos cidadãos contra a arbitrariedade das proibições e punições, a defesa dos fracos por serem aplicadas

regras iguais para todos, a dignidade da pessoa do imputado, e conseqüentemente, a garantia da sua liberdade. (FERRAJOLI, 2010)

O garantismo fundamenta-se em dez axiomas básicos, que ordenados e conectados sistematicamente definem as regras do jogo fundamental do direito penal. Para se verificar o instituto da reincidência a luz do modelo garantista, é necessária a análise de sete dos dez axiomas. São eles: a) princípio da retributividade ou da consequência da pena em relação ao delito, b) princípio da legalidade, no sentido lato ou no sentido estrito, c) princípio da necessidade ou da economia do direito penal, d) princípio da lesividade ou da ofensividade do evento, e) princípio da materialidade ou da exterioridade da ação, f) princípio da culpabilidade ou da responsabilidade pessoal. (FERRAJOLI, 2010)

Tais axiomas foram elaborados como princípios políticos, morais ou naturais de limitação do poder penal “absoluto”. Esses princípios foram incorporados, de forma mais ou menos rigorosa, às constituições dos ordenamentos desenvolvidos, convertendo-se, assim, em princípios jurídicos do moderno Estado de direito. (FERRAJOLI, 2010)

### 3.2. PRINCÍPIO DA LEGALIDADE:

De todos os princípios garantistas expressos pelos dez axiomas aquele que caracteriza de forma mais específica o sistema cognitivo do sistema garantista é o princípio da legalidade estrita. O princípio da legalidade estrita exige, não apenas a existência de uma lei prévia, mas todas as demais garantias como condições necessárias da legalidade penal (ou seja, não pode haver pena sem necessidade, sem lesividade, sem culpa, entre outros.). (FERRAJOLI, 2010)

Há grandes diferenças entre o princípio da legalidade em sentido lato e em sentido estrito. Enquanto em seu sentido lato o princípio da legalidade é dirigido aos juízes, aos quais prescreve que considera como delito qualquer fato livremente qualificado como tal na lei, o da estrita legalidade é dirigido ao legislador, a quem prescreve uma técnica específica de qualificação penal, pois exige a presença de todos os demais princípios garantistas para que seja legítima a intervenção estatal na esfera de liberdade do indivíduo. (FERRAJOLI, 2010)

O primeiro princípio – legalidade em sentido lato – se torna satisfeito por figuras de delito como “atos hostis”, “atos obscenos” ou, até mesmo, “atos maldosos”, ou de outro modo “reprováveis”, pois basta, apenas, que exista uma lei que incrimine tais condutas. (FERRAJOLI, 2010) Ao contrário, isso não ocorre com o princípio da legalidade estrita, pois para que esse seja obedecido é necessário que haja observância dos princípios garantistas ao criminalizar determinada conduta.

O princípio da legalidade estrita é dirigido a excluir as convenções penais que não se referem a fatos, mas diretamente a pessoas, pois essas se tornam arbitrárias e discriminatórias, e adquirem o caráter constitutivo e não regulamentar do que deve ser punido. (FERRAJOLI, 2010)

É sob a ótica do respeito aos princípios garantista que analisaremos o instituto da reincidência. Pois, por mais que esteja previsto em lei, ou seja, não contrarie a legalidade em sentido lato, tal instituto afronta grande parte desses princípios, não obedecendo, como já mencionado, a legalidade estrita.

Assim, quando confrontando com o direito penal de garantias nenhum dos argumentos que procuram fundamentar o instituto da reincidência conseguem esconder sua irracionalidade. (KARAM, 1994)

### 3.3. AFRONTA AOS PRINCÍPIOS GARANTISTAS:

No capítulo dois do presente trabalho foram conceituados todos os princípios garantistas necessários para explicar a razão da não compatibilidade entre a reincidência e um Estado Democrático de Direito que se diz garantista.

Em um Estado Democrático de Direito não há como negar que os princípios de um direito penal garantista estejam, de forma implícita ou explícita, assegurados na Constituição Federal, pois o direito penal moderno é comprometido com os valores fundamentais da pessoa humana, que tem o homem como fim em si mesmo (YAROCHEWSKY,2005)

Como já mencionado é conclusão lógica do princípio de culpabilidade o direito penal do fato, o qual enuncia que ninguém é culpado de forma geral, mas somente em relação a um determinado fato ilícito. (BRUNONI, 2007)

A culpabilidade, dessa forma, será sempre referida a um fato determinado, para que seja respeitada a autonomia de vontade do autor. (ZAFFARONI; BATISTA, 2003) No direito penal do fato a culpabilidade constitui um juízo sobre a relação do autor com o fato concretamente realizado, e não em relação à forma como o mesmo conduz sua vida, como é sua personalidade, ou ainda mesmo, os perigos que no futuro lhe esperam. (BRUNONI, 2007). A culpabilidade, então, corresponderá sempre ao “atuar”, mas nunca ao “ser” do autor. (CARVALHO, 2004).

Ao adotar a reincidência pretende-se repreender alguém, não pelo seu ato, mas pelos seus valores, representado pelo seu histórico de vida, para que, assim, demonstre-se aos demais cidadãos a força do direito sobre os infratores contumazes que escolheram pela “vida do crime”. (BERLA, 2010)

A violação ao princípio da culpabilidade se torna mais evidente se considerarmos que esse principia se baseia no princípio da dignidade da pessoa humana, uma vez que para a pena não se revestir de caráter instrumental – com finalidade de acalmar a insegurança social-, ou até mesmo caráter preventivo - ao se utilizar de um ser humano como amostra da força punitiva estatal àqueles que apresentam comportamentos indesejáveis-, ela só pode ser imposta na medida da culpabilidade do agente. (BERLA, 2010)

A dignidade é um valor atribuído à todo ser humano, alcançando qualquer pessoa, independente de seu status jurídico (reincidente ou primário). Não pode, dessa forma, no momento da aplicação da pena, um autor ser visto de forma desigual em relação ao autor de um fato parecido, atribuindo a ele uma posição inferior, porque é supostamente perigoso, recebendo, assim, um tratamento diferente devido a traços de sua personalidade. O princípio da igualdade, diretamente relacionado ao da dignidade da pessoa humana, proíbe tal diferenciação impedindo igualmente regras discriminatórias. (KARAM, 1994).

