

A circunstância agravante da reincidência à luz das teorias da pena

Guilherme Costa Macedo¹

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho trata da deslegitimação da circunstância agravante da reincidência.

A agravante da reincidência, prevista no art. 61, I, do Código Penal pátrio, é, à luz de um Estado Democrático de Direito, passível de diversas críticas. Entretanto, no cotidiano forense, a exacerbação da pena do reincidente é, via de regra, efetivada de maneira automática pelo operador do direito, sem que seja analisada a pertinência das críticas comumente tecidas em relação à agravante.

É cediço que a sociedade, sobretudo em virtude do forte apelo midiático, anseia por sanções mais severas para aqueles que cometem crimes. No afã de se combater a criminalidade a qualquer custo, algumas garantias penais e processuais penais terminam sendo, sensivelmente, reduzidas ou suprimidas.

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

Neste trabalho, faz-se um estudo da agravante da reincidência à luz das teorias da pena.

As teorias deslegitimadoras da pena (abolicionistas e minimalistas) foram examinadas em primeiro lugar, tendo sido analisados, nesse momento, os principais argumentos dessas correntes, realçando-se a questão do etiquetamento e as noções de desvio secundário e das carreiras criminais.

Em seguida, a agravante da reincidência foi confrontada com as teorias absolutas e relativas da pena, com o propósito de aferir se a exacerbação da pena

¹ Advogado, Especializando em Direito Penal e Processual Penal pela Universidade Salvador.

do reincidente serve para fins de retribuição ou prevenção.

2. AS FINALIDADES DA PENA E A AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA

Diversas teorias buscam explicar as finalidades da pena. Ao se tomar como objeto de estudo as finalidades da pena, em verdade, essas teorias procuram respostas acerca da razão de ser do próprio Direito Penal. No entanto, deve-se destacar que, nessa seara, existem, por um lado, as teorias que questionam e combatem a existência do Direito Penal (teorias deslegitimadoras) e, de outra banda, há teorias que defendem a necessidade do Direito Penal, tendo em vista que a pena é dotada de determinadas finalidades em relação ao corpo social ou em relação ao autor do delito (teorias legitimadoras).

Um breve estudo sobre as teorias legitimadoras e deslegitimadoras da pena é essencial para melhor compreender a reincidência criminal e seus efeitos, especialmente o agravamento da pena, tendo em vista que, como pondera Jorge de Figueiredo Dias, “as questões fulcrais da legitimação, fundamentação, justificação e função da intervenção penal estatal” devem ser examinadas à luz das finalidades da pena. O autor argumenta que “a questão dos fins da pena constitui, no fundo, a *questão do destino* do direito penal”.²

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

Com efeito, nos termos do art. 68 desse mesmo diploma legal, a dosimetria da pena possui três fases distintas. Em primeiro lugar, o magistrado, com base nas circunstâncias previstas no art. 59, fixará a pena-base; no segundo momento, aplicará as circunstâncias agravantes e atenuantes; por fim, na terceira fase, aplica as causas de diminuição e de aumento de pena. Consagrou-se, pois, o sistema trifásico de aplicação da pena.

² DIAS, Jorge de Figueiredo. **Questões Fundamentais de Direito Penal Revisitadas**. São Paulo: RT, 1999, p. 89.

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

Destarte, percebe-se a importância de examinar a legitimação da circunstância agravante da reincidência com base nas teorias da pena, objetivando, sobretudo, aferir se existe e qual seria a finalidade da exacerbação da pena do reincidente.

A outro giro, convém advertir que, se o projeto de lei n. 3.473/2000 for aprovado, a reincidência passará a figurar no rol das circunstâncias judiciais, isto é, inserida no art. 59 do Código Penal. Nesse caso, por conta de expressa previsão legal, será obrigatório, mesmo para os operadores do direito marcadamente legalistas, examinar se o aumento da pena em virtude da reincidência serve para fins de retribuição e prevenção.

2.1 TEORIAS DESLEGITIMADORAS

O Direito Penal vem sendo bastante criticado pelas chamadas teorias deslegitimadoras da pena, dentro das quais se enquadram as correntes abolicionistas e minimalistas.

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

Nesse diapasão, Paulo Queiroz adverte que o minimalismo radical “propõe, imediatamente, a máxima contração do âmbito de atuação do sistema penal, preservando-o, assim, residualmente, e só mediatamente a abolição – a longo prazo – desse sistema de controle social”³.

Os minimalistas pregam a subsidiariedade do Direito Penal, de modo que, se um bem jurídico pode ser tutelado por outro ramo do ordenamento jurídico – como o Direito Civil ou o Direito Administrativo – não se faz necessária a utilização do Direito Penal. Deste modo, como observa Zaffaroni, o minimalismo, “a exemplo do abolicionismo, nega a legitimidade do sistema penal, tal como hoje funciona, mas propõe uma alternativa mínima que considera um mal menor necessário”.⁴

O abolicionismo e o minimalismo radical, malgrado se diferenciem quanto ao momento de abolição do Direito Penal, questionam a legitimidade deste ramo do ordenamento jurídico com base em referenciais teóricos comuns. Efetivamente, as críticas feitas pelos autores de ambas as correntes são similares.

Ambas as correntes criticam o caráter seletivo do Direito Penal, sob o argumento de que se trata de um ramo destinado a certos setores do corpo social. A seletividade ocorre tanto por meio da criminalização primária (escolha de quais condutas devem ser consideradas delituosas), quanto através da criminalização secundária (aplicação da sanção criminal). Nesse diapasão, Paulo Queiroz adverte que:

O sistema penal, quer na fase de elaboração das leis (criminalização primária), quer na fase de aplicação em concreto (criminalização secundária), seleciona a sua clientela, entre os grupos mais vulneráveis da sociedade, entre os miseráveis, enfim, reproduzindo as desigualdades sociais materiais.⁵

Ademais, os abolicionistas e minimalistas atribuem ao sistema penal um caráter criminógeno, afirmando que a imposição de uma pena, especialmente a

³ QUEIROZ, Paulo. **Funções do Direito Penal**: legitimação versus deslegitimação do sistema penal. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 101.

⁴ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas**: A perda de legitimidade do sistema penal. 5. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001, p. 89.

⁵ QUEIROZ, Paulo. **Direito Penal**: Parte Geral. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 87-88.

privativa de liberdade, não tem o condão de ressocializar o condenado. Na realidade, o ambiente carcerário, muitas vezes, serve de estímulo para a prática de novos delitos.

Outra crítica apresentada por abolicionistas e minimalista diz respeito àquilo que Paulo Queiroz denomina “inidoneidade funcional ou motivadora a norma penal”, consoante a qual, “o direito penal não é um meio apto a motivar comportamentos no sentido do comando da norma penal”⁶. O Direito Penal, assim, não tem aptidão para influenciar a vontade das pessoas, a fim de que não pratiquem delitos, não se podendo, pois, atribuir à pena uma função preventiva de delitos.

Essas correntes também usam como argumento para deslegitimar o Direito Penal a existência das chamadas cifras ocultas ou cifras negras. Os minimalistas e abolicionistas afirmam que apenas uma pequena parcela dos delitos praticados é investigada, processada e sancionada, sendo que a imensa maioria dos delitos – as cifras ocultas ou negras – sequer chega ao conhecimento dos órgãos estatais de controle. Essas cifras, conforme leciona Gamil Föppel, atestam que “há outras formas de composição dos conflitos, que não, necessariamente, uma resposta penal”⁷.

