A REINCIDÊNCIA CRIMINAL E O ARGUMENTO DE POLÍTICA CRIMINAL DE EMERGÊNCIA: reflexos no processo penal democrático

THE RECURRENCE CRIMINAL AND EMERGENCY CRIMINAL POLICY ARGUMENT: reflections on democratic criminal proceedings

Lisandra Moreira Martins[1]

Resumo: O instituto da reincidência criminal está arraigado no ordenamento jurídico pátrio desde o Código Imperial de 1830, como uma forma de agravar a punição do indivíduo que reitera na prática delituosa. Apresenta o objetivo de sopesar na dosimetria da pena a falha ressocializadora e preventiva daquela anteriormente imposta. A discussão sobre a constitucionalidade ou não deste instituto foi tema de discussão no Supremo Tribunal Federal pelo RE 453.000/RS e, um dos argumentos utilizado para o julgamento unânime que decidiu ser constitucional foi que se faz necessária a manutenção de sua previsão por uma questão de política criminal de emergência. Sabe-se, contudo, que a reincidência criminal é uma circunstância agravante prevista no artigo 61, inciso I, do Código Penal, gera diversas consequências ao apenado e reflexos no decurso do processo. No âmbito do processo penal, busca-se incessantemente a construção de um processo totalmente compatível com o modelo estatal, ou seja, democrático e que atenda aos mandamentos da Constituição Federal. Desta forma, será refletido neste trabalho se o argumento da política criminal de emergência para a manutenção da reincidência criminal condiz com a realidade retratada pelos índices de reincidentes e a construção de um processo penal realmente democrático, observando-se os preceitos constitucionais que balizam a proteção ao indivíduo processado criminalmente. Sem a pretensão de esgotar a temática, utilizou-se da pesquisa bibliográfica, aplicando-se o método dedutivo-indutivo.

Palavras-chaves: Reincidência Criminal; Fundamentos; Reflexos Processuais.

Abstract: The recidivism institute is rooted in the Brazilian legal system since the Imperial Code of 1830 as a way to aggravate the punishment of the individual repeats in criminal practice. Displays order to weigh the dosimetry pen to ressocializadora and preventive failure that previously imposed. The discussion about the constitutionality of this institute in discussions in the Supreme Court by RE 453,000 / RS, one of the arguments used for the unanimous judgment that decided to be constitutional was that the maintenance of its forecast is required as a matter of criminal policy of emergency. It is known, however, that the recidivism is an aggravating circumstance provided for in Article 61 , paragraph I of the Criminal Code , generates various consequences for inmates and reflections during the procedure . In criminal proceedings, an attempt is constantly

[1] Doutoranda em Direito Processual Penal pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP); Bolsista Capes; Coordenadora do Projeto de Pesquisa intitulado "A Reincidência Penal à Luz do Processo Penal Constitucional"; Mestre em Direito pelo Centro Universitário Toledo (Araçatuba-SP). Docente do curso de Direito (Graduação e Pós-Graduação) da UEMS.

building a fully compliant process with the state model, ie, democratic and that meets the commandments of the Federal Constitution. In this way , will be reflected in this work is the argument of emergency criminal policy for the maintenance of criminal recidivism is consistent with the reality portrayed by recurrent rates and the construction of a truly democratic criminal proceedings, observing the constitutional principles guiding protection the individual criminally prosecuted . Without intending to exhaust the theme, we used the literature, applying deductive- inductive method .

Keywords: Criminal Recidivism; Foundations; Procedural Reflections.

INTRODUÇÃO

Já se tornou notória a preocupação com o desenvolvimento de um processo penal combatível com a repreensão ao aumento da criminalidade e, ao mesmo tempo, observador dos preceitos protetores inseridos na Constituição Federal.

Sabe-se que há a fomentação de um redimensionamento do Direito Penal, com o recrudescimento das leis e a adoção de medidas sancionatórias que eliminem o estereótipo do formato clássico-liberal da sanção, haja vista que um rigorismo penal desmedido pode colidir com o próprio modelo estatal e se dissociar dos princípios basilares que o sustentam.