Não é razoável em um Estado Democrático de Direito que escolhe como princípio fundador a dignidade da pessoa humana – artigo 1º, inciso III, da CF/1988 - que um cidadão autor de um fato considerado criminoso, seja visto de forma desigual ao autor de um fato análogo. (BERLA, 2010).

Quando o Estado leva em consideração o ser do homem, como acontece no direito penal do autor, a dignidade da pessoa humana está inevitável violada, quebrando-se a intangibilidade da consciência moral desta pessoa. (KARAM, 1994)

Não há espaço em um direito que pretende-se garantista, fundado no respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana, para um tratamento disciplinador que aplique ao reincidente uma pena que vá além do fato típico, do injusto e da culpabilidade. (YAROCHEWSKY, 2005).

É consensual o fato de que só se pode defender a reincidência caso se admita o juízo de censura sobre o histórico de vida do autor de um crime, isto é, caso se adote a culpabilidade do autor. (BERLA, 2010).

O instituto da reincidência não se encontra dentro dos limites de um direito penal do fato, pois o agente terá sua pena agravada por fatores alheios ao ato por ele concretamente realizado. O aumento da pena se deve exclusivamente pela tendência criminosa (personalidade voltada ao crime) que é atribuída ao agente. Há um rompimento entre a proporcionalidade do crime e a pena, o autor do delito não é apenado apenas pelo dano que ele efetivamente causou, mas sim, por sua personalidade ser considerada mais perigosa, merecedora, dessa maneira, de uma maior punição.

O juízo de condenação não deve versar sobre a personalidade do réu, mas apenas sobre os fatos penalmente proibidos que lhe são imputados e que são, por outra parte, passíveis de serem, provados pela acusação e contestados pela defesa. Assim, o juiz não deve se submeter à análise da alma do imputado, nem deve emitir juízos morais sobre sua pessoa, mas apenas julgar suas atitudes como contrárias ou não à lei. Um cidadão pode ser julgado, antes de ser castigado, por aquilo que fez, mas não como no juízo moral, também por aquilo que é. (FERRAJOLI, 2010)

Assim, o direito penal moderno vem-se afastando de qualquer responsabilidade pelo modo de ser do agente, fundado em seu modo de vida ou em seu caráter (direito penal do autor), sendo certo que este somente poderá ser punido por sua conduta e jamais pelo que seja ou deixe de ser. (YAROCHEWSKY, 2005)

É, portanto, inconciliável com o princípio da culpabilidade – entendido como culpabilidade pelo fato-, a reincidência – compreendida como culpabilidade pela conduta de vida. (YAROCHEWSKY, 2005)

A culpabilidade, como juízo valorativo, como juízo de censura feito ao agente em relação ao fato típico e ilícito por ele cometido, tem por objeto o agente e sua conduta criminosa. Na reincidência inexistente este elo de ligação entre o fato e o agente. O agravamento da pena dá-se em razão do caráter subjetivo do sentenciado, qual seja: o de ser ou não reincidente. É apenas uma questão de direito, de se verificar se o agente já teve ou não uma condenação anterior transitada em julgado. (YAROCHEWSKY, 2005)

Às condutas pecaminosas, imorais, escandalosas ou diferentes falta a lesividade que pode legitimar a intervenção penal. (BATISTA, 2001) Pelo princípio da ofensividade só pode ser considerado crime aqueles comportamentos que lesem ou ofendam bem jurídico alheio público ou privado. (YAROCHEWSKY, 2005).

O princípio da secularização, balizador do modelo jurídico penal garantista, é a ideia de que na esfera do direito penal deve haver a separação entre moral e direito, pois, o direito penal não tem a missão de impor ou de reforçar a moral, mas apenas de impedir condutas danosas à terceiros. É necessário, dessa forma, que para proibir e castigar condutas exista um dano à bens jurídicos alheios. O Estado não deve, assim, entrar coercitivamente na vida do cidadão, nem tampouco, promover coativamente sua moralidade, mas apenas tutelar sua segurança, impedindo que lesem uns aos outros (FERRAJOLI, 2010)

O termo secularização é utilizado para definir os processos pelos quais a sociedade, a partir do século XV, produziu uma separação entre a cultura eclesiástica e as doutrinas filosóficas (laicização), mais especificamente entre a moral do clero e o modo de produção da ciência. (CARVALHO, 2004). No campo do direito penal, a secularização pode ser entendida como a separação de direito e da moral.

O processo de secularização operou, de imediato, uma minimização na intervenção do direito penal. Antes existia a possibilidade de criminalizar e penalizar a esfera da consciência (o ser do sujeito), com a secularização tal ingerência se tornou ilegítima. Assim, percebe-se que a laicização do direito implica em balizar uma política criminal de intervenção mínima, imunizando, desse modo, o “ser”. (CARVALHO, 2004)

O princípio da secularização é plenamente aceito pela dogmática tradicional como limitador da atividade legislativa. Assim, é fácil encontrar nos autores ampla

refutação de normas que incriminam meros estados pessoais e convicções, isto é, normas penais constitutivas.

