



Kleber Sales

ANÁLISE CRÍTICA DO INSTITUTO DA REINCIDÊNCIA CRIMINAL

CRITICAL REVIEW OF THE INSTITUTE OF CRIMINAL RECIDIVISM

Rafael Damaceno de Assis

73

RESUMO

Aponta os fundamentos existentes para justificar o aumento da sanção penal conseqüente do fato de haver o delinqüente praticado um novo ilícito depois de ser condenado em definitivo por outro delito.

Alega que, não obstante as posições doutrinárias legitimando a majoração obrigatória da pena, há outras que a consideram uma ofensa ao princípio do *non bis in idem*, pois o juiz, ao agravar a pena do segundo crime, está apenas aumentando o *quantum* da pena do primeiro delito.

Observa que a tendência jurisdicional mais moderna é favorável à aplicação de sanções alternativas ao cárcere, para, ao lado de outras questões econômico-financeiras, eliminar os efeitos do aprisionamento.

PALAVRAS-CHAVE

Direito Penal; reincidência criminal; *non bis in idem*; sistema carcerário; Lei n. 9.714/98; Código penal; pena – agravamento, atenuante.

ABSTRACT

The author points out the existing reasons to justify punishment enhancement on the grounds that the offender committed a new felony after being irrevocably convicted of another offense.

Despite doctrinary views validating the compulsory penalty increase, he states that many others consider it to be an infringement of the non bis in idem principle, for, by stiffening the sentence for the second offense, the judge merely extends the sentence for the former one.

He observes that the most recent jurisdictional tendency is for the use of alternative sanctions to replace imprisonment in order to remove the consequences thereof, alongside other economic-financial matters.

KEYWORDS

Criminal Law; criminal recidivism; non bis in idem; prison system; Law No. 9,714/98; Penal Code; penalty – stiffening, mitigation.

1 DIANTE DO PRINCÍPIO DO NON BIS IN IDEM

A discussão doutrinária acerca da constitucionalidade do instituto da reincidência criminal decorre da violação de princípios vigentes no ordenamento quando considerado aquele instituto como circunstância agravante na fixação da pena. Apresentam-se os fundamentos dessa premissa e os entendimentos doutrinários pertinentes, bem como a posição defendida neste trabalho. De início, abordaremos o modelo constitucionalista adotado no país, que legitima a criação das demais leis.

A Constituição Federal apresenta-se como a positivação de valores econômicos, políticos e sociais, ou seja, é o conjunto de normas que disciplinam quais leis materiais serão produzidas pelo legislador infraconstitucional. Para tanto, a fim de se alcançar a real intenção, a eficácia do preceito emanado da norma hierárquica superior, é preciso valer-se do ramo da ciência jurídica conhecido como “hermenêutica”, que visa estudar e sistematizar os princípios e regras de interpretação do Direito.

A partir do estudo dessa ciência, pode-se inferir que a **interpretação** é a atividade prática de revelar o conteúdo, o significado e o alcance de uma norma, tendo por finalidade fazê-la incidir em um caso concreto. A **aplicação** de uma norma jurídica, por sua vez, é o momento final do processo interpretativo, sua concretização pela efetiva incidência do preceito sobre a realidade de fato.

[...] com relação aos ordenamentos que adotam a reincidência ficta, ou seja, aquela em que é desnecessário o efetivo cumprimento da pena, como se pode inferir que o autor do ilícito se apresentará indiferente à sanção que o Estado lhe aplicará?

A interpretação constitucional ainda exige a aplicação do que seria o instituto da **construção**. Isso porque, por sua natureza, uma Constituição possui normas com elevado caráter de abstração, visto destinar-se a alcançar situações que não foram expressamente contempladas ou detalhadas no texto. Sendo assim, a construção significa *tirar conclusões a respeito de matérias que estão fora e além das expressões contidas no texto e dos fatores nele considerados. São con-*

clusões que se colhem no espírito, embora não na letra da norma (BARROSO, 2004, p. 104).

Essas normas consideradas abstratas não especificam a conduta a ser seguida e se aplicam a um conjunto amplo, por vezes indeterminado, de situações. São os denominados “princípios”. A obra de Celso Ribeiro Bastos aponta uma noção elementar ao conceituar princípio:

Princípio é, por definição, o mandamento nuclear de um sistema, seu verdadeiro alicerce [...] é disposição fundamental que irradia sobre diferentes normas, servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência (BASTOS, 2001, p. 58).

Os princípios contêm, então, maior carga valorativa, um fundamento ético, uma visão política relevante, e indicam uma determinada direção a seguir. Assim, em virtude do caso concreto, o intérprete deverá fazer escolhas fundamentadas, ponderando sua aplicação com vistas a respeitar a vontade da Lei Maior. Suas funções são desta forma descritas pela Professora Ada Pellegrini:

Considerando os escopos sociais e políticos do processo e do Direito em geral, além de seu compromisso com a moral e a ética, atribui-se extraordinária relevância a certos princípios que não se prendem à técnica ou à dogmática jurídicas, trazendo em si seríssimas conotações éticas, sociais e políticas, valendo como algo externo ao sistema processual e servindo-lhe de sustentáculo legitimador (CINTRA; DINAMARCO;

GRINOVER, 2002, p. 50).

