

HÁ MOTIVOS PARA REINICIDIR NA REINICIDÊNCIA?

Marcos Augusto Ramos Peixoto
Juiz de Direito - TJRJ

“Minha hipótese é que a prisão esteve, desde sua origem, ligada a um projeto de transformação dos indivíduos. Habitualmente se acredita que a prisão era uma espécie de depósito de criminosos, depósito cujos inconvenientes se teriam constatado por seu funcionamento, de tal forma que se teria dito ser necessário reformar as prisões, fazer delas um instrumento de transformação dos indivíduos. Isto não é verdade: os textos, os programas, as declarações de intenção estão aí para mostrar. Desde o começo a prisão devia ser um instrumento tão aperfeiçoado quando a escola, a caserna ou o hospital, e agir com precisão sobre os indivíduos. O fracasso foi imediato e registrado quase ao mesmo tempo que o próprio projeto. Desde 1820 se constata que a prisão, longe de transformar os criminosos em gente honesta, serve apenas para fabricar novos criminosos ou para afundá-los ainda mais na criminalidade. Foi então que houve, como sempre nos mecanismos de poder, uma utilização estratégica daquilo que era um inconveniente. A prisão fabrica delinquentes, mas os delinquentes são úteis tanto no domínio econômico como no político. Os delinquentes servem para alguma coisa” (Michel Foucault).¹

É um grave equívoco reincidir no mesmo erro.

Mais ainda quando tal erro afronta a Constituição Federal.

Partiremos aqui das brilhantes considerações do eminente juiz de direito do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, Rubens Roberto Rebello Casara, lançadas nos autos do Processo nº 0000623-76.2011.8.19.0001², para traçar algumas considerações em torno da inconstitucionalidade de reincidência, assim como de todas as previsões legais paralelas acerca de “*antecedentes*”, “*conduta social*” ou “*personalidade*” do alegado autor de um delito. Diz o magistrado:

“Aduzo que não pretendo abdicar dos fatos descritos na denúncia para julgar o autor. Impossível substituir a moderna noção de culpabilidade pela ultrapassada ideia de periculosidade do réu ou por outros meios de valoração moral da pessoa do acusado (lições de SALO DE CARVALHO). Nesse sentido, deve-se preservar a diretriz da presunção de inocência (artigo. 5º, LXII, da Constituição da República).

¹ FOUCAULT, Michel. *Microfísica do Poder*. Rio de Janeiro: Graal, 1984, p. 75.

² Disponível na internet em <http://www4.tjrj.jus.br/consultaProcessoWebV2/popdespacho.jsp?tipoato=Descri%E7%E3o&numMov=146&descMov=Senten%E7a>, consultado em 15 de fevereiro de 2013.

De igual sorte, não há como analisar a “personalidade do agente”, posto que no curso do processo não foi solicitada, pelas partes, a realização de testes objetivos (MMPI, MCMI, STAI, ...) e projetivos (TAT, teste de Rorschach,...).

Não se desconhece que o arbítrio judicial na análise das chamadas “circunstâncias judiciais” existe e é fonte de violações à normatividade constitucional na medida em que não podem ser (razoavelmente) justificadas na fundamentação das sentenças e impedem (ou dificultam extraordinariamente) o contraste dialético exigido pelos princípios da ampla defesa e do contraditório (como contradizer a seca afirmação “personalidade voltada para o crime”?). Procura-se, nesta sentença, fugir dessas (habituais) práticas antigarantistas. Nesse sentido:

“PENAL. DOSIMETRIA. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DA PERSONALIDADE E CONDUTA SOCIAL. IMPOSSIBILIDADE DE AGRAVAR A PUNIÇÃO. *As circunstâncias judiciais da conduta social e personalidade, previstas no artigo. 59 do Código Penal, só devem ser consideradas para beneficiar o acusado e não para lhe agravar a pena. A punição deve levar em conta somente as circunstâncias e conseqüências do crime. E excepcionalmente minorando-a face à boa conduta e/ou boa personalidade do agente. Tal posição decorre da garantia constitucional da liberdade, prevista no artigo 5º da Constituição Federal. Se é assegurado ao cidadão apresentar qualquer comportamento (liberdade individual), só responderá por ele, se a sua conduta (lato sensu) for ilícita. Ou seja, ainda que sua personalidade ou conduta social não se enquadre no pensamento médio da sociedade em que vive (mas seus atos são legais), elas não podem ser utilizadas para o efeito de aumentar sua pena, prejudicando-o”* (Apelação Criminal nº 70000907659, 6ª Câmara Criminal, TJRS, Des. Sylvio Baptista, j. 15.6.2000).

Assim, o acusado, em que pese as anotações de sua folha penal, não merece resposta penal acima da mínima prevista em abstrato para o crime”.

Esta é, portanto, a primeira linha argumentativa, diretamente relacionada aos “antecedentes”, à “conduta social” e “à personalidade do agente” previstas no artigo 59 do Código Penal, estreitamente vinculadas a um ultrapassado e autoritário direito penal do autor, que visa punir os alegados praticantes de delitos não pelo que fizeram de acordo com a imputação deduzida nos autos (e, portanto, em (des)consideração aos princípios da ampla defesa, contraditório, e da correlação entre acusação e sentença), mas sim pelo que teriam feito antes disto e, principalmente, pelo que seriam enquanto cidadãos e seres humanos, fatores de todo estranhos a um processo criminal garantista, que não se coaduna com teses afetas ao direito penal do inimigo que pretendem, a partir de um indesejável etiquetamento³, prolongar no tempo, com severos reflexos penais, o passado como se fosse presente e possível futuro (i.e., a malfadada “periculosidade”, via de regra pretensamente aferida por exames superficiais em que se pretende diagnosticar a “personalidade” do autor do fato, como se tal fosse possível em duas ou três entrevistas⁴), sem qualquer mínimo respaldo em provas ou mesmo

³ “A partir do momento que alguém entrava na prisão se acionava um mecanismo que o tornava infame, e quando saía, não podia fazer nada senão voltar a ser delinquente” (FOUCAULT, Michel. *Microfísica do Poder*. Rio de Janeiro: Graal, 1984, p.76).

⁴ “Estas referências a anteriores delitos em nada se ligam ao fato posterior, somente sendo relevantes pela convenção legal estabelecida em torno de uma presumida periculosidade do agente que, na grande

argumentos mais sólidos que não meras sentenças vazias de conteúdo e sentido, considerações de ordem moral (quando não religiosa), frases feitas e raciocínios estigmatizantes, com graves prejuízos, enfim, aos princípios da secularização e da dignidade da pessoa humana – e, portanto, implicando em indisfarçável inconstitucionalidade.

