

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL

FURTO - CIRCUNSTÂNCIA AGRAVANTE - REINCIDÊNCIA

Inconstitucionalidade por representar bis in idem. Voto vencido. Negaram provimento ao apelo da acusação por maioria.

Apelação-Crime nº 699.291.050 - 5ª Câmara Criminal - Rel. Des. Amilton Bueno de Carvalho - J. 11.08.99

ACÓRDÃO

Acordam os Des. da 5ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado, por maioria, em negar provimento ao apelo, vencido o Des. Vogal, ARAMIS NASSIF, que dava provimento, o qual fará declaração de voto.

Custas na forma da lei.

Participaram do julgamento, os eminentes Des. PAULO MOACIR AGUIAR VIEIRA (Presidente), AMILTON BUENO DE CARVALHO (Rel.) e ARAMIS NASSIF (Vogal).

RELATÓRIO

Des. AMILTON BUENO DE CARVALHO (Relator): O Ministério Público, por seu órgão, ofereceu denúncia contra Amilton Barbosa, com 28 (vinte e oito) anos de idade à época, porque:

"No dia 09 de agosto de 1994, às 17 horas, aproximadamente, no interior do estabelecimento comercial sito na Rua João Zanetti nº 59, Bairro Florestinha, nesta Cidade, o denunciado Amilton Barbosa subtraiu, para si, um revólver marca Taurus, calibre 38, de propriedade de Amado Moraes, avaliado em R\$ 180,00 (cento e oitenta reais), conforme auto de avaliação da fl. 24 do caderno policial. A res furtiva não foi apreendida."

Em razão disso, pediu a condenação do apelado nas sanções do art. 155, caput, do Código Penal.

A denúncia foi recebida em 25.04.96. Citado, foi interrogado (fl. 46). Veio defesa prévia (fl. 47).

Coletou-se prova oral (fls. 49 e 49v).

No prazo do art. 499 do Código de Processo Penal, foram atualizados os antecedentes.

Em alegações finais, o Ministério Público requereu a condenação, pois entende provada a hipótese da denúncia. A defesa pediu a absolvição porque ausente a certeza probatória para ensejar juízo condenatório.

O ato decisório singular condenou o apelado pela prática de furto simples. A pena-base foi estabelecida em um ano e quatro meses, tornada definitiva porque ausentes causas modificadoras, em regime inicial aberto, concedido sursis, suspendendo-se condicionalmente a pena, pelo prazo de dois anos, mediante condições.

Intimado o Ministério Público, manifestou interesse em apelar. Em razões recursais, posta a reforma do decisum monocrático, porque a reincidência não foi considerada quando da dosimetria, porque prevalece a falta de condições para a concessão do sursis, e porque impossível a fixação do regime inicial aberto. O apelado, intimado pessoalmente, não ofereceu recurso. Em contra-razões, sustenta inexistir motivos juridicamente relevantes para a pretendida reforma, requerendo seja o recurso julgado improcedente.

Em 2º Grau, a Procuradoria de Justiça, através do Dr. LENIO LUIZ STRECK, pugna pelo improvimento do apelo.

É o relatório.

VOTO

Des. AMILTON BUENO DE CARVALHO (Relator): Nada se acrescenta à exemplar decisão do colega Mauro, que vai adotada como razão de decidir:

"O réu negou a imputação, dizendo que foi até o bar da vítima cobrar-lhe uma conta, tendo esta, não só não pago, como ainda lhe deu dois tiros com o revólver que lhe acusa ter furtado.

Essa versão não encontra a menor sustentação probatória nos autos. A vítima disse que Amilton chegou e lhe propôs a troca do revólver por uma TV. Como topou, pediu-lhe para ver o revólver. De posse do mesmo, foi saindo, tendo corrido quando chegou à porta.

Darci de Andrade, única testemunha ouvida, confirma a versão da vítima, ao dizer ter visto o Amilton pedir o revólver para Amado (vítima) e, de posse dela, saiu do bar, não mais voltando.

O fato de o réu apoderar-se do revólver e sair em disparada caracteriza o ânimo de subtrair a arma, configurando o delito de furto e não de apropriação indébita, posto que não se estabeleceu a posse no sentido jurídico. O que houve foi mera detenção da arma pelo réu, ainda sob a vigilância da vítima. A apropriação indébita ocorre quando o acusado, já tendo a posse tranqüila, inverte o seu caráter, passando a possuí-la sem a intenção de devolvê-la.

Do exposto, condeno o réu Amilton Barbosa, pela prática de furto simples (art. 155, caput).

FIXAÇÃO DA PENA

A culpabilidade é relevante, pois Amilton agiu consciente do que fazia, e com a intenção de subtrair o revólver.

Possui extensa folha de antecedentes, o que depõe contra sua conduta social. Demais operativas sem relevância.

Pena-base: 1 ano e 4 meses, que fica definitiva na inoccorrência de causa modificadora.

Regime Inicial: aberto.

Esclareço que não operei com a circunstância da reincidência, pois entendo que ela não tem aplicação, no caso, porque afronta a Constituição Federal.

Explico.

Conforme lição do sempre brilhante LENIO LUIZ STRECK (Tribunal do Júri - Símbolos & Rituais, Porto Alegre : Livraria do Advogado Editora, 3ª ed., pp. 63 a 68, 1998), 'o Direito Penal hoje - em face da instituição do Estado Democrático de Direito em nossa Constituição - não pode (mais) ser visto, como uma mera racionalidade instrumental. 'Para tanto, há que se perquirir os critérios que fundamentam o estabelecimento dos bens jurídicos tutelados pelo Direito Penal, isto porque não é livre o 'legislador' para estabelecer tipos penais e penas e das exigências fundamentais inseridas na Constituição, inferem-se os limites traçados, por ela, para o Direito Penal' (CARVALHO, Márcia Dometila Lima de. Fundamentação Constitucional do Direito Penal, Porto Alegre : Fabris, 1992, p. 44).