Então, os princípios constitucionais são aqueles que guardam os valores fundamentais da ordem jurídica, regendo, por consequência, todas as disposições positivadas no ordenamento, alcançando todos os ramos do Direito, devendo os postulados do Direito Penal obedecer às premissas pilares apresentadas na Constituição Federal.

Portanto, a legislação infraconstitucional penal deve adequar-se à Lei Maior

para evitar o desrespeito aos valores do ordenamento, proporcionando à coletividade maior segurança jurídica. Sendo assim, a positivação do instituto da reincidência criminal deve atentar para esse parâmetro. Muitos doutrinadores apontam afronta ao texto constitucional quando a majoração da pena confronta-se com a disposição contida no art. 5º, XXXVI, que dispõe sobre a “coisa julgada”.

No entanto, para adentrar o mérito da discussão, faz-se necessário apontar os fundamentos existentes para justificar o aumento da sanção penal em consequência de haver o delinqüente praticado um novo ilícito depois de ter sido condenado em definitivo por outro delito. As principais teorias são:

a) O aumento da pena se justifica porque a reincidência demonstra ser o delinqüente portador de maior “periculosidade”, aqui entendida como maior possibilidade de o indivíduo praticar novamente um ilícito, sendo, pois, necessária em defesa da sociedade contra o infrator.

Há severas críticas a esse entendimento, principalmente as apresentadas por Zaffaroni. Para ele, essa “periculosidade presumida” – que jamais poderia ser assim entendida, tendo em vista que, para se fazer tal valoração, é necessária uma situação fática – não pode ser apresentada *juris et de juri* porque, se assim fosse, estar-se-ia admitindo a presença de um fato quando esse fato não existe, o que seria uma ficção. Ainda para o citado estudioso, *nada faz presumir ser mais provável que venha a praticar um delito de emissão de cheques sem fundos quem antes causou um homicídio culposo com seu veículo, do que aquele que nada fez até então* (ZAFFARONI, 2001, p. 838-839).

Reproduz-se agora a lição dos doutrinadores Newton Fernandes e Valter Fernandes, estudiosos da ciência da criminologia, que admitem a existência de uma periculosidade ínsita a esses indivíduos, mas que, com a devida vênia, não pode prosperar:

Habita, nesses delinqüentes recidivantes empedernidos, uma força compulsiva, um potencial explosivo, endógeno, liberado por um processo verdadeiramente mórbido. Eles são dotados de um poder irreversível de praticar o mal. Neles não existe qualquer traço

de simpatia humana, não existe qualquer noção de dever para com a comunidade. O regramento social nada lhes diz. Eles são uns desengajados afetivos, aferrados a um passado indigno e sem pretensões salutaras em seu horizonte futuro. São marginais destituídos de consciência, que vivem e gravitam em torno de abjeções e maldades, delinqüindo mais por instinto do que por cálculo. São criminosos por tendência. Forjados no vício, no crime e no cometimento do mal, nenhum impulso pode movê-los em direção ao bem. São portadores de manifesta periculosidade social, e seus desvios já foram sobejamente pesquisados e atestados pelos criminologistas (FERNANDES, 2002, p. 345-346).

Não obstante as posições conservadoras, há, por parte de alguns magistrados, a moderna concepção de repúdio ao instituto da reincidência criminal. Nessa linha, Amilton Bueno de Carvalho proferiu decisão:

EMENTA: Habeas corpus. Prisão preventiva. Requisitos legais. Presunção de periculosidade pela probabilidade de reincidência. Inadmissibilidade. A futurologia perigosista, reflexo da absorção do aparato teórico da Escola Positiva que, desde muito, têm demonstrado seus efeitos nefastos: excessos punitivos de regimes políticos totalitários, estigmatização e marginalização de determinadas classes sociais (alvo do controle punitivo), tem acarretado a proliferação de regras e técnicas vagas e ilegítimas de controle social no sistema punitivo, onde o sujeito considerado como portador de uma perigosidade social, da qual não pode subtrair-se, torna-se presa fácil ao aniquilante sistema de exclusão social. A ordem pública, requisito legal amplo, aberto e carente de sólidos critérios de constatação (fruto desta ideologia perigosista), portanto, antidemocrático facilmente enquadrável a qualquer situação, é aqui genérica e abstratamente invocada, mera repetição da lei, já que nenhum dado fático, objetivo e concreto, há a sustentá-la. Fundamento prisional genérico, anti-garantista, insuficiente, portanto! A gravidade do delito, por si só, também não sustenta o cárcere extemporâneo: ausente previsão constitucional e legal de prisão automática por qualquer espécie delitiva. Necessária, e sempre, a presença dos requisitos legais (apelação-crime 70006140693, j. em 12/03/2003). À unanimidade, concederam a ordem. (Habeas corpus nº 70006140693, quinta câmara criminal, Tribunal de Justiça do RS, relator: Amilton Bueno de Carvalho, julgado em 23/04/2003) (CARVALHO, 2005).

b) Preconizada por Francesco Carrara, o aumento da pena deve ser justificável porque houve, por parte do delinqüente já condenado, uma insensibilidade, um desprezo pela primeira reprimenda aplicada. Dessa forma, se a primeira condenação não foi suficiente para reforçar os mecanismos de contramotivação do autor, faz-se necessário reforçar a condenação pelo segundo delito (ZAFFARONI, 2001, p. 839).