Quem melhor e mais detidamente analisou todas estas nuances, certamente, foi Alexandre Morais da Rosa, em sua brilhante obra *Decisão no Processo Penal como Bricolage de Significantes*. Para este culto magistrado de Santa Catarina, “as ‘circunstâncias judiciais’ previstas no art. 59, do Código Penal, culpabilidade, antecedentes, conduta social, personalidade do agente, motivos e as circunstâncias e conseqüências do crime, precisam ser analisadas mais detidamente, uma vez que a ‘pletora de significantes’ é utilizada de maneira anti-garantista, desprezando-se o processo de secularização da sociedade contemporânea. De sorte que o julgamento, bom se lembrar, é da conduta e não da pessoa do acusado que, todavia, na fase de aplicação da pena é esquecido em nome da ‘Defesa Social’, pois como afirma Carvalho, em obra pioneira, “no momento da sentença penal condenatória, o sistema revela toda sua perversidade e ao admitir o emprego de elementos essencialmente morais, desprovidos de significado com averiguação probatória.” Neste pensar, Andrade possui razão ao argumentar que tudo já se encontra em frases feitas repassadas nos ‘cursinhos para concurso’, depois utilizadas na prática forense, sem qualquer reflexão crítica, tornando as decisões absolutamente nulas num ‘Estado Democrático de Direito’”.⁵

Vale, então, considerar as palavras deste autor acerca de cada um dos temas acima apontados:

- Sobre os **antecedentes**: “...Suannes, após invocar os Direitos Humanos e discorrer sobre a construção doutrinária e jurisprudencial dos ‘antecedentes’, afirma corretamente: ‘Tais considerações [da Escola Positiva] são absolutamente incompatíveis com o pensamento da Criminologia contemporânea, que não mais vê na pena propósitos reeducacionais ou recuperadores, mas tão-somente aquilo que, na prática, ela realmente é: uma retribuição por aquilo que se fez. Faz, pagou. Caso encerrado. Censurável eticamente esse bis in idem (o fato anterior é levado em conta duas vezes: quando sentenciado lá e quando sentenciado aqui!)’”. De sorte que, levando-se a sério os Direitos Fundamentais, nada pode ser considerado como ‘maus antece-

maioria das vezes, é averiguada através de exames psicológicos ou psiquiátricos que não duram mais que uma hora, bem como pelos contatos que o juiz mantém com o processado. Isso se constitui em um absurdo técnico. A averiguação destes meandros internos de formação psíquica do agente demanda a realização de uma investigação muito longa, o que tem sido impossível. Em nosso sistema judicial-punitivo, em razão das enormes carências que o mesmo apresenta. Não raras vezes percorrem os indivíduos uma vida inteira sem que tenham conseguido descobrir a verdadeira personalidade de pessoas que lhes são muito próximas. O que dizer então das investigações psicológicas de uma hora ou duas que levam a uma classificação dos homens em perigosos ou não perigosos, em disciplinados ou não disciplinados? O que é possível inferir-se é que a manutenção da reincidência no sistema, mais uma vez, realça o caráter estigmatizante que sempre maculou o direito penal. Essa distinção convencionalizada acerca dos graus de agravação em razão dos delitos anteriores, aponta, na verdade, a função simbólica da pena, com o objetivo de reafirmar a autoridade do Estado frente ao indisciplinado” (COPETTI, André. *Direito Penal e Estado Democrático de Direito*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 194).

⁵ ROSA, Alexandre Morais da. *Decisão no Processo Penal como Bricolage de Significantes*, disponível na internet http://tjsc25.tj.sc.gov.br/academia/cejur/arquivos/decisao_processo_penal_alexandre_rosa.pdf consultado em 15 de fevereiro de 2013, p. 348/349.

dentess', eis que as construções 'positivas', manifestadas pela 'periculosidade' e 'Defesa Social' foram desterradas de uma sociedade que se quer democrática, sendo o agravamento evidente bis in idem".⁶

- Sobre a **conduta social**: *"A conduta social, também na linha da 'mentalidade criminológica' (Rauter) vasculha qualquer situação da vida pessoal para ali encontrar, retoricamente, um motivo para majoração da pena. Qualquer pessoa possui na sua 'história pregressa' situações traumáticas, geradoras de situações psicológicas (neuroses, psicoses, etc.) e qualquer acontecimento é pescado para justificar a majoração da pena. O passado é retomado, não no sentido que pretende a psicanálise, mas para justificar o presente, a pena.*

...

Ninguém discute que a 'seleção' e o 'etiquetamento' daqueles que serão pegos pelas malhas da Justiça recai sobre a população excluída, onde o modelo 'tradicional' de família não vigora, e é tão democrático como o de qualquer outro; inexistente um modelo 'chapa branca' de família, malgrado alguns totalitaristas ainda de plantão. A miséria, a exclusão, então, no momento da aplicação da pena são novamente invocados para, desde uma perspectiva de 'periculosidade' e 'Defesa Social', prevenir-se do 'outro', do 'estranho' (Freud), prendendo-o o maior tempo possível. Pura canalhice".⁷

- Sobre a **personalidade do agente**: *"Sobre a 'personalidade' do agente, os julgamentos moralizantes desfilam com todo o vigor. Auto-arvorando-se em censores de toda-a-ordem-moral, a maioria dos magistrados adjetivam muito mais do que democraticamente poderia se esperar. Julgam, enfim, o 'pária' com um desdém demoníaco, em nome da 'segurança jurídica' e do 'bem', obviamente. Apesar de assim procederem, suas pseudoconstatações são o mais puro exercício de imaginação, quiçá um auto-julgamento, projetando no 'outro' seu 'inimigo interno' (Abreu), sem, ademais, qualquer hipótese comprovada, refutável em contraditório, mas tão-somente impressões pessoais, lugares-comuns, incontroláveis, fascistas.*

A valoração negativa da personalidade é inadmissível em Sistema Penal Democrático fundado no Princípio da Secularização: 'o cidadão não pode sofrer sancionamento por sua personalidade – cada um a tem como entende'. (...) Mais, a alegação de 'voltada para a prática delitiva' é retórica, juizes não têm habilitação técnica para proferir juízos de natureza antropológica, psicológica ou psiquiátrica, não dispondo o processo judicial de elementos hábeis (condições mínimas) para o julgador proferir 'diagnósticos' desta natureza".⁸

Portanto, o que um ser humano **fez** ou **foi** em seu passado, ou **é** no presente, não necessariamente se refletirá em seu futuro, nem tampouco pode servir para puni-lo

⁶ Idem, op. cit., p. 351.

⁷ Ibidem, p. 354/355.

⁸ Ibidem, p. 351/352.

de forma mais gravosa⁹, mormente quando seu agir já foi objeto de consideração e punição pelo sistema penal em sentença condenatória transitada em julgado, pelo que neste ponto alcançamos especificamente a questão da **reincidência** enquanto agravante e como critério norteador (e prejudicial) da concessão de inúmeros benefícios¹⁰.