O Direito Penal e também Processual Penal devem ser interpretados, assim, não mais sob a óptica de um modo liberal-individualista-normativista de produção de direito, com sua faceta hobbesiana-ordenadora, mas sim, sob a óptica de um Estado Social e Democrático de Direito, de cunho intervencionista-promovedor-transformador. Por isso, a parte especial do Código Penal deve ser revista, repensando-se os seus bens jurídicos, à vista da matriz constitucional.

Tudo isso significa dizer, mutatis mutantis, como bem assevera DOMETILA DE CARVALHO (obra já citada), que a superioridade normativa do Direito Constitucional delimita o que deve ser considerado delito pelo Direito Penal, e, mais ainda, que na tipificação delitual o acento deve ser dirigido para a proteção do valor constitucional maior, ou seja, para a justiça social.

Para tanto, há que se fazer toda uma filtragem das normas anteriores à Constituição, para compatibilizá-las com a nova ordem constitucional. Isto porque, como bem ilustra LUIGI FERRAJOLI (FERRAJOLI, Luigi. O direito como sistema de garantias, in O novo em Direito e Política, Porto Alegre : Livraria do Advogado, 1997, p. 97), em uma perspectiva 'garantista' do Direito, 'todos os direitos fundamentais - e não só os direitos sociais e os deveres positivos por eles impostos ao Estado, mas também os direitos de liberdade e as correspondentes proibições negativas que limitam a intervenção daquele - equivalem a vínculos de substâncias e não de forma, que condicionam a validade substancial das normas produzidas e exprimem, ao mesmo tempo, os fins para que está orientado esse moderno artifício que é o Estado Constitucional de Direito'.

A partir desta óptica garantista, explica FERRAJOLI, o Juiz está sujeito somente à lei enquanto válida, isto é, coerente com a Constituição: 'A interpretação judicial da lei é sempre um juízo sobre a própria lei, relativamente à qual o Juiz tem o dever e a responsabilidade de escolher somente os significados válidos, ou seja, (os significados que são) compatíveis com as

normas substanciais e com os direitos fundamentais por ela estabelecidos'. Fazer isto, segundo o mestre italiano, é fazer 'uma interpretação da lei conforme a Constituição, e quando a contradição é insanável, é dever do Juiz (ou do Tribunal) declará-la inconstitucional'.

'Enxergar o direito pelos olhos da Constituição significa, por exemplo, ver o direito à luz do Princípio da Proporcionalidade, ou Razoabilidade, que é um dos mais importantes (se não for o mais) princípios albergados na Constituição, o qual consiste num parâmetro de valoração dos atos do Poder Público, para aferir se eles são informados pelos valores ditados pela Constituição (BARROSO, Luís Roberto, *Interpretação e Aplicação da Constituição*, Saraiva, p. 204, 1996).

Em síntese, ensina a verificação da compatibilidade entre o meio empregado pelo legislador e os fins visados, bem como a legitimidade dos fins do ato em discussão (idem, p. 200).

A valoração da razoabilidade do ato se faz através de um 'juízo de ponderação de resultados', cujo requisito é a adequação entre os meios e os fins do ato em exame (STUMM, Raquel Denise. *Princípio da Proporcionalidade no Direito Constitucional Brasileiro*, Porto Alegre : Livraria do Advogado, p. 81, 1995).

Nesse contexto, como fica a reincidência?

Como mais uma vez ensina LENIO STRECK (op. cit., pp. 66/67):

'No nosso Código Penal, a reincidência, além de agravar a pena do (novo) delito, constitui-se em fator obstaculizante de uma série de benefícios legais, tais como a suspensão condicional da pena, o alongamento do prazo para o deferimento da liberdade condicional, a concessão do privilégio do furto de pequeno valor, só para citar alguns. Esse duplo gravame da reincidência é antigarantista, sendo, à evidência, incompatível com o Estado Democrático de Direito, mormente pelo seu componente estigmatizante, que divide os indivíduos em aqueles-que-aprenderam-a-conviver-em-sociedade e aqueles-que-não-aprenderam-e-insistem-em-continuar delinquindo.'

LENIO questiona, citando ZAFFARONI (ZAFFARONI, Raúl Eugênio. *Reincidência: um conceito do direito penal autoritário*, in Livro de Estudos Jurídicos nº 3, I EJ, 1991, pp. 55 e 56.) se:

'Se pode aplicar uma pena mais grave do que a correspondente à classe de delito de que se é culpável; se infligir a alguém que cometeu um primeiro delito pelo qual foi apenado uma nova pena por esse crime não seria violar abertamente o non bis in idem, que é uma das bases fundamentais de toda a legislação em matéria criminal'.

O mestre argentino, citado por LENIO, na esteira de FERRAJOLI, advoga a abolição da reincidência no Direito Penal:

'Quando o discurso jurídico-penal pretende legitimar a sanção ao homem pelo que é e não pelo que fez, quebra um princípio fundamental do direito penal de garantias, que é a intangibilidade da consciência moral da pessoa, sustentada com a mesma ênfase através de argumentos racionais e religiosos: trata-se de

uma regra laica fundamental do Estado de Direito e, ao mesmo tempo, da proibição ética de julgar evangélica (Mateus, VII, 1; Paulo, Epístola XIV, 4) - FERRAJOLI (cf. ZAFFARONI, op. cit., p. 57) - Por tudo isso, conclui ZAFFARONI (ZAFFARONI, Raúl Eugênio. Sistemas Penales y Derechos Humanos en América Latina - Informe final do programa de investigação do Instituto Interamericano de Direitos Humanos, 1982-1986 - Buenos Aires : Depalma, 1986, p. 89.), 'el registro de la condena una vez cumplida y su relevancia potencial futura, colocan al condenado que cumplió sua condena en inferioridad de condiciones frente al resto de la población, tanto jurídica como fácticamente. La gravación de la pena del segundo delito es difícilmente explicable en términos racionales, y la estigmatización que sufre la persona perjudica su incorporación a la vida libre!'