Nessa linha de pensamento, pode-se citar o doutrinador brasileiro Júlio Fabrini Mirabete (2004, p. 301-302: [...] a exacerbação da pena justifica-se plenamente para aquele que, punido anteriormente, voltou a delinqüir, demonstrando com sua conduta criminosa que a sanção normalmente aplicada se mostrou insuficiente para intimidá-lo ou recuperá-lo.

No ordenamento pátrio há a exacerbação da pena para um crime com sentença transitada em julgado, incorrendo ofensa ao princípio do *non bis in idem*. Dispõe nesse sentido a Súmula

241 do STJ: *reincidência penal não pode ser considerada como circunstância agravante, e simultaneamente, como circunstância judicial.*

Há exemplo de aplicação da regra transcrita, dando-se legitimidade aos magistrados para a agravação da sanção imposta na sentença:

Reincidindo o réu na prática do mesmo delito, inaceitável, sob pena de lesão a princípios da lógica criminal, ser o agente punido quando da segunda infração, com reprimenda menos rigorosa do que a aplicada por ocasião da primeira (TACRIM-SP – Ver – Rel. Francis Davis – JUTACRIM 22/41). (FRANCO, 2001, p. 1031).

[...] a pena era entendida como vingança, ou seja, como castigo, já que este seria um mal imposto a uma pessoa com uma intenção diretamente voltada ao mal, em razão de alguma ação que praticou, ou deixou de praticar.

Entretanto, com relação aos ordenamentos que adotam a reincidência ficta, ou seja, aquela em que é desnecessário o efetivo cumprimento da pena, como se pode inferir que o autor do ilícito se apresentará indiferente à sanção que o Estado lhe aplicará? Ainda, na reincidência real, sabe-se que a pena, que deveria desmotivar o sujeito e reinseri-lo na vida em sociedade é, antes disso, fator que seleciona e grava na sua personalidade o rótulo de “desviado”.

c) Em razão das políticas criminais, e diante da ideologia do Estado garantidor da ordem social e da segurança jurídica, à medida que o delinqüente retorna à criminalidade é afetada a imagem do Estado, sendo, portanto, plenamente concebível a elevação da sanção. Diante dessa concepção, haveria um maior conteúdo do injusto do fato porque afetaria dois bens jurídicos: o delito cometido depois de um primeiro e a imagem do Estado, que estaria sendo denegrida, negando-se pelo novo ilícito sua autoridade e organização, representadas pela advertência contida na sentença condenatória.

Apesar dessas posições doutrinárias legitimando a majoração obrigatória da pena, há outros¹ estudiosos que vêem nessa exacerbação uma ofensa ao princípio do *non bis in idem*, que consiste numa garantia penal porque veda a dupla incriminação, ou seja, não se pode punir alguém duas vezes pelo mesmo fato. Encontra-se positivado no art. 8º, item n. 4, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica): *O acusado absolvido por sentença passada em julgado não poderá ser submetido a novo processo pelos mesmos fatos* (BRASIL, 1992, DL n. 678).

Os adeptos dessa posição argumentam que a pena maior imposta na condenação pelo segundo delito decorre do primeiro, pelo qual o indivíduo já havia sido julgado e condenado, violando a intangibilidade da coisa julgada preconizada no art. 5º, XXXVI, da Constituição Federal. Dessa forma, quando o juiz agrava a pena na sentença posterior, está, em verdade, aumentando o *quantum* da pena do delito anterior, e não elevando a pena do segundo crime.

Ainda se pode argumentar nesse sentido com a ofensa aos postulados da legalidade e da proporcionalidade. Tendo em

vista que cada infração penal possui em seu tipo o mínimo e o máximo da sanção correspondente, não pode o mesmo delito ser punido várias vezes, ou a sanção de um estender-se ao outro. O princípio da legalidade antes referido não admite, em caso algum, imposição de pena superior ou distinta da prevista e assinalada para o ilícito.

Não compreendem como uma pessoa possa, por mais vezes, ser punida pela mesma infração. O fato criminoso que originou a primeira condenação não pode, depois, servir de fundamento a uma agravamento obrigatória da pena em relação a outro fato delitivo, a não ser que se admita um Direito Penal atado ao tipo de autor (ser reincidente), atitude contrária à lógica democrática deste Estado. Ainda, aplicada a pena ao caso concreto, encerra-se o poder punitivo do Estado², significando que, se o infrator “pagou” à coletividade, não pode ser novamente sancionado pela agravante no lapso de cinco anos que corresponde à reincidência.

De forma mais ponderada, Luiz Vicente Cernicchiaro tende a considerar a constitucionalidade do instituto, desde que sua interpretação seja modificada (relativização da reincidência, não a considerando como majorante obrigatória). Nesse sentido, a reincidência não deve ser agravante da pena com base em dados meramente objetivos, devendo ser analisada no contexto de um sistema principiológico, legitimada pelo princípio constitucional da individualização judicial da pena (art. 5º, XLVI, Constituição Federal). Caberia ao juiz considerar as circunstâncias do caso concreto para decidir a necessidade da agravante. Assim:

[...] só há uma forma de conciliar a [reincidência] à Constituição: conjugar os crimes [...] somente poderá agravar a pena se entre os delitos houver conexão que recomende recrudescer a sanção iuris [...] há de ser analisada pelo juiz; decidirá ser ou não, no caso em julgamento, causa de majoração da pena (CERNICCHIARO, 1996, p. 298).

