

**A (NÃO) RECEPÇÃO DA AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA PELA
CONSTITUIÇÃO E SEU JULGAMENTO NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO
453.000/RS**

**THE (NON) RECEPTION OF THE AGGRAVATING CIRCUMSTANCE OF
RECIDIVISM BY THE CONSTITUTION AND ITS JUDGMENT IN THE
EXTRAORDINARY APPEAL 453.000/RS**

Gabriel Albernaz da Conceição¹

SUMÁRIO: INTRODUÇÃO;1 - O INSTITUTO DA REINCIDÊNCIA E A CONSTITUIÇÃO DE 1988;1.1 - DIREITO PENAL DO FATO E DO AUTOR; 1.2 REINCIDÊNCIA E FUNÇÕES DA PENA; 1.3 - INDIVIDUALIZAÇÕES DA PENA E O PARADIGMA CONSTITUCIONAL DE PROTEÇÃO AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS; 2 - ANÁLISE DO VOTO DO MINISTRO RELATOR; CONCLUSÃO; REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

RESUMO: Este trabalho objetiva analisar se a reincidência empregada como circunstância agravante da pena se adequa às bases constitucionais estabelecidas em 1988. Para tanto, utiliza-se como ponto de partida o voto do Ministro Marco Aurélio no Recurso Extraordinário 453.000/RS, em que foi reconhecida repercussão geral para a análise da constitucionalidade da reincidência. O exame do voto será realizado sob a ótica do Direito Penal do Fato, das funções da pena e do princípio da individualização da pena.

PALAVRAS-CHAVE: Reincidência.Agravante.RE 453.000.Direito Penal do Fato.Princípio da Individualização da Pena.

SUMMARY: INTRODUCTION;1 - THE INSTITUTE OF RECIDIVISM AND THE CONSTITUTION;1.1 - LIBERAL CRIMINAL LAW AND CONSERVATIVE CRIMINAL LAW; 1.2 RECIDIVISM AND PURPOSES OF PUNISHMENT; 1.3 - INDIVIDUALIZATION OF PENALTIES AND THE CONSTITUTIONAL PARADIGM OF PROTECTION OF THE FUNDAMENTAL RIGHTS; 2 - REVIEW OF THE RAPPORTEUR'SVOTE; CONCLUSION; BIBLIOGRAPHY.

ABSTRACT: This paper aims to analyze if the recidivism applied as an aggravating circumstance of the penalty is in conformation with de constitutional foundations established in 1988. Based on that, it was employed as the starting point Minister Marco Aurélio's vote in the Extraordinary Appeal nº 453.000/RS, case in which it was recognized the general repercussion for the analysis at the constitutionality of recidivism. This vote's review will be performed from the standpoint of the Liberal Criminal Law, purposes of punishment and the principle of individualization of penalties.

KEYWORDS: Recidivism.Agravating.RE 430.000.Liberal Criminal Law.Principle of individualization of penalties.

¹ Graduando em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro. E-mail para contato: albernaz.gabriel@yahoo.com.br.

INTRODUÇÃO

O Código Penal não apresenta o conceito da circunstância agravante da reincidência; apenas prevê suas hipóteses de verificabilidade. Os dispositivos que retratam essa circunstância devem ser problematizados à luz da Constituição da República e de seus postulados penais e processuais penais, em razão de suas graves repercussões na vida dos milhares de apenados no Brasil.

Esse instituto vige no Direito Brasileiro desde o Código Criminal do Império. Sem que muito tenha mudado em seu enfoque desde então, é interpretado doutrinária e jurisprudencialmente nos dias de hoje de forma tal que é duvidosa sua adequação aos postulados e garantias positivados constitucionalmente.

Não obstante a doutrina majoritária entender a aplicação desta circunstância como legítima e benéfica para a individualização da pena, com o passar do tempo, cada vez mais estudiosos vêm se levantando contra a utilização da reincidência no agravamento da pena-base². No mesmo sentido, alguns julgados consideram que tais elementos não foram recepcionados pela Carta Magna³, e essa tese tem sido levada aos tribunais superiores com frequência.

Não por outro motivo, foi reconhecida Repercussão Geral pelo Supremo Tribunal Federal no Recurso Extraordinário de número 453.000/RS, julgado pelo pleno da Suprema Corte em 04 de abril de 2013. Mesmo com o reconhecimento da elevada relevância do tema e de suas gravíssimas consequências no cotidiano de milhares de apenados em um sistema penal notadamente criminógeno⁴, o referido recurso, interposto pela Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul, teve seu provimento negado por unanimidade.

² A título exemplificativo, seguem alguns dos autores citados neste trabalho: BOSCHI, José Antônio Paganella. *Das penas e seus critérios de aplicação*. 5ª ed. Porto Alegre. Livraria do Advogado, 2011; CARVALHO, Salo; CARVALHO, Amilton Bueno de. *Aplicação da Pena e Garantismo* (4ª edição). 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002; CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *Direito penal: parte geral*. 2 ed. Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2007. ZAFARONI, Eugenio Raul; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito penal brasileiro: teoria geral do Direito Penal*. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

³ Ressalte-se que a repercussão geral sobre a agravante da reincidência foi inicialmente reconhecida no bojo do RE 591563, em face de acórdão proferido pelo TJRS (Apelação Crime Nº 70016965345, Quinta Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Luís Gonzaga da Silva Moura, Julgado em 25/04/2007), em que se decidiu pela não recepção do instituto. O recurso, no entanto, restou prejudicado em razão do provimento do recurso especial interposto simultaneamente.

⁴ Foucault demonstra a ação criminógena do cárcere: “A prisão não pode deixar de fabricar delinquentes. Fabrica-os pelo tipo de existência que faz os detentos levarem: que fiquem isolados nas celas ou que lhes seja imposto um trabalho inútil [...]. A prisão fabrica também delinquentes impondo aos detentos limitações violentas; ela se destina a aplicar as leis e a ensinar o respeito por elas; ora, todo o seu funcionamento se desenrola no sentido do abuso do poder arbitrário da administração. FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir: nascimento da prisão*. 40 ed. Petrópolis, RJ, Vozes, 2012. p. 252. Tradução de Raquel Ramalhte.

Este trabalho tem por escopo a abordagem da agravante da reincidência na aplicação da pena, e sua questionável recepção pela Constituição Federal de 1988, tendo como foco principal a análise do acórdão proferido em sede de julgamento do já citado RE 453.000/RS.