A análise dessas críticas feitas ao sistema penal pelas teorias deslegitimadoras permite concluir que tanto os abolicionistas quanto os minimalistas rechaçam a aplicação da circunstância agravante da reincidência. Entretanto, ainda nessa seara, convém destacar que o principal argumento utilizado para questionar a incidência da agravante decorre da adoção de um novo paradigma criminológico, dentro do qual se situam os ideais abolicionistas e minimalistas, qual seja, a teoria do “labelling approach”. Nesse diapasão, a respeito da intrínseca relação existente entre as teorias deslegitimadoras e esse novo paradigma criminológico, manifesta-se Paulo Queiroz:

⁶ QUEIROZ, Paulo. **Funções do Direito Penal: legitimação versus deslegitimação do sistema penal**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 89.

⁷ HIRECHE, Gamil Föppel El. **A função da Pena na Visão de Claus Roxin**. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 121-122.

O abolicionismo e o minimalismo contemporâneos são movimentos de política criminal, vertentes da assim chamada nova criminologia ou criminologia crítica, surgida nos Estados Unidos por volta dos anos 60 e 70, que, rompendo com a criminologia tradicional (a criminologia positiva), e sob a influência das teorias sociológicas principalmente (das mais diversas tendências), contrapõem ao paradigma etiológico, próprio da criminologia positiva, um novo paradigma, o paradigma do controle.⁸

A teoria do etiquetamento, também conhecida como teoria do “labelling approach”, surgiu nos Estados Unidos nas décadas de sessenta e setenta, tendo Howard Becker, Erving Goffman e Edwin Lemert como principais expoentes. A teoria do “labelling approach” é uma reação ao paradigma etiológico da criminologia positivista, que, consoante adverte Alessandro Baratta, tinha como principal objeto de estudo os fatores biológicos e psicológicos do delinqüente. Baratta considera que o “labelling approach” inaugurou um novo paradigma da criminologia: o paradigma da reação social⁹.

Essa teoria objetivou estudar, primordialmente, a influência da sociedade nos processos de criminalização, a fim de desvendar as formas de se desviar as pessoas, inserindo-as no mundo do crime. O “labelling approach” se pauta nas noções de desvio primário e secundário, bem como na existência das carreiras criminais.

O desvio primário se relaciona ao primeiro comportamento delitivo praticado pelo sujeito e decorre de fatores sociais, culturais ou psicológicos, como, por exemplo, é o caso do indivíduo que pratica um crime contra o patrimônio para adquirir alimentos. Por outro lado, o desvio secundário é fruto das diversas forças de reação da sociedade contra o primeiro delito praticado. A sanção penal e os preconceitos, estigmas e estereótipos sofridos pelo apenado atuam como instrumento causador do denominado desvio secundário, inserindo o desviado em uma verdadeira carreira criminal.

A reiteração de comportamentos delituosos seria, assim, uma consequência da reação social ao primeiro delito praticado. Deste modo, a teoria

⁸ QUEIROZ, Paulo. **Funções do Direito Penal: legitimação versus deslegitimação do sistema penal**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 86-87.

⁹ BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: introdução à sociologia do direito penal**. Tradução: Juarez Cirino dos Santos. 2. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1999, p. 29-30.

do “labelling approach” esvazia, em grande medida, os argumentos comumente suscitados pelos defensores da manutenção da agravante da reincidência.

Em verdade, a reincidência criminal é fruto do processo de etiquetamento, que torna o condenado mais vulnerável a ser “escolhido” pelo Direito Penal. O sujeito que pratica um primeiro delito (desvio primário) e é alvo das repressões oriundas dos órgãos de controle social tende, efetivamente, a continuar a delinquir. A prática de novos delitos surge como algo inexorável, fruto da repressão sofrida, razão pela qual o aumento da pena se mostra incoerente.

Bissoli Filho considera que a reincidência e os antecedentes criminais são verdadeiras etiquetas, que, em verdade, servem de estímulo para que se concretize o desvio secundário, isto é, para que esses sujeitos adentrem no contexto das carreiras criminais. A sociedade impõe uma série de estigmas e estereótipos ao delinqüente, com o intuito de torná-lo um ser diferente. Com o passar do tempo, tendo em vista as dificuldades encontradas para se reintegrar ao corpo social, o próprio delinqüente passa a aceitar como verdadeiro o estigma ou o estereótipo que lhe são impostos. Esse processo se completa quando o delinqüente passa a se considerar um sujeito desviado e, conseqüentemente, o seu mundo passa a ser o mundo da criminalidade. No dizer de Bissoli Filho:

Estes estigmas, “valorosos” instrumentos de diferenciação formal dos indivíduos, capazes de identificá-los pessoal e socialmente, acabam sendo incorporados pelo indivíduo etiquetado (auto-etiquetas), transformando-se, em face da proposição contida na etiqueta, em um “corredor”, para onde o mesmo será empurrado, iniciando, com grande probabilidade de êxito, uma “carreira criminal”.¹⁰

O abolicionista Louk Hulsman assevera que “o sistema penal cria o delinqüente, mas, agora, num nível muito mais inquietante e grave: o nível da interiorização pela pessoa atingida do etiquetamento legal e social”¹¹. Do mesmo modo, manifesta-se o minimalista Zaffaroni:

Nas prisões encontramos os estereotipados. Na prática, é pela observação das características comuns à população prisional que

¹⁰ BISSOLI FILHO, Francisco. **Estigmas da criminalização**: dos antecedentes criminais à reincidência criminal. Florianópolis: Obra Jurídica, 1988, p.217.

¹¹ HULSMAN, Louk; BERNAT DE CELIS, Jacqueline. **Penas perdidas**: o sistema penal em questão. Trad.: Maria Lúcia Karam. 2.ed. Niterói: Luam, 1997, p. 69.

descrevemos os estereótipos a serem selecionados pelo sistema penal, que sai então a procurá-los. E, como a cada estereótipo deve corresponder um papel, as pessoas assim selecionadas terminam correspondendo e assumindo os papéis que lhes são impostos¹².

Desta forma, com amparo nas lições da teoria do etiquetamento, percebe-se que exacerbar a pena do reincidente não é uma medida racional, uma vez que a prática de um novo delito é decorrência, dentre outros aspectos, da imposição de uma sanção criminal. Neste aspecto, seria, inclusive, mais plausível sustentar a tese de que a reincidência se torne uma atenuante, tendo em vista a maior vulnerabilidade do reincidente e o caráter criminógeno da pena¹³.

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

2.2 TEORIAS LEGITIMADORAS

2.2.1 Teorias absolutas ou retribucionistas

As teorias absolutas apontam como finalidade da pena a reprovação ou retribuição do mal causado pelo delinqüente, isto é, a pena funcionaria como uma resposta do Estado contra o fato delituoso, configurando, nas palavras de Juarez Cirino dos Santos, “a imposição de um mal *justo* contra o mal *injusto* do crime”.¹⁴

A pena, assim, seria um fim em si mesmo¹⁵, uma vez que, conforme Roxin, “a justificação de tal procedimento não se depreende, para esta teoria, de

¹² ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas: A perda de legitimidade do sistema penal**. 5. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001, p. 130.