[...] da Idade Média até o Iluminismo, prevaleceram os suplícios, os castigos cruéis, o sofrimento físico e a exposição pública da punição e do sofrimento, orientando o sistema penal pela idéia de temor e intimidação.

A jurisprudência atualmente utiliza-se dessa relativização ao aplicar o contido no art. 44, § 3º, do Código Penal (substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos). A Lei n. 9.714/98 reinseriu no ordenamento o conceito de reincidência específica, não possibilitando aos indivíduos por ele abrangidos a concessão do referido benefício. Porém há julgados entendendo que, na análise do caso concreto (por exemplo, tipo de delito, ofensa ao bem jurídico), ao se proceder a uma interpretação não-literal da norma, a medida pode ser aplicada desde que socialmente recomendável, em razão do postulado penal da aplicação da sanção penal somente em *ultima ratio*.

Nos países europeus, como Portugal e Itália, essa forma de aplicação do instituto recebe a denominação de “reincidência facultativa”, ao passo que a Alemanha, em 1986, e a Colômbia, em seu Código Penal de 1980, extinguiram-na do ordenamento.

2 DIANTE DO DESENVOLVIMENTO DA CIÊNCIA PENAL (FUNÇÕES DA PENA)

2.1 INTRODUÇÃO: TEORIAS DA PENA

Para se analisar as conseqüências da aceitação do instituto da reincidência criminal no ordenamento pátrio, torna-se necessário o estudo do conceito de pena, bem como sua criação e a função a que se destina. Neste tópico, propõe-se a demonstração de que a ineficácia da pena de prisão pode ser correlacionada à elevada taxa de reincidência no país.

Para definir “pena”, Manoel Pedro Pimentel, em sua obra *O crime e a pena na atualidade*, cita o doutrinador Anibal Bruno: [...] *no seu sentido propriamente jurídico, a pena é a reação que uma comunidade politicamente organizada opõe a um fato que viola uma das normas fundamentais de sua estrutura e, assim, é definida na lei como crime* (PIMENTEL, 1983, p. 176).

A legitimação dada ao Estado para que exerça o direito-dever de punir encontra base na teoria elaborada por Rousseau, segundo a qual o indivíduo firma um “contrato social” com a coletividade, tendo em vista a necessidade de uma força superior que coordene as vontades singulares em nome da vontade geral, havendo, pois, uma renúncia ao estado de liberdade de todos os indivíduos em favor do bem-estar social. Assim, para que efetivamente prevaleça esse bem-estar, o *jus puniendi* surge como manifestação do Estado para garantir a coexistência de seus membros.

Para que o Direito sirva às pretensões dos indivíduos, o ramo específico da ciência penal utiliza-se da pena como o instrumento principal para a consecução de seus fins. *Funda-se, então, a legitimidade da pena na imprescritibilidade de sua existência para que o agregado social possa subsistir [...] a razão que a impõe é a necessidade* (PIMENTEL, 1983, p. 176).

Importará agora apresentar as teorias existentes sobre a finalidade da pena, enfatizando qual seria sua função no Estado democrático de Direito diante dos parâmetros e fundamentos encontrados no texto constitucional.

Retornando aos primórdios do Direito Penal, a pena era entendida como **vingança**, ou seja, como castigo, já que este seria um mal imposto a uma pessoa com uma intenção diretamente voltada ao mal, em razão de alguma ação que praticou, ou deixou de praticar. Classificava-se a pena, então, em **privada** – quando a reação do ofendido pelo mal causado era, além de um direito, um dever moral diante da coletividade; e **pública** – em que a reação de vingança haveria de ser exercida pela própria coletividade ou por quem a representasse (por exemplo, o chefe da tribo). Pode-se concluir que no período da vingança a forma primária de reação penal foi marcada pela autotutela e pela ausência de proporção entre o mal sofrido e a reação (BARROS, 2001, p. 50).

Para evitar o contínuo enfraquecimento do grupo social mediante a imposição das “vinganças”, surgiu como norma limitativa a Lei de Talião, considerada como um grande progresso moral e jurídico, justamente porque impôs uma medida à reação pela vindita defensiva (máxima: “olho por olho, dente por dente”).

As transformações pelas quais passou o sistema de punição estiveram relacionadas com as diversas fases do desenvolvimento econômico e social dos povos. Dessa forma, o mercantilismo e o expansionismo colonial trouxeram consigo o implemento das penas de trabalho forçado devido à necessária demanda por mão de obra.

Posteriormente, da Idade Média até o Iluminismo, prevaleceram os suplícios, os castigos cruéis, o sofrimento físico

e a exposição pública da punição e do sofrimento, orientando o sistema penal pela idéia de temor e intimidação. Com o advento do Iluminismo, buscaram-se alternativas mais humanistas ao sistema punitivo, tendo em vista que os séculos XVII e XVIII foram marcados por aflições físicas, torturas e pelo degradante espetáculo público do delinqüente. Como expoente dessa nova filosofia de aplicação da pena surge o marquês Cesare de Beccaria, visando proporcionar a sanção na medida do ilícito cometido, tendendo a racionalizar e delimitar o poder punitivo. A partir de então, surgem teorias visando explicar qual o sentido da sanção, ou seja, por que se faz necessária a privação da liberdade de alguns indivíduos.

Pode-se classificar em três ordens as teorias da pena: absoluta ou retributiva, relativa ou utilitária e mista.