Retornemos, então, às considerações de Rubens Casara:

“Reconheço, ainda, a ilegitimidade/inconstitucionalidade da circunstância agravante prevista no artigo 61, inciso I, do Código Penal (lições de ZAFFARONI). Os princípios da secularização e da dignidade da pessoa humana impedem que um cidadão seja punido duas vezes pelo mesmo fato (ne bis in idem). Ninguém pode ser punido pelo que é (ser traficante, ser criminoso), mas tão somente pelo que faz (ato de traficância, ato criminoso). O conceito de reincidência é autoritário (uma espécie de estigma inquisitorial) e mostra-se em oposição às diretrizes constitucionais (liberdade, dignidade humana, presunção de inocência,...). Agravar a pena por um fato pretérito, pelo qual o agente já foi punido, é ressuscitar a culpabilidade do mesmo, instrumental teórico de sistemas totalitários.

Não há que se falar em maior reprovabilidade (culpabilidade) da conduta do réu reincidente. Vale, sobre o tema, lembrar as lições de FIGUEI-

⁹ “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 moderno Estado de Direito e, ao mesmo tempo, da proibição ética de julgar evangélica (Mates, VII, 1; Paulo, Epístola, XIV, 4) (cf. FERRAJOLI). É inquestionável que quando se quebra esta regra e se entra, ainda que com pretensões limitadas, num direito penal de autor, abre-se caminho para o exercício de um poder meramente disciplinar, que exalta a ordem como um valor autônomo, onde vêm se juntar ambos os discursos de justificação da reincidência (o que pretende o injusto maior e o que pretende a maior culpabilidade). A quebra desta regra implica na quebra do princípio fundamental que, desde 1948, preside a elaboração da teoria dos Direitos Humanos: **todo ser humano é pessoa**. Pode-se mesmo dizer que todo o resto da teoria dos Direitos Humanos é exegese e desenvolvimento desta afirmação fundamental, ameaçada a partir do momento em que o Estado se atribui o direito de julgar o ‘ser’ dos homens” (ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Reincidência: um Conceito do Direito Penal Autoritário*, in Livro de Estudos Jurídicos n.º 6, Rio de Janeiro:IEJ, 1993, p. 57/58).

¹⁰ Dentre outros, a “reincidência provoca uma série de efeitos no sentido da agravação da situação jurídica do agente, tais como: (a) aumento da pena na condenação pelo crime posterior (causa legal de aumento de pena), (art. 61, I, do CP); (b) prepondera no concurso de circunstâncias agravantes (última parte do art. 67 do CP); (c) impede a concessão da suspensão condicional da pena (art. 77, I, do CP); (d) aumenta o prazo de cumprimento da pena para obtenção do livramento condicional (art. 83, II, do CP); (e) interrompe a prescrição (art. 117, VI, do CP); (f) impede a substituição da pena privativa de liberdade por pena restritiva de direito ou multa, na hipótese de crime doloso (arts. 44, II, 60, § 2.º, e 77, I, do CP); (g) obsta que o regime inicial de cumprimento da pena seja o aberto ou o semi-aberto, salvo tratando-se de pena de detenção (art. 33, § 2.º, b e c, do CP); (h) produz a revogação obrigatória da suspensão condicional da pena na hipótese de condenação por crime doloso (art. 81, I, do CP); (i) autoriza a revogação facultativa, na hipótese de condenação por crime culposo ou por contravenção penal, desde que não imposta pena privativa de liberdade (art. 81, § 1.º, do CP); (j) acarreta a revogação obrigatória do livramento condicional, sobrevivendo condenação à pena privativa de liberdade (art. 86 do CP); (k) autoriza a revogação facultativa do livramento condicional, em caso de crime ou contravenção penal, se não imposta pena privativa de liberdade (art. 87 do CP); (l) revoga a reabilitação, quando sobrevier condenação à pena que não seja de multa (art. 95 do CP); (m) aumenta de um terço o prazo prescricional da pretensão executória (caput do art. 110 do CP); (n) impede o reconhecimento de algumas causas de diminuição da pena, como nas hipóteses dos arts. 155, § 2.º; 170 e 171, § 1.º, do Código Penal); (o) impede a concessão da fiança na hipótese de condenação por crime doloso (art. 323, III, do CPP)” (FREITAS, Ricardo de Brito A.P. Freitas. *Reincidência e Repressão Penal*. In Revista Brasileira de Ciências Criminais, Nov / 2009, vol. 81, p. 92).

REDO DIAS: “*A verdadeira função da culpabilidade no sistema punitivo reside efetivamente numa incondicional proibição de excesso; a culpabilidade não é fundamento da pena, mas constitui o seu limite inultrapassável, obtemperando que é um veto incondicional aos apetites abusivos que ele possa suscitar*” (Questões fundamentais do direito penal revisitadas. São Paulo: RT, 1999).

A pena privativa de liberdade, dizem os manuais, serve para a regeneração individual (lições de RAYMOND SALEILLES). Trata-se de uma obrigação que o Estado declara pretender cumprir. Ora, o (esperado) fracasso estatal na atuação regeneradora não pode ser imputado ao indivíduo, réu-objeto da política carcerária brasileira. Ademais, com as desigualdades sociais encontradas no Brasil, facilmente percebe-se que a agravante não produz qualquer desestímulo ao desvio tipificado como crime. Como diz o Desembargador ARAMIS NAS-SIF, “*a pena é um mal necessário. A reincidência, não. Sem função teleológica, sem aplicação a agravante. Nada a justifica*” (Reincidência: necessidade de um novo paradigma. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002).

Ademais, a intangibilidade da coisa julgada (artigo. 5º, XXXVI, da CR) é mais um argumento para impedir a agravação da pena em razão de outro fato (outro crime) já definitivamente julgado (nesse sentido: processo nº 70001004530 – Apelação Criminal, TJRS, 6ª Câmara Criminal, Rel. Des. Sylvio Baptista)”.
A

Roberto Lyra assevera com precisão que “*a reincidência (de recidere – recair) não se subordina aos critérios da responsabilidade e sim aos da periculosidade. Não é à técnica jurídica, porém à política criminal, que devem ser pedidos os seus fundamentos, as suas modalidades e os seus efeitos. A doutrina não conseguiu unanimidade, sequer, para a inclusão da reincidência entra as agravantes*”^{11 12}, indicando com isto, já em 1942, se tratar de opção de **política criminal** (mais ou menos democrática e humanística¹³, como veremos em seguida) que, por óbvio, há de se submeter aos ditames da Constituição Federal como pressuposto de sua validade.

E tal submissão **inexiste**. Vale dizer: o instituto da reincidência (mais ainda – se é que é possível – que os antecedentes, a conduta social, a personalidade do agente...), bem como todos os seus corolários (regras positivadas que ora aumentam a pena, ora impedem benefícios despenalizadores como a suspensão condicional do processo ou a transação penal, ora afastam institutos desencarceradores como as penas alternativas ou o *sursis*, ora dificultam benefícios na seara da execução penal, etc.), não se coa-

¹¹ LYRA, Roberto. *Comentários ao Código Penal*. Rio de Janeiro: Ed. Revista Forense, 1942, v.2, p. 282.

