

UNIVERSIDADE BANDEIRANTE DE SÃO PAULO  
CONSELHO DA PÓS GRADUAÇÃO E PESQUISA  
MESTRADO PROFISSIONAL EM POLÍTICAS E PRÁTICAS COM  
ADOLESCENTE EM CONFLITO COM A LEI

RENATA KLIMKE

REITERAÇÃO NO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE  
NÃO POSSIBILIDADE DE CONSIDERAÇÃO DA REITERAÇÃO NA  
APLICAÇÃO DA MEDIDA SOCIOEDUCATIVA EM UM SISTEMA  
GARANTISTA DE APURAÇÃO DO ATO INFRACIONAL.

SÃO PAULO

2011

Klimke, Renata

Reiteração no Estatuto da Criança e do Adolescente: não possibilidade de consideração da reiteração na aplicação da medida socioeducativa em um sistema garantista de apuração do ato infracional / Renata Klimke. - São Paulo: [s.n.], 2011.

101 f.; 30 cm.

Dissertação (Mestrado) – Universidade Bandeirante de São Paulo, Políticas e Práticas com Adolescente em Conflito com a Lei.

Orientador: Prof. Ms. Flávio Américo Frasseto

1. Adolescente em conflito com a lei. Reiteração/Reincidência 2. Ato infracional cometido sem violência ou grave ameaça à pessoa 3. Impossibilidade de aplicação da medida socioeducativa de internação. I. Título

Dissertação de Mestrado apresentada à Banca Examinadora como exigência parcial dos requisitos do Curso de Pós-Graduação Mestrado Profissional Adolescente em Conflito com Lei da Universidade Bandeirante para a obtenção do título de Mestre em Políticas e Práticas com Adolescentes em Conflito com a Lei, sob a orientação do Prof. Dr. Flávio Américo Frasseto.

RENATA KLIMKE

REITERAÇÃO NO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE  
NÃO POSSIBILIDADE DE CONSIDERAÇÃO DA REITERAÇÃO NA  
APLICAÇÃO DA MEDIDA SOCIOEDUCATIVA EM UM SISTEMA  
GARANTISTA DE APURAÇÃO DO ATO INFRACIONAL.

DISSERTAÇÃO DE MESTRADO APRESENTADA À UNIVERSIDADE  
BANDEIRANTE DE SÃO PAULO COMO EXIGÊNCIA PARCIAL PARA  
OBTENÇÃO DO TÍTULO DE MESTRE EM ADOLESCENTE EM  
CONFLITO COM A LEI

Presidente e Orientador

Nome: \_\_\_\_\_

Titulação: \_\_\_\_\_

Assinatura: \_\_\_\_\_

2º Examinador

Nome: \_\_\_\_\_

Titulação: \_\_\_\_\_

Assinatura: \_\_\_\_\_

3º Examinador

Nome: \_\_\_\_\_

Titulação: \_\_\_\_\_

Assinatura: \_\_\_\_\_

NOTA FINAL: \_\_\_\_\_

Biblioteca

Bibliotecário: \_\_\_\_\_

Assinatura: \_\_\_\_\_ Data: \_\_/\_\_/\_\_

São Paulo, \_\_\_\_ de \_\_\_\_\_ de 2011.

**Autorizo, exclusivamente para fins acadêmicos e científicos, a reprodução total ou parcial deste trabalho final por processos de fotocopiadoras ou eletrônicos, desde que citada a fonte.**

---

**Renata Klimke**

*Aos meus pais queridos, Helga e Hans, que, com dedicação, ensinaram-me a enxergar, além da visão, os detalhes de um mundo belo e complexo.*

## **AGRADECIMENTOS**

Pela orientação primorosa e essencial, agradeço ao professor e colega Flávio Américo Frasseto, grande conhecedor das profundezas do sistema socioeducativo, com quem muito aprendi e pude concluir este trabalho.

Imenso carinho e gratidão a Edson Teles, a quem devo um grande amadurecimento intelectual e com quem aprendi a dar os primeiros passos na realização da pesquisa, e a Nilton Ota, pelas magníficas exposições em sala de aula.

Agradeço também a minha querida amiga Cristiane Mari Yamamoto, pela amizade fiel, apoio e hospitalidade, desde a época da escola, ouvinte atenciosa e incansável e que me ajudou com as traduções necessárias.

Gratidão constante ao amigo amado de sempre e para sempre, grande conhecedor de todas as coisas, Gustavo Henrique Pinheiro Amorim, desde o tempo de estágio da Procuradoria de Assistência Judiciária em Santo Amaro, pessoa única e companheiro indispensável de longas conversas sobre literatura, cinema, música, viagens e gastronomia.

Ao colega defensor e amigo de São Vicente, Ricardo Augusto Wiziack Zago, que muito me ajudou em momentos cruciais, com muita paciência e compreensão, a quem devo muitos jantares.

Às amigas Cláudia Zimmermann, leitora atenciosa, e Daniela Magalhães, indispensáveis para as discussões sobre os grandes temas do mestrado.

Ao amigo Samir Jaber, menino inteligente, pela ajuda indispensável na obtenção de bibliografia e também pelas atenciosas e cuidadosas leituras do texto.

Agradeço às minhas irmãs queridas Deborah Klimke e Sílvia Klimke, aos pequenos Gustavo, Sarah e Luiza, às amigas Samira de Cássia Farias, Bruna Rigo Leopoldi Ribeiro Nunes, Elena Yukie Yoshitoshi e Sarah Hottenroth, bem como aos meus pais amados, Helga Maria Klimke e Hans Joachim Klimke, que souberam compreender meu distanciamento forçado.

Por fim, e especialmente, agradeço ao apoio incondicional e de valor inestimável de Flávio de Oliveira Frias, companheiro de todas as horas.

*A esta hora exactamente,  
Hay un niño en la calle...  
¡Hay un niño en la calle!*

*Es honra de los hombres proteger lo que crece,  
Cuidar que no haya infancia dispersa por las calles,  
Evitar que naufrague su corazón de barco,  
Su increíble aventura de pan y chocolate  
Poniéndole una estrella en el sitio del hambre.  
De otro modo es inútil, de otro modo es absurdo  
Ensayar en la tierra la alegría y el canto,  
Porque de nada vale si hay un niño en la calle.*

*[Todo lo tóxico de mi país a mí me entra por la nariz.  
Lavo auto, limpio zapato, huelo pega y también huelo paco  
Robo billeteras pero soy buena gente, soy una sonrisa sin dientes  
Lluvia sin techo, uña con tierra, soy lo que sobró de la guerra  
Un estómago vacío, soy un golpe en la rodilla que se cura con el frío  
El mejor guía turístico del arrabal por tres pesos te paseo por la capital  
No necesito visa para volar por el redondel porque yo juego con aviones de papel  
Arroz con piedra, mango con vino y lo que falta me lo imagino]*

*No debe andar el mundo con el amor descalzo  
Enarbolando un diario como un ala en la mano  
Trepándose a los trenes, canjeándonos la risa,  
Golpeándonos el pecho con un ala cansada.  
No debe andar la vida, recién nacida, a precio,  
La niñez arriesgada a una estrecha ganancia  
Porque entonces los manos son inútiles fardos  
Y el corazón, apenas, una mala palabra.*

*[Cuando cae la noche duermo despierto, un ojo cerrado y el otro abierto  
Por si los tigres me escupen un balazo mi vida es como un circo pero sin payaso  
Voy caminando por la zanja haciendo malabares con cinco naranjas  
Pidiendo plata a todos los que pueda en una bicicleta en una sola rueda  
Soy oxígeno para este continente, soy lo que descuidó el presidente  
No te asustes si tengo mal aliento, si me ves sin camisa con las tetillas al viento  
Yo soy un elemento más del paisaje los residuos de la calle son mi camuflaje  
como algo que existe que parece de mentira, algo sin vida pero que respira]*

*Pobre del que ha olvidado que hay un niño en la calle,  
Que hay millones de niños que viven en la calle  
Y multitud de niños que crecen en la calle.  
Y los veo apretando su corazón pequeño,  
Mirándonos a todas con fábula en los ojos.  
Un relámpago trunco les cruza la mirada,  
Porque nadie protege esa vida que crece  
Y el amor se ha perdido, como un niño en la calle.*

*[Oye: a esta hora exactamente hay un niño en la calle]  
Hay un niño en la calle.*

*(Canción para un niño en la calle - Armando Tejada Gómez – Ángel Ritro, con improvisación de René Pérez)*



## RESUMO

KLIMKE, Renata. **Reiteração no Estatuto da Criança e do Adolescente: não possibilidade de consideração da reiteração na aplicação da medida socioeducativa em um sistema garantista de apuração do ato infracional.** Dissertação de Mestrado. Programa Mestrado Profissional Adolescente em Conflito com a Lei, UNIBAN, São Paulo, 2011.

O Estatuto da Criança e do Adolescente aprovado em 1990 substituiu o Código de Menores até então vigente, passando a considerar a criança e o adolescente como sujeitos de direitos. Substituiu a nova lei a doutrina da situação irregular pela doutrina da proteção integral, com observação do princípio do respeito à pessoa em desenvolvimento. Não obstante a previsão de garantias e direitos fundamentais, traz ainda alguns resquícios da antiga sistemática, ao prever a lei a possibilidade de aplicação de medida socioeducativa de internação por prazo indeterminado de até três anos ao adolescente que reitera ato infracional praticado sem violência ou grave ameaça à pessoa. Entendemos que, a exemplo da reincidência prevista no Código Penal, a reiteração de atos não violentos não pode servir de motivação para a aplicação da medida socioeducativa de internação, pois em contradição com diversas garantias constitucionais, notadamente aos princípios da proporcionalidade, culpabilidade, dignidade da pessoa humana e humanidade da pena e com os preceitos do próprio Estatuto da Criança e do Adolescente, como o da excepcionalidade da medida de internação, além de configurar, na prática, evidente direito penal do autor ou até mesmo do inimigo, em verdadeira afronta ao Estado Democrático e Social de Direitos.

Palavras-chave. Adolescente em conflito com a lei. Reiteração/Reincidência. Ato infracional cometido sem violência ou grave ameaça à pessoa. Impossibilidade de aplicação da medida socioeducativa de internação.

## ABSTRACT

KLIMKE, Renata. **Reiteration at the Statute of the Child and Adolescent: impossibility of considering reiteration of applying a social-educational measure at a Guarantee of Right to Trial System.** Master's Dissertation. Professional Masters Program Adolescents in Conflict with the Law, UNIBAN, São Paulo, 2011.

The Statute of the Child and Adolescent approved in 1990 replaced the Code of Minors prevailing at that time, and started to consider child and adolescent as subject of rights. The new law replaced the doctrine of the irregular situation by the doctrine of full protection, with observance of the principle of respect for the developing person. Nevertheless the provision of guarantees and fundamental rights, also contains some remnants of the old systematic, as the law considers the possibility to apply a social-educational measure of imprisonment for an indeterminate period of time of up to three years to the adolescent who reiterates infractions committed without violence or serious threat to the person. We understand that, like the recurrence provided in the Criminal Code, the reiteration of non-violent acts cannot serve as motivation to apply a social-educational measure of imprisonment, as it contradicts several constitutional guarantees, notably the principles of proportionality, guilt, dignity of human being and humanity punishments and the precepts of the Statute of the Child and Adolescent, like the exceptional nature of detention, in addition to setting in practice, a clear criminal right of the author or even of the enemy, in real affront to the Social Democrat State of Law.

Keywords. Adolescents in conflict with the law. Reiteration/Recurrence. Infraction committed without violence or serious threat to the person. Impossibility of applying of a social-education measure of imprisonment.

# SUMÁRIO

## **1. INTRODUÇÃO**

1.2 APRESENTAÇÃO ..... p. 10

### **1.3 REINCIDÊNCIA – ESTUDO DOGMÁTICO**

1.3.1 Conceito ..... p. 13

1.3.2 Requisitos e espécies ..... p. 18

1.3.3 Efeitos ..... p. 22

1.4 HISTÓRICO DA REINCIDÊNCIA NAS LEGISLAÇÕES .....p. 24

1.5 CRÍTICA: INCONSTITUCIONALIDADE – NÃO RECEPÇÃO ..... p. 33

## **2 REITERAÇÃO: A REINCIDÊNCIA NO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO**

**ADOLESCENTE** ..... p. 50

2.2 NATUREZA E FUNÇÃO DA MEDIDA SOCIOEDUCATIVA ..... p. 58

2.3 CRÍTICA: IMPOSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DE MEDIDA PRIVATIVA DE  
LIBERDADE AO ADOLESCENTE QUE REITERA ..... p. 66

## **3 CONCLUSÃO: SUGESTÃO LEGISLATIVA – AFASTANDO A**

**POSSIBILIDADE DE INTERNAÇÃO FUNDAMENTADA NA REITERAÇÃO**

**DE ATO INFRACIONAL** ..... p. 84

## **BIBLIOGRAFIA**

# 1 INTRODUÇÃO

## 1.2 APRESENTAÇÃO

Durante a graduação em direito, ainda na época da existência da Procuradoria de Assistência Judiciária do Estado de São Paulo, tive meu primeiro contato, como estagiária de direito, com a defesa de direitos de pessoas hipossuficientes.

Embora com a crítica deficiente, ainda em formação, já sentia com certo incômodo, como a incidência do sistema judiciário, tanto no âmbito civil quanto no penal, porém mais neste, dava-se de forma a incrementar e afirmar as desigualdades sociais em nosso país.

Um ano depois da criação da Defensoria Pública de São Paulo, portanto em 2007, ingressei nesta instituição e passei a acompanhar, com efetiva participação, no cargo de defensora pública, a prestação de assistência jurídica integral e gratuita às pessoas que dela necessitam, confirmando, em muitos pontos, as vicissitudes da justiça brasileira.

Após uma breve passagem na área criminal do Tribunal do Júri, no período de janeiro de 2008 a novembro de 2009, atuei na Vara Especial da Infância e Juventude de São Paulo, Capital, na defesa de adolescentes acusados de cometerem atos infracionais e, a partir de 2010, passei a integrar, como colaboradora, o Núcleo Especializado da Infância e Juventude da Defensoria Pública de São Paulo.

Diante da constatação de uma interpretação ainda bastante distanciada dos princípios fundadores do Estatuto da Criança e do Adolescente e uma incidência do sistema de aplicação de medida socioeducativa muito mais próxima do revogado

Código de Menores de 1979 - que adotava ainda a doutrina da situação irregular - e dissociada dos preceitos constitucionais que regem a matéria, nasceu o desejo de pesquisar o tema, notadamente no que se refere à aplicação do instituto da reiteração para o agravamento da medida socioeducativa.

Um caso emblemático no qual atuei, dentre tantos parecidos, tornou este desejo ainda mais forte: R., 15 anos, negra, moradora de rua, acusada de furtar cinco chocolates em uma loja de departamentos de uma grande rede, foi condenada à medida socioeducativa de internação porque, embora se tratasse de ato infracional cometido sem violência ou grave ameaça à pessoa, não era primária, pois possuía, em sua folha de antecedentes, alguns furtos anteriores.

A audiência de apresentação de R., que já estava internada provisoriamente havia alguns dias, e que ocorreu sem a presença de qualquer familiar seu ou responsável, foi um exemplo clássico do que amiúde ocorre nas varas especializadas da infância e juventude da capital: o desfile habitual de ilegalidades, preconceitos e discursos moralistas, mas, claro, como quase sempre ocorre, sob a pretensa justificativa de 'proteção do adolescente'.

O contexto social da acusada, que é, quase sempre, desconsiderado pelo órgão acusador e julgador, era o de praxe: situação econômica de miserabilidade, estrutura familiar deficiente, baixa escolaridade, local de moradia e entorno desprovidos de infraestrutura, falta de políticas públicas etc.

O que se mostra, diante do exemplo mencionado, é que R. não fora presa pelo furto dos chocolates, mas sim pelo fato de ostentar a condição de reincidente. Quaisquer outras discussões possíveis sobre atipicidade da conduta pelo princípio da insignificância, furto famélico, necessidade de medida de proteção, dentre outras, caem por terra diante da 'vontade persistente de delinquir', da 'não conformação ao sistema' ou da 'indiferença com a sanção anteriormente aplicada'.