O processo penal, além de aplicar o direito material ao caso concreto, tem por finalidade precípua proteger o cidadão processado criminalmente, buscando além da aplicação justa da lei, resolver um problema que não envolve apenas uma pessoa, mas uma coletividade, já que o crime não faz apenas vítimas diretas, toda a sociedade sofre com as suas consequências.

Neste contexto, coloca-se em discussão um dos argumentos utilizado no julgamento do RE 453.000/RS-STF em que, por unanimidade, julgou constitucional o instituto da reincidência criminal como agravante da pena, qual seja: a da existência de uma política criminal de emergência.

Partindo da análise de um dos argumentos para a manutenção da reincidência criminal no ordenamento jurídico brasileiro, é possível discutir a direção que vem tomando a finalidade do Direito Penal, os reflexos desta no processo penal, principalmente, na fase de execução penal, onde se visualiza o caos do sistema penitenciário.

Ainda que a reincidência criminal esteja presente em diversos dispositivos e tenha sido considerada como constitucional, o debate sobre a finalidade e alcances deste instituto não se esgotam na decisão referida do STF, o qual apresentou fundamentos que alargam a discussão e podem ser rebatidos. Da mesma forma, destacou problemas graves que a sociedade vem enfrentando partindo da análise dos índices de reincidência.

Assim, a discussão ora lançada pretende abordar a crise do direito penal e processual penal a partir da reincidência criminal, destacando o argumento da política criminal de emergência.

Ainda, visa demonstrar o quão importante é a construção sólida de um processo penal democrático, o qual necessita ajustar até mesmo considerados pormenores. Não é possível repensar o direito sem uma releitura de institutos culturais de punição que nada vem mudando a realidade vivenciada.

Para tanto, sem a pretensão de esgotar a temática, utilizou-se da pesquisa bibliográfica, aplicando-se o método dedutivo-indutivo, com a divisão do trabalho em três tópicos.

1. A origem e os fundamentos da Reincidência Criminal

A reincidência criminal está presente na legislação brasileira desde o advento do Código Imperial de 1830, com o marco da distinção das modalidades específica e genérica no Código Penal de 1940, o qual diferencieou de forma expressa estas espécies (ALMEIDA, 2012).

A reincidência específica ou homogênea ocorre quando há a prática de infrações penais da mesma natureza pelo réu. A reincidência geral ou heterogênea diz respeito à prática de crimes de natureza diversa. É certo que com a Lei nº 6.416/77 houve alteração do Código Penal de 1940, eliminando a distinção da reincidência específica da genérica, mas a diferenciação continua presente na legislação pátria.

É o caso da Lei de Crimes Hediondos que considerou a reincidência específica mais grave que a geral e acrescentou o inciso V do artigo 83 do Código Penal, ao estabelecer que a progressão de regime para os condenados por crimes hediondos após o cumprimento de 2/5 (dois quintos) da pena, se o apenado for primário, e de 3/5 (três quintos), se reincidente (artigo 2ª, § 2º, Lei 8.072/90).

Outra legislação específica é a Lei de Drogas (Lei nº 11.343/06) que estabelece a concessão de livramento condicional aos condenados pela prática dos crimes previstos no artigo 33, *caput* e § 1º, e artigos 34 a 37, apenas após o cumprimento de 2/3 da pena, sendo inadmitida a concessão ao reincidente específico (artigo 44, parágrafo único).

O instituto da reincidência criminal surge no ordenamento jurídico brasileiro e permanece com diversas alterações para o fim de repreender de forma mais rígida aquele que, condenado e submetido às consequências da pena, volta a praticar conduta delituosa, demonstrando a falha do caráter ressocializador e preventivo da punição.

De acordo com o artigo 63 do Código Penal, a reincidência criminal é a prática pelo agente de novo crime da mesma natureza ou não, após o trânsito em julgado de sentença condenatória exarada no Brasil ou exterior.

A Lei de Contravenções Penal prevê a reincidência no artigo 7º considerando reincidente aquele que pratica contravenção penal depois de ter sido condenado em definitivo, em qualquer país, por crime, ou no Brasil por outra contravenção penal.