A análise dessa circunstância no trabalho a ser desenvolvido terá como ponto de partida uma perspectiva do Direito Penal empiricamente interessado e informado⁵. Adota-se como referencial teórico uma Ciência Penal integrada à Criminologia, sob a ótica do Direito Penal do Fato, considerando como sustentáculo legal os postulados constitucionais.

Nesse contexto é que será analisado o voto do Ministro Marco Aurélio de Mello, relator do acórdão. Não obstante bem fundamentado, parece ter como premissa alguns conceitos oriundos do chamado “senso comum teórico dos juristas”⁶, que constitui a interpretação, *a priori* não questionada nem questionável, por seu caráter de “verdade”, do texto legal estudado.

1. O INSTITUTO DA REINCIDÊNCIA E A CONSTITUIÇÃO DE 1988

1.1. Direito Penal do Fato e do Autor

É unânime que o modelo Penal consagrado na Constituição Federal de 1988 é o da culpabilidade de Fato. Sobre a distinção entre o Direito Penal do Fato e de Autor, Batista e Zaffaroni afirmam:

Enquanto, para alguns autores, o delito constitui uma infração ou lesão jurídica, para outros ele constitui o signo ou sintoma de uma inferioridade moral, biológica ou psicológica. Para uns, seu desvalor – embora haja discordância no que tange ao objeto – esgota-se no próprio ato (lesão); para outros, o ato é apenas uma lente que permite ver alguma coisa daquilo onde verdadeiramente estaria o desvalor e que se encontra em uma característica do autor.⁷

⁵ Buscando ao menos atenuar o problema apontado por Hassemer: “Como a proteção jurídico-penal pode garantir que trará mais vantagens do que prejuízos, se ela está orientada de modo insuficiente sobre os fatos reais que são seus objetos? Expressão destas incompreensões modernas em face de um Direito Penal empiricamente desinteressado e desinformado, é principalmente a exigência de *integração das ciências sociais* e da *consideração de casos* na formação jurídico penal”. HASSEMER, Winfried. *Introdução aos fundamentos do Direito Penal*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2005. P. 52.

⁶ Usando a expressão de Luis Alberto Warat, “De uma maneira geral, a expressão ‘senso comum teórico dos juristas’ designa as condições implícitas de produção, circulação e consumo das verdades nas diferentes práticas de enunciação e escritura do Direito [...]. Um máximo de convenções linguísticas que encontramos já prontas em nós quando precisamos falar espontaneamente para reificar o mundo e compensar a ciência de sua carência”. WARAT, Luis Alberto. *Introdução Geral ao Direito* - Vol 1. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1995, p. 13.

⁷ ZAFARONI, Eugenio Raul; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito penal brasileiro: teoria geral do Direito Penal*. Rio de Janeiro: Revan, 2003. P. 131.

A aplicação da reincidência como agravante na aplicação da pena tem como fundamento a reiteração delitiva como indício de uma característica *do autor* valorada negativamente, isto é, sua periculosidade, presumida a partir da prática sucessiva de tais fatos.

Isso é dito de forma expressa na exposição de motivos da Lei nº 7.209/1984, em seu parágrafo 59, *verbis*:

De resto, com a extinção, no Projeto, da medida de segurança para o imputável, urge reforçar o sistema destinando penas mais longas aos que estariam sujeitos à imposição de medida de segurança detentiva e que serão beneficiados pela abolição da medida. A Política Criminal atua, **neste passo, em sentido inverso, a fim de evitar a libertação prematura de determinadas categorias de agentes, dotados de acentuada periculosidade** (BRASIL, 1984, grifos nossos).

A instituição de “categorias de agentes dotados de acentuada periculosidade”, nas quais se enquadram os autores reincidentes, dentre os objetivos declarados da lei penal é uma evidência que confirma a opção, nesse aspecto, por um Direito Penal de Autor. Trata-se de resquíio dos “tipos de autor” da Escola Positiva.⁸

Na continuidade na aplicação desse instituto, portanto, desprivilegia-se a culpabilidade pelo fato e passa a utilizar-se da culpabilidade de autor: despreza-se a reprovabilidade intrínseca ao ato praticado para sustentar uma necessidade de maior apenamento tendo como base o autor reincidente.

Isso se dá porque, dentro da racionalidade da Dogmática Penal da Culpabilidade pelo Fato, a reincidência como agravante não se sustenta. Sua irracionalidade é mascarada, apelando-se para o critério informador do Positivismo: a periculosidade, que é presumida mediante a elaboração de prognósticos com base em elementos pretensamente científicos. Tais prognósticos são fundados apenas na crença, fortalecida pela persistente reprodução discursiva, de que o indivíduo apenado mais de uma vez é fonte de riscos para a sociedade.

⁸ Ferri, expoente da Escola originária da Itália que tinha o criminoso como principal objeto de estudo, assim descrevia os tipos de autos: “Naturalmente, estas gradações diferentes de intensidade fazem com que a lei penal possa dar normas especiais somente para os mais graves e aparatosos (delinquentes loucos, natos, habituais, passionais, menores), considerando a maioria dos criminosos (ocasionais) atingida apenas por leves e não acumuladas anomalias”. FERRI, Enrico. *Princípios de Direito Criminal*. 2ªed. Campinas/SP: Bookseller, 1999. P. 252. Trad. Paolo Capitanio.

Chega à mesma conclusão o magistério de Zaffaroni, que afirma que a reincidência só se explica “[...] nas abordagens jurídico-penais na medida em que se abandona o Direito Penal do ato, embora, às vezes, nem mesmo nestas posições a explicação se mostre coerente”.⁹

Diante do exposto, constata-se que a aplicação da reincidência como agravante é incompatível com a perspectiva do Direito Penal do Fato, e por isso deve ser problematizada. Tal instituto externa o agravamento de pena com base na formação de um juízo de reprovabilidade a partir de uma suposta “tendência delitiva”, baseada na presunção de periculosidade dos indivíduos que são condenados após já terem cumprido pena anterior. Nesses termos, não pode subsistir.

1.2.Reincidência e funções da pena

Feito o enfoque a partir do Direito Penal do Fato, a reincidência será examinada à luz das mais tradicionais teorias da pena, com o intuito de estudar se o instituto orienta-se em conformidade com os clássicos fins atribuídos à pena.

A Teoria Retributiva da pena possui como corolário a ideia de que esta é necessária para a restauração da ordem jurídica violada, mediante a imposição de um mal ao infrator, proporcional à lesão a bem jurídico por este provocada.

Ora, pensando a reincidência sob a luz destes fundamentos, a ordem jurídica já teria sido restabelecida por ocasião da primeira imposição de pena ao sentenciado, condenado a uma restrição de direitos por consequência da conduta desviante praticada.