O exame do caso concreto, à luz de tais considerações, aponta, indubitavelmente, para a violação do Princípio da Proporcionalidade ou Razoabilidade, se operada com a reincidência.

É que, sem a reincidência, o sancionamento para o delito praticado seria um, ao passo que, incidindo ela, o apenamento seria outro e as conseqüências da condenação também, muito mais gravosas para o réu, ocorrendo, pois, a desproporção entre o resultado e o meio. Ou seja, a simples incidência da reincidência (meio) acarreta um resultado (apenamento e conseqüências mais gravosas ao réu) absolutamente desproporcional, ferindo, desta forma, o Princípio da Proporcionalidade, conseqüentemente, ferindo a própria Constituição, que, por ser a norma fundante de todo o sistema, retira o suporte de validade do dispositivo legal que prevê a reincidência, porque, materialmente, com ela conflita.

DO SURSIS

Apesar da extensão da certidão de antecedentes (fl. 51), o que tem de ser levado em conta como 'antecedentes' é o processo no qual Amilton foi condenado. Os demais registros não podem vir em prejuízo dele porque, ou já prescreveram (cf. art. 64, I, do CP), ou houve absolvição. Em sendo assim, penso que aquele 'antecedente', por tudo que foi dito, não é suficiente para vedar-lhe o benefício do sursis, pelo que concedo-lhe a suspensão condicional da pena, pelo prazo de 2 anos, mediante condições de:" - fls. 63v a 66v.

Acrescenta-se, ainda, parte do parecer de LENIO:

"A brilhante sentença, acrescentaria, ainda, que o próprio 'legislador' - tantas vezes refém dos movimentos de lei e de ordem - por ocasião da edição da Lei 9.714 rendeu-se ao que se poderia chamar de relativização do instituto da reincidência. Com efeito, se examinarmos o § 3º do art. 44 do Código Penal, com a redação que lhe foi dada recentemente, constataremos que o juiz poderá aplicar a substituição da pena privativa de liberdade mesmo quando o réu for reincidente, desde que a medida seja socialmente recomendável. Ora, o que isto senão a aplicação da devida proporcionalidade? Por tudo isto, correta a sentença de 1º grau" - fl. 90.

Nega-se provimento ao apelo, pois.

Des. PAULO MOACIR AGUIAR VIEIRA (Presidente e Revisor): De acordo com o Relator.

Des. ARAMIS NASSIF - Com o Relator quanto ao mérito. A condenação vai mantida pelos argumentos expendidos na sentença e no voto.

Quanto à pena, especificamente, pelo afastamento dos efeitos da reincidência, clássica agravante, confesso que, ao conhecer a ousada tese, preocupei-me com a extensão das conseqüências desta decisão, mantida pela maioria, nos demais segmentos penais.

Primeiro, porque ainda entendo que a pena, derradeira medida para recuperação do agente, e ninguém contesta isto, tem na culpabilidade sua essência e sua substância interna.

Ora, mesmo com todos os argumentos, eruditos e alimentados pela filosofia jurídica desenvolvida na sentença e com o apoio dos demais membros desta Câmara, vejo, ainda, que a reincidência deve ser considerada, menos como um plus gravoso ao agente pelo seu passado criminoso, mas como o fracasso da reprimenda anterior na sua ressocialização.

Não consigo afastar o convencimento de que, em reiterando a prática ilícita, está auto-resistindo à reinserção social, e, por isto mesmo, agindo, na repetição criticada, com especial carga de culpabilidade à qual deve corresponder uma resposta penal mais severa.

Assim, não seria para majorar a apenação vencida, mas para dar exata proporcionalidade da sanção a quem imputável, consciente da ilicitude e das conseqüências de revogar o comportamento que se lhe era exigível e, assim, dar exata proteção aos bens jurídicos tutelados pelo direito.

Por isto, ainda que sensibilizado pelo texto transcrito na sentença, de lavra do eminente e culto Procurador de Justiça Dr. LENIO STRECK, não vejo inconstitucionalidade na aplicação da reincidência como agravante.

Todavia, permito-me ficar aberto para alterar meu convencimento no futuro, se vencer esses ranços jurídicos que exponho acima.

Assim, voto no sentido de aplicar a pena-base de um (01) mês de reclusão, considerando presente a agravante do art. 61, I, do Código Penal.

COMENTÁRIO:

REINCIDÊNCIA E ANTECEDENTES CRIMINAIS: ABORDAGEM CRÍTICA DESDE O MARCO GARANTISTA

Salo de Carvalho

Advogado

Mestre (UFSC) e doutorando (UFPR) em Direito Público

Professor de Direito Penal e Criminologia (UNISINOS e PUCRS)

Coord. de Pesquisa do Instituto Transdisciplinar de Estudos Criminais - ITEC. (salodc@uol.com.br)

§ 1º. Crítica iluminista. O discurso jurídico-penal do iluminismo foi estruturado sob a égide da secularização e da tolerância. A negação do fundamento teológico (moral eclesiástica) do direito, principalmente nos critérios de interpretação e imputação dos desvios puníveis, obteve como conseqüência a radical substituição da concepção ontológica do crime (*mala in se*) para a noção garantista estruturada desde o princípio da legalidade (*mala prohibita*). Assim, são abandonados os critérios substancialistas de valoração cognitiva do injusto no processo penal, principalmente na imposição da pena. Crime passa a ser a descrição legal da conduta, criminoso é aquela pessoa que violou livremente (capacidade, conhecimento e vontade) o contrato social, e a pena representa o limite retributivo de intervenção do Estado na liberdade do indivíduo.

A Riforma della legislazione criminale toscana, conhecida como Riforma Leopoldina, publicada pelo Granduca PIETRO LEOPOLDO DI LORENA, em 30 de novembro de 1786, é um dos textos que mais simbolizaram a influência dos princípios de racionalidade e humanidade advogados pelo pensamento garantista clássico dos intelectuais da Academia dei Pugni, grupo de reformadores lombardos liderados pelo intelectual PIETRO VERRI.