Não se aplica, contudo, a reincidência aos crimes militares próprios e aos crimes políticos, conforme prevê o artigo 64, inciso II, do Código Penal. Já em relação aos crimes militares impróprios, estes podem gerar a reincidência.

Sendo uma circunstância agravante prevista no artigo 61, inciso I, do Código Penal, também gera diversas consequências ao apenado e reflexos no decurso do processo, tais como: o impedimento à concessão da suspensão condicional da execução da pena (art. 77 CP), aumento do prazo do cumprimento da pena para a obtenção do livramento condicional (art. 83, inciso II, CP), aumento do prazo da pretensão executória (art. 110, *caput*, CP), interrupção da prescrição (art. 117, inciso VI, CP), impedimento de algumas causas de diminuição de pena (arts. 155, § 1º, 170 e 171, § 1º, CP), sendo circunstância preponderante quando em concurso de agravantes (art. 67, caput).

Para a comprovação da reincidência é exigida a certidão do trânsito em julgado da condenação anterior, com a data que a sentença condenatória transitou em julgado, data do cumprimento ou extinção da pena, porém, vale mencionar que alguns tribunais têm admitido a certidão de antecedentes criminais como prova da reincidência.

Tem-se, porém, que a reincidência não possui efeitos permanentes, isto por que, conforme a previsão contida no artigo 64, inciso I, do Código Penal, passados cinco anos do cumprimento ou da extinção da pena imposta, contando o período de prova da suspensão ou do livramento condicional, se não ocorrer revogação, o condenado voltará a ser primário.

Os fundamentos do instituto da reincidência criminal percorrem a história do Direito Penal por diversas teorias, as quais embasam maior rigor no combate a criminalidade. A Escola "Clássica" de Criminologia, representada por Francesco Carrara, desenvolveu a teoria da insuficiência da pena anteriormente imposta com o entendimento de que "a recaída do indivíduo ao crime demonstra que a condenação de outrora não obteve o efeito esperado, pois revela que o mesmo não aprendeu a conviver em sociedade, seja por rebeldia, indiferença à punição anterior ou insensibilidade" (ALMEIDA, 2012, p. 56).

A Teoria da Inclinação ao Crime com o expoente Giuseppe Bettiol sustentava que o indivíduo poderia com esforço pessoal evitar a prática de novo crime, portanto, assumiu uma personalidade mais criminosa, inclinando-se ao crime. A Teoria da Escola Positiva pregava que a pena tinha por finalidade neutralizar o réu, por isso considerava a periculosidade do reincidente quando da punição, empreendendo o caráter preventivo da sanção (ALMEIDA, 2012).

Outras são ainda as teorias que fundamentam a reincidência: a Teoria Psicológica da Culpabilidade entende que o reincidente demonstra desprezo pelas normas penais, por isso deve ser punido de forma mais severa para que não volte a praticar condutas antissociais; a Teoria Normativa da Culpabilidade apregoa que o reincidente tem maior grau de culpabilidade do que um primário; a Teoria do Hábito de delinquir se assemelha ao direito penal do autor, defendendo o tratamento desigual aos desiguais, com maior rigor àquele que insistiu na prática de crimes; e a Teoria do Maior Conteúdo do Injusto defendida Mir Puig acentua que "o novo crime traz uma carga mais pesada que o primeiro porque ofende a dois bens jurídicos, quais sejam aquele tutelado pela norma penal e a imagem do Estado como provedor de segurança jurídica, causando maior alarme social" (ALMEIDA, 2012, p. 60-61).

A partir de tais fundamentos, a reincidência criminal vem inserida no ordenamento jurídico pátrio como um forte instituto de maior repreensão ao crime. Está presente em praticamente todo o decorrer histórico do Direito Penal e do Processo Penal, apresenta consequências incisivas na vida do réu e pouco foi sendo adaptada a nova sistemática constitucional que norteia toda a ordem jurídica.

2. O argumento de política criminal no RE 453.000/RS-STF

A discussão sobre os objetivos da reincidência criminal e a possível afronta a princípios constitucionais foi objeto de discussão no Supremo Tribunal Federal pelo RE 453.000/RS, com o julgamento unânime a favor da constitucionalidade.