¹² Idêntica dificuldade é salientada por Zaffaroni: “*É difícil fornecer um conceito satisfatório de reincidência a nível internacional, dado que os esforços que vêm se realizando neste sentido, há décadas, não se mostram alentadores, como demonstram as tentativas feitas no Congresso Internacional de Criminologia de 1955 e no Curso Internacional de 1971 (cf. BERGALLI)*” (ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Op. cit., p. 49).

¹³ Roberto Lyra aponta alguns “usos” da reincidência no passado longínquo: “*O chamado direito bárbaro desconheceu o problema, que voltou a ser mais caracteristicamente enfrentado sob Liutprando. Assim, no 14º ano de seu reinado (726), cominou-se pena mais severa para o segundo furto, exacerbada no terceiro até o banimento. As capitulares de Carlos Magno puniam o primeiro furto com a perda de um olho; o segundo, com a perda do nariz e o terceiro, si se non emenda verit, com a morte. A constituição carolíngia considerava a reincidência no furto e sancionava o terceira furto com a morte, vislumbrando-se a reincidência também no perjúrio*” (LYRA, Roberto, Op. cit., p. 281) – que o legislador brasileiro não nos leia, e não tire daqui algumas “novas” ideias punitivas...

dunam com os princípios penais, expressos ou implícitos, contidos na Constituição Federal.

Cabe mencionar aqui o breve excursus histórico levado à efeito pelo IB-CCRIM no memorial¹⁴ apresentado na qualidade de *Amicus Curiae* perante o Supremo Tribunal Federal no julgamento do RE 591.563-8¹⁵, e que demonstra claramente os resquícios de periculosidade inerentes ao direito penal do autor ínsitos à reincidência:

“No sistema da Parte Geral do Código Penal de 1940, um dos fatores de presunção da *periculosidade* era, justamente, a reincidência em crime doloso (antigo artigo 78). 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, sobreviria o *estado perigoso*. “A reincidência – dizia Hungria – *é sinal de periculosidade, como a febre é sinal de infecção, como a putrefação é sinal de morte.*”

Em 1984, com a vedação da possibilidade de imposição da medida de segurança (sistema do duplo binário) ao reincidente, a agravante permanece como forma de prolongar sua pena. Nota-se, pois, que apesar da orientação da Reforma em direção à implementação da responsabilidade penal baseada na culpabilidade, o fundamento periculosista, típico do sistema de *direito penal de autor*, é mantido”.

Evidenciada, assim, também historicamente, a permanência, na reincidência, de sua natureza perigosista com origem e fundamento no direito penal do autor, ninguém melhor do que Alberto Silva Franco estudou a colisão daquele instituto com os princípios constitucionais garantistas, pelo que compete analisar suas considerações, que podem ser resumidas nos seguintes tópicos:

- **Princípio do *ne bis in idem***: há clara colidência da reincidência com este princípio implícito, que é uma decorrência lógica dos princípios da legalidade e proporcionalidade, e que veda, sob ótica processual, múltipla persecução penal quanto a um mesmo fato acerca da mesma pessoa, e sob ótica material proíbe a dupla valoração penal de fato precedente na forma da inaceitável aplicação de um *plus* de pena ao fato subsequente por mera decorrência da condenação anterior.¹⁶

¹⁴ Disponível na internet em http://www.ibccrim.org.br/novo/docs/amicus_curiae/RE_n._591563-8_Reincid%C3%A7%C3%A3o.pdf, consultado em 18 de fevereiro de 2013.

¹⁵ Abrangido pelo julgamento com Repercussão Geral do RE 453.000/RS, abaixo mencionado.

¹⁶ “*Prima facie vislumbra-se um ponto de colisão no desrespeito ao princípio do ne bis in idem, princípio esse que, embora não esteja expressamente consignado na Constituição Federal, tem inafastável conexão com os princípios da legalidade e da proporcionalidade. O significado fulcral do princípio constitucional ne bis in idem reside no seu caráter bifronte: uma face processual e outra material. Sob a primeira perspectiva, o princípio inadmitte uma persecução penal múltipla, isto é, que uma mesma pessoa e um mesmo fato sejam, de novo, aferidos judicialmente. Com razão, assevera-se que tal princípio ‘representa fechar definitivamente as portas de um episódio que já foi objeto de um processo penal’. Sob a angulação material, proíbe a dupla valoração penal na medida em que obsta que o delito anterior produza, de novo, consequências penais. Ora, a reincidência, enquanto agravante, não apenas aplica oficialmente, através de manifestação judicial no segundo processo, o rótulo de reincidente ao condenado por fato criminoso anterior, como também valora penalmente o fato precedente para efeito de agregar maior gravidade à*

- **Princípio da legalidade:** a reincidência acarreta uma estranha ultratividade da condenação anterior, afastando o juiz, no momento da aplicação da pena, dos fatos analisados no segundo processo, aplicando uma reprimenda superior à cominada ao segundo delito por fatores extra autos.¹⁷
- **Princípio da proporcionalidade:** aplicada ao condenado um agravamento de pena por conta de fato anterior, daí decorre que a nova pena no processo subsequente não guarda proporção com os fatos nele apurados e, portanto, com a infração concretamente praticada.¹⁸
- **Princípio do direito penal do fato:** este princípio implícito decorre diretamente do princípio democrático, que não se coaduna com punições a cidadãos pelo que eles são, e não pelo que fizeram. O direito penal do autor é estreitamente vinculado a estados totalitários nos quais se deixa de lado a punição a condutas delitivas para deslocar a delinquência do fato para a pessoa, que torna-se criminosa pelo que é, pelo que pensa, pelo modo como se comporta, e não pelo que praticou em determinada situação concreta. Pune-se, assim, um currículo, e não um ato isolado praticado e devidamente apurado em dado processo penal, o que atenta contra diversidade inerente à democracia, dando ensejo à criação de “inimigos” e a um tratamento diferenciado a estes pelo simples fatos de serem diferentes. Em suma, em um Estado Democrático de Direito, deve-se exercer a tolerância inclusive com os intolerantes.¹⁹

*pena cominada para o segundo delito, tomando-se a sentença condenatória anterior como pressuposto do plus punitivo. É evidente que um mesmo fato não pode ser duplamente aferido, posto que ‘a maior gravidade da pena do segundo delito é um plus de gravidade por causa do primeiro’, o que faz, ‘no fundo, com que o delito anterior surta efeitos jurídicos duas vezes’, e que haja assim ‘uma inadmissível reiteração no exercício do ius puniendi do Estado’” (FRANCO, Alberto Silva. *Sobre a não recepção da reincidência pela Constituição Federal de 1988. Breves anotações*. in *Direito Penal na Atualidade: Escritos em Homenagem ao Professor Jair Leonardo Lopes*, Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2010, p. 06/07).*

¹⁷ *“Com efeito, na medida em que a reincidência acarreta uma espécie de ultratividade das consequências de um delito anterior já julgado, estendendo seus efeitos a um delito posterior totalmente independente, e provoca necessariamente o aumento do quantum punitivo por extensão do fato criminoso anterior, põe em xeque o princípio da legalidade que obriga o juiz a permanecer estritamente atado aos dados componentes da figura típica em julgamento e à quantidade sancionatória nela cominada. Qualquer transbordamento judicante, não previsto na moldura típica, significa gravosa ofensa ao princípio já consagrado constitucionalmente” (FRANCO, Alberto Silva. Op. cit., p. 07/08).*