Do princípio da secularização deduzem-se inúmeros princípios relativos como o direito à personalidade, tirando, dessa forma, o poder do estado de invadir a esfera privada da vida do cidadão. Assim, o estado não pode intervir na consciência do cidadão, tampouco pode invadir a vida privada do indivíduo, exigindo determinados comportamentos éticos ou morais. (CARVALHO, 2004)

Assim, com o Princípio da Secularização o direito penal abdicou de punir atitudes que representam meros estados de animo pervertido, condições pessoais ou comportamentos imorais, perigosos ou hostis. Somente as ações externas podem produzir danos à terceiros, dessa forma, só pode ela ser punida, pois a relação de causalidade entre a ação e o resultado é requisito essencial na configuração do delito. (CARVALHO, 2004)

Propugna-se, assim, um modelo político criminal de intervenção mínima que respeite de forma absoluta e universal o ser do outro, pois, se o cidadão tem o dever de cumprir a lei, ao mesmo tempo tem o direito de ser interiormente perverso e continuar sendo sem a ingerência dos aparatos de controle social. (CARVALHO, 2004)

O Estado deve tolerar, pois qualquer pessoa tem o direito de ser e continuar sendo o que é, independentemente de ser considerada perversa, não sendo legítima qualquer reprimenda ao seu ser. (CARVALHO, 2004)

A fusão entre moral e direito na esfera penal abriu espaço para a intervenção jurídica na esfera do pensamento, criminalizando e punindo indivíduos por convicções, ideias, pensamentos e opções pessoais. Ao agregar direito e moral, obtém-se como corolário lógico uma percepção híbrida de crime, consagrado na sinonímia delito-pecado. (CARVALHO, 2004).

O direito penal da Inquisição é por excelência o direito penal da intervenção moral, que muitos séculos antes da lobotomia viveu a mesma perigosíssima aventura de propor-se uma cirurgia comportamental. (BATISTA, 2000).

Se o homem era punido por aquilo que era (quia peccatum), sendo que o desvio deveria ser refutado conforme o grau de periculosidade / perversidade do seu

autor – a conduta é ontologicamente má –, o pensamento laicizado direciona os aparatos formais de controle social à punição da conduta do infrator que resultou em dano, exterior e perceptível, à um terceiro envolvido no conflito. De uma concepção substancialista (*mala in se*), o direito penal moderno opta por um modelo formal (*mala prohibita*) de construção categórica de delito, sua comprovação e sua consequente punição. (CARVALHO, 2004).

Ao incluir a reincidência no direito penal brasileiro acabou-se punindo a pessoa pelo que ela é (*quia peccatum*) e não pelo que fez (*quia prohibitum*), abandonando as necessárias amarras impostas pelo princípio da secularização, substituindo-o por valorações protestativas de cunho subjetivo na reconstrução da personalidade de autor rotulado como intrinsecamente perverso. (CARVALHO, 2004).

O princípio da secularização constitui-se, assim, segundo Ferrajoli (2010), no pressuposto necessário de qualquer teoria garantista e, ao mesmo tempo, de qualquer sistema de direito penal mínimo.

Quando o direito penal pretende legitimar a sanção do homem pelo que é e não pelo que fez, viola-se a intangibilidade da consciência moral da pessoa – princípio fundamental do direito penal de garantias – entrando-se em um direito penal do autor e abrindo caminho para o exercício de um poder meramente disciplinador que é o que ocorre com o instituto da reincidência. (ZAFFARONI, 1993)

Ao aumentar a pena pela reincidência, fica claro, que a lei está incriminando um simples estado ou uma condição da pessoa, qual seja, a de ser reincidente. O simples fato de ser alguém reincidente, evidentemente, não afeta bem jurídico algum, pois a lesão ao bem jurídico não é maior, nem mais grave, quando um crime é cometido por aquele que é reincidente. (YAROCHEWSKY, 2005).

Todo Estado que instrumentaliza, pelo direito penal, essa perseguição confere a este caráter constitutivo e não meramente regulativo: ao invés de proibir condutas e prever efeitos jurídicos, passa a produção legal ou judicial de determinados status jurídico-social, como é o caso do reincidente, construindo verdadeira antropologia da desigualdade. (DITTICIO, 2007 apud BERLA, 2010).

FERRAJOLI (2010), no livro *Direito e razão*, formulou o princípio da regulatividade. Para ele as normas podem ser classificadas em: regulativas e constitutivas. As regulativas são aquelas que regulam um comportamento,

classificando – o como permitido ou proibido, e condicionando a sua ação ou omissão a produção de efeitos na esfera penal. Ou seja, para que essa norma alcance o indivíduo, esse tem que violá-la, praticar a ação ou omissão por ela tipificada. As constitutivas são aquelas que punem imediatamente a pessoa, sem a ação ou omissão por parte do agente. Dessa maneira, elas não regulam um comportamento, não trazem a tipificação de um comportamento proibido ou permitido. Dessa forma, elas não dão a opção de um agente escolhe entre seguir a norma ou violá-la. Elas trazem o estigma de um determinado réu, penalizando-o pela sua forma de ser e não por sua forma de atuar.

O princípio da regulatividade traz a proibição de utilização de normas constitutivas, pois, como já foi dito, essas não dão ao agente a possibilidade de escolhe entre violar ou não a norma.

A consequente proibição de normas penais constitutivas pode ser considerada como um postulado essencial do liberalismo, no sentido de que a proibição ou regulação de ações determinadas, e que garantam a possibilidade alética de transgressão ou de observância, é a única técnica de controle social compatível com a tutela dos direitos fundamentais. A disciplina diretamente das pessoas, antes que a de seus comportamentos, do seu ser, antes que de seu atuar, constitui um traço característico dos regimes totalitários, já que lesiona tanto a igualdade quanto a liberdade. (FERRAJOLI, 2010).

O tratamento dado à reincidência ou, melhor, ao reincidente, adapta-se perfeitamente ao modelo constitutivo que, ao contrário do modelo garantista de direito penal, não proíbe o atuar, senão ser. (FERRAJOLI, 2010).