Diante disso, com o ordenamento jurídico plenamente restabelecido, não haveria como se pensar em um *plus* punitivo no momento da aplicação da pena referente ao segundo fato definido como crime: a nova perturbação à ordem faria jus apenas a uma punição suficiente e proporcional para a restauração da vigência da norma infringida pelo delito posterior.

Dessa forma, a reincidência como agravante não se sustenta perante os fundamentos da Teoria Retributiva ou Absoluta da pena, mormente se considerados sob a ótica dos postulados constitucionais do Estado Democrático de Direito.¹⁰

⁹ ZAFFARONI, Eugênio Raul. Reincidência: Um conceito do Direito Penal Autoritário. In: BUSTAMANTE, Ricardo; TUBENCHLAK, James (coords.). *Livro de Estudos Jurídicos* (6). Rio de Janeiro: IEJ, 1993. P. 53

¹⁰ Como ensinam Sérgio Salomão Shecaira e Alceu Correa Junior, ademais, a pena com fundamento na mera retribuição não pode persistir no Estado de Direito: “A retribuição compensadora, ademais, não é consentânea com o Estado Democrático de Direito – que respeita a dignidade humana -, pois é impensável que alguém possa pagar um mal cometido com um segundo mal, que é a expiação através da pena”. SHECAIRA, Sérgio Salomão; CORRÊA JÚNIOR, Alceu. *Teoria da Pena*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 130

A prevenção geral, conforme a lição de Shecaira e Correa Junior¹¹, determina que “[...] a pena deve produzir efeitos de intimidação sobre a generalidade das pessoas, atemorizando os possíveis infratores a fim de que estes não cometam quaisquer delitos” e necessita, para fundamentar-se, como ensina Cezar Roberto Bitencourt, de:

[...] duas idéias básicas: a ideia da intimidação, ou da utilização do medo, e a ponderação da racionalidade do homem. Essa teoria valeu-se dessas ideias fundamentais para não cair no terror e no totalitarismo absoluto. Teve, necessariamente de reconhecer, por um lado, a capacidade racional absolutamente livre do homem – que é uma ficção como o livre-arbítrio –, e, por outro lado, um Estado absolutamente racional em seus objetivos, que também é uma ficção”¹²

Ocorre que tais ficções — como ficções que são — não se adequam aos dados sociais: o livre-arbítrio, em sua concepção tradicional da racionalidade iluminista, não pode ser comprovado, como demonstra o professor Davi Tangerino:

Percorrendo searas bastante diversas (Psicologia Moral e Psicanálise), chega-se à mesma conclusão: o ser humano racional, iluminista, capaz de sempre deduzir o quanto seja jurídico (e, portanto, antijurídico) valendo-se da razão como instrumento revelador da moralidade, é, caso exista, excepcional.¹³

Outrossim, a recidiva é demonstração de que a perpetração — e a reiteração — de um delito não passa por uma “escolha”, muito menos *racional*. Nada mais irracional do que a repetição de um fato delituoso após uma condenação penal.

Por outro lado, a ideia de intimidação também é fracassada, como afirma de maneira categórica Roxin¹⁴: “Cada delito já é, pelo só fato de existir, uma prova contra a eficácia da prevenção geral”. Ora, a existência do instituto da reincidência demonstra a ineficácia desta função da pena, e esta, portanto, não pode, sob qualquer aspecto racional, fundar-se nela.

Do contrário, no entanto, poder-se-ia pensar, em maior sintonia com a realidade do sistema penal brasileiro, que a função intimidatória da pena seria um incentivo ao aperfeiçoamento da empreitada delituosa. É evidente que, quanto menos rebuscado é o plano delitivo e quanto maior a imperícia na execução, maior a possibilidade de ter a autoria descoberta e ser processado, julgado e condenado. Nesse sentido, conforme ensinam Nilo

¹¹ Id, *ibid.*

¹² BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*. 15ª. Ed. São Paulo: Saraiva, 2010. P. 108.

¹³ TANGERINO, Davi de Paiva Costa. *Culpabilidade*. São Paulo: Campus Elsevier, 2010. Pp. 150-151

¹⁴ ROXIN, apud BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*. 15ª. Ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 108.

Batista e Zaffaroni, a função de prevenção geral negativa da pena “[...] não tem efeito dissuasivo, mas propulsor de maior elaboração delituosa”.¹⁵

Quanto à teoria da prevenção especial positiva, Paulo Queiroz leciona que:

Para as teorias da prevenção especial, a intervenção jurídico-penal deve se contentar em evitar que os condenados voltem a delinquir, impedindo a reincidência, de modo que fim da pena é evitar a reincidência, por meio da ressocialização ou reintegração social do apenado.¹⁶

Ademais, em um Estado Democrático de Direito, um fim da pena que se preste à reeducação coercitiva de apenados não pode persistir nestes termos. O Estado não pode colimar alteração substancial da personalidade dos réus, mediante argumentos de ressocialização, reeducação, recuperação — as chamadas “ideologias re”. Estas, em realidade, consistem em uma imposição unilateral de uma escala de valores e, por isso, não podem ser adotadas, sob pena de converter-se em um Estado autoritário.

O viés preventivo especial somente poder-se-ia fundamentar no oferecimento, pelo Estado, de oportunidades laborativas, de propostas educacionais, culturais e sociais com o fito de extinguir, ou ao menos reduzir, o estigma do condenado.

Para que tais ofertas concretizem-se em verdadeiras medidas integradoras do indivíduo à sociedade, devem ocorrer em ambiente externo ao cárcere, visto que, conforme Maria Lucia Karam, a ideia de reintegração à sociedade “[...] é absolutamente incompatível com o fato da segregação. Um mínimo de raciocínio lógico repudia a ideia de se pretender reintegrar alguém à sociedade, afastando-a dela”.¹⁷

Segundo essa ótica, devem ser analisados os dados sociais, conforme ensinamentos de Aramis Nassif, que, em artigo no qual repensa entendimento anterior¹⁸, chega à conclusão de que a reincidência demonstra o fracasso do fim ressocializador da pena.

Diante da análise desses dados, dos quais são extraídos resultados altamente insatisfatórios e da constatação da falência da pena privativa de liberdade como instituição

¹⁵Op. cit.p. 195.

¹⁶ QUEIROZ, Paulo de Souza. *Funções do Direito Penal: legitimação versus deslegitimação do sistema penal*. 3ª Ed. São Paulo, RT, 2008. P. 52-53.