¹⁸ *“...a reincidência, ao materializar uma sanção penal não cominada legalmente, provoca uma reação punitiva desproporcionada na medida em que inflige ao condenado uma sanção que não guarda a necessária proporção com a infração cometida. Com inteira propriedade, considera-se que ‘a pena provocada pela reincidência, ao exceder a gravidade do injusto cometido, para a ele somar-se um plus que obedece a outro injusto, é desproporcionada e, em consequência, injusta’” (Idem. Op. cit., p. 08).*

¹⁹ *“O verbo ser tem inúmeras acepções e, dentre elas, a de ‘ter qualidade, característica ou propriedade intrínseca referida ou mencionada por uma palavra ou expressão’. Ser reincidente significa aderir uma qualidade subjetiva ao infrator, já condenado irrecorrivelmente, que comete nova infração penal. É um desvio pessoal que não afeta, em si mesmo, nenhum bem jurídico ou, de forma mais sintética, ‘é um modo de ser mais do que um modo de atuar’. E, no campo do direito penal, a pessoa só pode responder pelo que fez, não pelo que é. ‘O princípio do direito penal do fato expressa o pressuposto mínimo exigível à intervenção penal do Estado, já que esta não se legitima sem a lesividade e danosidade que, ao menos, o fato cometido representa’. O princípio contrário, o princípio oposto, o princípio que conflita aberta e integralmente com o princípio do direito do fato é exatamente o princípio do direito penal do autor, que*

- **Princípio da culpabilidade:** este decorre, em escala constitucional, do caráter personalíssimo da responsabilidade penal, que somente há como ser reconhecida quando decorrente do dolo ou da culpa do agente, pelo que não se sustenta qualquer agravamento de pena por fator estranho à subjetividade do autor de um fato típico, i.e., por razões alheias à sua vontade de praticar determinado ato ou de negligenciar algum dever objetivo de cuidado, que devem estar imbrincados na conduta em apuração no processo subsequente, pelo que irrelevantes dolos ou culpas antecedentes e estranhas ao novo fato em apuração.²⁰
- **Princípio da igualdade:** não é legal ou mesmo legítima a aplicação de penas diversas a autores que praticaram fatos idênticos, regidos pela identidade de fatores objetivos e subjetivos, sob pena de se abrir margem ao arbítrio. Coautores de um mesmo fato devem ser punidos de uma mesma forma, eis que desigualar os iguais, neste contexto, é flagrantemente injustificável e essencialmente injusto.²¹

se fundamenta no pressuposto de que o interesse punitivo deve estar endereçado não ao fato cometido, mas a seu autor. Mais do que a pessoa fez, interessa ao mecanismo punitivo o que a pessoa é. Cria-se não uma tipologia de fatos, mas uma tipologia de determinados autores, porque o que passa a ser levado em linha de conta é quem praticou o fato, sua personalidade e suas características pessoais. É óbvio que o princípio do autor é um caminho aberto a todo tipo de totalitarismo, e o Direito Penal acolhedor da tipologia de autores não encontra forma de acomodação à ideia de um Estado de Direito. Ora, adicionar uma agravamento de pena por ser o réu reincidente constitui consagrar um tipo de autor, o que é de todo insuportável num direito penal de conteúdo garantístico. E mais do que isso, é uma perigosa oportunidade de de alastramento de perniciososa infecção no organismo penal por meio de vírus do direito penal do inimigo” (Ibidem. p. 08/09).

²⁰ *“Na compreensão desse caráter pessoal está inserida a ideia de que a responsabilidade penal é subjetiva, isto é, ‘pertence a seu autor, é própria dele, na medida em que é responsável pelo fato praticado porque quis ou porque tal fato é devido à falta de um dever de cuidado. Em resumo, o fato é seu porque agiu com dolo, ou no mínimo, com culpa’, deixando transparecer a reprovabilidade de seu proceder. Como conciliar esse entendimento com o plus de agravamento punitiva que é imposto fora do querer do agente - e não há cogitar, no caso, de culpa - ou, dito de outra forma, como fundamentar juridicamente a agravante da reincidência com base no querer derivado, não do fato objeto de julgamento, mas de um outro fato, já julgado, distinto e anterior? Como pode o agente ser penalmente responsabilizado com carga punitiva maior em face da conduta em julgamento, se o dolo e a reprovabilidade de seu comportamento estão incrustados no fato criminoso antecedente, objeto de uma condenação transitada em julgado? E, sem culpabilidade, qual o fundamento possível do acréscimo punitivo?” (Ibidem. p. 10).*

²¹ *“O princípio da igualdade contrapõe-se, em verdade, ‘ao arbítrio, ou seja, proíbe as diferenciações de tratamento sem fundamento material bastante, que o mesmo é dizer sem qualquer justificação razoável, segundo os critérios de valor objetivo constitucionalmente relevantes. Proíbe a discriminação, ou seja, as diferenciações de tratamento fundadas em categorias meramente subjetivas’. Ora, é patente que a agravamento penal provocada pela reincidência acarreta um tratamento desigual entre os acusados que praticaram o mesmo ato. A condenação mais grave aplicada ao reincidente torna sua pena maior do que a do primário, e o arbítrio, nessa forma de tratamento punitivo, fica à mostra ao verificar-se que o acréscimo punitivo não decorre do fato criminoso ajuizado, mas em função de condenação por ele sofrida anteriormente. Trata-se, no caso, de um tratamento punitivo que deixa uma discriminação perversa. ‘Se o relevante para os efeitos da determinação da pena é a gravidade do fato punível censurável, não pode levar-se em conta um fato punido anteriormente porque aí reside a discriminação e consequentemente a violação ao princípio da igualdade: outro acusado que haja cometido um fato igualmente grave e reprovável, se não registra uma pena anterior, vai receber uma pena mais baixa, legítima e que é ajustada à gravidade do fato considerado individualmente como deve ser o direito penal do fato e não do autor” (Ibidem. p. 10/11).*

- **Princípio da presunção de inocência:** não há espaço para presunções outras em matéria processual penal, senão a de que ninguém será considerado culpado antes de sentença condenatória irrecorrível. Contudo, a reincidência cria uma inadmissível presunção absoluta de periculosidade do agente. Caracterizada a reincidência, sua pena será majorada em razão desta presunção, não havendo prova possível apta a afastá-la, i.e., não há o que o réu possa fazer para comprovar que não faz jus a este agravamento em sua punição. Presume-se que deve receber reprimenda mais grave, quando nem sempre um réu reincidente é mais perigoso que outro não reincidente.²²
- **Princípio da dignidade da pessoa humana:** não se adequam a este princípio considerações que denigram um ser humano por sua opção de vida, por sua forma de ser e de viver – ainda que contrárias ao direito! O respeito à pessoa humana perpassa, inclusive, pelo respeito à opções que não sejam aquelas ordinárias, usuais, comuns. Se um cidadão opta por um modo de vida afeto à criminalidade, deve responder não pelo que é enquanto pessoa, mas pelo que fez – e a respectiva pena deve ser aplicada a partir deste fator, não daquele, afinal, o crime é inerente à condição humana, sempre existiu, sempre existirá, sem que isto transforme quem o pratique em alguma coisa abaixo do humano.²³