É a suposta desfaçatez do adolescente que incomoda, ao lado de um desejo, nem sempre declarado, de 'limpeza social', em relação a indivíduos não conformados ao sistema e, por isso, indesejados por certas classes sociais. Ao iniciar o processo de apuração do ato infracional, a primeira constatação a ser feita,

tanto pela autoridade policial, quanto pelos técnicos, promotores, juízes e também pela defesa, será a de condição de primário - ou não - do adolescente.

O penoso e desafiante caminho para a garantia de direitos de crianças e adolescentes deve ser percorrido de forma multidisciplinar, abrangendo uma análise histórica, sociológica, psicológica, pedagógica e jurídica do arcabouço de regras que regem o universo das matérias afetas à infância e juventude.

O que aqui se pretende é uma análise do sistema de justiça brasileiro incidente sobre os adolescentes, ou seja, jovens que possuem entre 12 e 18 anos, com ênfase na análise da aplicação de medida socioeducativa para o adolescente que reitera, indicando a presença da aplicação prática de um direito penal do autor e do inimigo, que afasta garantias de acordo com um discurso legitimado ainda na pretensa justificativa do “melhor interesse do adolescente” e da “segurança da sociedade”.

O enfoque, sob uma ótica garantista, propõe afastar a aplicação do instituto da reiteração como justificativa para aplicação de medida socioeducativa mais gravosa do que seria aplicada levando-se em consideração somente o ato infracional praticado.

Já aparecem posicionamentos de que a reincidência não pode ser aplicada para nenhum fim no Direito Penal<sup>1</sup>, mas tal entendimento é ainda bastante isolado, mormente no que diz respeito à sua aplicação prática. Entendemos que, se no direito penal comum o instituto da reincidência não foi recepcionado pela Constituição e não deve ser aplicado para nenhum fim, no âmbito da justiça juvenil a sua incidência é ainda mais perniciosa e deve ser afastada totalmente, diante das circunstâncias especiais que permeiam o indivíduo ainda em fase de desenvolvimento.

---

<sup>1</sup> Tramita perante o STF o Recurso Extraordinário nº 591.563 que versa sobre a inconstitucionalidade da regra de aplicação de pena prevista no ordenamento pátrio de aplicação da agravante da reincidência no momento de quantificação da pena (art. 61, inciso I, do Código Penal).

## 1.3 REINCIDÊNCIA – ESTUDO DOGMÁTICO

### 1.3.1 Conceito

O verbo reincidir remete à ideia de repetir, recair, tornar a incidir e reincidente é aquele que reincide, recidivo, vezeiro, de acordo com o significado atribuído por Aulete<sup>2</sup> (2007, p. 855) e Aurélio<sup>3</sup> (1975, p. 1209), em conceito não técnico.

Segundo Yarochevsky<sup>4</sup> (2005, p. 25), não há um conceito técnico-jurídico universal, pois a legislação de cada país é que vai conceituar a reincidência e especificar suas consequências e limites.

Dentre os modelos adotados em países europeus, Cristina Guisasola Lerma<sup>5</sup> (2008, p.31) assinala que os ordenamentos jurídicos apresentam pequenas oscilações no enfrentamento da reincidência e da habitualidade criminal, geralmente entre intensificação da pena e a utilização do duplo binário (aplicação concomitante de pena e medida de segurança).

Em análise da reincidência prevista no art. 46 do Código Penal de 1940, Lyra expõe que Rossi (em relação ao código napoleônico) entende-a como motivo de culpabilidade especial, tanto moral como política (insistência na prática de delitos) e Carrara a indicava como insuficiência da pena anterior, motivo para exasperação e

---

<sup>2</sup> AULETE, Caldas. *Dicionário da Língua Portuguesa*. Ed. de bolso, Rio de Janeiro: L&PMPocket, 2007, p. 855.

<sup>3</sup> FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo Dicionário da Língua Portuguesa*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1975, p. 1209.

<sup>4</sup> YAROCHEWSKY, Leonardo Isaac. *Da reincidência Criminal*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2005, p. 25.

<sup>5</sup> LERMA, Cristina Guisasola. *Reincidencia y Delincuencia Habitual*. Valencia: Tirant lo blanch, 2008, p. 31.

modificação da pena, a requerer restauração da segurança na consciência pública por esse meio (apud LYRA, 1942, p. 283-284)<sup>6</sup>.

No sistema penal espanhol, assim como no francês, por exemplo, a reincidência é contemplada como agravante da pena, fundamentada pela doutrina tradicional na 'maior perversidade', 'incurrigibilidade', uma 'tendência ou inclinação para a prática de delitos' que demonstra o réu, bem como o maior alarma social que produz, pelo temor de novas recaídas na prática criminosa (LERMA, 2008, p. 43;59-61).<sup>7</sup>

Ao contrário, o código italiano, que possui um capítulo para regular a reincidência, a habitualidade, a profissionalidade e a tendência para delinquir, nem sempre prevê como obrigatória a agravação da pena pela reincidência, prevendo, no entanto, a possibilidade de aplicação de medida de segurança para os 'socialmente perigosos', assim como o direito penal alemão, porém de forma facultativa e excepcional, para o 'delinquente habitual perigoso' (LERMA, 2008, p. 32-51)<sup>8</sup>.

O código alemão tem um rol taxativo de circunstâncias agravantes e atenuantes e não prevê de forma expressa a regulação da reincidência. O juiz tem um espaço 'moderadamente amplo' para a individualização da pena e, assim, por meio de decisão juridicamente vinculada, poderá considerar os antecedentes penais do réu, inclusive a reincidência - a reincidência é, pois, 'causa geral de individualização da pena' (LERMA, 2008, p 48-51).<sup>9</sup>

Importante relatar que nem sempre foi assim no direito penal alemão. Houve a supressão da reincidência como causa agravante, após muito discutir-se sobre a possibilidade ou não da 'culpabilidade pela condição de vida' em contradição com a 'culpabilidade pelo fato'(LERMA, 2008, p.51-51)<sup>10</sup>. Ou seja, a exemplo do que se

---

<sup>6</sup> LYRA, Roberto. *Comentários ao Código Penal. Vol. II. Arts. 28 a 74.* Rio de Janeiro: Revista Forense, 1942, 283/284.

<sup>7</sup> LERMA, Cristina Guisasola. *Reincidencia y Delincuencia Habitual.* Op. cit, p. 43;59-61.

<sup>8</sup> Ibidem, p. 32-51.

<sup>9</sup> Ibidem, p. 48/51.

<sup>10</sup> LERMA, Cristina Guisasola. *Reincidencia y Delincuencia Habitual.* Op. Cit., p. 50/51. A autora cita Roxin: "Pues bien, tal y como afirmó ROXIN, un principio de culpabilidad consecuentemente cumplido apoya la exigencia de renunciar a una agravación de la pena para los reincidente. A su vez, ante una



conclui neste entendimento, se admitirmos a reincidência como causa obrigatória de agravação da pena, estamos admitindo, de fato, um direito penal do autor.

O atual ordenamento pátrio define a reincidência no Código Penal e prevê consequências a ela também na legislação especial. Segundo o artigo 63 do Código Penal<sup>11</sup>, “*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 legislador incluiu a reincidência no primeiro lugar das circunstâncias que agravam a pena, ao lado de outras circunstâncias ligadas ao crime propriamente dito e não à pessoa que o cometeu.

Então, conforme bem analisa Aníbal Bruno (1976, p. 118)<sup>12</sup>, o legislador, de acordo com a posição que a figura da reincidência ocupa no Código, quis atribuir a ela “expressão de maior culpabilidade do agente e fenômeno de singular importância no desenvolvimento da criminalidade”.

A doutrina é quase unânime em relatar certa estranheza da colocação da reincidência ao lado das demais agravantes, eis que diversa de todas elas, pois, como diz Fragoso (1985, p. 345)<sup>13</sup>, é uma “circunstância agravante subjetiva, que não se transmite aos partícipes”.

As agravantes, exceto a reincidência, referem-se a condutas do agente em relação ao fato atual, justificadoras de maior punição, tais como meios e modos de execução que dificultam a defesa da vida, que produzem perigo comum, ação contra pessoas mais frágeis, contra parentes, todas elas inseridas no dolo do agente, não

---

elevación de la gravedad de la sanción han de temerse efectos desocializadores de notoria importancia”(p.51).

<sup>11</sup> BRASIL. Código Penal (1940). Lei 2.848 de 7 de dezembro de 1940, art. 63.

<sup>12</sup> BRUNO, Aníbal. *Das Penas*. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1976, p.118.

<sup>13</sup> FRAGOSO, Cláudio Heleno. *Lições de Direito Penal – A nova parte geral*. 7ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1985, p.345.

sendo possível o aumento punitivo se a ação aconteceu por culpa (FRANCO, 2010, p.4-5).<sup>14</sup>

Os autores, todavia, embora não haja consenso, colocam-na como circunstância que agrava a pena, embora ela seja diversa das demais agravantes, as quais, diversamente da reincidência, referem-se ao ânimo do agente ou condições em que se desenvolve o ato delituoso (BRUNO 1976, p. 122-123).<sup>15</sup>

Entre as teorias que legitimam a aplicação do aumento da punição ao reincidente, temos a justificativa a partir da maior periculosidade do agente, do maior alarma social provocado pelo delito posterior (conteúdo mais intenso do injusto), culpabilidade mais reprovável (culpabilidade do autor, de caráter ou pela conduta de vida), conforme descrição de Franco (2010, p. 3-4).<sup>16</sup>

Nelson Hungria (1951, p. 213)<sup>17</sup>, em seus comentários ao Código Penal de 1940, entendia que a razão de se tratar com especial severidade a reincidência, era o aumento da culpabilidade do agente reincidente, o qual lesa o bem jurídico e revela vontade de persistir no crime, ou seja, a reincidência revelaria uma ‘maior criminalidade do agente’.

Segundo a sistematização obtida por Zaffaroni e Pierangeli (2007, p.717)<sup>18</sup>, a mais difundida tese de justificação da reincidência, é a de que “a reincidência demonstra maior periculosidade da pessoa”, havendo uma presunção de que o reincidente apresenta maior possibilidade de cometer um delito do que aquele que nunca delinuiu.

---

<sup>14</sup> FRANCO, Alberto Silva. Sobre a não recepção da reincidência pela constituição federal de 1988 – Breves Anotações. In RIBEIRO, Bruno de Moraes (Coord.). *Direito Penal na Atualidade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 4-5.

<sup>15</sup> BRUNO, Anibal. *Das penas*. Op. cit., p.122/123.

<sup>16</sup> FRANCO, Alberto Silva. Sobre a não recepção da reincidência pela constituição federal de 1988 – Breves Anotações. In RIBEIRO, Bruno de Moraes (Coord.). *Direito Penal na Atualidade*. Op. cit., p. 3-4.

<sup>17</sup> HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal. Vol. III*. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1951, p. 213.

<sup>18</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro – Parte Geral*. 7ª ed., revista e atualizada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 717.

Prosseguindo os autores nas demais persecuções sobre o tema, para a teoria psicológica da culpabilidade (em que a culpabilidade é a relação psicológica entre a conduta e o resultado), “a reincidência demonstrava uma decisão da vontade do autor mais forte ou dotada de maior permanência” (PIERANGELI; ZAFFARONI, 2007, p.717).<sup>19</sup> De outro lado, segundo uma teoria normativa da culpabilidade, a reincidência serviria para refrear o ímpeto delitivo da segunda conduta, já que a primeira condenação não teria sido suficiente para tanto ou como reprovação referente ao caráter do indivíduo, da maneira como conduz sua vida (PIERANGELI; ZAFFARONI, 2007, p.717).<sup>20</sup>

Por fim, mencionam uma última tentativa de justificativa para o agravamento da situação do acusado pela reincidência, baseada “num maior conteúdo do injusto do fato”, pelo qual a imagem do Estado restaria atingida se uma pessoa, já condenada por delito anterior, voltasse a delinquir, a demonstrar que aquele não cumpriu seu mister em prover a segurança jurídica (PIERANGELI; ZAFFARONI, 2007, p.718).<sup>21</sup>

Yarochevsky (2005, p. 75-101)<sup>22</sup> também cita as principais justificativas apresentadas pela doutrina para fundamentar e legitimar o acréscimo de pena ao reincidente - insuficiência das penas anteriormente impostas, maior periculosidade do autor, maior culpabilidade, causa de agravamento do injusto, maior alarme social, hábito de delinquir - chegando à conclusão de que nenhuma delas é capaz de ser condizente com um sistema penal garantista e humanitário baseado no “fato-do-agente” e não no “agente-do-fato”, afirmando, ademais, a inocuidade da responsabilização mais gravosa pela reincidência, uma vez que o próprio sistema é que atua como fator criminógeno, reforçando ainda mais a prática de delitos.

---

<sup>19</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro – Parte Geral*. Op. cit., p. 717.

<sup>20</sup> Ibidem, p. 717.

<sup>21</sup> Ibidem, p. 718.

<sup>22</sup> YAROCHEWSKY, Leonardo Isaac. *Da reincidência Criminal*. Op. cit., p. 75-101.

É certo que não é possível distanciar a reincidência da presunção de periculosidade, e, portanto, de um direito penal do autor. Lyra (1942, p. 283)<sup>23</sup> refere que aos critérios da periculosidade e não da responsabilidade subordina-se a reincidência. Os seus fundamentos estariam no âmbito da política criminal e não da técnica jurídica.

Conforme veremos mais adiante, de fato, qualquer dos fundamentos invocados, esbarra em princípios básicos do direito penal garantista respeitador da dignidade humana e, também, viola o princípio do *non bis in idem* (proibição do duplo apenamento de um mesmo ato), que impede que uma pessoa seja julgada e condenada mais de uma vez por um mesmo fato.

### 1.3.2 Requisitos e espécies

São requisitos exigidos pela lei para a configuração da reincidência:

- a) condenação, por fato criminoso anterior;
- b) a condenação anterior deve estar transitada em julgado;
- c) a condenação pode ter sido proferida no país ou no estrangeiro;
- d) prática de novo crime após o trânsito em julgado da sentença condenatória anterior.

Em relação ao território, a reincidência se configura por condenação anterior transitada em julgado no país ou no estrangeiro. Franco (2007, p. 369)<sup>24</sup> anota que a

---

<sup>23</sup> LYRA, Roberto. *Comentários ao Código Penal*. Vol. II. Arts. 28 a 74. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1942, 283.

<sup>24</sup> FRANCO, Alberto Silva; STOCO, Rui (Coord). *Código Penal e sua Interpretação. Doutrina e Jurisprudência*. 8ª ed., revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 369.

sentença estrangeira prescinde de homologação pelo Supremo Tribunal Federal, tomando-se a condenação como fato jurídico.

No que se refere à exigência de condenação anterior, percebe-se que o Código Penal<sup>25</sup> optou por adotar a reincidência ficta, que é aquela que se configura apenas com o trânsito em julgado da sentença, dispensando o cumprimento total ou parcial da pena imposta.

É ficta (ou imprópria) porque se trata de uma presunção de que a primeira pena imposta não foi suficiente para ‘regenerar’ o criminoso, que ‘insiste’ em praticar delitos.

A reincidência real, também chamada de própria, é menos gravosa ao réu (pois na reincidência ficta, basta condenação anterior) e mais justificável do ponto de vista criminológico, já que é possível argumentar que, de fato, a pena anteriormente imposta, já experimentada em todo ou em parte pelo criminoso, não foi suficiente para impedir novas ações contrárias ao Direito.

Embora tal justificativa seja mais factível e mais difícil de configurar-se na prática, portanto menos gravosa ao réu, é reveladora, no entanto, do desconhecimento dos reais motivos que ensejam a prática do delito (YAROCHEWSKY, 2005, p. 29).<sup>26</sup>

Sobre a reincidência ficta adotada pelo Código Penal de 1940, Lyra (1942, p. 292)<sup>27</sup> expõe a opção do legislador em não exigir que o sentenciado tenha iniciado ou vencido o cumprimento da pena, relatando, porém, uma minoria de autores (Carrara, Canônico, Brusa, Crivellari) que não se contentavam com o caráter definitivo da primeira condenação, os quais entendiam que a reincidência dependia do “total cumprimento da primeira pena, pois a agravante resultaria da ineficácia dos meios de correção de que dispõe o Estado”. Menciona, todavia, exemplos de códigos que exigem o cumprimento total ou parcial da pena primeira para a configuração da reincidência, ou seja, adotam a reincidência verdadeira ou própria:

---

<sup>25</sup> BRASIL. Código Penal (1940). Lei 2.848 de 7 de dezembro de 1940, art. 63.