¹⁷ KARAM, Maria Lucia. A violenta, danosa e dolorosa realização do poder punitivo: considerações sobre a pena. In: *Desconstrução das práticas punitivas*. Belo Horizonte: CRP-MG / CRESS 6º Região, 2010. P. 13

¹⁸ NASSIF, Aramis. Reincidência: Necessidade de um Novo Paradigma. In. *Escritos de Direito e Processo Penal em Homenagem ao Prof. Paulo Cláudio Tovo*, p. 63 e ss.

recuperadora, verifica-se a inexistência de qualquer expectativa realista para recuperação do agente no agravamento pela reincidência.

Diante do exposto, vê-se que a reincidência como agravante não se sustenta também sob os fundamentos da função preventiva especial ou ressocializadora da pena, uma vez que a reiteração delitiva por réu condenado e apenado demonstra, por si só, o seu fracasso. Ademais, a infligência de maior *quantum* de pena restritiva de liberdade e do sofrimento a ela inerente parece ir de encontro aos fins de ressocialização, não ao encontro destes. Por conseguinte, resta demonstrada também a insuficiência do argumento ressocializador como base para permanência do instituto da reincidência.

A função de prevenção especial negativa, em geral, não é defendida como único fundamento para a pena, e sim combinada com a prevenção especial positiva. Assim, com o fracasso da ideologia de ressocialização — evidente em nossa conjuntura penal em que a pena privativa de liberdade é o elemento central —, justifica-se a inocuidade, neutralização ou eliminação do apenado.

Poder-se-ia reconhecer que penas demasiadamente longas para reincidentes implicariam a não realização ou diminuição da prática de atos definidos como crimes (ao menos extramuros, já que a violência no cárcere é uma das marcas do sistema prisional). No entanto, sob a ótica humanista da Constituição Federal, tal função não pode sustentar-se.

O princípio da dignidade da pessoa humana, basilar em nosso ordenamento, tem como corolário necessário a premissa de que a pessoa não pode ser considerada apenas um meio para a consecução de um fim. Ela é sempre um fim em si mesma. Nesse contexto, não se pode procurar instrumentalizar o indivíduo rotulado como reincidente, mantendo-o prolongadamente na prisão em suposto benefício do *corpo social*.

Advertem Nilo Batista e Zaffaroni que, admitindo-se tal função como fundamento da pena, tem-se “[...] uma visão corporativa e organicista da sociedade, que é o verdadeiro objeto de atenção, pois as pessoas não passam de meras células que, quando defeituosas ou incorrigíveis, devem ser eliminadas”¹⁹. Como tal visão organicista não se adequa aos postulados constitucionais mais básicos de dignidade e liberdade, deve ser rechaçada, bem como qualquer fundamentação restritiva de direitos originária desta.

1.3. Individualização da pena e o paradigma constitucional de proteção aos direitos fundamentais

¹⁹Op. cit. P. 128.

Superadas as tradicionais teorias de fundamentação da pena como justificadoras da aplicação da reincidência, é necessária a análise do instituto sob a ótica do princípio da individualização da pena, positivado constitucionalmente dentre as garantias fundamentais do indivíduo.

A individualização, considerada abstratamente, é fruto do paradigma etiológico que teve seu auge com a Escola Positiva, com grandes defensores no Brasil, a exemplo de Roberto Lyra. Este autor, ao comentar o art. 42 do Código Penal, que regulava a primeira fase da aplicação da pena na parte geral de 1940, explicava que

A adaptação da pena ao delincente representa uma das mais importantes vitórias da escola positiva contra os clássicos, mais ou menos fiéis à correspondência apriorística entre a quantidade da pena e a do crime, em nome do requisito da certeza.²⁰

A reforma de 1984 manteve na essência a estrutura da individualização da pena anterior, e com ela os elementos positivistas na individualização da pena. Com a superveniência da Constituição de 1988, é imperiosa a revisão deste paradigma e o debate sobre a recepção ou não dos dispositivos com ela conflitantes.

Nesse contexto, é importante a análise do fenômeno sob o enfoque sociológico das teorias criminológicas do *labeling approach*, que, como ensina Baratta, partem “[...] da consideração de que não se pode compreender a criminalidade se não se estuda a ação do sistema penal que a define e reage contra ela, começando pelas normas abstratas até a ação das instâncias oficiais [...]”²¹

Diante disso, o “*status social*” do delincente (e, conseqüentemente, do reincidente) pressupõe o efeito definidor das instâncias oficiais de controle social, uma vez que é inegável a incidência do *quantum* significativo de delitos que escapam ao conhecimento das autoridades, conhecido como cifra negra.

A partir da existência notória de um considerável percentual de delitos que escapam ao conhecimento das instituições responsáveis pelo controle penal, verifica-se que há muito indivíduos que, apesar de terem realizado as mesmas condutas definidas como crime reiteradamente, não têm sobre eles o *rótulo* de criminosos reincidentes. Isso ocorre porque

²⁰ LYRA, Roberto. *Comentários ao Código Penal*. Vol. II, 3ª ed., Rio, Forense, 1958. P. 176.

²¹ BARATTA, Alessandro. *Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal* - 3ª Ed. 2002. Editora: Revan.

alguns indivíduos não são *selecionados* pelo Sistema Penal, por diversos motivos minudenciados pela Criminologia, que escapam ao escopo deste trabalho.

Baratta ensina ainda que a principal consequência para os desviantes é uma decisiva mudança de identidade social do indivíduo:

A reação social ou a punição de um primeiro comportamento desviante tem, frequentemente, a função de um ‘commitment to deviance’, gerando, através de uma mudança da identidade social do indivíduo assim estigmatizado, uma tendência a permanecer no papel social no qual a estigmatização o introduziu.²²

Percebe-se na agravação da pena pela reincidência uma evidente contradição. Em grande parte dos casos de aplicação da agravante, a culpabilidade as pessoas condenadas anteriormente é menor, em razão da indissociável redução do campo de oportunidades aos apenados, devido à inerente estigmatização e deterioração destes.

Nesse sentido, Juarez Cirino dos Santos assevera que:

É necessário reconhecer: a) se novo crime é cometido após a passagem do agente pelo *sistema formal* de controle social, com *efetivo cumprimento* da pena criminal, o processo de deformação e embrutecimento pessoal do sistema penitenciário deveria induzir o legislador a incluir a *reincidência real* entre as *circunstâncias atenuantes*, como produto específico da atuação *deficiente e predatória* do Estado sobre sujeitos criminalizados; b) se novo crime é cometido após simples formalidade do trânsito em julgado de condenação anterior, a *reincidência ficta* não indica qualquer *presunção de periculosidade* capaz de fundamentar *circunstância agravante*.²³

Dessa forma, a partir de uma análise racionalizada das consequências da reincidência na realidade penal brasileira, a única conclusão possível seria a inclusão (de *lege ferenda*) desta entre as circunstâncias atenuantes, por constituir evidência de que a persecução penal não foi bem sucedida. Pelo contrário, os efeitos que deveriam ser evitados — o não cometimento de delitos — foram repetidos.