Mas também resta vulnerado o **princípio da individualização das penas**. Um determinado raciocínio, fortemente equivocado, alega que a reincidência tem o condão de melhor individualizar as penas, em específico no caso de concurso de agentes, fixando uma punição mais gravosa para o reincidente, diferenciando a pena daquele coautor não reincidente. Ocorre que não há, no contexto, mínima individualização, mas sim a repetição automática de uma imposição legal abstrata sem se analisar concretamente, dentro das peculiaridades do caso posto em Juízo, a efetiva necessidade de uma maior apenação já que, como dito, o sistema atual não abre espaço à produção de provas em favor do afastamento da agravante.

Um derradeiro enfoque (já acima antecipado nas palavras de Rubens Casa-
ra) merece aqui consideração, encontrando-se sintetizado nas precisas palavras de Ro-

²² “Além disso, fere ainda o princípio da presunção de inocência o fato da perigosidade do agente ser presumida *iuris et de iure*. Ocorrida a reincidência, não cabe discutir se é ela reveladora ou não de uma pessoa perigosa: o acréscimo punitivo é aplicável, sem que se possa em momento algum fazer-se a prova da carência dessa perigosidade. E ‘nem sempre o réu reincidente é mais perigoso do que o réu não reincidente. Afinal, o agente pode ser primário, não obstante tenha praticado diversos delitos, assim como pode ser reincidente em crime de menor potencial ofensivo. É de reconhecer, portanto, que a reincidência já não constitui um sintoma seguro de maior perigosidade, não se justificando, também por esta razão, sua existência” (Ibidem. p. 11).

²³ “...o instituto da reincidência vai de encontro ao princípio fulcral do Estado Democrático (e Social) de Direito, ou seja, àquele que permeia, como fio condutor, toda a principiologia constitucional: o princípio da dignidade da pessoa humana. ‘Se por respeito aos direitos humanos deve ser excluída da política pública – da criminal é apenas uma espécie – toda forma de discriminação arbitrária que impeça ou embarace o exercício dos direitos fundamentais do ser humano, devem ficar excluídas, por antonomásia, as discriminações que se fundem na conformidade moral do indivíduo, na sua posição permanente frente ao Direito ou na pretendida perigosidade. [...] A única sustentação possível da reincidência como causa de agravação penal do indivíduo enraíza-se nas características já mencionadas, motivo pelo qual, em última análise, tal instituto é contrário à dignidade da pessoa humana” (Ibidem. p. 11/12).

gério Greco: “A reincidência é a prova do fracasso do Estado na sua tarefa ressocializadora”²⁴, cabendo lembrar as altíssimas taxas de reincidência em nosso país, a demonstrar, de maneira cabal, o efeito criminógeno do cárcere²⁵, pelo que, como sustenta Juarez Cirino dos Santos, “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. A reincidência real deveria ser circunstância atenuante e a reincidência ficta é, de fato, um indiferente penal”.²⁶

Enfim, nas palavras de Zaffaroni, “um instituto que leva a exaltar como valores a ordem e a obediência em si mesmas; que leva o Estado a se atribuir a função de julgar o que cada ser humano escolhe ser e o que cada ser humano é; que implica num *bis in idem*; que contribui para afastar o discurso jurídico da realidade, ignorando dados que se manifestam há séculos e que as ciências sociais demonstram de maneira incontestável; que, com tudo isto, contraria a letra e o espírito da consciência jurídica da comunidade internacional, moldada nos instrumentos jushumanistas; um instituto como este **deveria desaparecer do campo jurídico, da mesma forma que desapareceram, a seu tempo, a tortura no âmbito processual ou a analogia no campo penal**” (os grifos estão no original)²⁷.

Diante de todos os argumentos acima apontados, não há como se ter condescendência com este instituto – ou, *permissa venia*, com autores que não obstante reconheçam a inconstitucionalidade da reincidência somente o façam (à guisa de uma deturpada interpretação conforme a constituição²⁸) para efeito de afastar a possibilidade de agravamento da pena, mantendo-a operante quanto a todas as demais consequências relacionadas ao instituto previstas no direito penal pátrio, como se entendessem ser a

²⁴ GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal: Parte Geral*. Niterói: Impetus, 2010, p.545.

²⁵ “Certamente, a prisão enquanto forma do conteúdo tem ela própria seus enunciados, seus regulamentos. Certamente, o direito penal enquanto forma da expressão, enunciados de delinquência, tem seus conteúdos: nem que fosse apenas um novo tipo de infrações, atentados à propriedade mais que agressões às pessoas. E as duas formas não param de entrar em contato, insinuando-se uma dentro da outra, cada uma arrancando um segmento da outra: o direito penal não para de remeter à prisão, de fornecer presos, enquanto a prisão não para de reproduzir a delinquência, de fazer dela um ‘objeto’ e de realizar seus objetivos que o direito penal concebia de outra forma (defesa da sociedade, transformação do apenado, modulação da pena, individualização). Há pressuposição recíproca entre as duas formas” (DELEUZE, Gilles. *Foucault*. Brasília: Ed. Brasiliense, 1991. Citado por NASSIF, Aramis. *Reincidência: necessidade de um novo paradigma*. In Revista de Estudos Criminais, Rio Grande do Sul: Notadez Informação, 2001, v. 4, p. 125).

²⁶ SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito Penal: Parte Geral*. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris – Curitiba: ICPC, 2006, p. 570.

²⁷ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Op. cit., p. 58.

²⁸ Nos ensina Luis Roberto Barroso que “à vista das dimensões diversas que sua formulação comporta, é possível e conveniente decompor didaticamente o processo de interpretação conforme a Constituição nos elementos seguintes: 1) Trata-se de escolha de uma interpretação da norma legal que a mantenha com a Constituição, em meio a outra ou outras possibilidades interpretativas que o preceito admita. 2) Tal interpretação busca encontrar um sentido possível para a norma, que não é o que mais evidentemente resulta da leitura de seu texto. 3) Além da eleição de uma linha de interpretação, procede-se à exclusão expressa de outra ou outras interpretações possíveis, que conduziriam a resultado contrastante com a Constituição. 4) Por via de consequência, a interpretação conforme a Constituição não é mero preceito hermenêutico, mas, também, um mecanismo de controle de constitucionalidade pelo qual se declara ilegítima uma determinada leitura da norma legal” (BARROSO, Luis Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*, São Paulo:Saraiva, 2009, p. 140).

reincidência “meio inconstitucional”, i.e., para um único efeito sim, mas para todos os outros não, entendimento nada menos que insustentável já que, como demonstrado, não há leitura, linha interpretativa ou sentido possível do instituto que o compatibilize, sob qualquer ótica, com a Carta Maior em vigor.