Na referida decisão estão inseridos argumentos como a necessidade de maior censura à conduta do agente; observância do princípio da igualdade real, pois os reincidentes devem ser tratados de forma diferente daqueles que praticam a primeira infração.

Da mesma forma: que a reincidência não viola os princípios da proporcionalidade e da individualização da pena; não caracteriza *bis in idem;* há a necessidade de reafirmar a função preventiva e retributiva da pena, já que o agente que volta a praticar conduta delituosa não se adequou à finalidade da pena.

E, ainda que a reincidência está no ordenamento jurídico brasileiro desde o Código Imperial de 1830; não se pode tratar os desiguais de forma igual por uma exacerbação do garantismo penal e; compõe a política criminal de combate à delinquência com mais de vinte artigos nas leis e Código Penal que a retratam em algum instituto processual.

No presente trabalho, será dada ênfase ao argumento da política criminal de combate à delinquência utilizado pelo STF para manter o entendimento de constitucionalidade da reincidência criminal.

Mencionado fundamento está inserido no voto do Ministro Marco Aurélio, relator dos autos, da seguinte forma: "Vê-se que a reincidência repercute em diversos institutos penais, compondo consagrado sistema de política criminal de combate à delinquência" (RE 453.000/RS).

A política criminal influencia diretamente na dogmática penal e acompanha toda a evolução do Direito Penal, contudo, no momento vivenciado ganha maior ênfase pela dificuldade de acompanhar as inúmeras transformações sociais e as suas complexidades. "A crise do sistema penal que está em curso, mas distante de se consumar, desenvolve-se entre a deslegitimação e a expansão, entre a impotência da desconstrução e a potência da reconstrução pragmática (ANDRADE, 2012, p. 296)."

Busca-se desenvolver instrumentos para o combate a criminalidade, mas pautados em valores que alicerçam não apenas o Direito Penal, como também naqueles que fundamentam o próprio modelo de estado que norteia a construção da ciência penal, exigindo um estudo nos mais diversos campos, seja da criminologia, sociologia, psicologia jurídica.

O crime não é um fato que deve ser analisado isoladamente e a política criminal não tem a função apenas de alterar as legislações existentes. Possui como objetivo a análise dos problemas em torno da criminalidade a fim de combater a causa e não apenas trazer a repreensão.

Claus Roxin (2002) inicia sua obra "Política Criminal e Sistema Jurídico-Penal" com a emblemática frase de Franz v. Liszt de que "o direito penal é a barreira intransponível da política criminal", a qual representa a tensão que acompanha a própria história da ciência e se faz presente na atualidade.

Nas lições de Roxin (2002, p. 02):

> À política criminal assinala ele os métodos racionais, em sentido social global no combate à criminalidade, o que na sua terminologia era designado como a tarefa social do direito penal, enquanto ao direito penal, no sentido jurídico do termo, competiria a função liberal-garantística de assegurar a uniformidade da aplicação do direito e a liberdade individual em face da voracidade do Estado "Leviatã".

O fim do Direito Penal torna-se a linha mestra da política criminal, e o Código Penal, por sua vez, a proteção ao indivíduo já que limita o poder de punir estatal. Por meio das normas contidas no Código Penal o cidadão é protegido para apenas ser punido nos exatos termos da lei, ou seja, dentro dos limites legais (ROXIN, 2002).

Observa-se, então, que a discussão em torno da política criminal levanta o questionamento sobre a finalidade do direito penal. Neste sentido, Roxin (2002, p. 05) expõe que Liszt considerava como a verdadeira tarefa do direito penal:

> (...) ver o crime e a pena como generalizações conceituais numa abordagem puramente técnico-jurídica; desenvolver os preceitos legais, ascendendo até os últimos conceitos e princípios básicos, num sistema fechado.

De qualquer forma, insta salientar que há uma nítida diferença, então, entre o direito penal e a política criminal. Tem-se que "o direito penal só será ciência jurídica em sentido próprio, enquanto se ocupar da análise conceitual das regulamentações jurídico-positiva e da sua ordenação no sistema" (ROXIN, 2002, p. 12).