Por isso, e em contrariedade aos ensinamentos do professor da Universidade Federal do Paraná, o estado atual da reincidência na ordem jurídica brasileira intensifica a seletividade do sistema penal, por incidir mais facilmente sobre os indivíduos já selecionados anteriormente. Com isso, a reincidência tem seu resultado mais nefasto e inexorável — a estigmatização dos apenados — levada a um nível de consequências irracionais e devastadoras.

²² Id. Ibid. P. 89.

SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito penal*: parte geral. 2 ed. Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2007 (grifos no original).

E é na tentativa de reduzir tais consequências que urge a substituição do paradigma que intrinca direito e natureza por um paradigma mais humano, baseado no respeito aos direitos fundamentais positivados na Constituição.

Nosso modelo constitucional de garantias consolida conquistas e constitui superação do modelo Positivista. No entanto, para que esta seja plena, deve-se fazer uma leitura da legislação infraconstitucional à luz da Lei Maior, para que sejam suprimidos os vestígios do Direito Penal autoritário. A reincidência é um deles.

Os doutrinadores e magistrados que defendem a constitucionalidade da reincidência afirmam que, em vez de violar, a avaliação da reincidência reforçaria o princípio da individualização da pena. É importante aqui considerar sob que viés é analisado tal princípio em afirmativas como essa.

Parece lógico que, em um sentido apriorístico desligado dos princípios reitores do Direito Penal, quanto mais critérios disponíveis na legislação para o juiz aplicar na fixação da pena, mais fatores existiriam a diferenciar os indivíduos selecionados pelo sistema penal.

Nesse sentido, a hipotética existência de diferenciação de gênero na aplicação da pena, com a previsão de uma atenuante para as pessoas de sexo feminino, contribuiria para a maior eficiência na individualização da pena: as mulheres teriam penas menores, e, portanto diferentes, para condutas semelhantes praticadas por indivíduos do sexo masculino. Individualização da pena otimizada, enfim.

No entanto, a individualização da pena, como valor constitucional que é, deve ser analisado sistematicamente à luz da Constituição, que preza pelo respeito aos direitos fundamentais. Nessa perspectiva, o instituto da reincidência não encontra suporte nesse princípio. Pelo contrário, deslegitima-se, principalmente se considerarmos a busca por uma aplicação da pena respeitadora dos direitos fundamentais, redutora de danos.

Diante do exposto, percebe-se, em razão da existência da individualização da pena no rol dos direitos fundamentais do art. 5^a (inciso XLVI) da Constituição, que tal princípio pode ser interpretado apenas como norma que estabelece critérios de limitação do poder penal. Unicamente sob este âmbito pode-se legitimar o Direito Penal, que recupera sua funcionalidade enquanto conjunto de regras que impõem limites ao arbítrio judicial.

2. ANÁLISE DO VOTO DO MINISTRO RELATOR

O Ministro Marco Aurélio, relator do no Recurso Extraordinário de número 453.000/RS, acompanhado à unanimidade por seus pares, inicia seu voto²⁴ examinando a abrangência do instituto da reincidência.²⁵

O Relator ressalta que se na oportunidade histórica do julgamento do RE ora analisado tivesse sido declarada a não recepção da reincidência pela Constituição, todas essas implicações deveriam ser forçosamente afastadas, por força da lógica e coerência.

Após este enfoque sobre o instituto, o ministro ressalta a antiguidade do instituto, asseverando “[...] a reincidência como agravante vem do Código Penal do Império – Lei de 16 de dezembro de 1830, artigo 16, 3^o”. Inúmeras mudanças sociais perpetraram-se desde então. No tocante à reincidência, elas não foram tão perceptíveis.

O ministro sustenta que o fato de levar em conta “[...] o perfil do condenado e o fato de haver claudicado novamente, distinguindo-o daqueles que cometem a primeira infração penal [...]”, ao contrário do que se alega no recurso defensivo, reforçaria o princípio da individualização da pena.

Tal visão sobre esse princípio, elencado entre as garantias individuais fundamentais, como já visto, não se coaduna com sua necessária interpretação sistemática na Constituição.

Por isso, objetivando-se uma aplicação da pena redutora de danos e visando ao estabelecimento de limites ao arbítrio judicial, deve ser rechaçada a citada argumentação.

Nesse contexto, Marco Aurélio argumenta no sentido de que, por existir circunstância atenuante que leva em conta “o perfil do condenado”, a exemplo da idade e do desconhecimento da lei, o legislador estaria autorizado a levar em conta o mesmo aspecto para prever circunstâncias legais agravadoras da pena.

Embora tais circunstâncias não sejam o foco do presente trabalho, é cediço que o desconhecimento da lei refere-se à culpabilidade, que evidentemente leva em conta questões pessoais do agente no momento do fato. A principal crítica à reincidência, por outro lado, é o fato de esta extrapolar os limites da culpabilidade.

²⁴ Disponível em: <s.conjur.com.br/dl/voto-ministro-marco-aurelio-re-453000.pdf>. Acesso em: 26 jul. 2013.

²⁵ Em artigo que procura exaurir o rol dos efeitos da reincidência, são citadas cerca de sessenta consequências da reincidência esparsas na legislação penal e processual penal: PAULA, Áureo Natal de. Efeitos da reincidência de acordo com a doutrina. Jus Navigandi, Teresina, ano 8, n. 65, 1 maio 2003. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/4009>>. Acesso em: 18 jul. 2013.

Consoante os ensinamentos de Juarez Tavares²⁶, a culpabilidade não é aferida conforme um juízo autônomo de reprovação *sobre o agente*, mas sim, em face dos *elementos do próprio injusto em função do agente*. Com base nessa doutrina, constata-se que a reincidência não se encontra nos limites dos elementos do próprio injusto. Pelo contrário, trata-se de reprovação do julgador *sobre o agente*, e, portanto, é incompatível com o Estado Democrático de Direito, principalmente se considerados seus objetivos de proteção aos direitos fundamentais.

Quanto à atenuante da idade, trata-se de medida de política criminal descarcerizadora que privilegia a individualização da pena em sua ótica redutora de danos, ao prever a diminuição da pena quando o apenado for muito jovem, por um lado, e muito idoso, por outro.