Apesar da brevíssima vigência (foi ab-rogada pela reforma Fernandina em 1795), a Leopoldina atinge importância como "o grande manifesto de civilização penal", verdadeiro "monumento histórico de uma vigorosa infância da arte legislativa" ¹.

Lembra ZAFFARONI ² que, em seu § 57, o estatuto penal dizia que, após executada a sanção imposta pela prática de conduta descrita como crime, as pessoas "não poderão ser consideradas como infames, para nenhum efeito, nem ninguém poderá jamais reprovar-lhes por seu delito passado, que deverá se considerar plenamente purgado e expiado com a pena sofrida" (grifamos).

Creemos ser absolutamente pertinente o elogio à codificação, cuja principal virtude diz respeito à negativa de qualquer juízo futuro de cunho negativo ao indivíduo que,

condenado, já tenha cumprido sua pena, ou seja, exclui a antecedência criminal, a reincidência e os demais institutos análogos da esfera valorativa do magistrado.

Apesar de exortado do pensamento penal ilustrado, sabemos que o modelo inquisitorial do direito penal do autor, simbolizado em institutos como o da reincidência, renascerá com absoluto vigor no movimento penal da segunda metade dos oitocentos: a criminologia etiológica da Escola Positiva italiana.

§ 2º. Crítica funcional. A assunção do modelo anti-secular de direito penal do autor pela criminologia etiológica revigorará e fundamentará, sob o manto da cientificidade, inúmeros institutos que permitem a subjetivação dos julgamentos, entre eles a reincidência e os antecedentes criminais que, juntamente com os juízos sobre a personalidade e os mecanismos de classificação de criminosos, consubstanciarão a noção maniqueísta de "periculosidade". Antecedentes criminais, incluindo a reincidência, e os estudos sobre a personalidade do agente proporcionariam avaliações acerca das "tendências criminosas".

Segundo ENRICO FERRI, "para a avaliação da periculosidade do delinqüente, é necessário ter em conta o seu grau, a sua provável duração e a sua tendência" ³. A vida pregressa indicaria o traço da personalidade do delinqüente, correspondendo ao estudo mais relevante para a justiça penal. Desta forma, "privar a justiça penal das notícias sobre os precedentes do réu seria impedir ao juiz aquilo que mais lhe interessa para tranquilizar a própria consciência, isto é, o conhecimento da personalidade mais ou menos perigosa do acusado, não só para lhe medir a condenação, mas também para avaliar os indícios sobre sua culpabilidade" ⁴.

Com a superação do modelo criminológico positivista pelo paradigma da reação social, as formas de averiguação da personalidade e do passado do infrator recebem novas e renovadas críticas, fundamentalmente através dos estudos sobre os efeitos do processo de criminalização e sobre a incidência do sistema penal no indivíduo selecionado e rotulado como portador de um passado criminal.

Desde o enfoque da criminologia da reação social, denuncia-se a admissão legal da averiguação da reincidência e dos antecedentes criminais como mecanismo de reforço das percepções sobre a qualidade do "ser", estabelecendo controle pedagógico-disciplinar de extrema carga estigmatizante. O rótulo da reincidência estabeleceria papéis e estigmas - perverso, inadaptado, perigoso, hediondo -, gerando expectativas do público que consome o sistema penal. Tal expectativa atua nitidamente como influência, potencializando o comportamento futuro do "reincidente". Criar-se-iam novos status nas relações em sociedade, e o "crime" é também um status (negativo), que tendem a negar a finalidade oficial da pena - ressocialização.

Os efeitos da rotulação foram amplamente expostos pela teoria interacionista, base teórica do Labeling Approach, fundamentalmente pelos criminólogos BECKER e LEMERT. Segundo ALESSANDRO BARATTA "os criminólogos tradicionais examinam problemas do tipo 'quem é criminoso?', 'como se torna desviante?', 'em quais condições um condenado se torna reincidente?', 'com que meios se pode exercer controle sobre o criminoso?'. Ao contrário, os interacionistas, como em geral os autores que se

inspiram no Labeling Approach, se perguntam: 'quem é definido como desviante?', 'que efeito decorre desta definição sobre o indivíduo?', 'em que condições este indivíduo pode se tornar objeto de uma definição?' e, enfim, 'quem define quem?'" [5](#).

Nota LOLA ANYAR DE CASTRO [6](#) que a mudança nos questionamentos advindas da construção acadêmica das teorias sociológicas norte-americanas propiciou a percepção do papel real operado pelo sistema de criminalização: a) a construção de carreiras criminosas; e b) a consolidação do status social negativo do sujeito rotulado como criminoso, reincidente ou perigoso.

O etiquetamento, ensina a autora, é "(...) o processo pelo qual um papel desviante se cria e se mantém através da imposição de rótulos delitivos" [7](#). O processo de rotulação é, em realidade, processo de distribuição de etiquetas que obtém como efeito a geração de estigmas. A etiqueta é o principal instrumento de identificação de uma pessoa. A etiqueta faz o sujeito diferente, o separa do grupo e retira a sua identidade: "A etiqueta, pois, obscurece e esconde todas as demais características do indivíduo" [8](#). O sujeito rotulado por determinada etiqueta é expropriado do seu próprio "eu", sendo-lhe imposto um "ser" diverso, sob o qual expectativas surgirão. A expectativa social sobre um indivíduo etiquetado de homicida, por exemplo, é a esperança de que este reincida na prática do fato. O processo termina, porém, apenas quando o indivíduo assume para si o rótulo, passando a atuar conforme sua nova identidade em carreiras criminosas: o processo de estigmatização, desta maneira, está completo. A punição de um comportamento atua, segundo a teoria da reação social, como commitment to desviante. Neste sentido, desde uma visão crítica, a imposição da etiqueta de reincidente consolida a condição de "criminoso" da pessoa, impulsionando-o à prática reiterada de delitos.