Em um sistema garantista assim configurado não tem lugar nem a categoria periculosidade, nem qualquer outra tipologia subjetiva ou de autor elaboradas pela criminologia antropológica ou ética, como a reincidência. (FERRAJOLI, 2010).

Ferrajoli (2010) cita inclusive dois modelos de direitos penais que não são, de forma alguma, amparados pelo direito garantista. O Primeiro é o direito penal autoritário subjetivista que é aquele em que as figuras legais de delito, contrariando os princípios do utilitarismo penal e da separação entre direito e moral, são privadas de referências empíricas e são construídas predominantemente com referências à subjetividade desviada do réu.

Assim, reprimem não tanto ou não apenas determinados comportamentos, mas atitudes ou situações subjetivas de imoralidade, de perigosidade ou de hostilidade ao ordenamento, para além de sua exteriorização em manifestação delituosa concreta. Tal forma de direito não apenas compromete a legalidade estrita, mas comporta, também, a subjetivação do juízo, confiando a critérios discricionários de valoração da anormalidade ou perigosidade do réu, que inevitavelmente dissolvem o conjunto das garantias penais. (FERRAJOLI, 2010).

Alcança, desse modo, a forma mais perversa no esquema penal do chamado tipo de autor. A lei, nesse caso, não proíbe nem regula comportamentos, mas configura status subjetivos diretamente incrimináveis. Não tem, por isso, função reguladora, mas constitutiva dos pressupostos da pena. Trata-se de uma técnica punitiva que criminaliza imediatamente a interioridade ou, pior ainda, a identidade subjetiva do réu e que, por isso, tem um caráter explicitamente discriminatório, além de antiliberal. (FERRAJOLI, 2010).

Ferrajoli também faz referência aos modelos punitivos irracionais, no qual se encaixa o da mera prevenção. O sistema da mera prevenção não se distancia muito do sistema puramente subjetivista do “tipo de autor”, pois não obedece ao princípio da retributividade. Em tal sistema é excluído todo o fato delituoso, a punição passa a ser uma medida preventiva de desvio, não tendo a função de “prevenção geral” – exercida pela ameaça legal preventiva como consequência do delito -, mas uma função de prevenção especial, ligada à sua aplicação antes do fato delituoso e não após. (FERRAJOLI, 2010).

Tais sistemas violam claramente o princípio da retributividade, expresso na máxima “nulla poena sine crimine”, segundo o qual a pena é uma sanção aplicada quando do cometimento do delito, ou seja, a pena é efeito, consequência jurídica, enquanto o delito é condição necessária a essa. Em razão de tal princípio, a pena não é um “prius”, senão um “posterius”, não é uma medida preventiva, mas sim uma sanção retributiva. (FERRAJOLI, 2010).

Justamente pela garantia do caráter retributivo não é possível ser punido pelo que se é, mas apenas pelo que se fez, é excluído a punição como finalidade preventiva, mesmo que o sujeito seja considerado desviado, perigoso, suspenso ou propenso ao delito, como é o reincidente visto. (FERRAJOLI, 2010).

É importante também observar que o fato de ser o agente reincidente não o torna mais perigoso, mais propício ao cometimento de crime, visto que nossa reincidência se dá após o trânsito em julgado da sentença condenatória. Dessa forma, é possível existir um indivíduo que esteja respondendo a dez processos porém não tenha tido uma sentença definitiva ainda e por isso ao delinquir novamente venha a ser considerado primário, e com o transcurso do tempo venha a ser condenado em todos os processos, e outro indivíduo que por ter praticado anteriormente apenas um delito e já ter contra ele uma sentença transitada em julgado, ao cometer um novo delito venha a ser considerado reincidente.

O agente pode ser primário, mesmo já tendo praticado diversos delitos, assim como pode ser reincidente, e ter praticado crimes de menor potencial ofensivo. A reincidência, portanto, não constitui um sintoma seguro da maior periculosidade do agente. (QUEIROZ, 2008).

A reincidência só pode ser configurada após o trânsito em julgado da sentença condenatória, pela existência do princípio da presunção de inocência, por isso o instituto da reincidência perdeu seu fundamento, já que não se pode mais admitir o fundamento da maior periculosidade para o aumento da pena, já que nem sempre o réu reincidente é mais perigoso do que o primário. (QUEIROZ, 2008).

Quando se aumenta a pena do reincidente não se reprime com maior gravidade porque ocorreu uma infração mais grave, ou, por um conhecimento superior da ilicitude do fato (maior reprovabilidade como consequência de uma maior intensidade delitiva), mas unicamente porque se responsabiliza um autor específico, alguém que de antemão se “etiqueta” genericamente, estabelecendo para ele um Código Penal especial, com penas mais graves que as normais segundo a valoração do fato. (MAIER, 1996, apud CARVALHO, 2004).

Quando a lei prevê uma punição mais rigorosa para o reincidente, agravando sua pena ou restringindo seus direitos e benefícios, ela o faz, não porque o mesmo praticou uma nova infração, ou porque a infração é mais grave, ou ainda porque o reincidente agiu com maior culpabilidade. (YAROCHEWSKY, 2005).

Na verdade, a maior severidade aplicada à punição do reincidente deve-se, apenas e exclusivamente ao fato de ser ele reincidente, ou seja, responsabiliza-se simplesmente o agente, que foi etiquetado e, portanto, estigmatizado pelo sistema

penal, em meio a um processo de criminalização. (YAROCHEWSKY, 2005).

A estigmatização produz, assim, efeitos extralegais que são nutridos pela existência de um Código Penal latente (*second code*), consubstanciado pela ideologia da defesa social. (BERLA, 2010).

O *second code* consiste na materialização, no plano psicológico dos atores do sistema penal, da ideologia da defesa social. Designa, desse modo, uma gama variada de regras e mecanismos não positivados por regras jurídicas, mas que, ainda que no plano inconsciente do aplicador da regra penal, determinam em última instância a aplicação ou não da lei penal, constituindo, assim, um verdadeiro Código Penal latente amparado ideologicamente. (BERLA, 2010).