Dessa forma, ambas as hipóteses levantadas a título de comparação possuem pouca relação com o instituto ao qual foi reconhecida repercussão geral no Recurso Extraordinário objeto de análise.

Após o exame de mais algumas das repercussões da reincidência em nosso arcabouço de leis penais, o ministro chega à conclusão que a reincidência compõe “[...] consagrado sistema de política criminal de combate à delinquência”.

Ora, duas ponderações devem ser cheçadas para que se possibilite essa colocação: i) se a consagração do sistema tem como base o sucesso deste em seus objetivos, e para isso é necessário o confronto dos objetivos declarados com dados sociais; ii) a princípio, tal sistema de política criminal possui base infraconstitucional, então não responderia ao principal questionamento do recurso interposto: a vigência deste em face da superveniência da Constituição fundante do contemporâneo Estado Democrático de Direito.

A primeira ponderação parece ter resposta negativa, em face da análise dos estudos criminológicos sobre o assunto. Tem-se um consenso nas ciências empíricas acerca do fracasso do sistema de política criminal hodierno, ao menos em relação a seus objetivos declarados. No específico caso da reincidência, uma análise de seu índice de ocorrência em nosso sistema prisional²⁷ indica o insucesso dessa política.

Quanto ao segundo, deve-se ter como ponto de partida a Constituição Federal de 1988, que trouxe como pilar a proteção de direitos fundamentais, em oposição às leis penais vigentes desde há muito, impregnadas de resquícios autoritários dos regimes em que foram promulgadas.

²⁶TAVARES, Juarez. Culpabilidade e individualização da pena. In: NASCIMENTO, André; BATISTA, Nilo. (Org.). *Cem Anos de Reprovação*. 1ªed. Rio de Janeiro: Revan, 2011, v. 1, p. 131

²⁷Não há notícia de estatísticas precisas acerca do instituto. Porém, em 2011, Cezar Peluso ex-ministro do STF, à época presidente do Conselho Nacional de Justiça, estimou a taxa em cerca de 70%. Disponível em: <<http://www.valor.com.br/legislacao/998962/indice-de-reincidencia-criminal-no-pais-e-de-70-diz-peluso>>. Acesso em: 26, jul. 2013.

É a Constituição a base de nosso ordenamento jurídico e fundamento de validade para todas as leis vigentes. Em face desta é que o magistrado, ao aplicar a norma, deve fazer um juízo de valoração e verificar a compatibilidade com os direitos fundamentais instituídos, ainda que contra a vontade da maioria.

Tal linha de argumentação é defendida pelo jurista Luis Roberto Barroso²⁸:

[...] As normas legais têm de ser reinterpretadas em face da nova Constituição, não se lhes aplicando, automática e acriticamente, a jurisprudência forjada no regime anterior. Deve-se rejeitar uma das patologias crônicas da hermenêutica constitucional brasileira, que é a interpretação retrospectiva, pela qual se procura interpretar o texto novo de maneira que ele não inove nada, mas, ao revés, fique tão parecido quanto possível com o antigo. (Grifos no original)

É certo que somente quando busca reinterpretar o direito de maneira crítica, visando ao prevalecimento da Constituição, o juiz legitima a jurisdição e sua independência. Legitima ainda, precipuamente, sua função de garantidor de direitos fundamentais — no caso em tela, de Guardiã da Constituição —, pressupostos sobre os quais se assenta a democracia substancial.

Seguindo, passa o Ministro Marco Aurélio a realizar exercício discursivo, afirmando que não há *bis in idem* na agravante da reincidência. Vejamos:

Se assim o é quanto às diversas previsões, de forma diferente não acontece no tocante ao agravamento da pena. Afastem a possibilidade de cogitar de duplicidade. Logicamente, quando da condenação anterior, o instituto não foi considerado. Deve sê-lo na que se segue, em razão do fato de haver ocorrido, sem o interregno referido no artigo 64 do Código Penal – cinco anos –, uma outra prática delituosa. Então, não se aumenta a pena constante do título pretérito, mas, presentes o piso e o teto versados relativamente ao novo crime, majora-se, na segunda fase da dosimetria da pena, no campo da agravante, a básica fixada.

O magistrado entende que, em razão de a circunstância não ser aplicada de forma contemporânea à primeira condenação, não implicaria dupla punição pelo mesmo fato. No entanto, parece empreender um raciocínio eminentemente abstrato: no seu sentir, a agravante da reincidência não seria consequência do primeiro delito, mas apenas cumprimento do gravame objetivo previsto expressamente em lei, de aplicação obrigatória.

Dessa forma, fundamenta-se a incoerência de violação ao princípio do *non bis in idem* com base no discurso de negação de sua ocorrência, sustentando a agravante em circunstâncias objetivas que não teriam sua existência baseada em qualquer circunstância do plano real. Seria

²⁸ BARROSO, Luís Roberto. Interpretação e aplicação da constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 7ª. ed., rev. São Paulo: Saraiva, 2009. Pp 72-73 (grifos no original).

apenas consequência abstrata, objetiva e obrigatória, constatável a partir de certidão cartorária nos autos.

No entanto, por maior que seja o esforço hermenêutico e retórico no voto, não é possível desvincular a reincidência do que realmente é: aplicação de um *plus* de pena em uma condenação que sucede uma preexistente, apenas em razão desta.

É importante ressaltar que o *bis in idem* não se configura na dupla aplicação do instituto da reincidência, por óbvio. A violação ao princípio decorre da dupla punição pelo mesmo fato, qual seja, o delito que ensejou a primeira condenação, quando este é considerado para fins de aplicação de pena do segundo fato.

Nesse sentido, a reincidência viola o princípio da culpabilidade, em razão do agravamento da pena por um ato pelo qual o agente já foi condenado. Isso ocorre porque se trata de sanção que se baseia em uma nova consideração do delito que resultou na condenação anterior, já transitada em julgado.

Dessa forma, não há como negar que o *quantum* adicionado à pena-base na sentença em que se aplica a agravante é referente, na realidade, à constatação do delito anterior, e não em uma análise da reprovabilidade intrínseca do segundo crime.

Exemplifique-se: um homicídio praticado por agente que nunca se sentou no banco dos réus é tão reprovável quanto outro, em similares condições, perpetrado por autor já condenado anteriormente por delito contra o patrimônio, tenha este cumprido pena ou não. Daí se extrai que a anterior condenação não guarda qualquer relação com a culpabilidade pelo fato ulterior.