Esta tese foi reforçada por MICHEL FOUCAULT na análise dos efeitos das condenações a penas privativas de liberdade: "(...) a prisão foi sempre um grande instrumento de recrutamento. A partir do momento em que alguém entrava na prisão se acionava um mecanismo que o tornava infame, e quando saía, não podia fazer nada senão voltar à delinquência. Caía necessariamente no sistema que dele fazia um proxeneta, um policial ou um alcagüete. A prisão profissionalizava" [9](#). No mesmo sentido, FERRAJOLI conclui que "uma rica literatura, confrontada por uma secular e dolorosa experiência, demonstrou que não existem penas recuperadoras ou terapêuticas, e que o cárcere, em particular, é um local criminógeno de educação e fomento ao delito. Repressão e educação são, assim, entre si, incompatíveis, como é a privação da liberdade e a liberdade mesma, que da educação forma a substância e o pressuposto; desta forma, o que se pode esperar do cárcere é que seja o menos repressivo e portanto o menos dessocializante e deseducativo possível" [10](#).

§ 3º. Antecedentes criminais. De acordo com o estatuído na lei penal brasileira, a antecedência criminal adquire como principais características a amplitude, negatividade,

subjetividade, relatividade e perpetuidade. Essencialmente negativa e indeterminada conceitualmente, constitui instrumento de imposição de rótulos e consolidação de estigmas acerca da vida do acusado, viabilizando ao juiz valoração irrefutável probatoriamente sobre o autor do fato, e não sobre o fato em si.

Sustenta BISSOLI F^o. ¹¹ que o conceito de antecedentes é amplo, pois qualquer fato pretérito envolvendo o acusado pode ser levantado pelo juiz. Sua negatividade decorre da tendência judicial em considerar apenas os "maus antecedentes" do autor. É subjetivo porque é o próprio julgador que seleciona os fatos antecedentes e os valores a serem avaliados, sendo, portanto, relativos, uma vez que são considerados basicamente registros policiais e civis.

Importante, porém, a constatação de que os antecedentes são perpétuos, dado que, diferentemente da reincidência, não são limitados temporalmente pela legislação vigente.

§ 4^o. Reincidência: conceito e justificativas. Não se distancia das qualidades da antecedência criminal o instituto da reincidência. Tecnicamente, como observa ZAFFARONI, é muito difícil fornecer conceito satisfatório de reincidência, pois toda a construção dogmática tende a centralizar o debate nas tradicionais relações entre reincidência genérica ou específica, ficta ou real, ou, ainda, nos países que adotam, na diferenciação e sistematização desta frente aos similares institutos da multirreincidência, habitualidade, continuidade, profissionalidade ou tendência delitiva. A reincidência, aliás, é uma espécie de reiteração delituosa.

Segundo o art. 63 do CP brasileiro, "verifica-se a reincidência quando o agente comete novo crime, depois de transitar em julgado a sentença que, no País ou no estrangeiro, o tenha condenado por crime anterior".

O CP não define, portanto, o que é reincidência, apenas indica as condições de sua verificabilidade. A regra do art. 64 do CP estabelece que o efeito da reincidência opera quando existe, entre a data do cumprimento ou extinção da pena e a infração posterior, lapso temporal inferior a 05 (cinco) anos. Assim, a reincidência, como nota ZAFFARONI, "(...) no es una relación entre el primero y el segundo delito, pero sí entre el segundo delito y la condenación anterior" ¹².

As justificativas do instituto são fornecidas por inúmeras correntes ¹³. A teoria da dupla lesão percebe no delito a violação de dois bens jurídicos diferenciados - um individual e outro político -, sendo a reincidência provocadora de profundo dano ao último (elemento mediato) pelo alarme social deflagrado. O grande problema desta teoria é a ruptura com o conceito de bem jurídico baseado no princípio da ofensividade, um dos pilares do garantismo penal.

Do positivismo ferriano obtemos, como legado, a teoria da periculosidade presumida. A justificativa através da periculosidade presumida, não obstante tratar-se de conceito incompreensível, vago e lacunoso, "reduz o homem a uma 'coisa' regida mecanicamente, retirando-lhe sua qualidade de pessoa" ¹⁴. Este modelo teórico difere da estrutura doutrinária da culpabilidade de autor, apesar de ambos estabelecerem julgamentos da vida progressiva do réu. Enquanto naquele modelo a pena e o valor da

condenação são voltados para o futuro na busca de ressocialização, a irrogação da penalidade na teoria da culpabilidade de autor adquire feição meramente retributiva.

Por último temos as teorias de culpabilidade do ato, cujo critério predominante na justificação da reincidência é a reprovação pela "recusa ao arrependimento" e pelo desprezo ao valor admonitório da condenação anterior. Neste sentido, a maior intensidade da pena "(...) decorre da circunstância de haver (o autor) menosprezado a condenação anterior, e toda a força intimidatória da lei penal, que faz do condenado um destinatário especial de ameaças, ao vedar-lhe, no caso do novo delito, uma série de benefícios" ¹⁵.

Pela observação e direcionamento de nossa análise, entendemos que, muito embora o discurso oficial tente ocultar tal justificativa, a teoria que melhor explicita nosso modelo justificador da reincidência é o da teoria criminológica derivada do positivismo. A explicação decorre não somente pela sua agregação com diversos institutos de natureza análoga (v.g. antecedência, avaliação de personalidade e conduta social, juízos e prognósticos de periculosidade, classificação tipológica de criminosos, et coetera), mas pelo próprio esquema discursivo que viabilizou e lhe deu sustentação na reforma da Parte Geral do Código Penal.

A reprovação acentuada do reincidente, segundo os reformadores de 1984, ganhou relevo "(...) tendo em vista a supressão do duplo binário, que conduzia a se descuidar da majoração na aplicação da pena, dada a obrigatória imposição da medida de segurança" ¹⁶.

Demonstra o § 59 da Exposição de Motivos da Lei 7.209/84 que "(...) 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 liberação prematura de determinadas categorias de agentes, dotados de acentuada periculosidade".

O sistema do duplo binário, que vigorava na Parte Geral pretérita, estabelecia medida de segurança, como sanção complementar, em consequência da periculosidade presumida ou verificada do delinqüente. Após o cumprimento da pena principal, baseada no juízo de culpabilidade, executava-se a medida de segurança, valorada desde a periculosidade do autor.