Assim, ao sujeito estigmatizado serão aplicadas outras regras, serão feitas outras interpretações tanto da norma que deve a ele ser aplicada, como da sua própria atitude.

Quando surgir qualquer suspeita a respeito desse indivíduo que já foi estigmatizado, esta tenderá a ser tomada como certeza, como pensamento de que: pode ser que não tenha feito nada, mas trata-se, evidentemente, de um criminoso, justificando-se, pois, aproveitar a oportunidade para puni-lo pelo que deve ter feito ou pelo que fará se for deixado livre. (THOMPSON, 2007 apud BERLA, 2010).

É justamente, o *second code*, que permeia o pensamento não só da população de uma forma geral, mas também, dos aplicadores do direito, como juízes, promotores e policiais, que solidifica a seletividade na aplicação da pena no sistema penal. A perseguição desses agentes, desde o início, é guiada por representações de status e estereótipos. (BERLA, 2010).

O crime é uma realidade social que é atribuída pelos juízes, como qualidade à determinados indivíduos gerando, além da responsabilidade penal, consequências sociais conexas, tais quais, a estigmatização, mudança de status e identidade social, e etc. A sentença dada pelo juiz cria uma nova qualidade para o imputado, colocando-o em um status que sem a sentença não possuiria. (BARATTA, 2002).

Essa qualidade vai se dar não apenas pelo comportamento do indivíduo em conformidade ou não com o direito penal, mas também, e principalmente, pela aplicação do *second code*. (BARATTA, 2002).

A reincidência não é uma agravante relacionada ao delito, mas sim a pessoa que o cometeu. A pena é agravada pela estigmatização sofrida, pois o agente ao delinquir novamente não é punido apenas pelo fato que realizou, mas por ser um criminoso.

Por mais grave que seja um delito, a sua consequência deve ser a retribuição na exata medida do mal que o agente causou, isto é, em uma República se exige que os autores do delito sejam submetidos a uma pena, ou seja, paguem pela sua culpa, porém não se admite que seja dele retirado sua condição de pessoa, passando a ser um indivíduo “marcado”, “assinalado”, estigmatizado pela vida afora, reduzido à condição de marginalizado perpétuo. (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2009).

A pena 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. (PAGANO, 1787 apud FERRAJOLI, 2010).

O simples fato de o autor ser reincidente não torna o delito por ele praticado mais culpável. O dano causado é o mesmo, seja o autor primário ou reincidente. Dessa forma, não há sustentação legal para que a reincidência constitua uma circunstância agravante da pena. O sistema penal brasileiro, que como já foi dito, se encontra alicerçado no direito penal do fato, exige a proporcionalidade entre o fato praticado pelo indivíduo e a pena a ele aplicada.

A inclusão da reincidência entre as circunstâncias que agravam a pena já se contradiz com a própria essência da categoria ao qual é incluída. Circunstância significa uma particularidade, um acidente que é ligado, impreterivelmente, a um fato ou situação. A reincidência não diz respeito ao fato examinado, dessa forma, a reiteração delitiva não pode ser entendida como circunstância. (KARAM, 1994).

A reincidência é, na verdade, um instrumento que auxilia o julgador no estabelecimento de juízos sobre a personalidade do acusado, seu caráter corrompido e suas tendências pessoais. (CARVALHO, 2004).

Portanto, a reincidência não poderia ser considerada uma circunstância já que não está ligado ao fato praticado pelo agente, mas a sua personalidade.

Assim, a reincidência difere das demais circunstâncias agravantes porque não se baseia em fatos exteriores, mas na própria pessoa do delinquente. (YAROCHEWSKY, 2005).

Os modelos de culpabilidade do autor, que valoram a personalidade do condenado como requisito para o gozo de direitos, impondo limitações como ocorre no direito brasileiro ao reincidente, criam mecanismos antigarantistas, que, via de regra, operam desfavoravelmente ao sujeito. (CARVALHO, 2004).

A culpabilidade pelo que se é (culpabilidade do autor, por conduta de vida) tem sido usada, portanto, por um considerável número de autores para explicar a reincidência, sempre abandonando os limites do direito penal do ato e, portanto, do direito penal de garantias. (ZAFFARONI, 1993).

Logo, todas as tentativas de se explicar a reincidência dentro dos limites de um direito penal do ato são insatisfatórias, só podendo ser explicada, assim, nas abordagens jurídico-penais em que se abandona o direito penal do ato, embora as vezes, nem mesmo assim a explicação se mostre coerente. (ZAFFARONI, 1993).

Portanto, fica claro que, ao serem adotados institutos como o da reincidência, embora no plano legislativo o direito afirme um compromisso garantista, pode-se dizer que a ideia de culpabilidade pelo fato como fundamento e limite da pena foi até então estranha aos direitos penais hispânico-americanos. O agravamento da pena pela reincidência é uma das maiores máculas ao modelo penal de garantias. (CARVALHO, 2004).

Toda vez em que se torna mais grave a consequência jurídica pela reincidência acontece, na verdade, uma aplicação do direito penal autoritário, ato extremamente perigoso para todas as garantias penais. (ZAFFARONI, 1993).

Portanto, o instituto da reincidência deveria ser eliminado do campo jurídico, da mesma forma que o foram a tortura no campo processual e a analogia no âmbito penal. Não se deve pensar que é exagero comparar a reincidência com tais institutos clássicos do direito penal autoritário, pois sob a justificativa da reincidência já se praticaram crimes terríveis contra a Humanidade, como o desterro. Assim, a história da reincidência não é menos sangrenta do que a da tortura. (ZAFFARONI, 1993).