¹³ Zaffaroni e Pierangeli, por exemplo, defendem que “as condenações anteriores, as detenções, e, em geral, todas as intervenções repressivas do sistema penal, que têm levado o agente a uma estigmatização e a uma redução de seu espaço social” são hipótese de circunstância atenuante inominada, a qual, segundo os autores, poderia servir para neutralizar a agravante da reincidência. (ZAFFARONI, Eugênio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro: parte geral**. 4. ed. São Paulo: RT, 2002, p.837)

¹⁴ SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal: Parte Geral**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 453.

¹⁵ Jorge de Figueiredo Dias observa que a teoria absoluta “não é assumidamente (verdadeiramente não quer ser, nem pode ser) uma teoria dos fins da pena. Ela pretende

quaisquer fins a alcançar com a pena, mas apenas da realização de uma idéia: a justiça”.¹⁶

As teorias absolutas podem ser subdividas de acordo com a espécie de retribuição que se pretende obter com a imposição da pena. Assim, diz-se que a retribuição será divina, estética, moral ou jurídica.¹⁷ Não há dúvidas, contudo, de que a força das teorias absolutas decorreu das duas últimas modalidades de retribuição, as quais foram defendidas, respectivamente, por Kant e Hegel.

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

Mesmo se a comunidade de cidadãos, com a concordância de todos os membros, se dissolvesse, o último assassino encontrado na prisão deveria ser previamente executado, para que cada um receba o valor de seu fato e a culpa do sangue não pese sobre o povo que não insistiu na punição.¹⁸

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

justamente o contrário, isto é, a consideração da pena como ‘entidade independente de fins’ [...]” (**Questões Fundamentais de Direito Penal Revisitadas**. São Paulo: RT, 1999, p. 94).

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

¹⁷ Nesse sentido, Rivacoba y Rivacoba apud BISSOLI FILHO, Francisco. **Estigmas da criminalização**: dos antecedentes criminais à reincidência criminal. Florianópolis: Obra Jurídica, 1988, p. 142.

¹⁸ KANT apud SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal**: Parte Geral. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2006, p. 455.

afirma que a *tese* seria a ordem jurídica, a *antítese* seria o delito e a *síntese* seria a pena.¹⁹

A maior contribuição das teorias absolutas, sem dúvida, reside no fato de ostentar uma noção de proporcionalidade entre o mal causado e a pena, de modo que, quanto mais grave o crime, maior deve ser a pena.²⁰ Consoante Gamil Föppel, “Kant adotou as idéias da Lei de Talião, em que a reprimenda seria tal qual a conduta”, aduzindo, ainda, que “a Teoria de Kant logrou estabelecer, ao contrário do que afirma Roxin, uma concepção inicial de limite às penas, embasando-se, para tanto, na idéia de proporcionalidade”.²¹

No mesmo diapasão, Paulo Queiroz assinala que:

O principal mérito da fundamentação retributiva radica no fato de que a pena, independentemente dos fins a que se destine, deve ter sempre o delito como pressuposto, isto é, o crime conceitualmente é retribuição de um “mal” e há de ser sempre proporcionada ao comportamento delituoso praticado, razão pela qual se presta, assim, a coibir abusos por parte do Estado na sua graduação²².

No que tange ao tema da reincidência, levando em conta essa embrionária concepção de proporcionalidade, cumpre observar que as teorias absolutas não se prestam para justificar a finalidade da agravante. Como anteriormente observado, a reincidência pressupõe, necessariamente, a reiteração de condutas delitivas, sendo que, ao réu considerado reincidente, será aplicado um aumento de pena na dosimetria. Sucede que, com amparo nas idéias retribucionistas, o mal causado pelo primeiro delito já foi retribuído com a primeira pena, razão pela qual é forçoso compreender que os seus efeitos se exauriram nesse primeiro momento.

¹⁹ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da Pena de Prisão**: Causas e Alternativas. São Paulo: RT, 1993, p. 107.

²⁰ Nesse sentido: SHECAIRA, Sérgio Salomão; CORREA JÚNIOR, Alceu. **Teoria da Pena**: finalidades, direito positivo, jurisprudência e outros estudos de ciência criminal. São Paulo: RT, 2002, p. 131.

²¹ HIRECHE, Gamil Föppel El. **A função da Pena na Visão de Claus Roxin**. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p.17-18.

²² QUEIROZ, Paulo. **Funções do Direito Penal**: legitimação versus deslegitimação do sistema penal. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 23.

As teorias absolutas desenvolveram, ainda que de modo precário, uma noção de proporcionalidade entre o mal do crime e o mal da pena. Assim, não seria possível, por ocasião da aplicação da pena referente ao segundo delito, levar em consideração um crime anterior, cujo mal causado já tenha sido, adequadamente, retribuído. A exacerbação da pena do reincidente viola, frontalmente, aquilo que Luigi Ferrajoli denominou de princípio da retribuição penal. Este princípio, conforme leciona o autor, consagra a “garantia do caráter retributivo da pena”, por meio do qual “só se pode ser punido pelo que se fez (e não pelo que se é)”²³.

Como se percebe, enfocando o crime praticado, as teorias absolutas pretendem averiguar a extensão do mal causado para, então, aplicar a pena necessária à retribuição. Desta forma, não se pode invocá-las para justificar a agravante da reincidência, sob o argumento de que o delito praticado por um reincidente representa um mal maior, uma vez que tal raciocínio retoma um delito anterior, já devidamente retribuído. Importa destacar que as teorias absolutas pretendem retribuir uma determinada infração penal (o fato praticado), não se preocupando com delitos pretéritos ou com a insensibilidade do agente em relação aos efeitos da pena. Nesse diapasão, Luigi Ferrajoli esclarece que:

A condição do reincidente (ou pré-julgado), culpabilizada desde a Antigüidade, foi duramente criticada por muitos escritores iluministas que com razão rechaçaram, por respeito ao princípio de retribuição, a hipótese de que fosse considerada como motivo para o agravamento da pena. “A pena”, escreve Pagano, “cancela e extingue integralmente o delito, restaurando, ao condenado que a sofreu, a condição de inocente ... Portanto, não se pode importunar o cidadão por aquele delito cuja pena já tenha sido cumprida”. E Morelly chega, inclusive, a pedir que seja castigado quem ousar recordar publicamente as penas sofridas no passado por alguém em face de delitos precedentes. Essas indicações foram, contudo, totalmente subvertidas na segunda metade do século XIX pela regressão positivista da cultura penal, que centrou grande parte da nova política criminal na relevância e no tratamento dos tipos de autor, mais do que nos de delito.²⁴

²³ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal**. Tradutores: Ana Paula Zomer, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 297.

²⁴ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**. Teoria do Garantismo Penal. Tradutores: Ana Paula Zomer, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p.405.

Com efeito, a finalidade retributiva da pena, consoante observa Cláudio Alberto Gabriel Guimarães, coaduna-se melhor com os estudos desenvolvidos pela Escola Clássica²⁵, enquanto a prevenção especial é a finalidade sustentada pela Escola Positiva, razão pela qual Ferrajoli considera que o advento do positivismo criminológico contribuiu para legitimar a reincidência e seus efeitos gravosos. A Escola Positiva, por considerar que a punição do delinqüente deve ser uma conseqüência da sua periculosidade, certamente, serviu de supedâneo para o aumento de pena do réu reincidente.