A reincidência viola ainda a intangibilidade da coisa julgada, uma vez que a simples existência desse instituto como agravante constitui uma ameaça àqueles com sentença condenatória transitada em julgado, uma vez que, no prazo de cinco anos contados a partir do cumprimento da pena, pode advir *plus* referente ao fato pelo qual já cumpriram pena. Basta para isso que ocorra condenação superveniente.

Prosseguindo na análise do voto do ministro, o trecho que mais merece atenção é o seguinte:

Está-se diante de fator de discriminação que se mostra razoável, seguindo a ordem natural das coisas. Repito que se leva em conta o perfil do réu, percebendo-se a necessidade de maior apenação, consideradas a pena mínima e a máxima do tipo, porque voltou a delinquir apesar da condenação havida, no que esta deveria ser tomada como um alerta, uma advertência maior quanto à necessidade de adoção de postura própria ao homem médio, ao cidadão integrado à vida gregária e solidário aos semelhantes.

[...] a outro em que o Estado se defronta com quem fora condenado antes e voltou a trilhar o caminho glosado penalmente, deixando de abraçar a almejada correção de rumos, de alcançar a ressocialização.

A menção à “ordem natural das coisas” é passível de refutação. A essência do Recurso Extraordinário ora analisado é justamente esta: a contestação da constitucionalidade de um instituto aplicado cotidianamente no sistema penal brasileiro há dois séculos, e para isso provocar um debate e uma reflexão mais profundos.

Essa maior reflexão é necessária, conforme ensina o ilustre professor Juarez Tavares²⁹:

Segue-se, nesse passo, a ideia de que o processo de individualização da pena não pode ser visto como puro instrumento de satisfação de uma política criminal assentada sobre uma base infalível. Ao contrário; a concretização da medida da pena deve assegurar a oportunidade de também criticar os fundamentos legitimadores de sua imposição, sempre sob o pressuposto de que os juízos de necessidade e suficiência só podem ser formulados em função de que a pena imposta não implique a dessocialização do autor.

Como fundamento do voto que é, o ministro poderia ter apresentado a definição do que é a referida “ordem natural”, indicando seu assento constitucional. Sem tal menção, parece tratar-se de conceito apriorístico e não fundamentado que não pode sustentar a permanência de um instituto com tantas repercussões negativas na vida de um indivíduo selecionado pelo sistema penal.

Ademais, o relator tece considerações acerca da função de prevenção especial positiva da pena, que não é idônea para fundamentar a existência da agravante da reincidência, como já se buscou demonstrar. Não há como o condenado “abraçar a almejada correção de rumos” se não lhe são oferecidos materiais que a possibilitem na realidade social.

Após, o Ministro Marco Aurélio faz um levantamento sobre o estado da arte da agravante na doutrina, que, como já exposto, possui entendimentos qualificados favoráveis e divergentes à constitucionalidade da agravante; bem como na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, favorável à aplicação do instituto.

Caminhando para a conclusão de seu voto, o ministro destaca que, recentemente, em alguns julgamentos marcantes, o STF “[...] tem fulminado institutos relativos a crime de inexcusável malefício, como é o tráfico de drogas.”. Cita como exemplo repercussões na lei de crimes hediondos: a declaração da inconstitucionalidade da regra que determinava como forma obrigatória de cumprimento de pena o regime inicialmente fechado; do dispositivo que

²⁹TAVARES, Juarez. Op. cit., p. 131

vedava a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos; e da lei que proibia a concessão de liberdade provisória nos crimes daquela espécie.

Ressalta a sua posição minoritária nesses julgamentos, em que proferiu voto vencido pela constitucionalidade dos institutos, e refere, em tom aparentemente alarmista “o desmonte do sistema criminal normativo”, em oposição ao “aumento sem igual da prática criminosa”.

Ora, o enfoque empírico sobre nosso sistema criminal normativo e sobre as estatísticas de prática criminosa evidenciam que ambas as premissas não se confirmam na realidade.

Nosso ordenamento jurídico penal é bastante rígido, sólido e extenso. Não por acaso, o anteprojeto que objetiva unificar o Direito Penal material, convertido no Projeto de Lei do Senado nº 236/2012 tem nada menos que 543 artigos, dentre estes, 321 dispositivos contendo tipos penais. O sistema prisional brasileiro, segundo estatísticas de junho de 2012 do Ministério da Justiça³⁰, abriga 549577 presos.

Diante desses dados, sem qualquer análise mais profunda, vez que esta não seria possível neste trabalho, não parece possível que o sistema penal brasileiro possa ser objetivamente afetado com a declaração da inconstitucionalidade de institutos conflituosos com o princípio da individualização da pena.

Além disso, a relação mais notável entre reincidência e delito é a ação criminógena do cárcere, de modo que parece mais lógica, racional e respeitadora de direitos fundamentais uma Política Criminal tendente a reduzir os efeitos nocivos do aprisionamento, vez que este é causa mais suscetível impactar na redução das estatísticas delitivas do que seu incremento.

O ministro conclui asseverando:

A regência da matéria, harmônica com a Constituição Federal, circunscreve-se a oportuna, sadia, razoável e proporcional política normativa criminal e envolve, em rápida contagem, mais de vinte institutos penais, conforme referido. ”

Diante da realidade do sistema carcerário brasileiro, fica difícil crer que o recrudescimento das medidas no “tratamento” de apenados com base em instituto com adequação à Constituição questionável seja “oportuna, sadia, razoável e proporcional”.

Nesse aspecto, é indissociável do exercício hermenêutico do instituto uma análise empírica sobre suas consequências. Como ensinam os penalistas Batista e Zaffaroni³¹, “É impossível uma teoria jurídica, destinada a ser aplicada pelos operadores judiciais em suas

³⁰ Dados do INFOPEN disponíveis em: <<http://portal.mj.gov.br/servicos/DocumentManagement/FileDownload.EZTSvc.asp?DocumentID={AEB5FC55-28B7-4E56-B4B9-A59B68197B98}&ServiceInstUID={4AB01622-7C49-420B-9F76-15A4137F1CCD}>>. Acesso em: 26 jul. 2013.

³¹Op. cit. P. 65

decisões, que não tome em consideração o que verdadeiramente acontece nas relações sociais entre as pessoas”.

Consoante à crítica dos professores que refutam a possibilidade de se produzir saber penal sem a análise de dados sociais, comparando-a a ciência medicinal, sem apoio de dados fisiológicos³², não há alternativa senão a constatação do gigantismo do sistema penal e do fracasso da reincidência diante dos dados empíricos que saltam aos olhos em nossa realidade carcerária.