<sup>26</sup> YAROCHEWSKY, Leonardo Isaac. *Da reincidência Criminal*. Op. Cit., p. 29.

<sup>27</sup> LYRA, Roberto. *Comentários ao Código Penal*. Vol. II. Arts. 28 a 74. Op. Cit., p. 292.

códigos toscano, germânico, húngaro, romeno, filandês, de São Marinho, suíço, polonês, chinês, japonês e peruano.

A discussão sobre a adoção da reincidência ficta pelo ordenamento jurídico pátrio terá especial relevância no âmbito socioeducativo, dado o caráter pedagógico da medida, que será analisada em momento próprio deste trabalho.

Segundo a opinião de Yarochevsky (2005, p. 25)<sup>28</sup>, a reincidência ficta afronta postulados do direito penal garantista, notadamente os princípios da culpabilidade e da individualização da pena, não sendo razoável presumir, contra o réu, que a pena anterior não foi suficiente, pois não se sabe qual o efeito que teria se efetivamente tivesse sido cumprida.

No que pertine à repetição de ato criminoso, há inúmeras possibilidades de modalidades. O agente pode repetir ato idêntico, semelhante, diferente, idêntico ou semelhante em parte etc.

É reincidente aquele que comete um furto e após, uma lesão corporal? Ou somente poder-se-ia chamar de reincidente aquele que comete furtos repetidamente, ou furto e roubo ou furto simples e furto qualificado?

No tópico em que se promove um breve histórico a respeito de como a reincidência vem sendo tratada ao longo das legislações que se sucederam em nosso país, verifica-se que o instituto previa, de início, a chamada reincidência específica, e, com o tempo, passou a considerar a reincidência como a repetição de qualquer ato criminoso, havendo, porém, legislação especial que ainda resgata a noção de reincidência específica.

A reincidência genérica é mais abrangente, bastando a prática de qualquer crime anterior e outro crime posterior para configurá-la.

Na reincidência específica, por outro lado, requer-se a repetição de crimes da mesma natureza. Segundo a redação original do Código Penal de 1940<sup>29</sup>, “consideram-se crimes da mesma natureza os previstos no mesmo dispositivo legal,

---

<sup>28</sup> YAROCHEWSKY, Leonardo Isaac. *Da reincidência Criminal*. Op. cit., p. 25.

<sup>29</sup> BRASIL. Código Penal (1940). Lei 2.848 de 7 de dezembro de 1940, redação original, art. 46, § 2º.

bem como os que, embora previstos em dispositivos diversos, apresentam, pelos fatos que os constituem ou por seus motivos determinantes, caracteres fundamentais comuns”.

Somente a reincidência específica, para a redação anterior, era causa para a aplicação mais gravosa da pena.<sup>30</sup>

A atual redação do Código Penal<sup>31</sup>, após a reforma de 1984, prevê singelamente o agravamento da pena pela reincidência para qualquer tipo de reincidência, genérica ou específica. Uma modificação em prejuízo do réu, portanto.

Classifica-se ainda a reincidência em perpétua e limitada no tempo, conforme ela tenha ou não um limite temporal para ser considerada. Ainda menciona-se um sistema intermediário, o misto, que prevê um abrandamento na agravação da pena conforme o maior tempo transcorrido entre um delito e outro:

O debate sobre a prescrição da reincidência reduz-se a três sistemas: o da perpetuidade, o da temporariedade, o misto; o primeiro é sustentado pelos positivistas, nomeadamente Garôfalo, Nicéforo, Pôrto, pela consideração básica de que, quanto maior o decurso de tempo, mais arraigada se mostra a tendência criminal; o segundo mereceu as graças, entre outros, de Blanche, Chauveau et Hélie, Ortolan, Pessina, Sacker, Béranger, Impallomeni, Manzini, aos quais parece não subsistir aquela tendência, se, durante muito tempo, deixou de manifestar-se; o terceiro é afiançado por Carrara, Brusa, etc., que, embora inclinados ao sistema da perpetuidade, alvitram o adoçamento da agravação, proporcionalmente ao tempo decorrido (LYRA, 1942, p. 296).

Nossa legislação estabeleceu o prazo máximo de cinco anos para que a condenação prevaleça para fins de agravamento da pena (modificação introduzida em 1977, revogando a perpetuidade da reincidência prevista no Código Penal de 1940), a contar da data do cumprimento ou extinção da pena, computado o período de prova da suspensão ou do livramento condicional, se não ocorrer revogação.<sup>32</sup>

---

<sup>30</sup> BRASIL. Código Penal (1940). Lei 2.848 de 7 de dezembro de 1940, redação original. O art. 47: “a reincidência específica importa: I. a aplicação da pena privativa de liberdade acima da metade da soma do mínimo com o máximo; II. A aplicação da pena mais grave em qualidade, dentre as cominadas alternativamente, sem prejuízo do disposto no nº I.”

<sup>31</sup> BRASIL. Código Penal (1940). Lei 2.848 de 7 de dezembro de 1940, art. 63.

<sup>32</sup> Idem, art. 64, I.

É interessante notar que, sob esse aspecto, que beneficia o réu, considera-se o efetivo cumprimento da pena, ou seja, não mais a reincidência ficta, mas a real. Ou seja, se a legislação guardasse uma coerência, também para apagar o passado criminoso e impedir o agravamento da pena para o fato posterior, dever-se-ia considerar o período de tempo a partir da mera condenação anterior.

Por fim, não há que se considerar crimes políticos e militares próprios, outra limitação à aplicação de agravação da pena pela reincidência<sup>33</sup>. Por crimes militares próprios entende-se aqueles previstos no Código Penal Militar, que, assim como os crimes políticos, tem conformação própria, diferentes dos crimes comuns.

### 1.3.3 Efeitos

No Código Penal comentado de Alberto da Silva Franco e Rui Stoco são os organizadores, Franco (2007, p. 369-370)<sup>34</sup> lista, de forma não exauriente, 17 efeitos que a reincidência acarreta, materiais e processuais, previstos não só no Código Penal, mas também, na legislação esparsa, que alcançam não só a fase de conhecimento, mas também a execução da pena e até mesmo o período que a sucede.

Entre os principais efeitos, está a agravação da pena, obrigatoriamente<sup>35</sup>, pelo juiz, em quantidade indeterminada. O juiz, constatando que o réu é reincidente, deve

---

<sup>33</sup> BRASIL. Código Penal (1940). Lei 2.848 de 7 de dezembro de 1940, art. 64,II.

<sup>34</sup> FRANCO, Alberto Silva; STOCO, Rui (Coord). *Código Penal e sua Interpretação. Doutrina e Jurisprudência*. Op. cit., p.369-370.

<sup>35</sup> BRASIL. Código Penal (1940). Lei 2.848 de 7 de dezembro de 1940, art. 61: “São circunstâncias que **sempre** agravam a pena, quando não constituem ou qualificam o crime: I – a reincidência (...)” (grifo nosso)



necessariamente aplicar um *quantum* de agravação, não podendo, no entanto, superar os limites da pena máxima, sob pena de realizar uma “justiça privada” (GALVÃO, F., 2004, p. 714 apud FRANCO, 2007, p. 357).<sup>36</sup>

Ademais, além de impedir ou ao menos dificultar benefícios ao acusado, é a circunstância que prepondera no concurso de agravantes, querendo dizer que, “aquelas que, no confronto entre agravantes e atenuantes, levam vantagem, influenciam mais, têm um poder hegemônico” (FRANCO, 2007, p. 379).<sup>37</sup>

A reincidência tem o condão de possibilitar a decretação da prisão preventiva, de impedir o direito de apelar em liberdade ou de aguardar em liberdade o julgamento pelo Tribunal do Júri e interrompe a prescrição.

Entre os efeitos durante a execução da pena, podemos citar o aumento do prazo para a obtenção do livramento condicional e o aumento do prazo prescricional da pretensão executória.

Por fim, a reincidência tem efeito pós cumprimento ou extinção da pena, no sentido de revogar a reabilitação quando o agente for condenado à pena que não seja de multa (art. 95 do Código Penal)<sup>38</sup>.

Os efeitos são múltiplos e, longe de esgotar o tema, toda a estigmatização ínsita a uma condenação vem acompanhada de inúmeras consequências pró futuro, no sentido de marcar ainda mais o indivíduo e impedir qualquer possibilidade de reinserção social.

---

<sup>36</sup> FRANCO, Alberto Silva e STOCO, Rui (coordenadores). *Código Penal e sua Interpretação. Doutrina e Jurisprudência*. Op. cit., p. 357.

<sup>37</sup> *Ibidem*, p. 379.

<sup>38</sup> BRASIL. Código Penal (1940). Lei 2.848 de 7 de dezembro de 1940, art. 95.

## 1.4 HISTÓRICO DA REINCIDÊNCIA NAS LEGISLAÇÕES

Já se tem notícia da reincidência como causa de agravamento da pena no direito romano e germânico, difundindo-se a noção do instituto no Código Francês de 1810 (FRAGOSO, 1085, p. 345)<sup>39</sup> e persistindo nas legislações modernas, embora tenha sofrido críticas por parte dos clássicos, que já viam na agravação da pena do crime posterior alguma injustiça (BRUNO, 1976, P. 119)<sup>40</sup>.

Todavia, a ideia não se apresentava como modernamente se conhece, mas apenas para certos delitos, como, por exemplo, o furto (FRAGOSO, 1985, p. 345).<sup>41</sup> Aníbal Bruno (1976, p. 118)<sup>42</sup> ensina que no Direito romano e germânico, a reincidência não aparece como princípio geral, mas medida a ser aplicada a determinados gêneros de crimes, mais ligada à habitualidade do que à reincidência estrita.

O Direito de Roma chegou a distinguir a reincidência genérica da específica para diferentes efeitos penais (BRUNO, 1976, p. 118).<sup>43</sup> A reincidência incidia sobre determinados crimes para agravar a pena, acarretar pena de espécie mais grave ou ainda, tipificar condutas (LYRA, 1942, p. 281).<sup>44</sup>

---

<sup>39</sup> FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de Direito Penal*. Op. cit., p. 345.

<sup>40</sup> BRUNO, Aníbal. *Das Penas*. Op. cit., p. 119.

<sup>41</sup> FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de Direito Penal*. Op.cit., p. 345.

<sup>42</sup> BRUNO, Aníbal. *Das Penas*. Op. cit., p. 118.

<sup>43</sup> *Ibidem.*, p.118.

<sup>44</sup> LYRA, Roberto. *Comentários ao Código Penal*. Vol. II. Arts. 28 a 74. Op. cit., p. 281.

O direito romano clássico apenas conheceu a reincidência específica como agravante, sendo que a genérica somente impedia certos benefícios. No império, impedia a clemência. E o direito bárbaro “desconheceu o problema, que voltou a ser mais caracteristicamente enfrentado sob Liutprando” [...], “que no 14º ano de seu reinado (726), cominou-se pena mais severa para o segundo furto, exacerbada no terceiro até o banimento” (LYRA, 1942, p. 281).<sup>45</sup>

Segundo Lyra (1942, p. 281)<sup>46</sup>, “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”, que também era a solução para o terceiro furto na constituição carolíngia, que previa igualmente a reincidência para o crime de perjúrio. O direito canônico, por sua vez, reconhecia a reincidência como causa agravante, geralmente aumentando o rigor da pena, “segundo a pertinácia e a obstinação no pecado ou no delito”, para determinados crimes como a “heresia, o concubinato, o abandono da residência por parte dos bispos e cônegos” (LYRA, 1942, p. 281).<sup>47</sup>

Serão os práticos que irão dar maior conformidade ao instituto, que estava relacionado com a verificação do passado do delinquente, à perseverança no delinquir. Eram computadas as condenações precedentes, no país ou no estrangeiro, levando-se em conta o lapso de três anos para desconsiderá-las, e seu reconhecimento e a agravação da pena, eram deixados ao livre arbítrio do juiz (LYRA, 1942, p.282).<sup>48</sup>

Predominou na história do pensamento o entendimento de que a ação do segundo delito revelava uma maior culpabilidade, como “reprovabilidade que a consciência comum faz recair sobre o agente” (BRUNO, 1976, p. 119).<sup>49</sup>

---

<sup>45</sup> LYRA, Roberto. *Comentários ao Código Penal. Vol. II. Arts. 28 a 74.* Op. cit., p.281.

<sup>46</sup> *Ibidem.*, p. 281.

<sup>47</sup> *Ibidem.*, p. 281.

<sup>48</sup> *Ibidem.*, p. 282.

<sup>49</sup> BRUNO, Aníbal. *Das Penas.* Op. cit., p. 119.

Hodiernamente, o tema está cada vez mais ligado ao combate da criminalidade, estritamente ligado à política criminal adotada, pensada no âmbito da prevenção, a justificar medidas de política criminal que possam reduzi-la. Aníbal Bruno (1976, p. 120;123)<sup>50</sup> constatou essa característica:

O pensamento que domina o Direito Penal mais recente é o de uma luta eficaz contra o crime, sobretudo pela emenda do criminoso, por meio de medidas mais ajustadas à sua natureza, capazes de alcançar as causas íntimas de sua criminalidade.

Neste contexto, o reincidente e suas supostas categorias (criminoso habitual, profissional, habituais perigosos, delinquente por tendência) também abrirão a discussão para o combate da periculosidade por meio de medida de segurança, por tempo indeterminado ou até a cessação do perigo, cumulada ou não com a pena.

No histórico brasileiro, a reincidência aparece já no Código Criminal do Império de 1830, como agravante, no Capítulo III (“DAS CIRCUMSTANCIAS AGGRAVANTES, E ATTENUANTES DOS CRIMES”), Seção I, art. 16, §3<sup>o</sup><sup>51</sup>:

“Art. 15. As circunstancias aggravantes, e attenuantes dos crimes influirão na aggravação, ou attenuação das penas, com que hão de ser punidos dentro dos limites prescriptos na Lei.

#### SECÇÃO I

Art. 16. São circunstancias agravantes:

(...)

3º Ter o delinquente reincidente em delicto da mesma natureza.”

Não faz alusão, todavia, a quaisquer requisitos ou pressupostos, não exigindo, de forma expressa, sentença condenatória com trânsito em julgado ou delimitando o que pudesse significar delito da mesma natureza.

O Código Penal que sobreveio em 1890<sup>52</sup>, já na República, prevê o instituto com mais especificidade, expressamente prevendo a necessidade de uma sentença

---

<sup>50</sup> BRUNO, Aníbal. *Das Penas*. Op. Cit., p.120;123.

<sup>51</sup> BRASIL. Código Criminal do Império (1830). Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/LIM/LIM-16-12-1830.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/LIM/LIM-16-12-1830.htm)> Acesso em: 03 abr. 2011.

condenatória anterior transitada em julgado e restringe a condição de reincidente àquele que comete crime da mesma natureza.

Define, ainda, como crimes de mesma natureza aqueles que violam o mesmo artigo.

Art. 39. São circunstancias agravantes:

(...)

§ 19. Ter o delinquente reincidido.

Art. 40. A reincidência verifica-se quando o criminoso, depois de passada em julgado sentença condenatoria, commette outro crime da mesma natureza e como tal entende-se, para os efeitos da lei penal, o que consiste na violação do mesmo artigo.<sup>53</sup>

A reincidência, para se configurar, então, passou a ter dois elementos constitutivos: sentença condenatória transitada em julgado e prática de novo crime da mesma natureza (violação do mesmo artigo).

Em comentário realizado à época da edição do primeiro código penal da república, diz Macedo Soares (1910, p. 116-118)<sup>54</sup> que a questão do significado de ‘mesma natureza’ presente no Código Penal de 1830 foi resolvida até certo ponto pela jurisprudência: “a *mesma natureza* significa a *mesma espécie*, como, por exemplo, nos crimes contra a propriedade, nos quaes, o furto, o roubo e o estelionato constituíam especies e naturezas diversas, não obstante poder se classificar os dois primeiros em um genero e o ultimo em outro da mesma classe” e que o novo dispositivo dava margem a uma nova dificuldade prática, diante da “sequidão e generalidade da nova formula”.