Já a política criminal está fora do âmbito do jurídico, eis que se preocupa com os conteúdos sociais e fins do direito penal. Nesse contexto, destaca-se que a lei não é e nunca será um instrumento de reforma social e sua função também não se encerra na representação da função garantística (ROXIN, 2002).

Insta acrescentar que nas lições de Vera Regina P. de Andrade (2012, p. 295-296):

> (...) o horizonte de projeção da Política criminal é hoje, portanto, no contexto do capitalismo globalizado neoliberal, um campo complexo e ambíguo, atravessado por respostas contraditórias que invocam tanto a maximização da luta contra a criminalidade (maximização eficiente da criminalização) quanto a minimização e a abolição da própria criminalização, oscilando entre mais pena, menos pena, ou nenhuma pena.

Sabe-se que não é fácil definir a função que o sistema penal para a realidade social. Zaffaroni e Pirangeli (2006) retratam esta realidade ao destacar que o sistema penal, para alguns, objetiva selecionar pessoas dos setores sociais mais humildes, criminalizando-as, para indicar aos demais os limites do espaço social. E, que para outros, a função se destina a manter a hegemonia de um setor social sobre outro.

Esta visão reflete o controle social realizado pelo sistema penal e retrata quão desafiador é desenvolver e aplicar uma política criminal que possa se dissociar de uma função meramente simbólica.

Isto por que, de acordo com Zaffaroni e Pirangeli (2006, p. 71), o sistema penal "cumpre uma função substancialmente simbólica perante os marginalizados ou os próprios setores hegemônicos (...). A sustentação da estrutura do poder social por meio da via punitivista é fundamentalmente *simbólica."*

No mesmo sentido, a criminologia crítica tem abandonado a investigação sobre a causa que levou o delinquente a cometer o crime, uma vez que esta traça o paradigma positivista que considerava razões biológicas e psicológicas; e passou a análise sobre outra ótica (FELETTI, 2014).

Essa traz a concepção de que o crime é uma construção social com destinatário pré-constituído, "ou seja, para a criminologia crítica o crime é uma construção social para determinada classe social (FELETTI, 2014, p. 104)."

A partir dessas assertivas e da interpretação de que não há, por ora, com suprimir o sistema penal, chega-se a conclusão de que este deve ser aplicado de maneira mais limitada possível, uma vez que representa um grau considerável de violência, por isso ser conduzido sempre com observância ao princípio da intervenção mínima (ZAFFARONI; PIRANGELI, 2006).

Desta feita, o instituto da reincidência criminal ao ser considerado como uma forma de política criminal deve ser repensado, visto que vem retratando a ineficácia de sua função repreensora e se tornando cada vez mais simbólico.

A busca incessante pela segurança pública se desdobra também numa espécie de política pública. Nos ensinamentos de Baratta (2004, p. 154-164) a "política criminal" é uma espécie do gênero "política pública", ao qual pertencem outras espécies. Tem-se, então, que a reincidência criminal como componente da política criminal também visa promover a almejada segurança pública da forma como foi justificada no voto mencionado alhures.

No entanto, pelos altos índices de reincidência criminal, como mencionado no próprio acordão em comento, cerca de 80%, se este instituto deve ser considerado como uma forma integrante da política criminal ora aplicada, há que ser urgentemente revisto, pois além de ser falho na promoção de segurança pública, atrita-se com diversos valores constitucionais, indo de encontro a uma política criminal que verdadeiramente possa resolver os percalços do aumento da criminalidade.

3. O processo penal democrático e a reincidência criminal

Desde o advento da Constituição Federal de 1988, o Brasil iniciou um processo de constitucionalização dos mais diversos ramos do direito. Em âmbito processual penal, considerando que o Código de Processo Penal surgiu muito antes da Lei Maior, há a extrema necessidade de uma reinterpretação diária dos dispositivos que não coadunam a nova ordem jurídica instaurada.

A necessidade da interpretação das mais diversas leis penais e processuais penais conforme o espírito da Constituição vem sendo enfatizada quando da aplicação (GRINOVER apud FERNANDES, 2005).

Diante disso, conforme Pierangeli e Zaffaroni (2006, p. 75) sugerem, há também uma alternativa, dentre outras, "a de reconhecer a necessidade de uma crítica permanente em confrontação com a realidade e a capacidade do direito penal para realizar os Direitos Humanos".