Por isso, em um direito penal comprometido com o ser humano e com valores e princípios constitucionais garantistas próprios do Estado Democrático de Direito – como o Brasil - a reincidência torna-se um instituto grotesco que deve ser repellido, justamente por ser incompatível com os referidos princípios garantistas. (YAROCHEWSKY, 2005).

O direito penal que mantém a reincidência é um direito penal disciplinador, que está mais preocupado com a submissão à ordem, do que com o conteúdo do injusto da conduta delituosa. (ZAFFARONI, 1993).

Portanto, é importante ter uma análise crítica sobre o instituto da reincidência, que, como já demonstrado, se mostra uma clara aplicação do direito penal do autor, por aumenta a pena do agente pela sua tendência criminosa, quebrando dessa forma a proporcionalidade entre o dano por ele praticado e a pena a ele aplicada, além de ser um instituto que visivelmente não foi recepcionado pela Constituição Federal de 1988 por afrontar diversos de seus princípios implícitos e explícitos. Não é por estar incorporado ao ordenamento penal brasileiro na atualidade como um instituto legal que faz com que a reincidência seja legítima frente a todo o sistema jurídico brasileiro, principalmente, se analisada em relação à Constituição Federal de 1988.

Sabemos que, na prática, o sistema penal e seu regime de filtros fazem com que o direito penal de ato não se concretize de forma plena em nenhum país. Porém, uma coisa é apurar esse dado de realidade e outra, muito diferente, é defender teorias que não só não tratem de reprimir ou fiscalizar a deformação do direito penal de ato pela prática do sistema penal como também constituam verdadeiras racionalizações que buscam justificar tais práticas. (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2009).

A abolição definitiva da reincidência e dos conceitos que lhe são próximos daria um passo extremamente significativo na recuperação de um direito penal de garantias pleno, e conseqüentemente, de um direito penal do ato. (ZAFFARONI, 1993).

## CONCLUSÃO

Este trabalho analisou o instituto da reincidência frente à teoria do garantismo penal. A reincidência é uma das circunstâncias agravantes elencadas pelo Código Penal brasileiro em seu artigo 61, sendo apreciada na segunda fase de dosimetria da pena. Além de ser considerada na fase de aplicação da pena, a reincidência ainda estende seus efeitos alcançando o condenado na fase da execução desta, impossibilitando ou tornando mais dificultosa a concessão de diversos direitos ao preso.

Logo de plano, na categoria a qual é incluída, a reincidência já recebe diversas críticas. Circunstância é algo impreterivelmente ligada a fatos, e como incansavelmente demonstrado neste trabalho, a reincidência está relacionada à punição do “ser” e não do “fazer”, ou seja, a personalidade do agente e não ao delito cometido.

Ao longo do tempo a classificação da reincidência no Brasil sofreu diversas alterações, passando da perpetuidade, por exemplo, para a prescrição da reincidência em 5 anos, da adoção da reincidência genérica e específica para a consagração como única forma, da reincidência genérica, mesmo que em alguns momentos ainda possamos encontrar em nosso ordenamento resquícios da específica.

Referente à classificação, a reincidência também recebe críticas. O Brasil adotou a reincidência ficta, pela qual para ser considerado reincidente basta que o agente cometa novo crime após o trânsito em julgado de sentença que o tenha condenado a um crime anterior. Logo, não é preciso que o agente cumpra sua pena, nem ao menos uma parcela desta, para que tenha sua condenação agravada no segundo crime. Veja-se, tal aumento pela reincidência, então, se faz sem que o agente tenha muitas vezes começado a cumprir a pena, logo, não é possível defender tal instituto com a alegação de que a pena foi insuficiente para conter os ânimos do agente, ou que ele desprezou o mal imposto pela pena e por isso deve receber uma reprimenda mais dura por parte do Estado.

O direito penal é a intervenção mais violenta, drástica e invasiva que o cidadão pode receber por parte do Estado. Desta forma, por possuir tais características, tal intervenção deve ser rigidamente controlada e limitada, nunca deixando-se de lado os princípios que devem nortear o sistema penal para garantir o cidadão contra ingerências arbitrárias e desreguladas na sua esfera de liberdade.

Deve-se sempre ter em mente que o direito penal não é a única saída quando da violação de um bem jurídico. Para que o sistema penal seja chamado a atuar deve-se ter, não apenas uma gravíssima violação ao bem jurídico, como também violação a um bem jurídico tão importante que não se possa confiar às outras esferas do direito uma resposta suficientemente eficaz.

Por isso, como dito, toda interferência de um Estado Democrático de Direito na vida do cidadão deve ser controlada pela obediência aos princípios garantistas.

A teoria do garantismo penal de Ferrajoli centra-se no direito Penal Mínimo e tem como decorrência o atendimento ao princípio da intervenção mínima. Este princípio tem como característica tanto a subsidiariedade quanto a fragmentariedade e uma íntima relação com o princípio da necessidade, afirmando que o direito penal deve ser a *ultima ratio*, ou seja, ele só deve ser usado quando os demais sistemas de controle – tantos os formais quando os informais, que são nitidamente menos gravosos- forem insuficientes e, ainda, utilizado apenas quando da ofensa a bens jurídicos de maior importância.

Por esses princípios, deixa-se claro, que o legislador não tem a liberdade de tipificar quaisquer condutas como criminosas. Assim, não pode um comportamento ser considerado delituoso pelo simples fato de ser ele indesejado.

O instituto da reincidência ainda afronta o princípio da ofensividade, segundo o qual é necessário a existência de uma ofensa concreta a um bem jurídico alheio para uma conduta ser considerada criminosa, por isso a punição só pode existir em face de ações exteriorizadas – princípio da materialização – não se podendo punir meros estados de espírito, já que as atitudes interiores são incapazes de causar real ofensa a um bem jurídico.

O direito penal não deve ser o responsável pela educação moral do cidadão, ele deve permitir um âmbito de liberdade que permita a este escolher entre o moral e o imoral, desde que sua conduta não ofenda o bem jurídico de terceiro.