---

<sup>52</sup> BRASIL. Código Penal da República (1890). Disponível em: <<http://www6.senado.gov.br/legislacao/ListaPublicacoes.action?id=66049>> Acesso em 03 de abr. 2011.

<sup>53</sup> Idem., arts. 39 e 40.

<sup>54</sup> SOARES, Oscar de Macedo. *Código Penal da República dos Estados Unidos do Brasil*. Ed. fac-similar (História do Direito Brasileiro). Brasília: Senado Federal: Superior Tribunal de Justiça, 2004, p. 116/118.

Conclui o autor, todavia, que crime da mesma natureza, perante o Código Penal que se inaugurava, poderia significar crime do mesmo gênero ou crime da mesma espécie, pois “crime da *mesma natureza* nem sempre significa, crime da mesma espécie, pois ha casos em que *crime da mesma natureza* corresponde a crime do *mesmo gênero*, que se desdobra em espécies diferentes, como no homicídio do art. 194, §§ 1 e 2 (...) (SOARES, 1910, p. 117)<sup>55</sup>.”.

Basileu Garcia (1972, p.472 apud YAROCHEWSKY, 2005, p. 152)<sup>56</sup> traz um exemplo: a prática de rapto seguido de estupro após um estupro sem rapto não configurava a reincidência, pois tais tipos penais estavam previstos em artigos distintos, nos artigos 268 e 270, § 2º do Código Penal de 1890.

O Código de 1890, portanto, previu a reincidência específica, limitando-a à violação de um mesmo artigo, o que restringia bastante a sua ocorrência.

Em 1932, por meio do Decreto n. 22.213, de 14 de dezembro, é aprovada a Consolidação das Leis Penais, que agrega ao Código Penal Brasileiro todas as leis esparsas modificadoras em vigor.

Quase nenhuma modificação no que se refere à reincidência trouxe tal consolidação, que apenas ampliou a reincidência específica para os crimes eleitorais, afastando a necessidade de infração ao mesmo artigo (YAROCHEWSKY, 2005, p. 153).<sup>57</sup>

Em 1940, com a promulgação do Código Penal (Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940)<sup>58</sup>, o legislador preocupou-se mais em especificar os contornos da reincidência como forma de agravamento da pena.

---

<sup>55</sup> SOARES, Oscar de Macedo. *Código Penal da República dos Estados Unidos do Brasil*. Op. cit., p. 117.

<sup>56</sup> YAROCHEWSKY, Leonardo Isaac. *Da reincidência Criminal*. Op. cit, p. 152.

<sup>57</sup> *Ibidem.*, p. 153. (art 178 da Consolidação das Leis Penais, redação dada pelo art. 109 do Decreto n. 21.076, de 24 de fevereiro de 1932: “*Haverá reincidência sempre que o criminoso, depois de condenado por sentença irrecorrível, cometer crime eleitoral, embora não infrinja a mesma disposição de lei*”).

<sup>58</sup> BRASIL. Código Penal (1940). Lei 2.848 de 7 de dezembro de 1940, redação original.

Trouxe a inovação, no art. 46, de diferenciar a reincidência genérica da específica, estabelecendo que:

Art. 46. Consideram-se crimes da mesma natureza os previstos no mesmo dispositivo legal, bem como os que, embora previstos em dispositivos diversos, apresentam, pelos fatos que os constituem ou por seus motivos determinantes, caracteres fundamentais comuns.<sup>59</sup>

A novidade, portanto, configurou uma lei mais gravosa, uma vez que no Código anterior somente era considerado reincidente aquele que incidia no mesmo artigo.

De outro lado, deu-se tratamento mais severo ao reincidente específico ao prever a ele a “aplicação da pena privativa de liberdade acima da metade da soma do mínimo com o máximo e a aplicação da pena mais grave em qualidade, dentre as cominadas alternativamente (...)”<sup>60</sup>.

As críticas persistiram quanto à definição de crimes da mesma natureza, quanto a não previsão de limite temporal da reincidência, bem como da ilógica não configuração da reincidência para a pessoa que cometesse contravenção e depois crime, ao contrário daquela que cometesse crime e depois contravenção ou contravenção e depois outra contravenção, com a superveniência da Lei das Contravenções Penais de 1941.<sup>61</sup>

Por fim, foi previsto o sistema do duplo binário, possibilitando, assim, a aplicação de medida de segurança aos reincidentes em crimes dolosos, os quais se presumiam perigosos, concomitantemente à aplicação de pena.

Nelson Hungria (1951, p. 9-11)<sup>62</sup>, comentando a medida de segurança no então vigente Código Penal de 1940, para quem a pena tem inevitavelmente as funções expiatória ou repressiva e finalística ou preventiva e a medida de segurança

---

<sup>59</sup> BRASIL. Código Penal (1940). Lei 2.848 de 7 de dezembro de 1940, redação original, art. 46.

<sup>60</sup> Idem., art. 47, II.

<sup>61</sup> BRASIL. Decreto-Lei 3.688, art. 7º: “Verifica-se a reincidência quando o agente pratica uma contravenção depois de passar em julgado a sentença que o tenha condenado, no Brasil ou no estrangeiro, por qualquer crime, ou, no Brasil, por motivo de contravenção.

<sup>62</sup> HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal. Vol. III. Op. Cit.*, p. 9-11.

um preventivo de crimes que eventualmente podem ser cometidos no futuro, ensina que o tratamento diverso ao reincidente foi pensado como solução ao problema da criminalidade, de modo que o legislador optou por enfrentá-lo por duas frentes: a exasperação da pena e complementação por meio da medida de segurança (HUNGRIA, 1951, p.103-104).<sup>63</sup>

Sobreveio o Código Penal de 1969, fruto de um projeto de Néelson Hungria, do ano de 1963, o qual não entrou em vigor, pois teve sua vigência postergada até sua revogação em 1978 (BITENCOURT, 2002, p. 43).<sup>64</sup> O projeto de Hungria previa a distinção entre reincidente, criminosos habituais e por tendência, com tratamento mais severo para os dois últimos (a eles aplicar-se-ia pena por tempo indeterminado), como política criminal de repressão àqueles, segundo a própria Exposição de Motivos do Ministro Luís Antônio da Gama e Silva (YAROCHEWSKY, 2005, p. 49-50)<sup>65</sup>.

Tal distinção, nos dizeres de Yarochevsky (2005, p. 57 e 157)<sup>66</sup>, foi felizmente abolida pelo atual Código, já que tal classificação do agente contrapunha-se à culpabilidade do fato.

---

<sup>63</sup> HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal. Vol. III.* Op. cit., p. 103-104. Diz o autor: “Pode-se dizer que a necessidade de solução do problema de combate à reincidência foi que inspirou a instituição da medida de segurança como um complemento da pena. O nosso Código, sem abandonar o critério de exasperação da pena (a reincidência, quando *genérica*, é uma *agravante comum*, e, quando *específica*, importa obrigatoriamente a fixação da pena restritiva de liberdade além da média aritmética entre os respectivos *minimum* e *maximum*, devendo ainda notar-se que, no caso de penas paralelas, a mais grave é que dever ser imposta), considera a reincidência em crime doloso (genérica ou específica, por si só, índice de periculosidade, devendo o juiz sem mais indagação, impor (de par com a pena) a medida de segurança de ‘internação em colônia agrícola ou em instituto de trabalho, de reeducação ou de ensino profissional’ (art.93, I).”

<sup>64</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. *Manual de Direito Penal – Parte Geral*, vol. 1. 7ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2002, p. 43.

<sup>65</sup> YAROCHEWSKY, Leonardo Isaac. *Da reincidência criminal*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2005, p.49/50: “... Os criminosos habituais ou por tendência constituem o grande problema da repressão penal. É necessário reagir contra esse tipo de criminalidade com instrumentos verdadeiramente eficazes [...] O projeto incorpora-se à legislação moderna, estabelecendo previsão especial quanto aos criminosos habituais ou por tendência, e um sistema repressivo eficaz, com a pena relativamente indeterminada.

<sup>66</sup> *Ibidem.*, p.57 e 157.



No entanto, o mesmo autor reconhece avanço na legislação de 1969: a limitação temporal da reincidência e abolição da medida de segurança para imputáveis, aspectos que iriam influenciar as legislações ulteriores (YAROCHEWSKY, 2005, p.52).<sup>67</sup>

As reformas mais significativas ao Código Penal de 1940 foram as que ocorrem no ano de 1977 (Lei n. 6416, de 24 de maio de 1977) e 1984 (Lei n. 7.209, de 11 de julho de 1984), inclusive com reflexos no tema da reincidência.

Não se faz mais a distinção entre reincidência genérica e específica e a reincidência deixa de ser perpétua, passando a ser limitada no tempo, bem como não são computados, para efeito de reincidência, os crimes militares ou políticos (LYRA, 1942, 297)<sup>68</sup>, tudo conforme inspiração oriunda do art. 57 do Decreto-Lei n. 1.004, de 21 de outubro de 1969 (YAROCHEWSKY, 2005, p. 158).<sup>69</sup>

Vale aqui a lembrança de que o Brasil vivenciava um dos períodos mais hediondos de sua recente história. A não computação de crimes militares ou políticos – sob o argumento de que possuem natureza diversa dos demais crimes e não guardam relação necessariamente com uma “tendência criminosa” de seus autores - para efeito de reincidência neste caso, contém em seu bojo a ideia subliminar de impunidade às barbáries cometidas e/ou admitidas pelos militares e, portanto, indiretamente à política por eles praticada justificada como combate à subversão de civis, demonstrando bem a seletividade de nosso sistema penal, que ocorre desde a aurora de nossa história.

De modo que, se por um lado pareceu evolução não considerar a reincidência para certos casos, por outro lado definiu-se a história de um tempo de impunidade de alguns, como a própria história nos mostra. A tortura, praticada em larga escala à época em nosso país e em quase todas as ditaduras, foi informalmente legitimada

---

<sup>67</sup> YAROCHEWSKY, Leonardo Isaac. *Da reincidência criminal*. Op. cit., p.52.

<sup>68</sup> LYRA, Roberto. *Comentários ao Código Penal. Vol. II. Arts. 28 a 74*. Op. Cit., p. 297. O Código de 1940 era, de fato, no que se refere à configuração da reincidência, mais gravoso que a lei que a ele se seguiu, segundo o autor: “O Código, aludindo a crime anterior, abrange todo e qualquer crime na configuração da reincidência – doloso, culposo, político, social, político-social, militar, etc., previsto no próprio Código, ou em lei especial ou complementar.”

<sup>69</sup> YAROCHEWSKY, Leonardo Isaac. *Da reincidência criminal*. Op. cit., p.158.

pela não responsabilidade de seus autores, chancelando-se tal flagelo até hoje em nossas delegacias, prisões e estabelecimentos de internação de adolescentes.

Ao lado, no entanto, de possíveis avanços, alargou-se o âmbito de incidência da agravante com o fim de suprimir a possibilidade de a suspensão condicional da pena ao reincidente, questão que ficou melhor conformada e menos abrangente com o advento da reforma penal de 1984: “[...] A execução da pena privativa de liberdade, não superior a dois anos, poderá ser suspensa, por dois a quatro anos, desde que: I – O condenado não seja reincidente em crime doloso [...]”<sup>70</sup>.

A reforma de 1984 também tem o mérito de prever na contagem do prazo de cinco anos, o período da suspensão condicional da pena ou do livramento condicional (“não prevalece a condenação anterior, se entre a data do cumprimento ou extinção da pena e a infração posterior tiver decorrido período de tempo superior a 5 (cinco) anos, computado o período de prova da suspensão ou do livramento condicional, se não ocorrer revogação”)<sup>71</sup>.

Assim é que, após a reforma do código ocorrida em 1984, bem como as leis esparsas que sobrevieram, a reincidência persiste, com suas consequências de exacerbação da pena e limitação de direitos.

A Lei dos Crimes Hediondos (Lei 8.072, de 25 de julho de 1990), por exemplo, incrementou os requisitos necessários para a obtenção de livramento condicional para os crimes hediondos ou equiparados, ressuscitando a noção de “reincidência específica”, infelizmente, segundo Franco (2007, p. 197 e s., apud FELTRIN; KURIKI, p. 435-436)<sup>72</sup>, sem, no entanto, delimitá-la.

Em 1998, com a promulgação da Lei 9.714, de 26 de novembro, houve uma pequena melhoria no tratamento ao reincidente genérico (e não reincidente em crime doloso), uma vez que não restringiu, de modo absoluto, a substituição da pena

---

<sup>70</sup> BRASIL. Código Penal (1940). Lei 2.848 de 7 de dezembro de 1940, art. 77.

<sup>71</sup> Idem, art. 64, I.

<sup>72</sup> FRANCO, Alberto Silva; STOCO, Rui (Coord). *Código Penal e sua Interpretação. Doutrina e Jurisprudência*. Op. cit., p. 435/436.

de prisão por restritiva de direito (art. 44, § 3º)<sup>73</sup>, desde que a medida seja socialmente recomendável e de que a reincidência não se tenha operado em virtude da prática do mesmo crime(...) (FRANCO; BELLOQUE, 2007, p. 290-291).<sup>74</sup>

Desta forma, temos, no atual ordenamento, a reincidência prevista como causa obrigatória de agravamento da pena, limitada no tempo (cinco anos), com algumas previsões de agravamento por reincidência específica na legislação especial e territorialmente considerando sentença transitada em julgado no Brasil ou no Estrangeiro.

## 1.5 CRÍTICA: INCONSTITUCIONALIDADE - NÃO RECEPÇÃO

Feita a devida análise acerca da natureza jurídica, elementos, efeitos e histórico da reincidência, entendemos, a partir dos argumentos que se seguem, que a reincidência como causa agravante da pena não foi recepcionada pela Constituição de 1988, pois incompatível com os preceitos nela insculpidos.

A teoria da recepção preceitua que a legislação pré-existente à constituição que sobrevenha, somente deve ser aproveitada se compatível materialmente com os novos preceitos. Portanto, constatada a inconstitucionalidade de uma norma em face da nova constituição, sua aplicação deve ser afastada, pois não foi recepcionada pelo novo ordenamento (FRANCO, 2010, p. 12)<sup>75</sup>.

---

<sup>73</sup> BRASIL. Código Penal (1940). Lei 2.848 de 7 de dezembro de 1940, art. 44, § 3º.

<sup>74</sup> FRANCO, Alberto Silva; STOCO, Rui (Coord.). *Código Penal e sua Interpretação. Doutrina e Jurisprudência*. p. 290/291.

<sup>75</sup> FRANCO, Alberto Silva. Sobre a não recepção da reincidência pela constituição federal de 1988. Breves anotações. In RIBEIRO, Bruno de Moraes (Org.). *Direito Penal na Atualidade*. Op. cit., p. 12. Diz Franco: “Nenhuma lei infraconstitucional precedente à Constituição Federal de 1988 poderá validamente subsistir se guardar incompatibilidade com o novo ordenamento constitucional. Ocorrida tal hipótese, estará automaticamente revogada. Trata-se, aqui, do princípio da manifesta supremacia da Constituição que, estando na ápice de todo o ordenamento jurídico, tem inquestionável primazia em relação à lei comum que lhe é anterior.”

Conforme já mencionado, houve quem, entre os clássicos, criticasse a reincidência, entendendo que ela representava ofensa à justiça (BRUNO, 1976, p. 119).<sup>76</sup>

Pierangeli e Zaffaroni (2007, p. 119)<sup>77</sup>, ao analisarem a questão afeta ao instituto, chegam à conclusão de que “a reincidência decorre de um interesse estatal de classificar as pessoas em ‘disciplinadas’ e ‘indisciplinadas’, e é óbvio não ser esta função do direito penal garantidor”.

A reincidência viola o princípio do *non bis in idem* e, contrário a um sistema de garantias estabelecidas, tal norma não foi recepcionada pela Constituição Federal, que elegeu um Estado Democrático de Direito fundado, sobretudo, na dignidade da pessoa humana.