Consoante ensina Aury Lopes Jr. (2014, p. 42), mencionando J. Goldschmidt, são os princípios de política processual de um país que se mostram como segmento da sua política estatal. Esclarece que "o processo penal de uma nação não é senão um termômetro dos elementos autoritários ou democráticos da sua Constituição".

Vale destacar que:

> A uma Constituição autoritária vai corresponder um processo penal autoritário, utilitarista (eficiência antigarantista). Contudo, a uma Constituição democrática, como a nossa, necessariamente deve corresponder um processo penal democrático, visto como um instrumento a serviço da máxima eficácia de garantias constitucionais do indivíduo (LOPES Jr, 2014, p. 42).

Neste contexto, o instituo da reincidência criminal pode ser considerado como incompatível com os novos preceitos constitucionais e distantes de uma política criminal atinente ao objetivo do processo penal democrático.

O fundamento de que a reincidência criminal como agravante vem desde o Código Penal do Império de 1830 para justificá-la como integrante do sistema de política criminal, apenas reforça a cultura autoritária de punição que se alastrou no processo penal. "Enquanto fenômeno social, a cultura interfere na opção por teses, nas preferências doutrinárias, na aceitação de mitos, nas relações e atuações das partes, dos atores jurídicos e da sociedade, influindo no resultado do processo" (CASARA; MELCHIOR, p. 20).

Desta feita, há uma inter-relação entre o processo penal e a cultura autoritária brasileira. E, "em uma sociedade autoritária, não há como pensar um processo penal democrático" (CASARA; MELCHIOR, p. 20).

Vale destacar a preocupação de Lenio Streck (2014):

> (...) o Código Criminal de 1830 foi feito para pegar escravos, o de 1890, para pegar ex-escravos e seus filhos, e o de 1940 para proteger nitidamente a propriedade privada contra os ataques da patuleia, a ponto de dobrar a pena no furto nos casos de escalada, chave falsa, etc. Elementar isso, pois não?
>
> O problema é que, em pleno Estado Democrático de Direito, ainda continuamos com essa atribuição liberal-individualista de sentidos ao que seja bem jurídico. Isso salta aos olhos quando comparamos os tipos penais do furto qualificado com crimes como sonegação de tributos e lavagem de dinheiro (poderia fazer um quadro comparativo, mas o espaço não permite).

Muitos são, pois, os desafios, e pelos preceitos de um Estado Democrático de Direito, a reincidência criminal traz consigo argumentos distantes destes, permanecendo como um instrumento de política criminal dubitável.

Nesta esteira:

> "Nota-se que o instituto da reincidência, por entrelaçar direito e moral ou direito e natureza, constitui-se numa norma discriminatória, posto que visa, na sua essência, a punição da personalidade, do modo de ser ou da conduta de vida do indivíduo. Logo, a agravante é inconciliável com a axiologia garantista, pois ao fundar-se em critérios metafísicos que propiciam o juízo de valor, impede a refutação." (ALMEIDA, 2012, p. 158)

Na linha de Streck (2014, np.) a reincidência criminal é um verdadeiro "*bis in idem* e uma violação da secularização que deve haver, no direito penal, entre direito e moral. O Estado não pode punir a sua própria incompetência."

Sobre isto, Paulo de Souza Queiroz *apud* Rogério Greco (2008, p. 571), defende a violação do princípio *non bis idem,* vedado pelos princípios da proporcionalidade e da estrita legalidade, já que "ao se punir gravemente um crime, tomando-se por fundamento um delito precedente, está-se, em verdade, valorando e punindo, uma segunda vez, a infração anteriormente praticada (em relação à qual já foi o agente condenado e punido)" (*Direito penal* – Introdução crítica, p. 29).

Ainda, Alberto Silva Franco (2010) entende que a reincidência resulta em um pressuposto que sempre deve ser majorada a punição, pela existência de fato criminoso anterior, reiterando-se o poder de punir estatal.