É evidente que a natureza do delito não é modificada pelo fato de ter sido praticado pelo reincidente. Imaginemos que o sujeito tenha praticado um delito de lesão corporal que teve como conseqüência a amputação de uma das mãos da vítima. Segundo a ótica da lei de talião, a pena aplicada seria a amputação de uma das mãos do criminoso. Caso esse indivíduo viesse a praticar um novo delito, pelo qual tornasse a amputar uma das mãos da vítima, sofreria a mesma pena aplicada ao delito anterior. Ou seja, a pena, segundo a lei de talião, não é mais grave pelo fato de ser o réu reincidente.

Desta forma, não prospera a argumentação no sentido de que o crime praticado por um reincidente representa um mal maior. Importa, ao menos à luz da teoria absoluta, aferir a extensão do dano causado à vítima do delito para, em um juízo de proporcionalidade, aplicar a pena adequada. E, efetivamente, o dano sofrido pela vítima não será mais intenso pelo fato de ser o autor do delito reincidente. Ademais, na teoria absoluta, como a pena retribui o crime praticado, seria equivocado fundamentar o aumento de um novo delito em um crime pretérito já devidamente compensado. Em outras palavras, o reincidente estaria sendo punido mais de uma vez pelo mesmo fato, o que acarreta manifesto *bis in idem*²⁶.

Ressalte-se que o exemplo supracitado retoma a tese defendida pelo modelo retributivista arcaico, o qual, para Salo de Carvalho, “representa a mais primitiva forma de justiça, que exige que o violador receba um castigo idêntico ao

²⁵ GUIMARÃES, Cláudio Alberto Gabriel Guimarães. **Funções da Pena Privativa de Liberdade no Sistema Penal Capitalista**. Rio de Janeiro: Revan, 2007, p. 103.

²⁶ Como se observará adiante, o princípio do *ne bis idem* é um dos argumentos utilizados para justificar a não recepção da circunstância da agravante pela nova ordem jurídica constitucional.

sofrido pela vítima”.²⁷ No entanto, o raciocínio nele empregado pode ser adaptado ao atual sistema penal, bastando, para tanto, que se compreenda que as penas hoje existentes²⁸ (privativas de liberdade, restritivas de direito e multa) devem guardar uma correspondência com o delito praticado, desconsiderando, por completo, uma possível reincidência do réu.

Outrossim, com amparo nas idéias de Kant, seria impossível tornar a examinar a vida passada do autor do delito. Em verdade, pouco importa, para fins de retribuição, aferir se o sujeito praticou ou não mais um de crime. As teorias absolutas apenas almejam retribuir cada crime praticado com uma pena que esteja à altura do mal causado. Zaffaroni e Pierangeli lecionam que a medida da pena para Kant “não pode ser outra além do mal imerecido infligido à vítima, isto é, o *talião*, que Kant entende como a devolução da mesma quantidade de dor injustamente causada”.²⁹ Salo de Carvalho ensina que, na retribuição moral de Kant, “a penalidade teria como *thelos* a imposição de um mal decorrente da violação do dever jurídico, encontrando neste mal (violação do direito) sua devida proporção”.³⁰

Essa mesma conclusão é obtida quando se estuda o pensamento de Hegel. Ora, se a pena aplicada tem o condão de restaurar o direito (como visto, o crime é a negação do direito, ao passo que a pena é a negação do crime), qual seria a razão para aumentar a sanção do reincidente se a pena aplicada ao crime anterior já restabeleceu a ordem jurídica?

Kant e Hegel são considerados autores pertencentes à Escola Clássica, a qual teve seus pressupostos teóricos duramente criticados pelos integrantes da Escola Positiva. O pensamento positivista teve, sem dúvidas, grande influência na

²⁷ CARVALHO, Salo. **Pena e Garantias**. 2.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 120.

²⁸ É importante observar que a agravante da reincidência se relaciona com as três modalidades de pena. De acordo com o art. 55 do Código Penal, as penas de prestação de serviço à comunidade ou a entidades públicas, a interdição temporária de direitos e a limitação de fim de semana (que são penas restritivas de direito) terão a mesma duração da pena privativa de liberdade aplicada. Logo, o quantum da pena privativa de liberdade interfere na duração de algumas penas restritivas de direito. Ademais, no que cinge à pena de multa, o número de dias-multa pode ser mais elevado em decorrência da incidência da agravante da reincidência.

²⁹ ZAFFARONI, Eugênio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro: parte geral**. 4. ed. São Paulo: RT, 2002, p. 265.

³⁰ CARVALHO. op. cit. p. 122.

consagração do instituto da reincidência e, por conseguinte, do aumento de pena, em grande parte dos ordenamentos jurídicos. Quanto à Escola Clássica, cumpre destacar que boa parte dos seus integrantes sempre criticou a reincidência criminal. Analisando o pensamento kantiano e hegeliano a respeito da teoria da pena, percebe-se que esses dois grandes expoentes das teorias absolutas também trilham o caminho da rejeição da agravante da reincidência.

Observa-se, pois, que as lições de Kant e de Hegel, malgrado se diferenciem em alguns aspectos (para Kant, a retribuição seria moral, ao passo que, para Hegel, seria jurídica), não respaldam o aumento de pena para o reincidente. No dizer de Regis Prado, “a teoria de Hegel tem em comum com a de Kant, a idéia essencial de retribuição e o reconhecimento de que entre o delito praticado e a sua punição deve haver uma relação de igualdade”³¹.

Diferentemente da Escola Positiva, que fundamentou a aplicação da pena (ou medida de segurança) na periculosidade, os clássicos adotaram, como pressuposto da pena, a culpabilidade, considerando que o homem é dotado de livre-arbítrio. Nesse aspecto, na tentativa de fundamentar a reincidência segundo os ditames de um direito penal do fato, muitos autores passaram a afirmar que a culpabilidade do crime praticado pelo reincidente é mais acentuada³².

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

Ultrapassado o período de talião, acabou generalizadamente por se reconhecer que a pretendida igualação não podia ser fática, mas tinha forçosamente de ser *normativa*. Ainda aqui restava porém um largo campo para dúvidas e controvérsias, nomeadamente quanto a saber se a

³¹ PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**. V.1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 554.

³² Contudo, como bem observado por Zaffaroni e Pierangeli, o direito penal de culpabilidade pode, em determinadas situações, caracterizar um direito penal de autor. ZAFFARONI, Eugênio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro: parte geral**. 4. ed. São Paulo: RT, 2002, p.119.

desejada retribuição assumia o caráter de uma *reparação* do dano real, do dano ideal ou de qualquer outra grandeza, se ela ocorria em função do desvalor da fato ou antes da culpabilidade do agente. Neste plano, a controvérsia pode hoje dizer-se terminada: a “compensação” de que a retribuição se nutre só pode ser função da *culpabilidade* do agente.³³

Neste mesmo diapasão, Demétrio Crespo, citado por Luiz Régis Prado, afirma que a “função repressiva da pena não mais é vista como retribuição pelo fato, mas sim como compensação da culpabilidade (*Schuldausgleich*), e como expiação (*Sühne*)”.³⁴

Assim, os defensores da reincidência, provavelmente estabeleceriam o seguinte silogismo: o reincidente tem uma maior culpabilidade; a pena também deve retribuir a culpabilidade; logo, sobre o reincidente, deve recair uma pena mais grave.

É inegável que a culpabilidade é um elemento de suma relevância tanto para a configuração do crime, quanto para a aplicação da pena. Assim, na dosimetria da pena, o magistrado tem o dever de analisar a culpabilidade do réu e aplicar uma pena mais elevada se considerar a conduta delituosa mais reprovável.