Segundo Piovesan (2007, p. 29-31), em resposta aos horrores das guerras mundiais, sobretudo aos horrores do holocausto, houve a incorporação de vários princípios de carga axiológica às constituições ocidentais contemporâneas, dentre os quais o princípio da dignidade da pessoa humana, o qual foi incorporado à constituição brasileira de 1988. Sobre o conceito de dignidade da pessoa humana, a autora cita o de Cármen Lúcia Antunes Rocha (1999, p. 4 apud PIOVESAN, 2007, p. 31)<sup>78</sup>:

Dignidade é o pressuposto da idéia de justiça humana, porque ela é que dita a condição superior do homem como ser de razão e sentimento. Por isso é que dignidade humana independe de merecimento pessoal ou social. Não se há de ser mister ter de fazer por merecê-la, pois ela é inerente à vida e, nessa contingência, é um direito pré-estatal.

O princípio da dignidade da pessoa humana é, pois, um sobreprincípio, que deve orientar como pilar fundamental a própria Constituição e o restante do ordenamento jurídico.

---

<sup>76</sup> BRUNO, Aníbal. *Das Penas*. Op. cit., p.119.

<sup>77</sup> ZAFFARONI Eugenio Raúl; PIERANGELI José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro – Parte Geral*. Op. cit., p. 719.

<sup>78</sup> PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*, 8ª ed., revista, ampliada e atualizada. São Paulo: Editora Saraiva, 2007, p. 29/31.

O tema da reincidência está ligado inegavelmente à finalidade de prevenção especial da pena. São várias as críticas que comumente se faz a essa finalidade, principalmente no que diz respeito a violar o direito penal do fato, já que deixa de considerar o fato praticado pelo agente em nome da “periculosidade”, punindo-se uma condição pessoal do autor do fato e legitimando, ademais, a seletividade do sistema penal (QUEIROZ, 2008, p. 56-57).<sup>79</sup>

Dentre outras críticas, Paulo Queiroz (2008, p. 57-59)<sup>80</sup> ainda cita a violação do princípio da isonomia, uma vez que o reincidente será tratado de forma diferente dos demais, considerada sua personalidade como indicativa de periculosidade, bem como a inadmissibilidade da pretensão do Estado em ressocializar coercitivamente o jurisdicionado e justificar, assim, um direito penal máximo e ilimitado, além de considerar a ressocialização uma utopia irrealizável.

Em excelente trabalho sobre a não recepção da reincidência como agravante da pena pela Constituição Federal de 1988, Franco (2010, p.1-14)<sup>81</sup> demonstra a relação de contradição da reincidência com os princípios constitucionais expressos ou implícitos, incompatível com um estado garantista.

Não só os princípios constitucionais expressos da legalidade, igualdade, humanidade da pena e culpabilidade são incompatíveis com a aplicação da reincidência como agravante obrigatória da pena, mas também os implícitos, decorrentes do modelo estatal adotado pela Constituição de 1988, indubitavelmente, aliás, após o advento dos §§ 1º e 2º do art. 5º, que prevêem que os direitos e garantias expressos não excluem aqueles decorrentes do regime e dos princípios adotados pelo modelo legal adotado, elevando-os, inclusive, à condição de normas de aplicação imediata. Desta forma, também haveria contrariedade aos princípios penais implícitos do direito penal do fato, princípio da intervenção mínima, subsidiariedade e fragmentariedade, princípio da exclusiva proteção de bens

---

<sup>79</sup> QUEIROZ, Paulo. *Funções do Direito Penal – Legitimação versus Deslegitimação do Sistema Penal*. 3ª edição, revista e ampliada, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 56/57.

<sup>80</sup> *Ibidem.*, p. 57.

<sup>81</sup> FRANCO, Alberto Silva. Sobre a não recepção da reincidência pela constituição federal de 1988. Breves anotações. In RIBEIRO, Bruno de Moraes (org.). *Direito Penal na Atualidade*. Op. Cit, p. 1-14.

jurídicos ou lesividade, princípio da efetividade, eficácia ou idoneidade, princípio do *ne bis in idem* e da proporcionalidade (FRANCO, 2010, p. 6-12)<sup>82</sup>.

No sistema penal de um Estado de Direito vige o princípio da legalidade, segundo o qual *nulla poena, nullum crimen sine lege*, que significa que não é possível o reconhecimento de um crime e aplicação de pena sem uma lei anterior que os estabeleçam, ou seja, uma lei que preveja o crime e a pena.

Mais que ao princípio da mera legalidade, o direito penal deve ater-se ao princípio da estrita legalidade, no sentido de que somente atos que estejam formalmente descritos como delito devam ser punidos (ROXIN, 1997, p. 137).<sup>83</sup>

O princípio da legalidade, segundo Roxin (1997, p. 137)<sup>84</sup>, serve “para evitar punição arbitrária e não calculável sem lei ou baseada em lei imprecisa ou retroativa”.

Como consequência direta do princípio da legalidade temos a proibição da analogia, a irretroatividade da lei, a impossibilidade de fundamentar e agravar a pena por meio de direito consuetudinário, bem como a proibição de leis e penas indeterminadas.

Ferrajoli (2006, p. 344)<sup>85</sup>, ao descrever o conflito entre a concepção de definição material e legal de delito, identifica o princípio da mera legalidade como uma regra metacientífica, chamando-o de “*primeiro postulado do positivismo jurídico*”, e traduzindo-o como

regra semântica que identifica o direito vigente como objeto exaustivo e exclusivo da ciência penal, estabelecendo que somente as leis (e

---

<sup>82</sup> FRANCO, Alberto Silva. Sobre a não recepção da reincidência pela constituição federal de 1988. Breves anotações. In: RIBEIRO, Bruno de Moraes (org.). *Direito Penal na Atualidade*. Op. Cit p. 6-12.

<sup>83</sup> ROXIN, Claus. *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito*. Traducion de la 2ª edición alemana. Madrid: Civitas Ediciones. 1997, p. 137. Roxin diz, ao analisar o artigo que expressa o princípio da legalidade no Código Penal Alemão: “por mucho que una conducta sea em alto grado socialmente nociva y reveladora de necesidad de pena, el Estado sólo podrá tomarla como motivo de sanciones jurídicopenales si antes lo há advertido expressamente em la ley”.

<sup>84</sup> Ibidem. p. 137.

<sup>85</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão. Teoria do Garantismo Penal*. Trad. Ana Paula Zomer Sica, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. 2ª ed. revista e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 344.

não a moral ou outras fontes externas) dizem o que é delito e que as leis somente dizem o que é delito (e não também o que é pecado).

No entanto, o princípio da mera legalidade não é suficiente para afastar abusos e arbitrariedades na punição do agente. Pois uma descrição legal que se utilize de elementos que caracterizem o delito por meio de fundamentos ontológicos (“imoralidade, periculosidade, anormalidade psicofísica”) está contra o princípio da legalidade estrita - chamado por Ferrajoli (2006, p.343)<sup>86</sup> por “*segundo postulado do positivismo jurídico*” - o qual determina que o delito esteja prescrito taxativamente na lei, sem possibilidade de ser configurado por meio de juízo de valor externo:

só adotando-se uma noção exclusivamente formal do delito e abandonando-se todo moralismo ou naturalismo jurídico será possível interpretar e criticar o sistema substancial dos delitos previstos nem determinado ordenamento pelo que efetivamente é: o catálogo – estabelecido com caráter autoritário e hierarquicamente ordenado sobre a base das diferentes medidas da pena – dos interesses e dos bens jurídicos protegidos por esse ordenamento. E somente separando o direito da moral, e reconhecendo-se o caráter inteiramente artificial, convencional e contingente das figuras legais do caráter penal, pode-se evitar o artifício ideológico de superpor ao desvalor jurídico um apriorístico desvalor moral, natural, ou em qualquer caso substancial, e, por conseguinte, de subordinar as investigações criminológicas e, por outro lado, os juízos ético-políticos ao ponto de vista interno dos juízos de desvalor jurídico que constituem o objeto de umas e de outros. (FERRAJOLI, 2006, p. 344-345)<sup>87</sup>

Portanto, a definição substancialista do delito, qual seja, de que um ato que não esteja formalmente descrito como delito, mas seja substancialmente delito, por suas características internas e ontológicas (ato prejudicial à sociedade), está em desconformidade com o princípio da estrita legalidade e é próprio de um sistema autoritário, de um Estado totalitário.

Ainda sobre a concepção substancialista do delito, Ferrajoli (2006, p. 347)<sup>88</sup> aponta que ela está ligada a doutrinas correccionalistas da pena como técnica de

---

<sup>86</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão. Teoria do Garantismo Penal*. Op. cit., p. 343.

<sup>87</sup> Ibidem., p. 344-345.

<sup>88</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão. Teoria do Garantismo Penal*. Op. cit., p. 347.

prevenção especial - positiva ou negativa - ou seja, de tratamento curativo, pedagógica ou de emenda e periculosidade, respectivamente, todas elas ligadas a um sistema não garantista e de direito penal máximo.

Neste diapasão, a consideração de um crime passado, já julgado, cuja condenação dele advinda vem a ter consequências para um delito no futuro, ultrapassando as fronteiras do fato típico delineado formalmente na lei, fere o princípio da legalidade.

Franco (2010, p. 7-8)<sup>89</sup> explica que o princípio da legalidade é ferido quando se ofende o princípio do *ne bis in idem*, sentido de “por em xeque o princípio que obriga o juiz a permanecer estritamente atado aos dados componentes da figura típica em julgamento e à quantidade sancionatória nela cominada.”

Por princípio do *ne bis in idem* entende-se a impossibilidade de persecução penal múltipla (em seu viés processual e material), ou seja, que uma mesma pessoa seja processada e apenada mais de uma vez por um mesmo ato (FRANCO, 2010, p.7).<sup>90</sup>

Embora tal princípio não esteja expressamente previsto na Constituição Federal, ele é decorrente dos princípios da legalidade e da proporcionalidade. É uma limitação ao *ius puniendi* do Estado, que está impedido de reiterar seu dever-poder de punir (FRANCO, 2010, p.7).<sup>91</sup>

Assim é que Yarochevsky (2005, p. 135)<sup>92</sup> entende o princípio do *ne bis in idem*, como integrante do princípio da legalidade, que “impõe ao Estado o dever de não castigar várias vezes o agente pelo mesmo fato, seja dentro do mesmo ramo do direito sancionador, seja em outro ramo”.

Ao aplicar uma pena maior ao reincidente, também há desobediência ao princípio da proporcionalidade.

---

<sup>89</sup> FRANCO, Alberto Silva. *Sobre a não recepção da reincidência pela constituição federal de 1988. Breves anotações*. In RIBEIRO, Bruno de Moraes (org.). *Direito Penal na Atualidade.*, p. 7-8.

<sup>90</sup> Ibidem., p. 7.

<sup>91</sup> Ibidem., p. 7.

<sup>92</sup> YAROCHEVSKY, Leonardo Isaac. *Da reincidência criminal*. Op. cit., p.135.



Segundo este princípio, a pena deve ser proporcional ao crime cometido. A proporcionalidade está diretamente ligada ao bem jurídico que se quer proteger e existem dois momentos em que deve ser observada, legislativo, na cominação abstrata do mínimo e máximo da pena e no judicial, de aplicação da pena.

Franco (2010, p. 8)<sup>93</sup>, observa que a violação do princípio do *ne bis in idem* fere além do princípio da legalidade, o da proporcionalidade também. Se a pena ultrapassa o injusto provocado, agravada pelo fato de ter o agente cometido outro crime no passado, excede o mal provocado e é desproporcional. Ou seja, a pena deixa de guardar a devida proporção com o crime cometido.

Flávia D'Urso (2007, p. 141)<sup>94</sup> elege o princípio da proporcionalidade como o princípio dos princípios, pois o princípio tem o condão de operacionalizar outros princípios próprios do Estado Democrático e Social de Direito, tais como justiça, liberdade, legalidade, segurança. Seria um princípio que impede a não efetivação plena dos direitos fundamentais.

Bem observado por Yarochevsky (2005, p.124)<sup>95</sup>, o crime não se torna mais grave ao ser cometido por um reincidente. A lesão ao bem jurídico é a mesma e a conduta deve ser punida de acordo com a lesão causada.

Do princípio da proporcionalidade decorre o da humanidade da pena, próprio de um Estado Democrático de Direito fundado na dignidade da pessoa humana. O princípio veda a imposição de penas cruéis, de morte, de caráter forçado ou perpétuo, de banimento e diz respeito, sobretudo à racionalidade e proporcionalidade da pena (BATISTA, 2007, p. 98).<sup>96</sup>

---

<sup>93</sup>FRANCO, Alberto Silva. Sobre a não recepção da reincidência pela constituição federal de 1988. Breves anotações. In RIBEIRO, Bruno de Moraes (Org.). *Direito Penal na Atualidade*. Op. cit., p. 8.

<sup>94</sup> D'URSO, Flávia. *Princípio Constitucional da Proporcionalidade no Processo Penal*. São Paulo: Atlas, 2007, p. 141.

<sup>95</sup> YAROCHEWSKY, Leonardo Isaac. *Da reincidência criminal*. Op. Cit, p.125. Diz o autor: "O fato de ser o agente reincidente não agrava em nada o delito por ele praticado e o crime, qualquer que seja, não se torna mais grave, se for cometido por um reincidente."

<sup>96</sup> BATISTA, Nilo. *Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro*. 11ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007, p. 98.

Se a pena é agravada em razão de uma qualidade do réu (no caso, de reincidente), ela é desproporcional ao delito cometido, e, portanto, desumana.

Outro princípio atingido com a aplicação de pena mais severa ao reincidente é o da culpabilidade, expressamente previsto no art. 5º, inciso XLV da Constituição Federal e na Convenção Americana sobre Direitos Humanos (arts. 1, 3, 5). Ao contrário, Yarochevsky (2005, p. 109-110)<sup>97</sup> entende que o princípio da culpabilidade não está expresso, mas implícito na Constituição Federal, no art. 1º, III (dignidade da pessoa humana), corroborado pelos arts. 4º, II (prevalência dos direitos humanos) e 5º, *caput* (inviolabilidade do direito à liberdade).

O princípio da culpabilidade é a consagração da responsabilidade pessoal, ou seja, a vedação da responsabilidade objetiva. Nesse sentido, a responsabilização penal somente é possível à pessoa que participa do crime agindo com dolo ou culpa.

Nilo Batista (2007, p. 103)<sup>98</sup> escreve serem dois os sentidos em que o princípio deve ser entendido. O primeiro como “repúdio a qualquer espécie de responsabilidade pelo resultado, ou responsabilidade objetiva” e o segundo como “exigência de que a pena não seja infligida senão quando a conduta do sujeito, mesmo associada causalmente a um resultado, lhe seja reprovável”.

A culpabilidade é um dos temas mais discutidos em Direito Penal na atualidade. Sem se adentrar nas diversas teorias que explicam a culpabilidade, ou mesmo na discussão se a culpabilidade integra o conceito de crime ou é apenas um pressuposto da pena (AZEVEDO, 2001, p. 64)<sup>99</sup>, o certo é que a culpabilidade adotada em um Estado de Direito é a culpabilidade do feito, não sendo possível

---

<sup>97</sup> YAROCHEWSKY, Leonardo Isaac. *Da reincidência criminal*. Op. cit., p.109/110.

<sup>98</sup> BATISTA, Nilo. *Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro*. Op. cit., p. 103

<sup>99</sup> AZEVEDO, David Teixeira de. *Atualidades no Direito e Processo Penal*. São Paulo: Editora Método, 2001, p. 64. Segundo o autor, “a política criminal da atualidade não enxerga a culpabilidade como pressuposto isolado de aplicação da pena. Seguindo as coordenadas do princípio da intervenção mínima, a pena não deve ser aplicada de inexistente a reprovabilidade intensa da conduta, ou, também se o delito for de escassa lesividade social (...)”.

recorrer a uma culpabilidade por condução de vida. Roxin (1997, 817)<sup>100</sup>, sobre o Código Penal Alemão diz:

El StGB parte em la fundamentación de la pena del principio de la culpabilidad por el hecho individual. Ello significa: sólo la culpabilidad existente durante la misma realización del tipo (cfr. el tenor literal del § 20) puede convertirse en fundamento de la responsabilidad jurídicopenal. Si falta, no es lícito recurrir en vez de a ella a una “culpabilidad por la conducción de la vida” o “culpabilidad por la decisión de la vida” existente en el pasado, y que ha convertido al sujeto, por su propia conducta equivocada, en lo que es hoy. Pues una conducción “culpable” de la vida no es una realización culpable del tipo, y sólo ésta es punible. Además, tal culpabilidad por la condición de la vida tampoco sería, al contrario que el criterio aquí defendido de la “asequibilidad normativa en la situación del hecho”, apreciable en el ámbito forense y disolvería el efecto limitador, propio del Estado de Derecho, del principio de culpabilidad, que consiste precisamente en su referencia o adscripción al tipo. También las concepciones de la culpabilidad por el carácter (supra nm. 24 ss.) se mantienen sobre la base de la culpabilidad por el hecho individual, al tomar el carácter como fundamento de la constatación de la culpabilidad sólo en cuanto que aquél se haya manifestado en la concreta realización del tipo.