Argumenta-se, ainda, que não é possível admitir a punição com respaldo em um Direito Penal do Autor, ou seja, pelo que a pessoa é, mas sim deve considerar o esta fez, uma vez que somente pode ocorrer a punição se houver a expressa previsão de fato típico, a violação de bem jurídico e o meio para empregar uma pena deve se respaldar da instrumentalidade do processo a fim de que o processado tenha seus direitos e garantias fundamentais observados.

O processo não tem um fim exclusivamente jurídico, uma vez que a sua instrumentalidade não se limita ao mundo jurídico (direito material ou processual), vai além, pois o processo deve também atender as finalidades sociais e políticas (LOPES Jr, 2006).

Admitir um instituto que considera a personalidade da pessoa, sem se atentar aos fatores sociais diretamente relacionados a sua vida, e a falha estatal ao tomar para si a responsabilidade de proporcionar a necessária ressocialização, revigora a desproporção na punição daqueles que foram os 'escolhidos' pelo sistema penal. Assim, vale afirmar que: "O reincidente, no entanto, nem sempre é merecedor de sanção penal mais gravosa, pois é mister a análise do caso concreto, inclusive dos fatores que contribuíram para a recidiva, para ser aplicada a pena justa e de acordo com a gravidade do ato ilícito praticado" (CHIQUEZI, 2009, p. 93).

Além disso, cumpre ponderar que:

> O sistema penal, em um significativo número de casos, especialmente em relação aos delitos patrimoniais – que são a maioria –, promove condições para a criação de uma carreira criminal. Particularmente, dentre as pessoas originárias das camadas mais humildes da sociedade, o sistema seleciona aqueles que, tendo caída em uma primeira condenação, surgem como bons candidatos a uma segunda criminalização, levando-os ao ingresso no rol dos desviados, como resultado do conhecido fenômeno psicológico do "bode expiatório" (PIERANGELI; ZAFFARONI, 2006, P. 69).

Outrossim, os ditames do Direito Penal, ainda que mais rígidos, não podem sacrificar direitos e garantias fundamentais em prol da eficácia da luta contra a criminalidade, o que acabaria por traduzir um Estado arbitrário, que não pouparia sequer os princípios éticos e os valores morais de cada cidadão para atingir os meios almejados (MORAES, 2009).

Por outro lado, tem-se a ineficácia estatal que submete o cidadão no sistema prisional falido, que longe de ressocializar, torna o apenado ainda mais vulnerável ao mundo do crime. Neste contexto, o direito penal não pode ser interpretado como um objeto que se esgota em si mesmo, mas como um objeto que realiza, com caráter *programático* e assim deve ser a interpretação sobre a reincidência criminal.

"As soluções interpretativas concretas não podem ficar fora do contexto total do sistema e devem buscar fazer do saber penal um instrumento de integração e não de marginalização", nas palavras de Pierangeli e Zaffaroni (2006, p. 75).

Assim sendo, a reincidência criminal dentro do contexto do processo penal democrático deve ser revista. Não está aqui sendo sugerida a sua eliminação do ordenamento jurídico, mas admiti-la como um instrumento de política criminal está longe de lidar com a falácia do argumento preventivo e repressor que esta pode gerar.

Pequenas questões como estas podem colocar em debate diversos problemas refletidos em todo sistema penal, basta analisar os reflexos gravosos da reincidência

criminal no processo penal e a sua ineficiência, considerando que grande parte dos criminosos são reincidentes, ou seja, os objetivos defendidos do instituto da reincidência não vêm sendo alcançados e, em contrapartida, afrontam a valores que compõem ou deveriam compor a política criminal em construção.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O instituto da reincidência criminal se faz presente no ordenamento jurídico brasileiro há muito tempo e possui para tanto o forte argumento de ser necessário para o controle da criminalidade.

Inserido em diversos dispositivos, desde o Código Penal até legislações específicas, traz consequências gravosas durante todo o transcorrer do processo de conhecimento e de execução penal.

Por isso, partindo de diversos questionamentos, como o de que seria uma dupla punição, ofenderia o princípio da individualização da pena, o STF foi provocado para analisá-lo dentro do atual contexto e decidiu, por unanimidade, ser ele um instituto constitucional.