No entanto, o silogismo supracitado não passa de um sofisma. A primeira premissa – segundo a qual a culpabilidade do reincidente é mais acentuada – é bastante questionável, conforme se demonstrará adiante. Ademais, esse raciocínio, necessariamente, retoma o primeiro delito praticado que, de acordo com as teorias retribucionistas, já foi devidamente retribuído pela pena alhures aplicada. Por fim, a retribuição atual, realmente, deve levar em consideração a culpabilidade, mas é mister seja a culpabilidade relacionada ao fato praticado, a fim de que não se adote um Direito Penal do autor.

Conclui-se, pois, que o aumento de pena aplicado para o réu reincidente não se sustenta à luz das teorias absolutas, uma vez que, conforme, brilhantemente, assinala Matteotti:

³³ DIAS, Jorge de Figueiredo. **Questões Fundamentais de Direito Penal Revisitadas**. São Paulo: RT, 1999, p. 93.

³⁴ CRESPO, Demétrio apud PRADO, Luiz Régis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**. V.1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 554.

[...] foi violado, foi negado o direito: uma força igual e contrária ao crime, a pena, restabelece, reafirma o direito; crime e pena são duas abstrações que a justiça humana procura igualar; são elas consideradas, em sua objetividade, além e acima da pessoa agente e sofredora; por isto, o crime é sempre idêntico em si mesmo, quem quer que o tenha cometido, quem quer que seja o seu autor, um egresso do cárcere ou um transviado pela primeira vez: logicamente, portanto, nenhuma diferença, nenhum aumento de pena na reincidência³⁵.

Em que pese Zaffaroni e Pierangeli lecionem que as teorias absolutas ou retribucionistas não possuem adeptos na atualidade³⁶, é forçoso reconhecer, consoante ensina Rogério Greco, que “a sociedade em geral se satisfaz e, na verdade, busca tão-somente fazer com que a pena tenha essa finalidade”.³⁷ Desta forma, aqueles que ainda defendem que a pena tem a finalidade exclusiva de retribuir o mal causado deveriam, num exercício de coerência para com as suas premissas teóricas, pugnar pela não aplicação da agravante da reincidência.

2.2.2 Teorias relativas ou utilitaristas

As teorias relativas se baseiam numa idéia de prevenção, ou seja, a imposição de uma pena visa a evitar a prática de novos delitos pelo próprio indivíduo ou pela sociedade. Assim, pode-se afirmar que essas teorias, direta ou indiretamente, têm por escopo cercear a reincidência criminal, eis que, consoante Cezar Bittencourt, “a pena se impõe *ut ne peccetur*, isto é, para que não volte a delinquir”.³⁸

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

³⁵ MATTEOTTI apud BETTIOL, Giuseppe. **Direito Penal**. Traduzido por Paulo José da Costa Júnior e Alberto Silva Franco. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1976, p. 15, V. 1.

³⁶ ZAFFARONI, Eugênio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro: parte geral**. 4. ed. São Paulo: RT, 2002, p. 120.

³⁷ GRECO, Rogério. **Direito Penal do Equilíbrio**. 3.ed. Niterói: Impetus, 2008, p. 146.

³⁸ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da Pena de Prisão: Causas e Alternativas**. São Paulo: RT, 1993, p. 114.

2.2.2.1 Teoria da prevenção geral

A prevenção geral pode ser negativa (por intimidação) ou positiva (por integração). Na prevenção geral negativa, a finalidade é desestimular a prática de delitos, intimidando a sociedade através do temor ou medo. Como defensores da prevenção geral negativa, podemos apontar Beccaria, Bentham, Filangieri, Schopenhauer e Feuerbach.

A outro giro, a prevenção geral positiva objetiva promover a efetivação das normas jurídicas, estimulando a sociedade a respeitar o direito vigente. A prevenção geral positiva pode ser compreendida de dois modos diferentes. Há aqueles, como Roxin³⁹ e Hassemer, que defendem uma prevenção geral positiva limitadora⁴⁰. Por outro lado, há quem seja partidário de uma prevenção geral positiva fundamentadora ou totalizadora, como, por exemplo, Jakobs e Welzel. Sobre essa subdivisão, vale conferir as lições de Sérgio Salomão Shecaira e Alceu Corrêa Júnior:

A prevenção geral positiva limitadora contrasta com a fundamentadora na medida em que define a finalidade da pena, acrescentando um sentido limitador ao poder punitivo do Estado. Enquanto para a teoria fundamentadora o fim pretendido com a imposição da pena é, unicamente, a confirmação da norma e dos valores nela contidos, para a teoria limitadora esta finalidade da pena deve ser restringida pelos princípios da intervenção mínima, da proporcionalidade, da ressocialização, da culpabilidade, etc.⁴¹

Deste modo, pode-se afirmar que a teoria limitadora adota uma concepção relativa da prevenção geral positiva, tendo em vista que admite outras funções da pena, objetivando, primordialmente, proteger bens jurídicos mais

³⁹ Afirma Gamil Föppel, em nota de rodapé, que “não se pode considerar que Roxin é partidário da prevenção geral positiva limitadora, quando considerada isoladamente, mesmo porque ele mesmo teceu críticas à prevenção geral”. (HIRECHE, Gamil Föppel El. **A função da Pena na Visão de Claus Roxin**. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 37).

⁴⁰ Cezar Bittencourt informa que Santiago Mir Puig defende a prevenção geral positiva limitadora. (BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da Pena de Prisão: Causas e Alternativas**. São Paulo: RT, 1993, p.134).

⁴¹ SHECAIRA, Sérgio Salomão; CORREA JÚNIOR, Alceu. **Teoria da Pena: finalidades, direito positivo, jurisprudência e outros estudos de ciência criminal**. São Paulo: RT, 2002, p. 132.

relevantes e, por outro lado, controlar, limitar o Direito Penal. A diferença entre as duas teorias reside, no dizer de Sérgio Salomão Shecaira e Alceu Corrêa Júnior, no fato de a teoria limitadora admitir “outras finalidades da pena que não, simplesmente, a de confirmar a vigência da norma”⁴².

Se analisarmos com acuidade a teoria da prevenção geral positiva, mormente a sustentada por Jakobs, para quem a função do Direito Penal é assegurar a efetividade da norma jurídica lesada pelo delito, será possível visualizar uma nítida relação de proximidade com a teoria absoluta de Hegel, fundamentada na retribuição jurídica. Nesse sentido, Luiz Regis Prado sustenta que “uma pena justificada pela denominada prevenção geral positiva nada mais é do que a pena retributiva”.⁴³

Pode-se, inclusive, extrair da obra de Jakobs um trecho que corrobora essa constatação, em que o autor apresenta um silogismo bastante similar ao de Hegel:

La teoría del Derecho Penal como protección de la vigencia de la norma demuestra su validez especialmente en la teoría de los fines de la pena: el hecho es una lesión de la vigencia de la norma, la pena es su eliminación.⁴⁴

Pode-se observar, portanto, que as diversas teorias relacionadas à prevenção geral não pretendem ressocializar ou neutralizar o autor do delito, mas sim evitar que a sociedade como um todo venha a praticar crimes. Esse objetivo, de certo modo, representa uma maneira de tentar diminuir a criminalidade e, conseqüentemente, os índices de reincidência. É evidente que, dentro do corpo social, há cidadãos que já praticaram condutas delituosas e a pena aplicada ao autor do delito, ao menos na ótica da prevenção geral, também lhes afetarà.