Dessa forma, circunda a fundamentação do voto do Ministro Marco Aurélio um aparente descolamento da dogmática com os fatos sociais que compõem o substrato destinatário das normas penais. Com argumentos eminentemente abstratos e pretensamente objetivos, atentando para a antiguidade do instituto, mas sem procurar verificar o seu sucesso ou não na política criminal que percorre os séculos, o insigne magistrado vota aparentemente orientado por um paradigma etiológico do delito e de seus agentes, base para um Direito de Penal de Autor.

CONCLUSÃO

Como procuramos demonstrar, o instituto da reincidência constitui resquício dos “tipos de autor” defendidos pela Escola Positiva, constituindo categoria que não se adequa com um Direito Penal do Fato. Ademais, a reincidência não pode ser fundamentada com base em qualquer das funções tradicionais atribuídas à pena, constitui violação aos princípios da vedação ao *bis in idem* e da individualização da pena, que deve ser visto como garantia ao réu, e não como mero instituto diferenciador.

Somente usando como ponto de partida essa interpretação, o sistema penal pode exercer seu legítimo papel em uma democracia substancial, em que se busca limitar a força do exercício de poder pela maioria e protege uma minoria mais frágil e estigmatizada que superlota as carceragens brasileiras.

É mediante o respeito à tutela dos valores e direitos fundamentais que o Direito Penal pode exercer seu papel constitucional: a proteção de bens jurídicos, com a observância das garantias legais a um processo e pena justos e democraticamente estabelecidos.

³² “Não se trata de uma empresa possível, embora objetável, mas de um empreendimento tão impossível quanto fazer medicina sem incorporar dados fisiológicos: tentou-se fazê-la sem pesquisar a fisiologia, mas o que se fez foi uma medicina baseada em uma falsa fisiologia, que não é a mesma coisa que fazer medicina sem pesquisar fisiologia. O mesmo acontece quando se pretende construir o Direito Penal sem levar em consideração o comportamento real das pessoas [...], e como isso é impossível, o resultado não é um Direito Penal desprovido de dados sociais, mas sim construído sobre dados sociais falsos” Id, *ibid.* p. 65-66.

Diante do exposto e na esteira dos ensinamentos de Alberto Silva Franco³³, em harmonia com os ensinamentos já citados do professor Luís Roberto Barroso, inferimos que a agravante da reincidência não resiste ao confronto com os princípios constitucionais elencados, e, portanto, deveria ter sido declarada a sua não recepção pela Constituição no julgamento do Recurso Extraordinário 453.000/RS.

Não obstante, somente com a permanência do debate no meio acadêmico, a provocação dos juízes por advogados e promotores diligentes e a garantia de independência dos magistrados é possível uma posterior mudança de posicionamento, como vem fazendo o Supremo diversas vezes, inclusive em matéria penal.

Afinal, conforme assevera Dworkin: “Embora os tribunais possam ter a última palavra, em qualquer caso específico, sobre o que é direito, a última palavra não é, por essa razão apenas, a palavra certa”.³⁴

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARATTA, Alessandro. *Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal*. 3ª Ed. 2002. Editora: Revan.

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 7ª. ed., rev. São Paulo: Saraiva, 2009

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*. 15ª. Ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BOSCHI, José Antônio Paganella. *Das penas e seus critérios de aplicação*. 5ª ed. Porto Alegre. Livraria do Advogado, 2011.

BRASIL. *Constituição Federal, de 05 de Outubro de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em: 27 de julho de 2013>.

_____. *Decreto-Lei N° 2.848*, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal Brasileiro. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm>. Acesso em: 27 jul. 2013.

_____. *Lei n° 7.209* de 11 de julho de 1984. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1980-1988/17209.htm>. Acesso em: 27 jul. 2013.

³³ FRANCO, Alberto Silva. Reincidência: um caso de não recepção pela Constituição Federal. *Boletim IBCCRIM*. São Paulo: IBCCRIM, ano 17, n. 209, p. 02-03, abr., 2010.

³⁴ DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2001, p. 171.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário. *RE 453.000/RS*. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, DF. DJe nº 68, publicado em 12/04/2013. Disponível em: <s.conjur.com.br/dl/voto-ministro-marco-aurelio-re-453000.pdf>. Acesso em: 27 jun. 2013.

CARVALHO, Salo. *Pena e Garantias*. 3ª. Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

CARVALHO, Salo; CARVALHO, Amilton Bueno de. *Aplicação da Pena e Garantismo*. 4ª edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *Direito penal: parte geral*. 2ª ed. Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2007.

DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2001

FERRI, Enrico. *Princípios de Direito Criminal*. 2ªed. Campinas/SP: Bookseller, 1999. Trad. Paolo Capitanio.

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir: nascimento da prisão*. 40 ed. Petrópolis, RJ, Vozes, 2012. Tradução de Raquel Ramallete.

FRANCO, Alberto Silva. Reincidência: um caso de não recepção pela Constituição Federal. *Boletim IBCCRIM*. São Paulo: IBCCRIM, ano 17, n. 209, p. 02-03, abr., 2010.

HASSEMER, Winfried. *Introdução aos fundamentos do Direito Penal*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2005.

KARAM, Maria Lucia. A violenta, danosa e dolorosa realização do poder punitivo: considerações sobre a pena. In: *Desconstrução das práticas punitivas*. Belo Horizonte: CRP-MG / CRESS 6º Região, 2010.

LYRA, Roberto. *Comentários ao Código Penal*. Vol. II, 3ª ed., Rio, Forense, 1958.

NASSIF, Aramis. Reincidência: Necessidade de um Novo Paradigma. In: *Escritos de Direito e Processo Penal em Homenagem ao Prof. Paulo Cláudio Tovo*. p. 63 e ss.

QUEIROZ, Paulo de Souza. *Funções do Direito Penal: legitimação versus deslegitimação do sistema penal*. 3ª Ed. São Paulo, RT, 2008.

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

TANGERINO, Davi de Paiva Costa. *Culpabilidade*. São Paulo: Campus Elsevier, 2010.

TAVARES, Juarez. Culpabilidade e individualização da pena. In: NASCIMENTO; André; BATISTA, Nilo (orgs.). *Cem Anos de Reprovação*. 1ªed. Rio de Janeiro: Revan, 2011, v. 1, p.121- 152.

ZAFARONI, Eugenio Raul; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito penal brasileiro: teoria geral do Direito Penal*. Vol. 1. Rio de Janeiro: Revan, 2003

ZAFFARONI, Eugênio Raul. Reincidência: Um conceito do Direito Penal Autoritário. BUSTAMANTE, Ricardo e TUBENCHLAK, James (coords.). *Livro de Estudos Jurídicos* (6). Rio de Janeiro: IEJ, 1993.