Portanto, o princípio da culpabilidade prescreve que o *ius puniendi* do Estado deve ficar adstrito à concreta realização do tipo, ou seja, prescreve a adoção do direito penal do fato, afastando o direito penal do autor.

Franco (2010, p. 10)<sup>101</sup> anota que a responsabilidade penal subjetiva exige que o agente seja responsabilizado penalmente por ato que praticou porque quis ou porque agiu sem dever de cuidado. Então, entende não ser possível conciliar uma agraviação da punição imposta fora do querer do agente, mas em razão de outro fato, já julgado e punido, pois estaríamos diante de um acréscimo punitivo sem culpabilidade.

Quase intuitivamente podemos afirmar que uma punição mais severa por conta da reincidência fere o princípio da igualdade, insculpido expressamente no art.

---

<sup>100</sup> ROXIN, Claus. *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito*. Op. cit., p.817.

<sup>101</sup> FRANCO, Alberto Silva. Sobre a não recepção da reincidência pela constituição federal de 1988. Breves anotações. In RIBEIRO, Bruno de Moraes (Org.). *Direito Penal na Atualidade*. Op. cit., p.10.

5º, *caput*, da Constituição Federal e que norteia todo o ordenamento jurídico, uma vez que temos punições diferentes para fatos iguais.

Mais do que estabelecer que todos são iguais perante a lei, o princípio da igualdade permite discriminações para a promoção do nivelamento entre desiguais. Assim, somente é possível o tratamento desigual para esse fim.

Portanto, não é possível o tratamento desigual com fundamento em categorias meramente subjetivas, que, segundo Franco (2010, p.10)<sup>102</sup>, é o que ocorre com a agravação penal provocada pela reincidência.

Diante de fatos iguais pune-se, com base em característica meramente subjetiva, de forma diferente. Acusados que praticaram o mesmo fato recebem penas distintas, não se podendo justificar que a culpabilidade de um é maior que a do outro, pois o fato punível é estritamente o mesmo.

Se pensarmos ao revés, um acusado primário, que praticou fato mais grave, poderá receber pena mais branda do que aquele, reincidente, que praticou fato menos grave, somente por ostentar aquela condição.

Sob outro aspecto, a pessoa que possui a condição de não primário carrega consigo um estigma, que o faz diferente dos demais e o coloca em posição de maior dificuldade de ressocialização.

Decorrente do princípio da igualdade e da culpabilidade, o princípio da individualização da pena previsto também no art. 5º, XLV da Constituição Federal, determina que a pena levará em conta as características do indivíduo em relação ao fato praticado.

No momento da cominação legal da pena, ou seja, da escolha do legislador quanto à pena a ser aplicada e em que quantidade, temos o primeiro momento de individualização da pena.

Cometido o ato, a individualização da pena será no âmbito judicial, dentro dos limites estabelecidos pela lei, e tem como pressuposto a culpabilidade, ou seja, o juiz deve considerar a pessoa do acusado em relação ao fato praticado.

---

<sup>102</sup> FRANCO, Alberto Silva. Sobre a não recepção da reincidência pela constituição federal de 1988. Breves anotações. In RIBEIRO, Bruno de Moraes (Org.). *Direito Penal na Atualidade*. Op. cit., p.10.

Nesse sentido, Yarochevsky (2005, p. 123)<sup>103</sup> observa que o juiz, no momento de aplicação da pena, deve levar em consideração a conduta social do agente, sua personalidade, sua primariedade e antecedentes, mas entende inconcebível ser o agravamento da pena pela reincidência obrigatória e automática.

Franco (2010, p.10)<sup>104</sup> descreve que a reincidência contrapõe-se ao princípio da presunção da inocência uma vez que

a coexistência de dois procedimentos sancionadores para um determinado ilícito deixa aberta a possibilidade, contrária àquele princípio, de que os mesmos fatos, sucessiva ou simultaneamente, existam e deixem de existir para os órgãos do Estado.

Além disso, diz o autor, a presunção de inocência é lesada pelo fato de que a periculosidade do agente é presumida de forma inafastável, em presunção absoluta. Pondera, no entanto, que um réu reincidente não é necessariamente mais perigoso que um réu primário, o que torna a presunção ainda mais absurda (FRANCO, 2010, p. 11)<sup>105</sup>.

Na evolução do Direito, verificou-se a necessidade de separação entre direito, moral, pecado.

O Direito Penal por sua vez, deve ater-se a regular condutas que tragam lesão a determinados bens jurídicos que sejam importantes para a manutenção de uma ordem pacífica na sociedade.

O princípio da lesividade tem por função precípua vedar a punição de atitudes não externadas por ações concretas (cogitação), de atos preparatórios que não saiam da esfera do próprio autor (também assim a autolesão), de condições existenciais e estados da pessoa (direito penal do autor) e por fim, incriminar

---

<sup>103</sup> YAROCHEWSKY, Leonardo Isaac. *Da reincidência criminal*. Op. cit., p.123. Ensina o autor que “o agravamento obrigatório da pena pela reincidência, baseado em certidões emitidas pelos cartórios criminais, ofende também o princípio da individualização da pena.”

<sup>104</sup> FRANCO, Alberto Silva. Sobre a não recepção da reincidência pela constituição federal de 1988. Breves anotações. In RIBEIRO, Bruno de Moraes (Org.). *Direito Penal na Atualidade*. Op. cit., p.10.

<sup>105</sup> Ibidem., p.11.

condutas desviadas que não afetem qualquer bem jurídico (direito à diferença) (BATISTA, 2007, p.92-94).<sup>106</sup>

É justamente a terceira função acima descrita que a aplicação da reincidência como causa agravante afeta. Apenas a conduta deve ser analisada na aplicação da pena, jamais qualquer condição pessoal do agente. Nesse sentido, diz propriamente Batista (2007, p. 93)<sup>107</sup> que

o que é vedado pelo princípio da lesividade é a imposição da pena (isto é, a constituição de um crime) a um simples estado ou condição desse homem, refutando-se, pois, as propostas de um direito penal de autor e suas derivações mais ou menos dissimuladas (tipos penais de autor, culpabilidade pela conduta ao longo da vida, etc).

Entendemos que a reincidência, tal como prevista no ordenamento, é uma hipótese de direito penal de autor dissimulada.

Entre os princípios básicos do Direito Penal pátrio está o princípio da intervenção mínima, que se desdobra nos princípios da fragmentariedade e subsidiariedade, como suas características.

Por este princípio, o direito penal deve excepcional, porque extremo, somente dele se utilizando o legislador em último caso, quando estritamente necessário. O direito penal é, pois, subsidiário, no sentido de que somente se outro ramo do direito não for suficiente para regular o âmbito em questão.

As características da subsidiariedade e fragmentariedade que compõem o princípio da intervenção mínima foram consequências, segundo nos ensina Nilo Batista, da reação ao sistema penal absolutista, como forma de limitar o poder do Estado absoluto, de modo que a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão “prescrevia que a lei não estabelecesse senão penas ‘estrita’ e ‘evidentemente necessárias” (BATISTA, 2007, p. 84).<sup>108</sup>

---

<sup>106</sup> BATISTA, Nilo. *Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro*. Op. cit., p. 92-94.

<sup>107</sup> Ibidem., p. 93.

<sup>108</sup> Ibidem., p. 84.

É por isso que somente a lesão efetiva aos bens jurídicos mais importantes é que devem ser objeto de tutela do Direito Penal.

Portanto, não há lugar, em um Direito Penal Mínimo, ao sancionamento mais gravoso do réu reincidente, punição do agente pelo que ele é e não pelo que cometeu. Ou seja, o direito penal, neste caso, não está protegendo qualquer bem jurídico, mas sim punindo tão somente o agente pela condição que consigo carrega e com base em uma presunção absoluta de que o réu é perigoso.

Há quem entenda, e não de hoje, que a reincidência, ao contrário de motivar uma agravação da pena, deve sim configurar uma atenuante da pena.

Ao descrever as vertentes que figuram na evolução do pensamento penalista sobre a reincidência e criticando-as, Lyra (1942, p. 284)<sup>109</sup> indica que alguns autores (Carnot, Alauzet, Tissot, Köstlein, Merkel, Gesterling, Mittermayer, Pagano, Carmignani, Giuliani, Pessina, Buccellati) manifestaram-se pela improcedência da agravante e pelo efeito atenuante:

uma vez que a reincidência, dependente de circunstâncias ou condições sociais não imputáveis ao indivíduo, não concorreria para aumentar o dano material, moral e político do delito. A pena anterior fora cumprida, e, reviver o crime, que a ela dera lugar, constituiria quebra do princípio – non bis in idem – e *injusta invasão do terreno moral* (...)

confinados no campo da liberdade moral, estranho, sobretudo, ao problema político da reincidência, outros (Buccellati, Kleinschrod) também pretendem efeitos atenuantes para a reincidência (...)

Kleinschrod culpa a sociedade pela reincidência, propiciando o ambiente de vício e corrupção, a falta de trabalho, a má distribuição de riqueza, a defeituosíssima organização penal e penitenciária, criando as circunstâncias que arrastam à reincidência.

Francisco Castex (1998B, p. 560 apud YAROCHEWSKY, p. 89)<sup>110</sup> entende que o reincidente é menos culpável, pois o fato de ter reincidido mostra sua alta vulnerabilidade. Tal posição encontra respaldo na teoria da *coculpabilidade*, bem

---

<sup>109</sup> LYRA, Roberto. *Comentários ao Código Penal. Vol. II. Arts. 28 a 74.* Op. Cit., p.

<sup>110</sup> YAROCHEWSKY, Leonardo Isaac. *Da reincidência criminal.* Op. cit, p.89.

como na teoria da *culpabilidade por vulnerabilidade* desenvolvida por Zaffaroni (1991, p.267 e s.)<sup>111</sup>

O Direito, de modo geral, não deve estar dissociado da realidade econômico-social de uma sociedade e, também assim, o Direito Penal. Em um contexto liberal, o Estado deixa de atuar de maneira reguladora em diversos âmbitos, o que propicia o surgimento de uma sociedade extremamente desigual.

Diante da desigual distribuição de renda e custos sociais é que se pensou na teoria da *coculpabilidade*. Jovaci Peter Filho (2011, p. 207 e s.) debruçando-se sobre o tema, diz que a aplicação da teoria se deve à desorganização social. Referindo à obra de Grégore Moura (2006 apud PETER, F., 2011, p.213)<sup>112</sup> escreve:

---

<sup>111</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Em Busca das Penas Perdidas – A perda de legitimidade do sistema penal*. Trad. br. de Vania Romano Pedrosa e Amir Lopez da Conceição. 5ª ed., Rio de Janeiro: Revan, 2001, p. 267 e s.)

<sup>112</sup> FILHO, Jovaci Peter. *Coculpabilidade e vulnerabilidade: considerações a partir de um realismo jurídico-penal*. In SÁ, Alvinio Augusto et al. (Coord). *Criminologia no Brasil. História e Aplicações Clínicas e Sociológicas*. Rio de Janeiro: Editora Elsevier, 2011, p. 213/215. O autor cita excertos de uma decisão oriunda do TRF da 2ª região, Des. Federal Maria Helena Cisne, autos da apelação nº 200150010122308, como exemplo de uma decisão que leva em consideração todo um contexto social circundante e que vale a pena aqui ser transcrito: “São fortes os argumentos de ambos os lados [Defensoria Pública e Ministério Público]. De fato, não se pode afirmar que a carência de ordem material ou social condicione o sujeito à prática de crimes, assim como a abundância de bens e recursos nunca foi garantia de conduta ilibada. A pergunta que se impõe é a seguinte: poderiam as carências diminuir o âmbito de autodeterminação daqueles aos quais subjugam? Tenho que sim. O que se vê na prática é uma sociedade alienada, que enxerga mas não vê. Uma sociedade que se omite, fazendo vistas grossas à miséria que a rodeia, como se isso não lhe dissesse respeito. As pessoas deparam-se, a toda hora, com levas de crianças mendigando nos sinais – menores desassistidos a quem tudo é negado: carinho, educação, saúde, conselhos, orientação. Essas crianças só são vistas no momento em que empunham um punhal ou um revólver e agridem. Nesse momento, aquela sociedade dantes ‘cega’ abre os olhos e clama por justiça. Qual justiça? A segregação daqueles jovens que, até então, ‘não enxergaram’. Exigem justiça, a ser realizada com a colocação desses jovens atrás das grades, num sistema penal que também descumpra um preceito constitucional (art. 5º, XLVI, e), que proíbe penas cruéis. Quando penso na iniquidade do sistema penal brasileiro e na negligência com a infância e juventude carente, vem-me à lembrança o depoimento de uma daquelas tristes crianças, vítimas fatais de suas próprias condições de vulnerabilidade conjuntural, retratadas no documentário ‘Falcão – Meninos do Tráfico’, dirigido pelo rapper MV Bill e por Celso Athayde: ‘ Se eu morrer, nasce um outro que nem eu, pior ou melhor. Se eu morrer, vou descansar, é muito esculacho nessa vida’. [...] todavia, a verdadeira coculpabilidade que entendo agregar à teoria dogmática da culpabilidade não se refere tão só ao fato de o Estado e a sociedade civil serem responsáveis pela produção de cidadãos pobres com mais carências a propendê-los à criminalidade, mas sim o fato de que os cidadãos carentes são muito mais vulneráveis à seletividade criminalizante (Culpabilidade por vulnerabilidade. In *Discursos Sediciosos. Crimes, Direito e Sociedade*, ano 9, nº 14, Rio de Janeiro: Revan, 2004, p.37.). É de ver que a moeda tem duas faces. ‘Daquele a quem muito foi dado, muito será exigido’, já diziam as Escrituras. Isto implica em reconhecer que a teoria da coculpabilidade também significa dizer que a conduta típica e antijurídica praticada por um agente privilegiado econômica e socialmente merece maior reprovação, dentro de um contexto democrático, do que a mesma conduta praticada por um agente que se encontra vulnerável por condições materiais e sociais adversas.”



A teoria foi concebida para ser aplicada nas ocasiões em que a desorganização da estrutura estatal, a carente oferta de condições de existência digna aos seus cidadãos e a discriminação decorrente da aviltante distribuição de rendas contribuem, verdadeiramente para a expansão da criminalidade entre aqueles que padecem com o alheamento social. Nessas hipóteses, a sociedade haveria de atuar na qualidade de corresponsável pela ocorrência de delitos.

Comparando com a teoria de Zaffaroni, da culpabilidade por vulnerabilidade, Jovaci Peter Filho (2011, p. 216)<sup>113</sup>, aponta que nesta a “reprovação penal é menor sempre que o ato estiver orientado por um estado qualquer de fragilidade, seja ele de natureza econômica, social, familiar ou psíquica”, ampliando consideravelmente as hipóteses de reprovação adequada e reconhecendo o direito penal a diversidade, incluindo, inclusive, o fator dessocialização do indivíduo pelo próprio sistema penal.

A aplicação prática destas teorias da coculpabilidade e culpabilidade por vulnerabilidade é possibilitada pelo art. 66 do Código Penal<sup>114</sup>, que prevê causa atenuante não expressa em lei (inominada): “a pena poderá ser ainda atenuada em razão de circunstância relevante, anterior ou posterior ao crime, embora não prevista expressamente em lei”.