Antes do processo de secularização, que se operou a partir do século XV, era possível se criminalizar a esfera de consciência, porém, após esse processo tal esfera se tornou intocável. O Estado não pode adentrar a esfera moral do indivíduo, pois assim viola um dos princípios basilares do Estado Garantista – o princípio da secularização. Para esse princípio deve existir a separação entre direito e moral. O processo de secularização diminuiu consideravelmente a intervenção estatal, já que deslegitimou qualquer espécie de punição que vise punir condutas consideradas imorais ou advindas de um estado de ânimo pervertido, tendo um caráter meramente disciplinador.

Claramente o agravamento da pena pela reincidência representa uma tentativa do Estado de educar moralmente aquele que já sendo adulto deve ter a liberdade de autodetermina-se moralmente como bem quiser. É obvio que, nesse caso, puni-se não por uma ofensa a um bem jurídico de outrem, mas por se julgar que tal indivíduo em seu interior é, de certa forma, corrompido, mal, voltado de forma inevitável ao cometimento de crimes.

O instituto da reincidência, por isso, representa a adoção de uma norma constitutiva, pois puni imediatamente a pessoa sem que esta tenha que realizar uma ação, penaliza-se pela forma de ser e não de atuar. Assim, a reincidência também viola o princípio da regulatividade, pelo qual só são legítimas as normas penais que regulam condutas, classificando-as como permitidas ou proibidas.

Tal instituto também contraria o princípio da materialização que encontra-se irremediavelmente ligado a um direito penal do fato, já que apenas as ações exteriorizadas, ou seja, fatos devem ser punidos. Dessa forma, é claro que o direito penal garantista refuta de forma absoluta a aplicação de um direito penal do autor.

Claramente, a reincidência é a adoção do direito penal do autor, pois pune-se o “ser” e não o “fazer”.

Em qualquer sistema que se diz garantista a culpabilidade só pode e deve ser entendida como culpabilidade pelo fato, nunca como culpabilidade do autor. A

culpabilidade é uma reprovação que se faz ao autor pela realização de um determinado fato, e nunca uma reprovação sobre a sua personalidade. Não é o que ocorre, claramente, na reincidência, nesta a reprovação é de forma visível sustentada no caráter do autor tido como mais reprovável e não sobre o fato por ele praticado.

O garantismo não defende a abolição do sistema penal, mas sim, o vê como um instrumento útil para o controle social, porém que deve ter sua intervenção limitada ao mínimo necessário devido a sua intrínseca brutalidade. Logo, o garantismo se encontra vinculado a um direito penal mínimo, e ao grau máximo de tutela dos direitos do cidadão. Os direitos fundamentais adquirem status tão importante nesta teoria, que nem mesmo a unanimidade pode sobre ele deliberar.

O princípio da legalidade é a base do garantismo, se fundando nele todos os demais princípios garantistas. O princípio da legalidade exige não apenas que para existir a punição haja uma lei prévia, mas também que tal previsão legal se faça apenas quando autorizada por todos os princípios garantistas.

Dessa forma, a reincidência atende ao princípio da legalidade em sentido amplo, pois encontra-se tipificada no Art. 61 do Código Penal, porém como demonstrado no trabalho, ela viola diversos princípios garantistas, logo, não atende ao princípio da legalidade em sentido estrito.

Conclui-se, portanto, que um sistema penal que tenha a pretensão de se considerar garantista deve refutar de forma absoluta a adoção do agravamento da pena pela reincidência.

## REFERÊNCIAS

- AMARO, Mohamed. Código Penal na expressão dos Tribunais. São Paulo; Saraiva,2007.
- ANDRADE, Vera Regina Pereira de . A ilusão da segurança jurídica: Do controle da violência a violência do controle penal , Porto Alegre : Livraria do advogado, 1997 .
- BARATTA, Alessandro. Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: Introdução à Sociologia do Direito Penal. Rio de Janeiro: Editora Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2002, 3ª Edição.
- BATISTA, Nilo. Introdução Critica ao direito pena brasileiro. 12ª Edição. Revista e atualizada – Rio de Janeiro: Revan,2011.
- \_\_\_\_\_. Matrizes Ibéricas do Sistema Penal Brasileiro. Rio de Janeiro: ICC/Revan, 2000.
- BECCARIA, Cesare. Dos delitos e das penas. Tradução por Torrieri Guimarães. São Paulo: Martin Claret, 2007.
- BERLA, Gabriel Vieira. Reincidência: uma perspectiva crítica de um instituto criminógeno. Revista Brasileira de Ciências Criminais, nº82, 2010.
- BETTIOL, Giuseppe. O problema penal/ Giuseppe Betiol; Tradução e notas de Ricardo Rodrigues Gama – Campinas: LZN Editora,2003.
- \_\_\_\_\_. Direito penal. Trad. Paulo José da Costa Junior e Alberto Silva Franco. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1976, v. III.
- BIANCHINI, Alice. Direito Penal: introdução e princípios fundamentais/Alice Bianchini, Antonio García-Pablos de Molina, Luiz Flávio Gomes – 2 ed. Rev., atual. E ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009 – (Coleção ciências criminais; v.1./ coordenação Luiz Flávio Gomes, Rogério Sanches Cunha)
- BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de direito penal: parte geral 1/ Cezar Roberto Bitencourt – 15. Ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Saraiva, 2010.
- BRASIL, CÓDIGO DE DIREITO PENAL BRASILEIRO, revista dos tribunais, 2 edicao, 2010.
- BRUNO, Aníbal. Direito Penal. 4.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984, t.III.

BRUNONI, Nivaldo. Ilegitimidade do direito penal de autor à luz do princípio de culpabilidade, revista doutrina TRF4, edição 21,2007.