Informa a teoria retributiva que a pena é concebida como um castigo, uma reparação, ou seja, um fim em si mesma. Isso porque sua função é a retribuição, a expiação do mal pelo mal, bastando que o injusto e a culpabilidade sejam compensados, equitativa e proporcionalmente, não buscando alcançar qualquer fim, mas apenas a realização da justiça e a reafirmação do Direito. Isso significa dizer que, com a aplicação da pena, consegue-se a concretização da justiça, que exige, frente ao mal causado, um castigo que compense esse mal e retribua, ao mesmo tempo, o seu autor. Nas palavras de Salomão Shecaira (2002, p. 130), a pena, então, *se torna uma necessidade para assegurar a restauração da ordem jurídica violada. É uma retribuição à perturbação dessa ordem tutelada e se fundamenta no livre-arbítrio, ou seja, na capacidade de cada cidadão de distinguir o lícito do ilícito, o justo do injusto.*

A doutrina moderna sustentada nos pilares constitucionais de um Estado democrático de Direito critica essa finalidade da sanção porque desrespeita o princípio da dignidade humana ao proporcionar ao autor apenas a retribuição do mal causado.

Para a teoria relativa ou utilitária, a pena tem um fim em si mesma, isto é, a razão de ser e sua função consiste em dissuadir, seja os integrantes da sociedade, indistintamente (prevenção geral), seja o condenado, em particular (prevenção especial), pela perpetração de novos delitos. Dessa forma, assim como na teoria absoluta, a pena é um mal necessário, não somente para a realização

da justiça, mas também pela função que tem de inibir, tanto quanto possível, a prática de novos ilícitos. Carmen Silva de Moraes Barros, citando Claus Roxin, também dispõe nesse sentido: *[...] a diferença entre as teorias está em que a retribuição serve apenas à idéia de Justiça e abstrai de todos os fins sociais, enquanto que as doutrinas preventivas, pelo contrário, prosseguem exclusivamente a fins sociais, quer se vejam estes na integração social do agente, na intimidação dele, na segurança da sociedade perante ele ou na atuação sobre a generalidade das pessoas* (BARROS, 2001, p. 56).

[...] vigora no atual sistema o princípio da humanidade, segundo o qual o réu, antes de ser estereotipado de qualquer forma, é um ser humano, tendo inerente a essa qualidade o direito a ser tratado de forma digna.

Pode ser classificada em prevenção geral ou especial. Pela primeira, os efeitos da pena alcançam os indivíduos de modo geral à medida que observam a atuação do Estado na punição do infrator (prevenção geral negativa). Destina-se, pois, aos "infratores potenciais", porque a utilidade da pena consiste na intimidação ou dissuasão provocada pela mensagem (ameaça) contida na lei penal, desmotivando-os para a realização de ilícitos ao infundir-lhes um sentimento de respeito às leis. De outra forma, apresenta também a função de afirmar a validade da norma, resultando em maior confiança dos cidadãos no ordenamento jurídico (prevenção geral positiva), conforme explica Bissoli Filho: *[...] o delito é uma ameaça à integridade e à estabilidade sociais, enquanto constitui a expressão simbólica de uma falta de fidelidade ao direito [...] faz estremer a confiança institucional, e a pena é, por sua vez, a expressão simbólica oposta à representada pelo delito, tendendo a restabelecer a confiança e consolidar a fidelidade ao ordenamento jurídico* (BISSOLI FILHO, 1998, p. 147).

A teoria da prevenção especial dirige-se exclusivamente ao sentenciado, objetivando que este não volte a delinquir. O aspecto negativo dessa corrente consiste na intimidação do agente, tendo em vista que a pena, ao ser imposta, deve ser capaz de produzir-lhe o temor necessário para dissuadi-lo de nova prática criminal, impedindo, assim, a reincidência. Já o aspecto positivo refere-se à socialização, à reeducação ou à correção do indivíduo a fim de readaptá-lo ao convívio

social. Porém, verifica-se elevado índice de reincidência no país³, o que justifica as críticas à legitimidade do poder punitivo diante dessa função da pena, tendo em vista que não está adequada às pretensões da sociedade como um todo.

Finalizando, as teorias mistas compreendem o duplo aspecto da punição, ou seja, o retribucionista e o utilitarista, podendo ser tanto instrumento de retribuição dos delitos já consumados como também de prevenção daqueles que estão por ser praticados. É a teoria adotada pelo sistema penal brasileiro, conforme dispõe o art. 59, *caput*,

do Código Penal: *o juiz [...] estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime [...].*

2.2 REINCIDÊNCIA CRIMINAL E FUNÇÃO DA PENA

Após discorrer sobre a função legitimadora da aplicação da pena no Estado de Direito, retorna-se à análise de sua influência na reincidência criminal. Conforme a predisposição deste estudo, passa-se a expor sobre a pena privativa de liberdade e sua eventual contribuição para a análise do instituto vigente.

Quando o órgão jurisdicional prola uma sentença condenatória, impondo como medida uma pena a ser cumprida em regime semi-aberto ou fechado, formaliza-se uma relação de antagonismo entre o delinqüente e a sociedade. A partir de então, tendo em vista o acima exposto sobre a **utilidade** dessa sanção, visa-se à reclusão do detento com o posterior intuito de reeducá-lo e reinseri-lo no convívio social. Assim sendo, caberia ao Estado garantista prover a instrumentalização dessas metas.