No sentido dos posicionamentos aqui adotados (e trazendo, ainda, novos argumentos), em nosso país, podemos citar os seguintes arestos, oriundos do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

*FURTO. CIRCUNSTÂNCIA AGRAVANTE. REIN-
DÊNCIA – INCONSTITUCIONALIDADE POR REPRE-
SENTAR ‘BIS IN IDEM’. VOTO VENCIDO. NEGARAM
PROVIMENTO AO APELO DA ACUSAÇÃO POR MAI-
ORIA (TJRS, Apelação Crime 699291050, 5ª Câmara
Criminal, Rel. Amilton Bueno de Carvalho, j. 11.09.99).*

*ROUBO MAJORADO TENTADO. EXISTÊNCIA E
AUTORIA COMPROVADAS. CONDENAÇÃO CON-
FIRMADA. AFASTADA A AGRAVANTE DA REIN-
CIDÊNCIA, POR INCONSTITUCIONAL. PRECE-
DENTES DA CÂMARA. PENA REDIMENSIONADA.
APELO DEFENSIVO PARCIALMENTE PROVIDO.
UNÂNIME. (TJRS, Apelação Crime 70016965345, 5ª
Câmara Criminal, Rel. Luís Gonzaga da Silva Moura, j.
05.04.07).*

PENA. PORTE ILEGAL DE ARMA. DOSIMETRIA.

Omissis...

*PENA. DOSIMETRIA. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS
DA PERSONALIDADE E CONDUTA SOCIAL. IMPOS-
SIBILIDADE DE AGRAVAR A PUNIÇÃO. As circuns-
tâncias judiciais da conduta social e personalidade, pre-
vistas no art. 59 do CP, só devem ser consideradas para
beneficiar o acusado e não para lhe agravar mais a pena.
A punição deve levar em conta somente as circunstâncias
e conseqüências do crime. E excepcionalmente minoran-
do-a face a boa conduta e/ou a boa personalidade do
agente. Tal posição decorre da garantia constitucional da
liberdade, prevista no artigo 5º da Constituição Federal.
Se é assegurado ao cidadão apresentar qualquer compor-
tamento (liberdade individual), só responderá por ele, se
sua conduta ('lato sensu') for ilícita. Ou seja, ainda que
sua personalidade ou conduta social não se enquadre no
pensamento médio da sociedade em que vive (mas os atos
são legais) elas não podem ser utilizadas para o efeito de
aumentar sua pena, prejudicando-o. PENA. DOSIME-
TRIA. REINCIDÊNCIA E CONFISSÃO ESPONTÂNEA.
PREPONDERÂNCIA DA ÚLTIMA. Tendo em vista o mo-
derno entendimento a respeito da reincidência - o 'bis in
idem' e que nem sempre o reincidente tem mais culpabili-*

dade que o primário - e a obrigatoriedade da atenuação pela confissão espontânea em razão de seu valor - ela gera uma decisão judicial mais rápida para o caso concreto e complexo e afasta a incerteza da decisão - é de se afirmar que a atenuante citada prepondera sobre a agravante mencionada e (se for aplicada) deverá, sempre, ter um peso maior na fixação da pena.” (TJRS, Apelação Crime nº 70001004530, 6ª Câmara Criminal, Relator Des. SYLVIO BAPTISTA NETO, j. 25.05.00).

PENA. FURTO QUALIFICADO. DOSIMETRIA. ISONOMIA AO ROUBO DE IGUAL QUALIDADE.

Omissis...

PENA. DOSIMETRIA. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DA PERSONALIDADE E CONDUTA SOCIAL. IMPOSSIBILIDADE DE AGRAVAR A PUNIÇÃO. As circunstâncias judiciais da conduta social e personalidade, previstas no art. 59 do CP, só devem ser consideradas para beneficiar o acusado e não para lhe agravar mais a pena. A punição deve levar em conta somente as circunstâncias e conseqüências do crime. E excepcionalmente minorando-a face a boa conduta e/ou a boa personalidade do agente. Tal posição decorre da garantia constitucional da liberdade, prevista no art. 5º da Constituição Federal. Se é assegurado ao cidadão apresentar qualquer comportamento (liberdade individual), só responderá por ele, se a sua conduta ('lato senso') for ilícita. Ou seja, ainda que sua personalidade ou conduta social não se enquadre no pensamento médio da sociedade em que vive (mas os atos são legais), elas não podem ser utilizadas para o efeito de aumentar sua pena, prejudicando-o. PENA. DOSIMETRIA. REINCIDÊNCIA. DESVALOR DE AGRAVAMENTO. Afasta-se o agravamento da punição pela reincidência, pois, além do 'bis in idem', inclui-la como causa de agravação da pena, não leva em conta que o delinqüente reincidente nem sempre é mais perverso, mais culpável, mais perigoso, em confronto com o acusado primário. Depois, não pode o próprio Estado, um dos estimuladores da reincidência, na medida em que submete o condenado a um processo dessocializador, exigir que se exacerbe a punição a pretexto de que o agente desrespeitou a sentença anterior, desprezou a formal advertência expressa nessa condenação e, assim, revelou uma culpabilidade mais intensa.” (TJRS, Apelação Crime nº 70001014810, Sexta Câmara Criminal, Relator Des. SYLVIO BAPTISTA NETO, j. 08.06.00).

É bem verdade que o e. Supremo Tribunal Federal, em recentíssimo julgado, apreciando o RE 453.000/RS, aplicando o regime de repercussão geral (portanto

sem efeito vinculante), declarou de forma unânime a **constitucionalidade** da reincidência²⁹.

Ocorre que mais uma vez aqui a Corte Interamericana de Direitos Humanos se encontra com sua jurisprudência muito mais avançada que aquela atual, do Supremo Tribunal Federal. Em julgamento proferido no caso *Fermín Ramírez vs Guatemala*³⁰, já entendeu aquela Corte Internacional no sentido da total incompatibilidade de dispositivos legais que se baseiem direta ou indiretamente no conceito de periculosidade face aos superiores princípios que regem o direito internacional dos direitos humanos. Vejamos:

94. *En concepto de esta Corte, el problema que plantea la invocación de la peligrosidad no sólo puede ser analizado a la luz de las garantías del debido proceso, dentro del artículo 8 de la Convención. Esa invocación tiene mayor alcance y gravedad. En efecto, constituye claramente una expresión del ejercicio del ius puniendi estatal sobre la base de las características personales del agente y no del hecho cometido, es decir, sustituye el Derecho Penal de acto o de hecho, propio del sistema penal de una sociedad democrática, por el Derecho Penal de autor, que abre la puerta al autoritarismo precisamente en una materia en la que se hallan en juego los bienes jurídicos de mayor jerarquía.*