⁴² SHECAIRA, Sérgio Salomão; CORREA JÚNIOR, Alceu. **Teoria da Pena: finalidades, direito positivo, jurisprudência e outros estudos de ciência criminal**. São Paulo: RT, 2002, p. 132.

⁴³ PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**. V.1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p.557.

⁴⁴ JAKOBS, Gunther. **¿Qué protege el derecho penal: bienes jurídicos o la vigencia de la norma?** Argentina: Ediciones Jurídicas Cuyo, 2001, p. 64.

Contudo, cumpre aferir se a agravante da reincidência é útil para a prevenção geral de delitos, isto é, se a exacerbação da pena do reincidente tem o condão de influenciar, de maneira mais efetiva, o corpo social a não delinquir. Para essa análise, é necessário confrontar a dosimetria realizada para o réu primário com a dosimetria realizada para o réu reincidente.

A pena fixada em um processo movido contra um réu primário deve ser aquela necessária e suficiente à prevenção e reprovação do crime. Assim, em tese, uma das finalidades almejadas nessa primeira condenação seria evitar que os demais integrantes da sociedade pratiquem crimes. Do mesmo modo, a pena a ser aplicada ao réu reincidente também visa prevenir a ocorrência de futuros delitos por parte do corpo social. Em ambos os casos, portanto, a pena aplicada objetivará intimidar a sociedade (prevenção geral negativa) ou reforçar a confiança no ordenamento jurídico (prevenção geral positiva).

Desta forma, apenas será possível legitimar a agravante da reincidência com base na prevenção geral se for possível constatar, com precisão, que uma pena mais elevada tem o condão de melhor intimidar a sociedade ou reforçar a confiança no ordenamento jurídico.

A princípio, somos levados a pensar que quanto maior a pena aplicada, maior a sua aptidão para atuar sobre os membros da sociedade e para reforçar a confiança na ordem jurídica. Com base nesse raciocínio, poder-se-ia dizer que a aplicação da agravante da reincidência estaria respaldada. Todavia, costuma-se criticar a prevenção geral⁴⁵, afirmando que a mesma possui pouca efetividade, haja vista que a criminalidade continua recrudescendo. A despeito da procedência ou não dessa crítica, o certo é que não se pode asseverar, com exatidão, que uma pena maior intimida mais a sociedade ou reforça ainda mais a confiança no ordenamento jurídico.

⁴⁵ Em relação à teoria da prevenção geral negativa, diversas críticas costumam ser apontadas. Como atesta Roxin, essa teoria não impõe limites ao poder punitivo estatal, eis que deixa “em aberto a questão de saber face a que comportamentos possui o Estado a faculdade de intimidar”. Além disso, “não se conseguiu provar até agora o efeito de prevenção geral da pena”, sendo bastante duvidosa a sua eficácia. Por fim, há evidente instrumentalização do homem, o que viola o princípio da dignidade da pessoa humana, razão pela qual Roxin assevera ser “difícil compreender que possa ser justo que se imponha um mal a alguém para que outros omitam cometer um mal” (ROXIN, Claus. **Problemas Fundamentais de Direito Penal**. Tradução: Ana Paula dos Santos Luís Natscheradetz. 3.ed. Lisboa: Vega Universidade, 2004, p. 23-24).

É forçoso convir, com Jorge de Figueiredo Dias, que “não se torna possível determinar empiricamente o *quantum* de pena necessário para alcançar tal efeito”⁴⁶. Ora, efetivamente, a aplicação de um pequeno percentual – como é o caso do aumento correspondente à circunstância agravante da reincidência – não é capaz de alterar a duvidosa efetividade da prevenção geral.

Superada essa análise, torna-se possível vislumbrar uma distinção relevante entre as teorias absolutas e as teorias relativas. Consoante já restou evidenciado, as teorias absolutas não se prestam para justificar a agravante da reincidência, haja vista que visam retribuir o mal causado por uma determinada conduta delituosa e esse mal não se torna maior pelo fato de o réu ser reincidente. No que cinge às teorias relativas, o raciocínio a ser empregado para (des)legitimar a agravante da reincidência é completamente diferente, eis que é preciso, agora, fazer um juízo de probabilidade, a fim de aferir se o aumento da pena contribui para a prevenção de delitos. Rogério Greco, diferenciando as teorias absolutas das teorias relativas, leciona que:

Como se pode perceber, os olhares dos adeptos da teoria absoluta, que pregam a retribuição do cometido pelo agente, ao praticar a infração penal, com o mal correspondente à pena, são dirigidos ao passado, ao passo que os seguidores da teoria relativa têm o seu foco voltado para o futuro, vale dizer, com a prevenção de novas infrações penais, sendo esta última, por isso, considerada como uma teoria *utilitarista*, que discorre a respeito da utilidade da aplicação da pena.⁴⁷

Ressalte-se, porém, que, ao dizer que a teoria absoluta direciona o seu olhar para o passado, o autor se refere ao delito posto sob julgamento. Em outras palavras, o “passado” analisado pela teoria absoluta não deve abranger fatos anteriores diversos da infração penal praticada.

2.2.2.2 Teoria da prevenção especial

⁴⁶ DIAS, Jorge de Figueiredo. **Questões Fundamentais de Direito Penal Revisitadas**. São Paulo: RT, 1999, p. 101.

⁴⁷ GRECO, Rogério. **Direito Penal do Equilíbrio**. 3.ed. Niterói: Impetus, 2008, p. 146.

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

O penalista alemão Claus Roxin considera que a pena visará corrigir o corrigível (ressocialização), intimidar o intimidável e tornar inofensivo, por intermédio, da pena privativa de liberdade, aqueles que não forem “nem corrigíveis nem intimidáveis”.⁴⁸

Cezar Bittencourt, a seu turno, valendo-se das lições de Von Liszt, afirma que, na prevenção especial, “a aplicação da pena obedece a uma idéia de ressocialização e reeducação do delinqüente, à intimidação daqueles que não necessitem ressocializar-se e também para neutralizar os incorrigíveis”. Em seguida, o autor conclui que “essa tese pode ser sintetizada em três palavras: *intimidação, correção e inocuização*”.⁴⁹

A teoria da prevenção especial é alvo de algumas críticas. Quanto à reeducação, entende-se que a mesma não pode ser imposta ao apenado, uma vez que, consoante sustenta Juarez Cirino dos Santos, os “programas de ressocialização devem respeitar a autonomia do preso e, por isso, deveriam ser limitados a casos individuais *voluntários*”. Para o autor, “o Estado não tem o direito de *melhorar pessoas* segundo critérios morais próprios.”⁵⁰ Nesse mesmo sentido posiciona-se Roxin ao questionar “o que legitima a maioria da população a obrigar a minoria a adaptar-se aos modos de vida que lhe são gratos?”⁵¹

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

⁴⁸ ROXIN, Claus. **Problemas Fundamentais de Direito Penal**. Tradução: Ana Paula dos Santos Luís Natscheradetz. 3.ed. Lisboa: Vega Universidade, 2004, p. 20.

⁴⁹ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da Pena de Prisão: Causas e Alternativas**. São Paulo: RT, 1993, p. 122.

⁵⁰ SANTOS, Juarez Cirino. **Direito Penal: Parte Geral**. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2006, p. 458.

⁵¹ ROXIN, Claus. **Problemas Fundamentais de Direito Penal**. Tradução: Ana Paula dos Santos Luís Natscheradetz. 3.ed. Lisboa: Vega Universidade, 2004, p. 22.