Diante de tudo que se demonstrou, é possível chegar a duas conclusões:

a) o agravamento da pena pela reincidência e quaisquer de seus efeitos penais e processuais devem ser declarados inconstitucionais, afastando-se por completo a aplicação destas consequências, pois incompatíveis com a Constituição Federal e, portanto, não por ela recepcionados, conforme conclusão de Yarochevsky (2005, p. 214-215)<sup>115</sup>;

b) a agravação obrigatória da pena pela reincidência é incompatível com os princípios constitucionais eleitos pelo constituintes. Assim, o instituto da reincidência poderia ser harmônico com a Constituição caso fosse previsto como circunstância judicial facultativa (art. 59 do Código Penal) ou, até mesmo, a depender do caso

---

<sup>113</sup> FILHO, Jovaci Peter. Coculpabilidade e vulnerabilidade: considerações a partir de um realismo jurídico-penal. In SÁ, Alvin Augustus et al. (Coord). *Criminologia no Brasil. História e Aplicações Clínicas e Sociológicas*. Op. cit., p.216.

<sup>114</sup> BRASIL. Código Penal (1940). Lei 2.848 de 7 de dezembro de 1940, art. 66.

<sup>115</sup> YAROCHEVSKY, Leonardo Isaac. *Da reincidência criminal*. Op. cit., p.214/215.

concreto, como atenuante inominada (art. 66 do Código Penal), quando se verificar que o sistema penal foi falho em seu mister de reinserção do condenado pelo primeiro delito, ocasionando, ao contrário, sua total dessocialização (FRANCO, 2011, p. 13).<sup>116</sup>

Entendemos que a melhor conclusão, muito embora a outra não deixe de representar uma evolução importante no que se refere à legislação hoje em vigor, seja a primeira, no sentido de considerar a agravação da pena em razão da reincidência e quaisquer efeitos jurídicos dela decorrentes para impedir ou dificultar o alcance de benefícios penais ou processuais penais, incompatíveis com a Constituição Federal e, por isso, não recepcionados pela nova ordem jurídica, devendo, portanto, serem revogados.

Importante ressaltar ainda que, quanto à segunda conclusão, no que se refere à possibilidade de se considerar a reincidência como eventual causa atenuante inominada, ainda que de maneira facultativa, importaria, sem dúvida, um enorme avanço. Seria o reconhecimento de que o Estado, além de não cumprir seu papel ressocializador, é responsável pela seleção e inclusão na criminalidade de certos setores da sociedade, os quais, uma vez em contato com o sistema penal, dificilmente retomam uma vida afastada da delinquência.

Roberto Lyra (1942, p. 290)<sup>117</sup> aliás, descrevendo sobre os avanços e involuções do Código 1940, o elogiava no que se refere à reincidência, em quase todas as perspectivas, exceto no que diz respeito a ser obrigatória a agravação da pena, uma vez constatada a reincidência:

se não concedeu arbítrio ao juiz para excluir a reincidência, em certos casos, o Código não fixou, como o italiano (art. 99), os limites

---

<sup>116</sup> FRANCO, Alberto Silva. Sobre a não recepção da reincidência pela constituição federal de 1988. Breves anotações. In RIBEIRO, Bruno de Moraes (Org.). *Direito Penal na Atualidade*. Op. cit., p. 13.

<sup>117</sup> LYRA, Roberto. *Comentários ao Código Penal. Vol. II. Arts. 28 a 74*. Op. cit., p. 290. O autor escreve: “Os positivistas comandam a doutrina, sustentando que a reincidência não deve, nem pode, importar sempre agravação da pena e que esta deve ser confiada ao prudente arbítrio do juiz. A faculdade da agravação, doutrinariamente irrecusável, nesse terreno, em que avultam o aspecto político do alarma social da periculosidade presumida, tornando especialmente sensível e cautelosa a defesa social, não pode ser acolhida, de improviso, pelo sistema legal, ao tentar as primeiras experiências do arbítrio judicial. Vimos, porém, que o Código ofereceu ao magistrado meios suficientes para, em regra, fazer da reincidência, como quer Florian, um ‘motivo de peculiar tratamento’”.

do aumento e somente para a reincidência específica deslocou o mínimo da cominação.

A crítica nesse ponto, portanto, sequer é grande novidade.

A grande dificuldade a ser vencida, será conceber um mundo jurídico sem a reincidência como agravante da pena. E com mais razão, como veremos, afastar esta possibilidade no âmbito infracional.

É preciso demonstrar que isso é possível, afastando a ideia falaciosa de que um Direito Penal Máximo ou do Inimigo pode fazer diminuir índices de criminalidade.

Será que a possibilidade de uma situação mais gravosa de punição tem o condão de fazer mudar de plano aquele que deseja cometer novo delito? Entendemos que não, que os motivos ensejadores do crime passam ao largo desta questão e, aliás, da própria previsão da pena. Tal constatação é mais do que notória, diante das inúmeras tentativas de combate ao crime por meio de edição de leis mais severas, que se demonstraram absolutamente ineficientes.

## 2 REITERAÇÃO: A REINCIDÊNCIA NO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

Ainda mais tormentosa torna-se a discussão sobre a reincidência do modo como ela aparece no Estatuto da Criança e do Adolescente.

O art. 122 da lei 8.069 de 13 de julho de 1990<sup>118</sup> prevê as hipóteses em que a medida de internação poderá ser aplicada ao adolescente que comete ato infracional:

Art. 122. A medida de internação só poderá ser aplicada quando:

I – tratar-se de ato infracional cometido mediante grave ameaça ou violência a pessoa;

II – por reiteração no cometimento de outras infrações graves;

III – por descumprimento reiterado e injustificável da medida anteriormente imposta.

§ 1º O prazo de internação na hipótese do inciso III deste artigo não poderá ser superior a três meses.

§ 2º Em nenhuma hipótese será aplicada a internação, havendo outra medida adequada.

São três as hipóteses em que ao adolescente pode ser aplicada a medida socioeducativa de internação: quando se tratar de ato infracional cometido mediante grave ameaça ou violência à pessoa (art. 122, I), quando houver “reiteração” no cometimento de outras infrações graves (art. 122, II) ou no caso de descumprimento reiterado e injustificável da medida anteriormente imposta (art. 122, III), prevendo a lei pressupostos ou condições objetivas para a aplicação da medida.

O foco do presente trabalho é a análise do inciso II, motivo pelo qual o interesse desta pesquisa se atém às discussões do tema na fase do conhecimento,

---

<sup>118</sup> BRASIL. Estatuto da Criança e do Adolescente (1990). Lei 8.069 de 13 de julho de 1990, art. 122.

ou seja, durante a apuração judicial do ato infracional. A previsão do inciso III inclui-se no âmbito da execução e não será objeto de análise.

Assim como o Código Penal, o Estatuto da Criança e do Adolescente (1990) prevê a possibilidade de aplicação de sanção mais grave para aquele que “insiste” na prática de atos infracionais, chamando a reincidência de reiteração.

Antes das considerações acerca da natureza e função da reiteração e demais discussões sobre o assunto, importante observar a denominação diferente pela qual optou o legislador e que gera diversas interpretações.

Aparecem no estatuto as expressões *reiteração* e *reiterado* nos incisos II e III do Estatuto da Criança e do Adolescente.

O verbo *reiterar* possui o significado de repetir, renovar. Não difere em seu conteúdo semântico de reincidir, que significa voltar a incidir, recair, conforme os dicionários Aulete<sup>119</sup> (2007, p. 855) e Aurélio<sup>120</sup> (1975, p. 1209).

Apesar de serem sinônimas em seu sentido não-técnico, o legislador estatutário optou, no entanto, por utilizar uma palavra distinta, a exemplo do que fez para as denominações *ato infracional*, *medida socioeducativa*, dentre outras do estatuto, para descrever o mesmo fenômeno, qual seja, aquele pelo qual uma pessoa, após já ter cometido um crime, volta a praticar outro.

A diferenciação não é casual e vai ao encontro do espírito que permeou toda a doutrina para a edição da lei de 1990, que, ao substituir o então Código de Menores (1969), passou a tratar crianças e adolescentes como sujeitos de direitos e não mais como meros objetos de direito.

A opção ‘ativa’ da nova lei quis fazer nascer um novo tempo de cuidado e respeito a direitos com nossos jovens, pessoas em desenvolvimento, a partir de uma doutrina diferenciada daquela até então vigente, não mais fundada na doutrina da situação irregular, mas sim na doutrina da proteção integral.

---

<sup>119</sup> AULETE, Caldas. *Dicionário da Língua Portuguesa*. Op. cit., p. 855.

<sup>120</sup> FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo Dicionário da Língua Portuguesa*. Op. cit., p. 1209.

Assim, podemos entender que o tratamento dado à reiteração, quis o legislador fosse distinto daquele dado à reincidência no âmbito dos adultos.

Mas, ao contrário do que ocorre no Código Penal, o tema da reincidência aparece de modo pouco delimitado no Estatuto da Criança e do Adolescente, o que dá margem, numa visão menos consciente dos princípios que nortearam a edição da lei, a interpretações arbitrárias.

Não há, quanto à reiteração, a exemplo do que ocorre com a reincidência, a exigência expressa do trânsito em julgado para a constatação de ter o adolescente reiterado ou não.

Tal formulação dá ensejo, contrariando múltiplos postulados garantistas e até o próprio Estatuto, à continuidade da doutrina menorista, tendo-se chegado a entendimentos de que reiteração seria mera repetição de ato infracional, considerando-se até mesmo atos não apurados, confessados pelo adolescente extra oficialmente e fora do processo ou mesmo meras 'passagens' anteriores pelo sistema infracional.

Considerar atos não apurados ou ainda não julgados definitivamente, significa estarmos diante de verdadeira aplicação de um direito do autor ou até mesmo do direito penal do inimigo.

Tal interpretação é possível diante da falta de limitação expressa da lei e sob a justificativa, para aqueles que a aplicam, de que foi mesmo a intenção do estatuto diferenciar o tratamento dado ao adulto, como forma de 'proteger o adolescente'.

Houve, no início, uma pequena evolução da interpretação no que se refere à limitação da aplicação do inciso II do art. 122 do Estatuto da Criança e do Adolescente, que equiparava a reiteração à reincidência. Exemplifica-se a partir de duas decisões oriundas do Tribunal de Justiça do Distrito Federal:

1. Para o Estatuto da Criança e do Adolescente, a reiteração é equivalente à reincidência prevista no Código Penal; assim sendo, a configuração da reiteração, como pressuposto da aplicação da internação, há de se prender ao fato de o adolescente ter sido anteriormente submetido à medida sócio-educativa, com decisão transitada em julgado, conforme interpretação do art. 122, II, da lei 8069/90 (RT 755/684).

2. Ato infracional praticado por menor ofensivo a disposições do art. 155, parágrafo 4º, III, do CP. Autoria e materialidade comprovadas. Sem que tenha ocorrido, à data da decisão apelada, o trânsito em julgado da condenação anterior, à qual também respondeu o ora recorrente, não se lhe pode atribuir reiteração delitiva, conforme previsto no inc. II, do art. 122, do Estatuto Menorista, para aplicação da medida sócio-educativa de internação pelo período máximo legal (arts. 122, V e 121, parágrafo 3º, do mesmo diploma legal)” (Ap. Civil 148/94 – DF – j. em 10.08.94 – pub. DJDF de 22.09.94).

Então, equiparar a reiteração à reincidência já configurava significativo avanço. Vale dizer, trouxe-se ao âmbito infracional, as limitações do Código Penal. Assim, exigir-se-ia condenação anterior com trânsito em julgado, obedecendo ao princípio da presunção da inocência ou do estado de inocência, direito fundamental previsto na constituição, pelo qual uma mera acusação ou persecução penal não tem o condão de acarretar consequências de uma condenação definitiva.

O entendimento acima traz maiores garantias ao adolescente, uma vez que impede que reiteração seja considerada apenas a repetição de quaisquer atos, ainda que não julgados, mas ainda está longe de estar conforme o sistema preconizado pela doutrina da proteção integral.

Com o tempo, portanto, houve um esforço para demonstrar que também esta interpretação estava em desconformidade não só com a legislação pátria, mas também com a sistemática internacional, longe ainda de ser aplicada em larga escala na prática e longe de ser uma interpretação ideal, a nosso ver.

Segundo Shecaira (2008, p. 211):<sup>121</sup>

também não há que se confundir a reiteração com a reincidência. Esta é conceito objetivo, previsto no art. 63 do Código Penal (...) Pode haver reiteração sem haver reincidência. Também pode haver reincidência sem reiteração. É que já se assentou a idéia segundo a qual, para haver reiteração, é necessária, no mínimo, a prática de três condutas graves.

---

<sup>121</sup> SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Sistema de Garantias e o Direito Penal Juvenil*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2008, p. 211.

Ousamos aqui discordar do insígne professor acima citado. Entendemos que pode haver reincidência sem haver reiteração. Mas o contrário não é possível, pois, se aceitarmos a afirmação de que pode haver reiteração sem reincidência, estaríamos aceitando a reiteração sem a exigência do trânsito em julgado, o que, como já explicitado, equivale à desconsideração do princípio constitucional do estado de inocência.

Percorrer um grande caminho foi necessário até que se firmassem alguns entendimentos acerca da distinção entre reincidência do Código Penal e a reiteração do Estatuto (1990), uma vez que o art. 122 traz fórmulas genéricas e ambíguas.

Passou-se a defender que, de fato, a reiteração não equivalia à reincidência, não para tornar sua configuração menos rigorosa do que a reincidência, mas para exigir um maior esforço para obediência ao princípio da excepcionalidade da medida de internação. Vale mencionar o seguinte acórdão paradigma na evolução do entendimento jurisprudencial acerca do assunto:

**HABEAS CORPUS. ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. ATO INFRACIONAL EQUIPARADO A TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. INTERNAÇÃO POR PRAZO INDETERMINADO. ROL TAXATIVO DO ART. 122 DO EÇA. AUSÊNCIA DE VIOLÊNCIA OU GRAVE AMEAÇA. NÃO CONFIGURAÇÃO DE REITERAÇÃO NO DESCUMPRIMENTO DE MEDIDA ANTERIOR. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. ORDEM CONCEDIDA. 1. Conforme entendimento sedimentado pelo Colendo Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC 88.862/PA, o fato do Tribunal de Justiça Paulista não ter conhecido do writ ali impetrado, não impede que esta Corte analise a questão de mérito nele posta, uma vez que, para a apreciação do remédio constitucional do Habeas Corpus, não se exige o chamado prequestionamento, mas apenas que a matéria tenha sido submetida ao Tribunal coator. 2. Esta Corte já pacificou a orientação de que a gravidade do ato infracional equiparado ao tráfico de entorpecentes, por si só, não autoriza a aplicação da medida sócio-educativa de internação. 3. A reiteração prevista nos incisos II e III do art. 122 do ECA, não se confunde com o conceito de reincidência, de sorte que, para sua configuração, é necessária a prática de, pelo menos, 3 atos anteriores, seja infração grave ou medida anteriormente imposta, respectivamente. 4. Parecer do Ministério Público Federal pela concessão da ordem. 5. Habeas Corpus concedido para anular a sentença de primeiro grau, tão-somente no tocante à medida de internação, a fim de que outro decisum seja prolatado, devendo, enquanto isso, permanecer o menor em liberdade assistida, se por outro motivo não estiver internado." (HC**



A partir do entendimento explicitado no acórdão acima, mais interessante do ponto de vista de se tentar evitar a qualquer custo a institucionalização do adolescente, exige-se, antes da aplicação da medida extrema, o cometimento de, ao menos, três atos infracionais anteriores para que seja possível a configuração da reiteração.

Acerca da expressão 'ato grave,' são pertinentes também algumas considerações acerca da exigência do requisito legal para possibilitar a aplicação do art. 122.

Segundo a lei, é possível aplicar a internação em caso de prática de ato infracional mediante violência ou grave ameaça à pessoa ou ainda, em caso de reiteração de ato grave. Assim, não basta qualquer reiteração, mas sim a reiteração de ato grave.

O legislador não especificou o alcance da expressão 'infração grave', o que acaba, na prática, por ser considerada condenação anterior por qualquer ato, por sua mera capitulação jurídica na folha de antecedentes e também pelas medidas anteriormente impostas.