No entanto, a realidade do sistema prisional brasileiro põe em discussão a concretização de tais objetivos. Alvinó Augusto de Sá (1998, p. 117-123) afirma serem de duas ordens os principais problemas do cárcere: de um lado, existem aqueles decorrentes da má gestão da coisa pública – em razão da falta de pessoal administrativo, de segurança, de agentes penitenciários com formação técnica e

profissional; de outro, a falta de interesse político, o que resulta na precária infra-estrutura dos presídios diante da superpopulação carcerária.

Existem ainda as questões inerentes à própria natureza da pena privativa de liberdade, tais como: o isolamento do preso em relação à sua família, sua segregação em relação à sociedade, relações contraditórias entre o pessoal da administração e o sentenciado, entre outras. Talvez o principal problema advindo da permanência do detendo no estabelecimento penal seja o fenômeno da **prisonização**.

Augusto Thompson dispõe pioneiramente sobre o referido fenômeno em sua obra *A Questão Penitenciária*: [...] *todo homem que é confinado ao cárcere sujeita-se à prisonização, em alguma extensão. O primeiro passo, e o mais integrativo, diz respeito ao seu status: transforma-se, de um golpe, numa figura anônima de um grupo subordinado; traça as roupas dos membros desse grupo; é interrogado e admoestado; aprende as classes, os títulos e os graus de autoridade dos vários funcionários; e, usando ou não a gíria da cadeia, ele vem a conhecer o seu significado* [...]⁴.

De forma inevitável, diante do novo ambiente que lhe é proporcionado, o sentenciado deve adaptar-se aos padrões da prisão, diante da necessidade de sobreviver e de ser aceito pelos demais detentos. Forma-se uma cultura paralela, havendo o desenvolvimento de novos hábitos e valores, os quais, com o passar do tempo, integram-se à pessoa do infrator. Manoel Pedro Pimentel afirma: [...] *o sentenciado, longe de estar sendo ressocializado para a vida livre, está sendo socializado para viver na prisão. Assim, um observador desprevenido pode supor que um preso de bom comportamento é um homem regenerado, quando o que se dá é algo completamente diverso: trata-se apenas de um homem prisonizado* (PIMENTEL, 1983, p. 158).

78

A assistência material e moral ao egresso e à sua família e a ajuda prestada pelo Patronato são de fundamental importância para dirimir os conflitos mais comuns existentes no período crítico de sua reinserção.

Da afirmação pode-se inferir que o bom comportamento demonstrado pelo detento na prisão torna-o apenas adepto dos valores nela existentes, não significando que está apto a retornar à sociedade por ter sido ressocializado. Dessa forma, ao voltar à liberdade, por haver-se adequadamente àquela ordem imposta no cárcere, não consegue adaptar-se de forma satisfatória às situações-problema, o que, de acordo com a teoria adaptativa já exposta, tende a motivar a prática de novos delitos.

Em consequência dessa situação, há uma vertente de doutrinadores que, diante da ação criminógena no cárcere e da ação deformadora da prisão sobre o condenado, legitima a inversão absoluta na concepção normativa da reincidência como circunstância agravante. Nesse sentido, Juarez Cirino dos Santos: *O reconhecimento da ação criminógena [...] exige redefinição do conceito de reincidência criminal, levando em conta os efeitos deformadores da prisão (e do processo de criminalização) sobre o condenado: se os efeitos criminógenos da prisão são reconhecidos, então a ineficácia da prevenção especial reduz*

a execução penal ao terror retributivo. E a questão é esta: se a pena criminal não tem eficácia preventiva – mas ao contrário, possui eficácia invertida pela ação criminógena exercida –, então a reincidência criminal não pode ser considerada circunstância agravante (SANTOS, 1985, p. 245).

Diante da assertiva de que o sentenciado, ao invés de adquirir valores que colaborem para a sua reintegração social, muitas vezes assimila os fatores criminógenos do presídio, gerando uma verdadeira desordem em sua personalidade por perder sua identidade (transformando-se numa figura anônima dentro de um grupo subordinado e segregado pela sociedade), como poderia o Estado garantista recrudescer ainda mais a sanção penal aplicada?

Pelo exposto, novamente citando os ensinamentos do Professor Juarez Cirino dos Santos, avaliando o instituto da reincidência criminal de forma lógica e com base na realidade social do país, há quem a considere uma das circunstâncias **atenuantes** quando da aplicação da pena.

3 TRATAMENTO DA REINCIDÊNCIA: FRACASSO DA RESPOSTA TRADICIONAL

Cabe agora indagar se existe qualquer resposta positiva pela aplicação dos efeitos da classificação do detento como reincidente.

Inicialmente, a questão precisa ser observada sob o prisma da política criminal, considerada como ciência e técnica destinada a promover a interpretação crítica do sistema para então formular as propostas de correção. Logo, é voltada para a realização de uma política de desenvolvimento social que visa alcançar a readaptação do delinqüente inserido no sistema prisional, observando os direitos inerentes à pessoa humana, reflexos da adoção de um Estado democrático.

Poder-se-ia inferir que, com a criação do instituto da reincidência, a intenção do legislador ao prever uma sanção maior em resposta à agravação da pena –, gerando, conseqüentemente, um maior tempo de reclusão do detento, e diante dos parâmetros e princípios buscados pela política criminal – seria torná-lo apto a retornar ao convívio em sociedade (função utilitarista da pena).