Para sustentar esta tese, trouxe o fundamento de que a reincidência criminal compõe o quadro da política criminal de combate à criminalidade. Em contrapartida, lançou a necessidade de uma maior discussão a respeito, já que os altos índices de reincidentes demonstram a falha do modelo penal e do sistema prisional.

Essa pode ser claramente visualizada, pois o Estado, ao assumir e exercer o poder punitivo, não aplica políticas públicas efetivas e não cumpre o seu papel de reintegrar o apenado à sociedade, colaborando na formação de um submundo, no qual o encarcerado é treinado a reiterar nas práticas criminosas.

Desta forma, o tema em torna da reincidência exige uma releitura de forma constitucionalizada, evitando-se que resquícios de um poder punitivo opressor esteja presente em um Estado Democrático de Direito, violando preceitos básicos e afrontando a dignidade da pessoa humana e indo de encontro à construção de um processo penal democrático.

Em suma, o instituto da reincidência criminal não pode deixar de ser debatido por ter o STF decidido ser constitucional, isto porque é um problema que envolve os mais diversos ramos da ciência penal e precisa ser repensado. Da mesma forma, é imperiosa uma releitura de seus fundamentos, objetivos e, sobretudo, compatibilidade da forma como vem sendo aplicado ao modelo de estado atual. Adotá-lo como um instrumento de política criminal de emergência de forma desmedida pode revelar um retrocesso no caminho perfilado em direção de um processo penal de fato justo e democrático.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, Débora de Souza de. **Reincidência criminal: reflexões dogmáticas e criminológicas.** Curitiba: Juruá, 2012.

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Pelas mãos da criminologia: o controle penal para além da (des)ilusão.** Rio de Janeiro: Revan, 2012.

BARATTA, Alessandro. **Política criminal: entre la política de seguridad e la política social**. In: ELBERT, Carlos Alberto (Org.). *Criminología y sistema penal:* compilación *in memoriam.* Buenos Aires: Editorial B de F, 2004, p. 152-167.

BRASIL. Código Penal. Decreto-Lei n. 2.848 de 7 de dezembro de 1940. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm> Acesso em 10 fev 2015.

CASARA; Rubens R. R.; MELCHIOR, Antonio Pedro. **Teoria do Processo Penal Brasileiro: dogmática e crítica. Vol I: conceitos fundamentais.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

CHIQUEZI, Adler. **Reincidência criminal e sua atuação como circunstância agravante.** Dissertação de Mestrado da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2009. Disponível em < http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp099252.pdf > Acesso em 02 fev 2015.

FELETTI, Vanessa Maria. **Vende-se segurança: a relação entre o controle penal da força de trabalho e a transformação do direito social à segurança em mercadoria.** 1. ed., Rio de Janeiro: Revan, 2014.

FERNANDES, Antônio Scarance. **Processo Penal Constitucional**. 4ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

FRANCO, Alberto Silva. **Reincidência: um caso de não-recepção pela Constituição Federal;** Boletim IBCCRIM. nº 209 . Abr. 2010. Disponível em <http://www.ibccrim.org.br/> Acesso em 13 jul 2014.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal.** 10ª ed., Niterói, RJ: Impetus, 2008.

LOPES Jr., Aury. **Direito Processual Penal.** São Paulo: Saraiva, 2014.

_____. **Introdução Crítica ao Processo Penal: fundamentos da instrumentalidade constitucional.** 4ª edição, rev. atual. e ampl.. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juis, 2006.

MORAES, Alexandre Rocha Almeida de. **Direito Penal do Inimigo**. A Terceira Velocidade do Direito Penal. Curitiba: Juruá, 2009.

PIERANGELI, José Henrique; ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Manual de direito penal brasileiro, vol. 1: parte geral.** 6 ed. rev. e atual., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

ROXIN, Claus. **Política Criminal e Sistema Jurídico-Penal.** 2ª tiragem: janeiro 2012, Tradução: Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

STRECK, Lenio. **Direito penal do fato ou do autor? A insignificância e a reincidência**. <http://www.conjur.com.br/2014-out-09/senso-incomum-direito-penal-fato-ou-autor-insignificancia-reincidencia> Acesso em 28 jan 2015.

Supremo Tribunal Federal. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=235084> Acesso em 05 fev 2015.