A periculosidade poderia ser presumida ou averiguada. Segundo o art. 78 da revogada Parte Geral, seriam presumidamente perigosos: a) os inimputáveis; b) os semi-imputáveis; c) os condenados por crimes cometidos em estado de embriaguez pelo álcool ou substâncias de efeitos análogos, se habitual; d) os reincidentes em crimes dolosos; e e) os condenados por crime que hajam cometido como filiados a associação, bando ou quadrilha. Presumida a periculosidade, sobrevém o estado perigoso. Cabe ressaltar, ainda, que não havia limitação no tempo para a reincidência. Somente em 1977, com o advento da Lei nº 6.416, os efeitos da condenação anterior foram restritos temporalmente (05 anos). Constata-se, pois, que a natureza do instituto e a argumentação da maior penalização é fundada em tipos criminológicos de autor e em teorias dogmáticas enumeradas pelas noções de periculosidade social e/ou patologia individual -

"A reincidência" - dizia HUNGRIA - "é sinal de periculosidade, como a febre é sinal de infecção, como a putrefação é sinal de morte" [17](#). O fato de abandonar a imposição complementar da medida de segurança (sistema do duplo binário) ao reincidente e substituí-la pela majoração da pena não ameniza o substrato ideológico que conforma o sistema, pelo contrário, demonstra claros sinais de sua presença. Desta forma, podemos comprovar, juntamente com ZAFFARONI, 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. Ao contrário, as tentativas de explicá-la dentro dos limites de um direito penal do ato são todas insatisfatórias" [18](#).

§ 5º. Reincidência: efeitos legais. Muito embora ter sido desqualificada teoricamente pela matriz iluminista e desmistificada pela feroz crítica funcional do interacionismo simbólico, as valorações sobre a vida pregressa do réu (condenado) continuam a ser objeto de valoração obrigatória pelo magistrado, tanto para aplicar a pena como para restringir direitos públicos subjetivos.

Ao rotular determinada pessoa como reincidente, ou como portadora de um passado criminoso (antecedentes), o sistema de controle social formal produz de imediato alguns efeitos legais. No sistema penal brasileiro a reincidência: a) agrava a pena privativa de liberdade (art. 61, I, do CP); b) impede substituição de pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, se específica em crime doloso (art. 44, II, do CP); c) impede substituição da pena privativa de liberdade pela multa (art. 60, § 2º, do CP); d) prepondera no concurso de circunstâncias agravantes e atenuantes (art. 67 do CP); e) obstrui o sursis, quando da prática de crime doloso (art. 77, I, do CP); f) aumenta o prazo de cumprimento da pena para obtenção do livramento condicional (art. 83, II, do CP); g) é causa de interrupção da prescrição da pretensão punitiva (art. 117, VI, do CP) e executória (art. 110 do CP); h) revoga o sursis (art. 81 do CP), o livramento condicional (art. 87 do CP) e a reabilitação (art. 95 do CP); i) impede alguns casos de diminuição da pena (arts. 155, § 2º, 170 e 171, § 1º, do CP); j) impede a prestação de fiança (art. 323, III, do CPP); l) não permite apelação em liberdade (art. 594 do CPP); m) impossibilita a suspensão condicional do processo (art. 89 da Lei 9.099/95), entre outros.

Idêntico aos efeitos da antiga Parte Geral, a reincidência impõe junto com a pena, em alguns estatutos alienígenas, medida de segurança. É o caso do ordenamento penal cubano (art. 55, 5) e boliviano (art. 43).

§ 6º. Crítica: interpretação garantista: relativização do instituto. É indubitável que os institutos da reincidência e dos antecedentes são algumas das maiores máculas ao modelo penal de garantias proposto pela Carta Constitucional de 1988. Como percebe CÂNDIDO FURTADO MAIA NETO, ao confrontar a reincidência com o modelo garantista, "o instituto da reincidência é polêmico e incompatível com os princípios reitores do direito penal democrático e humanitário, uma vez que a reincidência na forma de agravante criminal configura um plus para a condenação anterior já transitada em julgado. 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" [19](#).

ZAFFARONI, com a propriedade que lhe é peculiar, também advoga a barbárie que representa o agravamento da pena pela reincidência. Afirma que "la agravación de la pena del segundo delito es difícilmente explicable en términos racionales, y la estigmatización que sufre la persona perjudica su incorporación a la vida libre" ²⁰.

BISSOLI, ampliando o universo crítico desde o aporte teórico do Labeling Approach, desconstrói ambos institutos (reincidência e antecedentes), afirmando, ao identificá-los com o modelo etiológico positivista de LOMBROSO e FERRI, serem instrumentos de verdadeiro apartheid social, pois uma vez detentores de antecedentes criminais os indivíduos passariam a pertencer a um grupo especial de pessoas, diferentes dos demais cidadãos, diferenciados pelo seu estigma. "A verdade é que os antecedentes" - sustenta o Promotor de Justiça catarinense -, "especialmente os negativos, e a reincidência criminal constituem importante fator de diferenciação do criminoso com os demais seres humanos, de tal sorte que o indivíduo que registra alguma espécie de antecedentes negativos ou é reincidente criminal, acaba merecendo, da parte do sistema penal, um tratamento diferencial, sendo considerado, portanto, pertencente a uma categoria específica. Esta diferenciação visa a tornar nítida a linha que separa os 'bons' dos 'maus', confrontando-se, assim, com o princípio da igualdade" ²¹.

Como resposta de lege lata aos problemas da assunção ideológica das categorias reincidência e antecedentes, CERNICCHIARO ²² propõe que a circunstância do art. 63 do CP brasileiro (reincidência) não seja interpretada de forma meramente objetiva, dado que considerar a pluralidade de infrações implicaria projetar a pena de um crime em outro. Crê que a solução técnica admissível, e possível estrategicamente dada à imposição legal, seria a leitura do dispositivo do art. 63 do CP de acordo com o princípio constitucional da individualização judicial da pena. Desta forma, a reincidência não estabeleceria obrigatoriedade de aumento na pena baseado em dados estritamente objetivos. O princípio da individualização limitaria a aplicação do instituto, cabendo à jurisprudência, como visto no julgado em questão, estabelecer referenciais para sua negação.