Classificado como um Direito Penal moderno, vigora no atual sistema o princípio da humanidade, segundo o qual, e consoante os ensinamentos do Professor Zaffaroni (2001, p. 114), o réu, antes de ser estereotipado de qualquer forma, é um ser humano, tendo inerente a essa qualidade o direito a ser tratado de forma digna. A Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão (1948) adverte nesse sentido, e, com relação ao tema aqui tratado, dispõe, no art. 5º: *Ninguém será submetido a tortura, nem a tratamento ou castigo cruel, desumano ou degradante*.

Em razão dessa principiologia garantista, objetivando um novo parâmetro humanitário e social para o sistema de penas, promulgou-se, em 11 de julho de 1984, a Lei de Execuções Penais (Lei n. 7.210) – antecipando até mesmo os preceitos democráticos posteriormente legislados pela norma superior –, que teria a precípua função de concretizar objetivos que resultariam na melhoria da situação prisional no país como um todo, afetando, por via reflexa, o tratamento dos encarcerados.

Com o surgimento da nova tendência que viria a viabilizar

a função de ressocialização do sentenciado – consoante disposição expressa do art. 1º da referida Lei –, no intuito de alcançar níveis significativos de correção, preocupou-se a nova legislação em diminuir o elevado índice de reincidência. Assim sendo, atendendo à individualização da pena na fase de execução penal, o título destinado à elaboração de regras pertinentes aos estabelecimentos penais dispõe: *Art. 84. O preso provisório ficará separado do condenado por sentença transitada em julgado. §1º: O preso primário cumprirá pena em seção distinta daquela reservada para os reincidentes*

Contudo, ainda que a doutrina penal tenha se preocupado em readequar o cumprimento da reprimenda diante do princípio da individualização, percebe-se hoje que não há a aplicação prática do preceptivo tendo em vista a problemática realidade prisional do país, que pode ser comprovada pela superlotação carcerária, maus-tratos, impossibilidade de exercer ofício ou profissão (remição pelo trabalho), e, principalmente, pelo elevado índice de reincidência.

No sentido da afirmação retro, pode-se citar: [...] *um dos dados frequentemente referidos como de efetiva demonstração do fracasso da prisão são os altos índices de reincidência, apesar da presunção de que durante a reclusão, os internos são submetidos a um tratamento reabilitador [...] é inquestionável que a delinquência não diminui [...] e que o sistema penitenciário tradicional não consegue reabilitar o delinquente, ao contrário, constitui uma realidade opressiva e serve apenas para reforçar os valores negativos do condenado* (BITENCOURT, 1993, p.149).

Com a demonstrada crise do sistema carcerário, doutrinadores tendem a apontar soluções, as quais são objeto de deliberação em cursos e seminários. Dentre as orientações a serem observadas, destacou René Ariel Dotti em sua obra: [...] *entre os pontos fundamentais, destaca-se: a) a substituição do vigente sistema de penas; b) melhores condições de dignidade para o tratamento do preso; c) o reconhecimento de que a pena privativa de liberdade tem-se mostrado inadequada em relação aos seus fins, tanto sob o ângulo retributivo como sob os aspectos preventivos; d) necessidade de reservar a prisão penal para os casos*

de maior gravidade; e) a recomendação da efetiva aplicação do regime de prisão aberta e outras medidas substitutivas da prisão (DOTTI, 1998, p. 117).

Diante dessa rápida conclusão, e utilizando-se dos caminhos propostos pela política criminal, observa-se que a tendência jurisdicional mais moderna consiste na aplicação de sanções alternativas ao cárcere – perda da liberdade – para, ao lado de outras questões de cunho econômico-financeiro, eliminar os efeitos advindos da prisionização.

Não seria, então, contraditória a intenção do legislador nessas duas concepções? Vale dizer, ao mesmo tempo em que permite a aplicação da sanção penal em *ultima ratio*, diante da moderna concepção de intervenção mínima, majora, obrigatoriamente, o *quantum* da pena, implicando, em alguns momentos, até mesmo a cominação de um tipo mais severo de regime de cumprimento da sanção!

A assistência material e moral ao egresso e à sua família e a ajuda prestada pelo Patronato são de fundamental importância para dirimir os conflitos mais comuns existentes no período crítico de sua reinserção. Assim sendo, se o sentenciado, após permanecer na unidade prisional, alcançou o objetivo de tornar-se sociável, não deveria o Estado investir em programas pós-prisão?

Deveríamos pressupor que, com vistas a legitimar a intenção precípua de correção do sentenciado, os estabelecimentos penais de regime aberto deveriam ser numerosos, com a devida infra-estrutura, e dispor de programas de profissionalização e reinserção no mercado de trabalho, inter-relacionando novamente o indivíduo com a comunidade.

Porém, de forma diversa, verificamos insuficientes as condições estruturais do Patronato, tendo em vista a diminuída quantidade de funcionários, as instalações precárias, bem como a ausência de parcerias com entidades que promovam ensino profissionalizante.

NOTAS

- 1 Nessa linha de raciocínio encontramos Eugênio Raúl Zaffaroni, Salo de Carvalho e Juarez Cirino dos Santos.
- 2 Deve-se entender essa expressão diante da fase processual, porque é evidente que ainda na fase de execução penal existe a presença do

Estado dotado de competência jurisdicional.