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

Cumprido destacar que a prevenção especial foi defendida pela Escola Positiva, cujos principais expoentes foram Lombroso, Ferri e Garofalo. As teses positivistas sempre estiveram atreladas à noção de periculosidade. O indivíduo considerado perigoso deveria receber tratamento para que não mais voltasse a delinquir. Nesse contexto, os positivistas idealizaram a medida de segurança como forma de conferir ao delinqüente um tratamento por tempo indeterminado. Nesse diapasão, Bettiol assinala que:

Os tipos de delinqüentes esquematizados pelos positivistas são tipos naturalistas-preventivos, visto que existem em função das medidas preventivas que a sociedade deve tomar, a seu respeito, para sua defesa eficaz.⁵²

O reincidente, assim, sempre foi considerado um sujeito de alta periculosidade. No Código Penal de 1940, o reincidente em crime doloso tinha a sua periculosidade presumida e, por essa razão, poderia ser submetido à pena e à medida de segurança, eis que vigia, nessa época, o sistema do duplo binário. Uma das teorias apresentadas para justificar a agravante da reincidência é, justamente, como se demonstrará adiante, a maior periculosidade do reincidente. A teoria da prevenção especial apenas justificaria a exacerbação da pena do reincidente caso se entendesse que esse aumento é necessário para a neutralização ou para a ressocialização do apenado.

Com relação à neutralização, não se pode olvidar que a segregação do indivíduo no cárcere, embora dificulte, não impede que o mesmo pratique delitos. Diante da precariedade e da crise vivenciada pelo sistema penitenciário brasileiro,

⁵² BETTIOL, Giuseppe. **Direito Penal**. Vol. I. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1966, p. 12. V.1.

os presos conseguem, seja por conta da corrupção dos funcionários, seja através das visitas, acesso a celulares e outros aparelhos de comunicação, por meio dos quais praticam uma série de crimes, tais como extorsão, tráfico de drogas e homicídios. Com relativa frequência, a mídia apresenta casos de presos que continuam comandando organizações criminosas e determinando, na condição de autores intelectuais, a prática de diversos delitos. Dentro desse cenário fático, a mídia costuma apontar, como exemplos paradigmáticos, as situações que envolveram os presos “Marcola” e “Fernandinho Beira-Mar”. Nessa mesma linha, vale conferir o trecho de uma notícia recentemente veiculada pelo sistema midiático da Bahia:

[...] Na segunda-feira (2), a polícia encontrou na cela do traficante, no pavilhão 4, R\$ 280 mil, duas pistolas, geladeira bem abastecida, TV de plasma, DVD, seis celulares, além de equipamento de ginástica e uma lista com o nome de pessoas que deveriam ser executadas. A Penitenciária Lemos Brito foi o foco principal da Operação Big Bang das polícias Civil e Militar e do Ministério Público. Segundo a polícia, Genilson comandava, de dentro da penitenciária, uma organização criminosa envolvida com tráfico de drogas, assaltos e assassinatos.⁵³

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

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

Nesse sentido, vale conferir as lições de Raul Cervini:

O fenômeno da prisionização ou aculturação do detento, a potencialidade criminalizante do meio carcerário que condiciona futuras carreiras

⁵³ Notícia veiculada em 03 de junho de 2008. Disponível em: <http://ibahia.globo.com/batv/materias_texto.asp?modulo=2912&codigo=178117>. Acesso em: 27 jul. 2008.

criminais (fenômeno de contágio), os efeitos da estigmatização, a transferência da pena e outras características próprias de toda instituição total inibem qualquer possibilidade de tratamento eficaz e as próprias cifras de reincidência são por si só eloqüentes. Ademais, a carência de meios, instalações e pessoal capacitado agravam esse terrível panorama.⁵⁴

Nessa mesma linha, Paulo Queiroz assevera que “a prevenção especial é um mito, uma vez que a prisão (...) não ressocializa nem redime o criminoso, antes o dessocializa, embrutece, estigmatiza”.⁵⁵

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

[...] a teoria do *labeling approach* se coloca criticamente em face do princípio da prevenção ou do fim, e em particular em relação à ideologia oficial do sistema penitenciário atual: a ideologia da ressocialização. De fato, ao recorrer à diferença entre desvio primário e desvio secundário, as teorias da criminalidade baseadas no *labeling approach* contribuíram para a crítica dos sistemas de tratamento, com um princípio teórico fundamental para esta crítica, que lança luz sobre os efeitos criminógenos do tratamento penal e sobre o problema não resolvido da reincidência.⁵⁶

Diante do fracasso da ressocialização, já há doutrinadores sustentando que a reincidência deveria ser circunstância atenuante, justamente com base no argumento de que o tempo no cárcere, em vez de ressocializar, estimula a prática de novos delitos. Assim, seria razoável considerar que o réu faz jus a uma redução de pena pelo fato de ser reincidente. Nesse sentido, leciona Juarez Cirino dos Santos que a passagem pelo sistema penitenciário acarreta deformação e embrutecimento pessoal e, por isso, “de lege ferenda”, deveria a reincidência real ser considerada uma circunstância atenuante. Quanto à reincidência ficta, o autor

⁵⁴ RAUL CERVINI apud GRECO, Rogério. **Direito Penal do Equilíbrio**. 3.ed. Niterói: Impetus, 2008, p. 151

⁵⁵ QUEIROZ, Paulo. **Direito Penal: Parte Geral**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 86.

⁵⁶ BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal**: introdução à sociologia do direito penal. Tradução: Juarez Cirino dos Santos. 2. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1999, p.114.

deixa claro que deveria ser um indiferente penal, não servindo para agravar e nem para atenuar a pena, haja vista que, nesses casos, não houve efetivo cumprimento de pena.⁵⁷

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

No futuro, se um dia forem desenvolvidos meios eficazes que assegurem a ressocialização, a agravante da reincidência poderia ser teoricamente sustentada. Não obstante, não se pode olvidar que, ainda nessas condições, esse tipo de prevenção não seria o mais adequado, uma vez que, no dizer de Antônio Garcia-Pablos de Molina, “sob o ponto de vista ‘etiológico’, o conceito de prevenção não pode se desvincular da gênese do fenômeno criminal”, ou seja, “reclama uma intervenção dinâmica e positiva que neutralize suas raízes, suas ‘causas’”.⁵⁸

Com efeito, a prevenção pode ser primária, secundária ou terciária. Na prevenção primária, a intenção é solucionar o problema da criminalidade na sua origem e, segundo Antônio Garcia-Pablos de Molina, “educação e socialização, casa, trabalho, bem-estar social e qualidade de vida são os âmbitos essenciais para uma prevenção primária”⁵⁹.

A prevenção secundária, por sua vez, “atua mais tarde em termos etiológicos: não quando – nem onde – o conflito criminal se produz ou é gerado,

⁵⁷ SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito penal**: parte geral. Curitiba: ICPC; Lumen Júris, 2006, p. 570.

⁵⁸ MOLINA, Antônio Garcia-Pablos de; GOMES, Luiz Flávio. **Criminologia**: introdução aos seus fundamentos teóricos. Introdução às bases criminológicas da Lei 9099/95 Lei dos Juizados Especiais Criminais. Tradução da primeira parte: Luiz Flávio Gomes e Davi Tangerino. 5.ed. São Paulo: RT, 2006, p. 312.