"A reincidência, assim, não é imperativo de aumento, baseada em dados meramente objetivos. Afetaria até o princípio da individualização da pena.

Não faz sentido a cominação ofertar grau mínimo e grau máximo, e a agravante não ensejar oportunidade de análise específica.

A reincidência, assim, há de ser analisada pelo juiz; decidirá ser ou não, no caso em julgamento, causa de majoração da pena.

(...)

As considerações invocadas são ajustáveis ao Código Brasileiro, o texto, sem dúvida, impõe ponderar a condenação anterior. Afaste-se, todavia, a mera interpretação literal. A lei deve ser analisada segundo princípios, momento de um sistema. O juiz tem a nobre missão de fazer a tradução sistemática, atualizar, se necessário, a norma posta pelo legislador (...)." ²³

Assim, CERNICCHIARO, antevendo a edição da Lei 9.714/98, sustenta a relativização do conceito de reincidência. É o que advoga, no caso em análise, o Procurador de Justiça LENIO STRECK, ao ensinar que, com a nova redação do § 3º do art. 44 do CP, o juiz poderá aplicar a substituição da pena privativa de liberdade mesmo quando o réu for reincidente.

Podemos perceber, portanto, que o efeito da relativização é dúplice: a) pode ser utilizado contra a majoração obrigatória da pena; e b) não impede o gozo, por parte do condenado, dos direitos públicos que lhe são proporcionados pelo sistema (v.g. sursis, pena substitutiva, etc.).

§ 7º. Crítica: interpretação garantista: filtragem constitucional. Apesar da relevância prática da relativização do conceito de reincidência pela doutrina e jurisprudência de vanguarda, cremos que a avaliação do instituto merece receber tonalidade constitucional, devido à sua inadvertida e pasteurizada aplicação pelos Tribunais nacionais. Entendemos, pois, que a avaliação da reincidência deve superar sua mera relativização, alcançando sua absoluta deslegitimação em sede constitucional como paradigmaticamente sinaliza a decisão da 5ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul.

Inicialmente, é preciso chamar atenção que absolutamente toda agravação de pena ou negativa de direitos pela reincidência constitui violação do princípio do non bis in idem. Em conseqüência, existe profunda antinomia entre o instituto e a intangibilidade da coisa julgada, estabelecida no art. 5º, XXXVI, da Constituição Federal de 1988. Assim, "estabelece-se o corolário lógico de que a agravação pela reincidência não é compatível com os princípios de um direito penal de garantias, e a sua constitucionalidade é sumamente discutível" ²⁴.

Todavia, apesar da virtude do argumento, pensamos que a avaliação pode adquirir maior qualidade substantiva.

A estruturação do direito penal moderno no princípio da legalidade decorre do processo laico de rígida e extrema separação entre o direito e a moral, e da conseqüente assunção do delito enquanto mala prohibita e não mala in se (moral ou natural). A estrutura deste sistema é balizada pelo princípio da secularização que, segundo EUGENIO RAUL ZAFFARONI ²⁵, é um princípio metajurídico, de legitimidade externa do direito penal, cuja caracterização é dada fundamentalmente pela adoção dos modelos republicanos de governo.

Através do processo secularizador, coube ao direito penal restringir a proibição, comprovação e repressão de condutas lesivas a bens jurídicos concretos, imunizando o cidadão de qualquer ingerência na esfera de sua vida privada e de seus pensamentos - modo de ser -, e excluindo qualquer possibilidade de o direito penal atuar como instrumento de imposição ou reforço de determinada moral.

O rompimento dos vínculos entre direito e moral passa a ser conditio sine qua non na formação dos modelos constitucionais (garantistas) de direito penal e de direito processual penal.

Diferentemente do pensador portenho, entendemos estar o princípio da secularização incorporado na Constituição Federal de 1988, não consistindo apenas uma metagarantia, mas uma garantia positivada sob o signo dos princípios da inviolabilidade, da intimidade e do respeito à vida privada (art. 5º, X), do resguardo da liberdade de manifestação de pensamento (art. 5º, IV), da liberdade de consciência e crença religiosa (art. 5º, VI), da liberdade de convicção filosófica ou política (art. 5º, VIII), da garantia de livre manifestação do pensar (art. 5º, IX), do direito de reunião (art. 5º, XVI) e do direito de associação (art. 5º, XVII e XVIII).

FERRAJOLI ²⁶ sustenta que a adoção do princípio da secularização implica três conseqüências axiológicas ao direito penal e processual penal. Em relação ao delito, estabelece que o direito penal deve apenas impedir condutas danosas (dano concreto) para terceiros. Quanto ao processo e à jurisdição, exige que o juízo não verse sobre a moralidade, caráter ou outros aspectos substanciais da personalidade do réu, mas somente acerca dos fatos penalmente proibidos que lhes são imputados e que podem, por outra parte, ser empiricamente provados pela acusação e refutados pela defesa. Quanto à pena e seu modo de execução, o princípio limita a sanção penal em não poder adquirir conteúdo ou fim moral. Assim, "(...) a interioridade de uma pessoa - o seu caráter, a sua moralidade, os seus antecedentes criminais, as suas inclinações psicofísicas - não deve interessar ao Direito Penal senão para deduzir o grau de culpabilidade de suas ações. Se entende que não existe espaço, em um sistema garantista assim configurado, para categorias de periculosidade nem qualquer outra tipologia subjetivista ou de autor elaborada pela criminologia antropológica e eticista, como capacidade criminal, reincidência, tendências criminosas, imoralidade, infidelidade e similares" ²⁷.