- 3 Noticiou a revista *Veja*, edição 1618, de 6/10/99, p. 46-47, que, segundo pesquisa realizada pelo Instituto Latino Americano das Nações Unidas para a Prevenção do Delito e Tratamento do Delinquentes – ILANUD, 45% dos presos brasileiros que cumpriram pena em cadeia se tornaram reincidentes. Dispôs ainda que 80% dos presos em regime fechado também retornaram ao mundo do crime.
- 4 Há parcela da doutrina que adota nomenclatura diversa – *prisonalização* – como sinônimo. Existe, ainda, em nota inserida na página 22, outra explanação, também do referido autor (THOMPSON, 1976, p. 52).

REFERÊNCIAS

- BARROS, Carmen Silva de Moraes. *A individualização da pena na execução penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.
- BARROSO, Luis Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.
- BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. *Falência da pena de prisão: causas e alternativas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.
- BISSOLI FILHO, Francisco. *Estigmas da criminalização: dos antecedentes à reincidência criminal*. Florianópolis: Obra Jurídica, 1998.
- BOSCHI, José Antônio Paganella. Individualização da pena. *Revista da AJURIS*, Porto Alegre, v. 26, n. 79, p. 148-166, set. 2000.
- BRASIL. *Decreto-lei n. 678, de 6 de novembro de 1992*. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm>. Acesso em: 30 abr. 2005.
- CARNEIRO, José Carlos Scalabrini. Estudo sobre a reincidência. *Revista RT*, São Paulo, v. 85, n. 732, p. 496-503, out. 1996.
- CARVALHO, Amilton Bueno. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br>>. Acesso em: 30 abr. 2005.
- CARVALHO, Salo de. Reincidência e antecedentes criminais: abordagem crítica desde o marco garantista. *Revista de Estudos Criminais*, São Paulo, dez. 2001.
- CERNICCHIARO, Luiz Vicente. Reincidência. *Revista Consulex*, São Paulo, jan./dez. 1996.
- CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel;
- DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS DO HOMEM E DO CIDADÃO, 10 de dezembro de 1948. Disponível em: <<http://www.onu.org/documentos/docjuri-dicos.htm>>. Acesso em: 5 maio 2005.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. *Teoria geral do processo*. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.
- DOTTI, René Ariel. *Bases e alternativas para o sistema de penas*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.
- FERNANDES, Newton; FERNANDES, Valter. *Criminologia integrada*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- FRANCO, Alberto Silva; STOCO, Rui. *Código penal e sua interpretação jurisprudencial: parte geral*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. v. 1.
- GOMES, Luiz Flávio; MOLINA, Garcia Pablo de. *Criminologia*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- HERINGER JÚNIOR, Bruno. O crime, o criminoso, a criminalidade. *Revista AJURIS*, Porto Alegre, v. 25, n. 74, p. 279-295, nov. 1998.
- _____. Co-culpabilidade: a responsabilidade da

sociedade pelo injusto. *Revista AJURIS*, Porto Alegre, v. 26, n.79, p. 44-54, set. 2000.

HOLANDA, Aurélio Buarque de. *Dicionário básico da língua portuguesa* – Folha – Aurélio. Edição 1998.

JESUS, Damásio E. de. *Prescrição penal*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

_____. *Direito Penal*: parte geral. 24. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2001. v. 1.

MIRABETE, Júlio Fabrini. *Execução penal*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2000.

_____. *Manual de Direito Penal*: parte geral. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

MORSELLI, Élio. A função da pena à luz da moderna criminologia. *Revista IBCCRIM*, São Paulo, n. 19, p. 39-46, jul. 1997.

MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. Execução penal e a falência do sistema carcerário. *Revista IBCCRIM*, São Paulo, n. 29, p. 351-363, jan. 2000.

PIMENTEL, Manoel Pedro. *O crime e a pena na atualidade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983.

PRADO, Luiz Regis. *Comentários ao Código Penal*: doutrina, jurisprudência selecionada e leitura indicada. 2. ed. rev. amp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

SÁ, Alvino Augusto de. Prisionização: um dilema para o cárcere e um desafio para a comunidade. *Revista IBCCRIM*, São Paulo, n. 21, p. 117-123, jan. 1998.

_____. *Reincidência criminal*: sob o enfoque da psicologia clínica preventiva. São Paulo: Editora Pedagógica e Universitária (EPU), 1987.

SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito Penal*: a nova parte geral. Rio de Janeiro: Forense, 1985.

SIMON, Ryad. *Psicologia clínica preventiva*: novos fundamentos. São Paulo: Vetor, 1983.

SHECAIRA, Sérgio Salomão; CORREA JÚNIOR, Alceu. *Teoria da pena*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

THOMPSON, Augusto. *A questão penitenciária*. Petrópolis: Vozes, 1976.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl; Pierangeli, José Henrique. *Manual de Direito Penal brasileiro*: parte geral. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

Artigo recebido em 6/3/2008.

Rafael Damaceno de Assis é diretor paranaense da Comissão Nacional de Apoio ao Estudante de Direito (Paed) e representante da cidade de Londrina na Associação de Advogados do Brasil (ABA) e no Instituto Brasileiro de Estudos de Direito Comparado – IBEDIC, em Londrina-PR.