CARRARA, Francesco. Programa do curso de direito criminal/ Francesco Carrara; Tradução Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: LZN Editora, 2002.

CARVALHO, Amilton Bueno de; CARVALHO, Salo de. Aplicação da Pena e Garantismo. Rio de Janeiro. Editora Lumen Juris, 2004, 3<sup>a</sup> Edição.

FERRAJOLI, Luigi. Direito e razão: teoria do garantismo penal. Tradução de Ana Paula Zomer, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, 3 edição revista.

FERREIRA, Gilberto. Aplicação da pena. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

FERRI, Enrico – 1856-1929. Princípios de direito criminal: o criminoso e o crime / Enrico Ferri; Tradução de Luiz Lemos D' Oliveira. – Campinas: Russell Editores,2003.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. Lições de direito penal: (parte geral) / Heleno Cláudio Fragoso; atualizador Fernando Fragoso. Imprensa: Rio de Janeiro, Forense, 2003.

GRECO, Rogério. Código Penal: Comentado/ Rogério Greco. – 6.ed. – Niterói, RJ: Impetus, 2012.

HOBBS, Thomas. Leviatã. Ed. Martin Claret, São Paulo, 2006.

JAKOBS, Gunther ; MELIÁ, Manuel Cancio. Direito Penal do Inimigo: Noções e Críticas; org. E trad. André Luís Callegari, Nereu José Giacomollo. 4<sup>a</sup> Edição atual e ampliada. 2<sup>a</sup> tiragem. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora,2010.

KARAM, Maria Lúcia. Aplicação da Pena: Por uma nova atuação da Justiça Criminal. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, n.6, abril/jun. 1994.

MARQUES, José Frederico. Tratado de direito penal: parte geral. 1. ed. atual. Vol. III. Campinas: Millenium, 1999.

MELO, Yure Gagarin Soares de. As novas perspectivas do direito penal brasileiro / Yure Gargarin Soares de Melo – Rio de Janeiro: América Jurídica,2003.

MEROLLI, Guilherme. Fundamentos Críticos de Direito Penal. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010.

MIRABETE, Julio Fabbrini. Manual de direito penal: parte geral. 12. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas,1997.

MONTESQUIEU, Charles Luis de Secondat. Do Espírito das Leis - Col. A Obra Prima de Cada Autor - Série Ouro. São Paulo: Martin Claret ,2009.

PRADO, Luiz Regis. Curso de direito penal brasileiro, volume 1: parte geral, arts. 1º a 120 – 10ª Edição revisada , atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

QUEIROZ, Paulo de Souza. Direito Penal – Parte Geral. 4ª Edição. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris,2008.

\_\_\_\_\_ Do Caráter subsidiário do direito penal: lineamentos para um direito penal mínimo. Belo Horizonte: Del Rey,1998.

\_\_\_\_\_ Introdução Critica. São Paulo: Saraiva, 2001.

ROCHA, Carlos Odon Lopes da. A não recepção do instituto da reincidência pela Constituição Federal de 1988. Jus Navigandi, Teresina, ano 12, n. 1490, 31 jul.2007 . Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/10212>>. Acesso em: 18 jun. 2012.

ROCHA, Synesio. Da reincidência. São Paulo: Saraiva, 1938. (Tese apresentada à Congregação da Faculdade de Direito de São Paulo, em concurso para a Cátedra de Direito Penal).

ROXIN, Claus. Derecho Penal: parte general. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito. Traducción y notas: Diego- Manuel Luzón Peña. Miguel Diaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas,1997.

\_\_\_\_\_ Estudos de Direito Penal. Tradução de Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar,2006.

\_\_\_\_\_ Iniciación al derecho penal de hoy. Tradução de F. Muñoz Conde e D. M Luzón-Peña. Servilha:Ed. Univ. De Servilha,1981.

SILVEIRA, Fabiano Augusto Martins. Fundamentos técnico-jurídicos da reincidência no moderno direito penal. Revista do Centro Acadêmico Afonso Pena (CAAP), Belo Horizonte, Faculdade de Direito da UFMG, ano III, N.4,1998.

TELES, Ney Moura. Direito Penal- Parte Geral. São Paulo:Editora de Direito,1996. v.II.

TOLEDO, Francisco de Assis, 1928. Princípios básicos de direito penal: de acordo com a Lei 7.209, de 11-7-1984 e com a Constituição Federal de 1988/ Francisco de Assis Toledo – 5.ed. – São Paulo: Saraiva, 1994.

ZAFFARONI, E. Raúl. Manual de derecho penal. Buenos Aires. Ed. Ediar, 5ª Edição, 1986.

\_\_\_\_\_ Em busca da pena perdida: a perda da legitimidade do sistema penal / Eugenio Raul Zaffaroni, Tradução Vania Romano Pedrosa, Amir Lopez da Conceição – Rio de Janeiro: Revan, 1991. 2ª ed., 1996

\_\_\_\_\_ Livros de estudos jurídicos, volume 6/ coordenadores James Tubenchlak e Ricardo Bustamante – Rio de Janeiro: Institutos de Estudos Jurídicos, 1993.

ZAFFARONI, E. Raúl ; BATISTA, Nilo ; ALAGIA, Alejandro ; SLOKAR, Alejandro. Direito Penal Brasileiro: primeiro volume – Teoria Geral do Direito Penal. Rio de Janeiro: Revan, 2003 3ª Edição, novembro de 2006.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Manual de direito penal brasileiro, volume 1: parte geral/ Eugenio Raúl Zaffaroni, José Henríquer Pierangeli. – 8. Ed. rev. e atual. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

YAROCHEWSKY, Leonardo Isaac. Da Reincidência Criminal. Belo Horizonte. Editora Mandamentos, 2005.

ZEIDAN, Rogério. Ius Puniendi, Estado e Direitos Fundamentais: aspectos de legitimidade e limites da potestade punitiva. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.