95. *La valoración de la peligrosidad del agente implica la apreciación del juzgador acerca de las probabilidades de que el imputado cometa hechos delictivos en el futuro, es decir, agrega a la imputación por los hechos realizados, la previsión de hechos futuros que probablemente ocurrirán. Con esta base se despliega la función penal del Estado. En fin de cuentas, se sancionaría al individuo – con pena de muerte inclusive – no con apoyo en lo que ha hecho, sino en lo que es. Sobre ponderar las implicaciones, que son evidentes, de este retorno al pasado, absolutamente inaceptable desde la perspectiva de los derechos humanos. El pronóstico será efectuado, en el mejor de los casos, a partir del diagnóstico ofrecido por una pericia psicológica o psiquiátrica del imputado.*

96. *En consecuencia, la introducción en el texto penal de la peligrosidad del agente como criterio para la califi-*

²⁹ “ O Tribunal, por unanimidade e nos termos do voto do Relator, negou provimento ao recurso extraordinário. Determinou, ainda, aplicar o regime da repercussão geral reconhecida no RE 591.563. Autorizados os ministros a decidirem monocraticamente casos idênticos, vencido, no ponto, o Ministro Marco Aurélio. Votou o Presidente, Ministro Joaquim Barbosa. Falaram, pelo recorrente, o Dr. Afonso Carlos Roberto do Prado, Subdefensor Público-Geral Federal e, pelo Ministério Público Federal, a Dra. Deborah Macedo Duprat de Britto Pereira, Vice-Procuradora-Geral da República. Ausentes, justificadamente, os Senhores Ministros Celso de Mello e Teori Zavascki. Plenário, 04.04.2013”, na internet em <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2282540>, consultado aos 22 de abril de 2013.

³⁰ Disponível na internet em http://www.corteidh.or.cr/expediente_caso.cfm?id_caso=129, consultado aos 23 de fevereiro de 2013.

cación típica de los hechos y la aplicación de ciertas sanciones, es incompatible con el principio de legalidad criminal y, por ende, contrario a la Convención.

97. *El artículo 2 de la Convención señala el deber que tienen los Estados Parte en la Convención de adecuar su legislación interna a las obligaciones derivadas de la Convención. En este sentido, la Corte ha señalado que: [s]i los Estados tienen, de acuerdo con el artículo 2 de la Convención Americana, la obligación positiva de adoptar las medidas legislativas que fueren necesarias para garantizar el ejercicio de los derechos reconocidos por la Convención, con mayor razón están en la obligación de no expedir leyes que desconozcan esos derechos u obstaculicen su ejercicio, y la de suprimir o modificar las que tengan estos últimos alcances. De lo contrario, incurren en violación del artículo 2 de la Convención .*

98. *Por todo lo anterior, la Corte considera que el Estado ha violado el artículo 9 de la Convención, en relación con el artículo 2 de la misma, por haber mantenido vigente la parte del artículo 132 del Código Penal que se refiere a la peligrosidad del agente, una vez ratificada la Convención por parte de Guatemala.*³¹

Cabe lembrar que nosso país – assim como a Guatemala – também é signatário da Convenção Americana de Direitos Humanos – Pacto de San José da Costa Rica (adotada e aberta à assinatura na Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos, em San José da Costa Rica, em 22/11/1969, e ratificada pelo Brasil em

³¹ Em tradução livre: “94. Na concepção desta Corte, o problema levantado pela invocação da periculosidade não pode ser analisado somente à luz das garantias do devido processo legal nos termos do artigo 8º da Convenção. Esta invocação tem maior escopo e gravidade. Na verdade, constitui claramente uma expressão do exercício do ius puniendi estatal, com base em características pessoais do agente e não do fato cometido, ou seja, substitui o Direito Penal do ato ou do fato, próprio do sistema penal de uma sociedade democrática, pelo Direito Penal de autor, o que abre a porta para o autoritarismo precisamente em uma matéria em que se acham em jogo os bens jurídicos de maior hierarquia.

95. A valoração da periculosidade do agente implica na apreciação pelo juiz acerca das probabilidades de que o acusado cometa atos criminosos no futuro, ou seja, agrega à acusação feita pelos fatos, a previsão de eventos futuros que possam vir a ocorrer. Com esta base fica patente a função penal do Estado. No final das contas, se sancionaria o indivíduo – com pena de morte inclusive - não com apoio no que ele fez, mas no que é. Desnecessário ponderar as implicações, que são evidentes, desse retorno ao passado, absolutamente inaceitável do ponto de vista dos direitos humanos. O prognóstico será feito, no melhor dos casos, a partir do diagnóstico oferecido por uma perícia psicológica ou psiquiátrica do imputado.

96. Consequentemente, a introdução do texto penal da periculosidade do agente como critério para a qualificação típica dos fatos e para a aplicação de certas sanções, é incompatível com o princípio da legalidade criminal e, portanto, contrária à Convenção.

97. O artigo 2º da Convenção estabelece o dever que têm os Estados-Parte da Convenção de adequar sua legislação interna às obrigações derivadas da Convenção. A este respeito, a Corte já declarou que: [S]e os Estados têm, de acordo com o artigo 2º da Convenção Americana, a obrigação positiva de adotar as medidas legislativas necessárias para assegurar o exercício dos direitos reconhecidos pela Convenção, com maior razão estão obrigados a não promulgar leis que não respeitem esses direitos ou obstaculizem seu exercício, e a suprimir ou modificar as que tenham este último de alcance. Caso contrário, incorrem em violação ao artigo 2º da Convenção.

98. Com base no exposto, a Corte considera que o Estado violou o artigo 9º da Convenção, em conjugação com o artigo 2º, por ter mantido vigente a parte do artigo 132 do Código Penal que se refere a periculosidade do agente, uma vez ratificada a Convenção pela Guatemala”.

25/09/1992³²), logo, os fundamentos da sentença acima citada igualmente se aplicam, em nosso país, como sólido e importante critério interpretativo de todos os ditames legais direta ou indiretamente relacionados à periculosidade do agente – ainda que os efeitos desta sentença não se estendam automaticamente ao Brasil por não ter sido parte no processo (artigo 68-1 da Convenção).

Por todo o exposto, conclui-se que não há alternativa senão declarar, em específico, a não recepção pela ordem constitucional vigente dos artigos 63, 64 e inciso I do artigo 61, todos do Código Penal, e de forma mais ampla todos os demais dispositivos na esfera penal, processual penal e de execução penal que considerem a reincidência como fator apto a cercear direitos ou agravar a situação jurídica de acusados em processos criminais, bem como, enfim, a inconstitucionalidade de previsões legais acerca de “*antecedentes*”, “*conduta social*” ou “*personalidade*” dos imputados.

³² Sendo que ao depositar a carta de adesão à Convenção, o Estado Brasileiro apôs **uma única** declaração interpretativa quanto aos artigos 42 e 48, alínea *d*, no seguinte sentido: “*O Governo do Brasil entende que os artigos 42 e 48, alínea "d", não incluem o direito automático de visitas e inspeções in loco da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, as quais dependerão da anuência expressa do Estado*”.