As normas que estatuem juízos subjetivados sobre o autor, como a reincidência, são normas penais constitutivas, i.e., normas que não vetam condutas lesivas, mas que castigam imediatamente; normas que não proíbem atuar, mas ser. São normas que configuram hipóteses de desvio que não consistem necessariamente fatos e que carecem do elemento materialidade, como normalmente são as figuras de perigo social (hediondos, perigosos, vagabundos, subversivos, hereges, etc.).

A construção da norma penal no interior de um sistema garantista (SG) orienta-se pelo princípio da regulatividade ²⁸. Regulativa é a norma que determina um comportamento, qualificando-o deonticamente como permitido, proibido ou obrigatório, condicionando sua comissão ou omissão à produção de efeitos jurídicos. O princípio da regulatividade expressa, portanto, o aspecto substancial de estrita legalidade penal (princípio da taxatividade ou da previsibilidade mínima). Ficam proscritas por tal princípio não só as leis penais constitutivas - que não regulam comportamentos, mas estigmatizam e/ou qualificam como réus sujeitos ou classes mais pelo seu modo de ser do que pelo seu modo de atuar -, mas, sobretudo, sentenças penais constitutivas, as quais não decidem sobre pressupostos fáticos legalmente prédeterminados, mas constituem qualificações penais mediante juízos de valor subjetivos que têm como objeto a identidade do imputado.

Neste sentido, a estrutura normativa do instituto da reincidência não fere apenas a inviolabilidade da coisa julgada pela afronta ao princípio do non bis in idem, como sustentam os julgadores gaúchos, e da legalidade em sentido estrito (taxatividade), mas viola frontalmente a estrutura principiológica constitucional fundada sobre o pressuposto da secularização.

§ 8º. Crítica: interpretação garantista: uso alternativo do direito ²⁹. Não obstante as críticas dirigidas ao instituto da reincidência, entendemos pertinente ampliá-las ao problema da antecedência criminal. É notório que a natureza dos antecedentes guarda estreita sintonia com o da reincidência, ou seja, ambos versam sobre graduações valorativas (negativas) da vida pregressa do acusado.

A consideração dos antecedentes, porém, representa gravame penalógico de caráter perpétuo, em total afronta ao princípio constitucional da humanidade (art. 5º, XLVII, alínea b, da CF). Desta forma, através do recurso à analogia, cremos imprescindível estabelecer, num primeiro momento, sua temporalidade, fixando prazo idêntico ao do art. 64, I, do CP (cinco anos) para, em momento posterior, negar sua aplicação em decorrência dos vícios de constitucionalidade já demonstrados anteriormente na avaliação da reincidência.

A propósito, no que diz respeito à primeira assertiva, já decidiu o Superior Tribunal de Justiça: "O artigo 61, I, do CP determina que, para efeito de reincidência, não prevalece a condenação anterior, se entre a data do cumprimento ou extinção da pena e a infração anterior houver decorrido período superior a cinco anos. O dispositivo se harmoniza com o Direito Penal e a Criminologia modernos. O estigma da sanção criminal não é perene. Limita-se no tempo. Transcorrido o tempo referido, evidencia-se a ausência de periculosidade, denotando, em princípio, criminalidade ocasional. O condenado quita sua obrigação com a Justiça Penal. Conclusão é válida também para os antecedentes. Seria ilógico afastar expressamente a agravante e persistir genericamente para recrudescer a sanção aplicada" ³⁰.

§ 9º. Considerações finais: projeção político-criminal garantista. Desde uma perspectiva de lege ferenda surgem dois posicionamentos diversos, porém não conflitantes, quanto ao problema da reincidência. Ambas as teorias fundam-se no

horizonte teórico-criminológico, especialmente na matriz crítica do paradigma da reação social, que proporciona visão otimizada do funcionamento das agências de controle penal.

A primeira vertente, ao constatar a ação criminógena do cárcere e a ação deformadora da prisão sobre o condenado, propugna inversão absoluta na concepção normativa da reincidência enquanto circunstância agravante. Entende JUAREZ CIRINO DOS SANTOS que "(...) 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 constituir circunstância agravante" [31](#).

Conclui CIRINO DOS SANTOS que seria necessário reconhecer, se o novo crime é cometido após efetivo cumprimento de pena, o processo de deformação e embrutecimento pessoal do sistema penitenciário, devendo-se "(...) incluir a reincidência entre as circunstâncias atenuantes" [32](#).

A segunda corrente, representada por LATAGLIATA [33](#), considera viável a abolição da agravante da reincidência e de todas as formas de maior gravidade punitiva fundada em delitos anteriores. Na América Latina, o exemplo de abolição da reincidência é fornecido pelo legislador colombiano.

A exclusão das normas penais constitutivas traria, segundo ZAFFARONI, "(...) a vantagem de eliminar os antecedentes penais (que se tornaria desnecessário), com o que desapareceria a consagração legal da estigmatização. A recuperação de um direito penal de garantias pleno daria um passo extremamente significativo com a abolição da reincidência e dos conceitos que lhe são próximos, conceitos estes sempre evocativos dos desvios autoritários dos princípios fundamentais do direito penal liberal e, especialmente, do estrito direito penal do ato" [34](#).

A otimização do direito penal do fato, moldado a partir do princípio da secularização, é a única possibilidade de resgatar o direito enquanto instrumento de superação de sua própria crise, porque não existe, como ensina FERRAJOLI, "(...) respuesta a la crisis del derecho que el derecho mismo. Este es el único camino para responder a la complejidad social y para salvar, con el futuro del derecho, también el futuro de la democracia" [35](#).

Finalizamos, pois, rendendo justas homenagens aos julgadores gaúchos. Não apenas aos Desembargadores da corajosa 5ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, mas também ao Procurador de Justiça LENIO STRECK e, principalmente, ao magistrado de 1º grau MAURO BORBA, cuja atuação resplandece no cenário do direito penal brasileiro como representante da melhor tradição garantista, dignificando o trabalho e o papel social do juiz na tutela irrestrita dos direitos fundamentais do cidadão contra os poderes arbitrários e selvagens.