⁵⁹ MOLINA, Antônio Garcia-Pablos de; GOMES, Luiz Flávio. **Criminologia**: introdução aos seus fundamentos teóricos. Introdução às bases criminológicas da Lei 9099/95 Lei dos Juizados Especiais Criminais. Tradução da primeira parte: Luiz Flávio Gomes e Davi Tangerino. 5.ed. São Paulo: RT, 2006, p. 312

senão quando e onde se manifesta ou se exterioriza”. Antônio Garcia-Pablos de Molina acrescenta, ainda, como exemplos de prevenção secundária, “programas de prevenção policial, de controle dos meios de comunicação, de ordenação urbana e utilização do desenho arquitetônico com instrumentos de auto-proteção, desenvolvidos em bairros de classes menos favorecidas”.⁶⁰

Por fim, a prevenção terciária é aquela que se confunde com a própria idéia de prevenção especial, eis que atua sobre o apenado, a fim de impedir a reincidência. Trata-se, segundo Gamil Föppel, de “postura mais voltada para modelos que se atêm mais à repressão que à prevenção”.⁶¹

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

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

2.2.3 Teorias mistas

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

⁶⁰ Ibidem, p. 312.

⁶¹ HIRECHE, Gamil Föppel El. **A função da Pena na Visão de Claus Roxin**. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 25.

Conforme observa Paulo Queiroz, “sob a rubrica de *unitárias* se reúnem, todavia, formulações das mais diversas tendências e matizes, mais ou menos conservadoras, mais ou menos liberais”⁶². As teorias unitárias, de acordo com parte da doutrina, melhor se harmonizam com o Estado democrático, eis que conseguem limitar mais adequadamente o poder punitivo estatal⁶³. Por outro lado, há autores que criticam as teorias unitárias, sob o fundamento de que a combinação de finalidades não faz desaparecer os vícios apontados em cada teoria. Juarez Cirino dos Santos, por exemplo, assinala que “as teorias unificadas significam a soma dos defeitos das teorias particulares”.⁶⁴

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

CONCLUSÃO

Assim, diante dos aspectos abordados para deslegitimar a agravante da reincidência à luz das teorias da pena, chegou-se às seguintes conclusões:

1. A agravante da reincidência pode ser combatida com base nos argumentos sustentados pelas teorias deslegitimadoras da pena (correntes abolicionistas e minimalistas). Com efeito, o sistema penal, diante do seu caráter seletivo e criminógeno, contribui para que o apenado volte a delinquir, razão pela qual não se mostra razoável elevar a pena do reincidente.

2. Nesse mesmo sentido, as lições do “labelling approach” podem ser invocadas para criticar a agravante. A condição de reincidente é uma verdadeira etiqueta, que enseja um desvio secundário e insere o sujeito dentro das carreiras criminais.

⁶² QUEIROZ, Paulo. **Funções do Direito Penal**: legitimação versus deslegitimação do sistema penal. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 63.

⁶³ Nesse sentido, por todos: PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**. V.1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p.566.

⁶⁴ SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito penal**: parte geral. Curitiba: ICPC; Lumen Júris, 2006, p. 485.

3. A incidência da agravante da reincidência não encontra respaldo nas teorias absolutas ou retribucionistas da pena, à medida que se fundamenta em um fato pretérito já devidamente retribuído. Ademais, o mal causado não se torna maior em virtude de o delito ter sido praticado por um reincidente.

4. As teorias relativas também não respaldam a agravante da reincidência também. No tocante à teoria da prevenção geral, demonstrou-se que não se pode estabelecer, com precisão, qual é a quantidade de pena necessária para intimidar o corpo social ou para resguardar o respeito ao direito vigente. Assim, diante da duvidosa efetividade da prevenção geral (positiva e negativa), torna-se extremamente complicado fundamentar a exacerbação da pena do reincidente nessas teorias.

5. Quanto à teoria da prevenção especial negativa, destacou-se que, no período de cumprimento de pena no cárcere, o condenado pode perfeitamente praticar delitos, tanto dentro quanto fora das dependências da penitenciária, sendo que, nesse último caso, o crime é cometido por concurso eventual ou necessário de pessoas. Deste modo, não justifica aumentar a pena do reincidente ao argumento de que a neutralização será mais eficaz.

6. No que se refere à teoria da prevenção especial positiva, salientou-se que o discurso ressocializador é falacioso, tendo em vista que o cumprimento de uma pena, sobretudo a privativa de liberdade, termina corrompendo ainda mais o apenado e estimulando a prática de novos delitos. Outrossim, não se pode olvidar que a reincidência é um dado que comprova ter o Estado falhado na sua missão ressocializadora. Assim, também não justifica aplicar a agravante da reincidência ao argumento de que um maior tempo de pena enseja uma ressocialização mais adequada.

Com essas considerações, verificou-se que a agravante da reincidência não atende às finalidades da pena, eis que não se presta para retribuir ou prevenir delitos.

REFERÊNCIAS

- BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal:** introdução à sociologia do direito penal. Tradução: Juarez Cirino dos Santos. 2. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1999.
- BETTIOL, Giuseppe. **Direito Penal.** Vol. I. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1966. V.1.
- BISSOLI FILHO, Francisco. **Estigmas da criminalização:** dos antecedentes criminais à reincidência criminal. Florianópolis: Obra Jurídica, 1988.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da Pena de Prisão:** Causas e Alternativas. São Paulo: RT, 1993.
- DIAS, Jorge de Figueiredo. **Questões Fundamentais de Direito Penal Revisitadas.** São Paulo: RT, 1999.
- FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão:** Teoria do Garantismo Penal. Tradutores: Ana Paula Zomer, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- GARCIA, Basileu. **Instituições de Direito Penal.** 4.ed. São Paulo: Max Limonad, 1975.
- GRECO, Rogério. **Direito Penal do Equilíbrio.** 3.ed. Niterói: Impetus, 2008.
- GUIMARÃES, Cláudio Alberto Gabriel Guimarães. **Funções da Pena Privativa de Liberdade no Sistema Penal Capitalista.** Rio de Janeiro: Revan, 2007.
- HIRECHE, Gamil Föppel El. **A função da Pena na Visão de Claus Roxin.** Rio de Janeiro: Forense, 2004.
- HULSMAN, Louk; BERNAT DE CELIS, Jacqueline. **Penas perdidas:** o sistema penal em questão. Trad.: Maria Lúcia Karam. 2.ed. Niterói: Luam, 1997.
- JAKOBS, Gunther. **¿Qué protege el derecho penal:** bienes jurídicos o la vigencia de la norma? Argentina: Ediciones Jurídicas Cuyo, 2001.
- MOLINA, Antônio Garcia-Pablos de; GOMES, Luiz Flávio. **Criminologia:** introdução aos seus fundamentos teóricos. Introdução às bases criminológicas da Lei 9099/95 Lei dos Juizados Especiais Criminais. Tradução da primeira parte: Luiz Flávio Gomes e Davi Tangerino. 5.ed. São Paulo: RT, 2006.
- PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro.** V.1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

QUEIROZ, Paulo. **Direito Penal:** parte geral. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

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

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

SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal:** parte geral. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2006.

SHECAIRA, Sérgio Salomão; CORREA JÚNIOR, Alceu. **Teoria da Pena:** finalidades, direito positivo, jurisprudência e outros estudos de ciência criminal. São Paulo: RT, 2002.

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

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