A doutrina no âmbito juvenil é carente na análise do que pode ser considerada infração grave. Shecaira (2008, p. 2011)<sup>122</sup> acaba por definir a expressão por exclusão, como sendo quaisquer infrações graves não abrangidas pelo inciso anterior, de violência ou grave ameaça à pessoa. Portanto, os tipos penais que não são cometidos com violência ou grave ameaça à pessoa (roubo, lesão corporal etc), se reiterados, podem ensejar a aplicação de medida de internação (tráfico, furto, estupro com violência presumida etc).

O mesmo autor afirma ainda que, embora o inciso II autorize a internação no caso de infração revestida de violência ou grave ameaça à pessoa, não são quaisquer crimes desta natureza que justificam a medida extrema. A violência ou

---

<sup>122</sup> SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Sistema de Garantias e o Direito Penal Juvenil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 211.

ameaça devem revestir-se de gravidade, por isso uma lesão corporal leve não deve ensejar internação. E a violência deve ser contra a pessoa, de modo que o crime de tráfico de droga, ainda que hediondo, fica excluído da hipótese do inciso I, segundo o entendimento dos tribunais superiores, nem sempre seguido pelos juízos de primeira instância e geralmente corrigidos extemporaneamente por aqueles (SHECAIRA, 2008, p.210-211).<sup>123</sup>

O legislador, por outro lado, olvidou-se de limitar no tempo a vigência da reiteração. Assim, não se tem um período máximo de incidência da causa agravante da situação do adolescente autor de ato infracional, ficando o instituto limitado pelo próprio lapso em que vige o Estatuto da Criança e do Adolescente no âmbito de aplicação da medida socioeducativa, ou seja, durante seis anos (desde que o adolescente tem 12 anos até completar 18 anos).

Importante frisar que o legislador não previu a reiteração como causa obrigatória de aplicação da medida de internação. Ao contrário, nem mesmo a internação é obrigatória em qualquer caso, deixando ao arbítrio do julgador, no caso concreto a avaliação se a medida é necessária para aquele caso concreto.

Assim é que, diante da reiteração no cometimento de outras infrações graves e no descumprimento reiterado de medida anteriormente imposta, *é possível, mas não obrigatória*, a internação do adolescente por prazo indeterminado ou por no máximo três meses, em cada um dos casos (incisos II e III), respectivamente.

Sposato (2003, p.131)<sup>124</sup> infere que, dado o caráter altamente aflitivo da medida de internação, a mais gravosa dentre as previstas no estatuto, “mesmo que as circunstâncias do ato infracional correspondam às condições descritas no art. 122, isto não significa escolha e autorização imediata e automática da medida de internação.” A autora exemplifica com decisão do Tribunal de Justiça de São Paulo:

---

<sup>123</sup> SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Sistema de Garantias e o Direito Penal Juvenil*. Op. cit., p. 210-211. O autor entende que: “qualquer hipótese no sentido de entender uma violência ínsita à sociedade no ato de comercialização de substâncias ilícitas constitui analogia *in malam partem*, sendo vedada no Estado Democrático de Direito.

<sup>124</sup> SPOSATO, Karina Batista. *O Direito Penal Juvenil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 131.

Pela gravidade da infração, a internação teria sido uma medida legalmente possível – nos termos do art. 122, inc. I, do ECA – mas não de aplicação obrigatória. Isto porque se reveste a medida legalmente possível – nos termos do art. 122, inc. I, do ECA – mas não de aplicação obrigatória. Isto porque se reveste a medida socioeducativa de caráter protetivo à formação educacional do adolescente, respeitada não apenas a proporcionalidade com a infração praticada – ainda que seja ela um relevante indicio das necessidades do adolescente -, mas os caracteres peculiares do próprio processo de socialização. No caso específico, verificou-se tratar de adolescente sem vivência infracional anterior, com atividade laborativa e educacional que, inclusive, já constituíra união estável, da qual se originou sua filha de um ano e seis meses.” (TJSP, Cam. Esp, Ap. 49.568.0/0, rel. Cunha Bueno).

O art. 122, § 2º do estatuto é taxativo: em nenhuma hipótese será aplicada a internação se houver outra medida adequada. É o reforço do princípio da excepcionalidade<sup>125</sup>, muitas vezes esquecido pelos operadores do direito.

Emílio García Mendez (2008, p. 453)<sup>126</sup> afirma que o § 2º traduz o aspecto mais importante do art. 122, já que traz uma verdadeira inversão do ônus da prova, no sentido de que cabe ao juiz demonstrar que não há outra medida adequada ao caso concreto a não ser a internação.

Por certo que o art. 122 da aludida lei deve ser interpretado à luz de suas premissas fundamentadoras e do que preconiza o art. 121, caput: “a internação constitui medida privativa da liberdade, sujeita aos princípios de *brevidade, excepcionalidade e respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento*” (Estatuto da Criança e do Adolescente, 1990, grifo nosso)<sup>127</sup>.

Mendez (2008, p. 453)<sup>128</sup>, ao comentar o art. 122 do Estatuto da Criança e do Adolescente, que prevê as hipóteses de internação, entende a necessidade de uma

---

<sup>125</sup> COSTA, Antônio Carlos Gomes da. In: CURI, Munir (Coord.). *Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado – Comentários Jurídicos e Sociais*. 9ª ed., atualizada por Maria Júlia Kaial Cury. São Paulo. Malheiros Editores, 2008, p.453.

<sup>126</sup> MENDEZ, Emílio García. In: CURI, Munir (Coord.). *Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado – Comentários Jurídicos e Sociais*. Op. cit., p.453.

<sup>127</sup> BRASIL. Estatuto da Criança e do Adolescente (1990). Lei 8.069 de 13 de julho de 1990, art. 121-122.

<sup>128</sup> MENDEZ, Emílio García. In: CURI, Munir (Coord.). *Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado – Comentários Jurídicos e Sociais*. Op. cit., p. 452-453.

interpretação sistemática do estatuto, afastando a possibilidade de se considerar os antecedentes do adolescente para fins de aplicação da medida em questão:

parece óbvio, se partirmos de uma interpretação holística do Estatuto, que o caráter grave da ameaça deve resultar das próprias características do fato apurado, e não das potencialidades derivadas subjetivamente da personalidade ou 'história' anterior do autor.

## 2.2 NATUREZA E FUNÇÃO DA MEDIDA SOCIOEDUCATIVA

Ainda em comparação com o sistema de adultos, importante a análise da natureza e função da medida socioeducativa, a fim de que se possa verificar sua congruência com a possibilidade de aplicação da medida mais gravosa ao adolescente que reitera.

Houve a opção do legislador constituinte em diferenciar o tratamento penal dado a pessoas menores de dezoito anos, seguindo a sistemática internacional dada principalmente pela Convenção Internacional dos Direitos da Criança das Nações Unidas (1989).

O Estatuto da Criança e do Adolescente (1990)<sup>129</sup> prevê, em seu art. 112 e seguintes a aplicação de medida socioeducativa ao adolescente autor de ato infracional. Em vários dispositivos, como, por exemplo, o art. 123, o estatuto refere-se à função pedagógica da medida.

Muito se discute sobre a natureza jurídica da medida socioeducativa.

---

<sup>129</sup> BRASIL. Estatuto da Criança e do Adolescente (1990). Lei 8.069 de 13 de julho de 1990, art. 112 e s.

Há quem atribua à medida socioeducativa somente a função pedagógica. Nesse sentido, entende Olympio Sotto Maior (2008, p.403)<sup>130</sup>, para quem a medida socioeducativa, seguindo o princípio da proteção integral estabelecido pelo estatuto, deve ser aplicada ao autor de ato infracional, objetivando interferir no seu processo de desenvolvimento para melhor compreensão da realidade e efetiva integração social, afastando totalmente o caráter punitivo da resposta estatal.

Também para Eliana Athayde (2007, p. 21-23)<sup>131</sup>, para quem crianças só podem ser objeto da Educação e não da Justiça, a sanção socioeducativa é diferente da sanção penal, pois tem essência puramente educativa e de inclusão social. Somente como função acessória haveria um caráter de ‘defesa social’, o que incluiria a defesa dos próprios adolescentes contra o delito. Para ela, medidas socioeducativas, ainda que de internação<sup>132</sup> ou de semiliberdade:

são técnicas voltadas para a autocrítica e produzem no sujeito infrator a possibilidade de reafirmação dos valores éticos e sociais, tratando-o como alguém que pode se transformar, que é capaz de aprender moralmente e de se modificar, além de fortalecer os vínculos familiares e comunitários, devendo todas as medidas, inclusive a privativa e as restritivas de liberdade – embora pareça contraditório – serem desvestidas das conotações do direito penal (ATHAYDE, 2007, p. 25).<sup>133</sup>

João Batista Costa Saraiva (2006, p. 65)<sup>134</sup>, por outro lado, ao descrever acerca da natureza jurídica da medida socioeducativa, não afasta a função retributiva desta, reconhecendo-a como verdadeira sanção:

---

<sup>130</sup> MAIOR, Olympio Sotto. In: CURI, Munir (Coord.). *Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado-Comentários Jurídicos e Sociais*. Op. cit., p. 403.

<sup>131</sup> ATHAYDE, Eliana. Negação ao Direito Penal Juvenil: a prevalência do superior interesse do estado criminalizador. In: *Justiça Juvenil. A visão da ANCED sobre seus conceitos e práticas, em uma perspectiva dos Direitos Humanos*. São Paulo, ANCED, 2007, p. 21/23.

<sup>132</sup> Ibidem., p. 21/23. A autora considera que as unidades de internação são escolas: “Na verdade, as unidades de internação são, a meu ver e de muitas pessoas, ESCOLAS no seu sentido mais pleno, qual seja o de intervir – ajudar a caminhar – na formação do adolescente envolvido em práticas delituosas”.

<sup>133</sup> Ibidem., p.25.

<sup>134</sup> SARAIVA, João Batista Costa. *Compêndio de Direito Penal Juvenil-Adolescente e Ato Infracional*. 3ª ed, revista e ampliada. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 65.

a sanção socioeducativa tem finalidade pedagógica, em uma proposta de socioeducação. Não há, porém, sendo sanção, deixar de lhe atribuir natureza retributiva, na medida em que somente ao autor de ato infracional se lhe reconhece aplicação. Tem força de coercitibilidade, sendo, pois, imposta ao adolescente.”

Há autores, no entanto, que são mais categóricos ao afirmarem que a medida em nada difere da pena, tendo igual conteúdo:

Como querem muitos, a suposta distinção entre medida socioeducativa e a pena estaria em seu duplo sentido: o sancionador e o socializador. Porém, mesmo a pena criminal no direito penal tradicional possui sua faceta ressocializadora, em virtude da função de prevenção especial, sem a qual a pena seria meramente simbólica, retributiva e instrumentalizadora do ser humano (SPOSATO, 2006, 114-116).<sup>135</sup>

Também Konzen (2005, p. 54), para quem negar o caráter aflitivo da medida socioeducativa resulta na instalação de um regime de injustiças, concluiu que são idênticos os efeitos da pena e medida socioeducativa, portanto, idênticos os seus significados, tomando por referência os destinatários destas respostas:

pode-se dizer desde logo, e sem receios, de que está cristalizado no Direito Socioeducativo a sua vinculação mais do que umbilical com o Direito Penal, vínculo de dependência principiológica ainda a ser devidamente reconhecido, vínculo corolário do conceito de ato infracional.<sup>136</sup>

Assim, para ele, embora a distinção entre pena e sanção é nenhuma ou apenas semântica, retórica e vazia de conteúdo, uma vez que a medida socioeducativa é a reprovação pela conduta ilícita perpetrada - sempre sob o ponto de vista de seu receptor -, dada vinculação direta, imediata e simbólica ao Direito Penal, a melhor palavra para significá-la é pena. E pena e medida socioeducativa são diferentes não na esfera do *ser*, porquanto materialmente iguais, mas do *dever*

---

<sup>135</sup> SPOSATO, Karina Batista. *O Direito Penal Juvenil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 114-116.

<sup>136</sup> KONZEN, Afonso Armando. *Pertinência Socioeducativa. Reflexões sobre a natureza jurídica das medidas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 54.

ser, afeto ao mundo da instrumentalidade, em que a finalidade da necessidade pedagógica se opõe à carga retributiva (KONZEN, 2005, p. 63-64).<sup>137</sup>

O autor ainda comprova a adoção pelo legislador estatutário da retribuição como característica da medida socioeducativa com a exigência do critério da proporcionalidade para aplicá-la (art. 112, § 1º) (KONZEN, 2005, p.87).<sup>138</sup>

Segundo Flávio Américo Frasseto (2006, p. 308-309)<sup>139</sup>, no entanto, a discussão sobre a natureza da medida é inócua:

o fato de reconhecer-se que a medida tenha um caráter penal não implica qualquer traição à sua natureza ou finalidade. O caráter penal sempre existirá e ele não é incompatível com qualquer pretensão sócio-educativa, pretensão, aliás, que a pena aplicada ao adulto também tem. Em outras palavras, entender que a medida sócio-educativa é sempre ruim por coartar a liberdade não implica qualquer renúncia à necessidade de humanizá-la, de tentá-la educativa enquanto durar.

Por outro lado, o mesmo autor aponta a importância de se reconhecer o caráter aflitivo da medida socioeducativa, já que assim, não há que se afastar um sistema garantista de proteção do acusado por ato infracional (FRASSETO, p. 309).<sup>140</sup>

Nicodemos (2007, p. 32)<sup>141</sup>, por sua vez, identifica três fases distintas de tratamento dispensado ao autor de ato infracional desde o século XIX: a da Indiferença, Tutelar e Proteção Integral, em que houve, principalmente no modelo tutelar, o recrudescimento da criminalização dos jovens, especialmente os excluídos economicamente, através da doutrina da situação irregular.

---

<sup>137</sup> KONZEN, Afonso Armando. *Pertinência Socioeducativa. Reflexões sobre a natureza jurídica das medidas*. Op. cit., p. 63/64.

<sup>138</sup> Ibidem., p.87.

<sup>139</sup> FRASSETO, Flávio Américo. *Execução da Medida Socioeducativa de Internação: primeiras linhas de uma crítica garantista*, in *Justiça, Adolescente e Ato Infracional: socioeducação e responsabilização*. ILANUD; ABMP; SEDH; UNFPA (orgs.), São Paulo, ILANUD, 2006, p. 308-309.

<sup>140</sup> Ibidem., p. 309.

<sup>141</sup> NICODEMOS, Carlos. *Negação ao Direito Penal Juvenil: a prevalência do superior interesse do estado criminalizador*. In: *Justiça Juvenil. A visão da ANCED sobre seus conceitos e práticas, em uma perspectiva dos Direitos Humanos*. Op. cit. p. 32.

A análise que o autor faz, no entanto, é distinta. Não afasta o caráter penal da responsabilização do adolescente, mas o reconhece como instrumento de “ação de contra-controle”, para propiciar uma defesa plena e incondicional. Entende dois indissociáveis fundamentos deste sistema: a doutrina da proteção integral e o direito penal juvenil (NICODEMOS, 2007, p. 32-33)<sup>142</sup>. Infere que o primeiro apenas permite discutir a legitimidade do sistema de responsabilização se todos os direitos fundamentais das crianças e dos adolescentes forem respeitados. Como tal não ocorre, o sistema apenas serve aos objetivos de um controle punitivo próprio do modelo de estado neoliberal, “camuflado no argumento do controle social do delito”, que acaba por “constituir uma forma de controle punitivo contra os economicamente excluídos, em razão da própria condição de segregados” (NICODEMOS, 2007, p. 28-30).<sup>143</sup>

O segundo refere-se a um direito penal especial, pelo qual se responsabiliza o adolescente de 12 a 18 anos que comete ato infracional. Reconhecer um sistema penal incidente sobre os adolescentes, “não é alimentar e aprofundar um controle penal contra os adolescentes autores de ato infracional. Mas sim, deslegitimar o próprio sistema de responsabilização em razão da absoluta falta de políticas de Estado que possam assegurar os direitos fundamentais juvenis”. O autor ainda reforça seu argumento da incidência de um direito penal especial, ao chamar a atenção ao sistema informal de controle social que recai sobre as crianças que cometem um ato infracional, de aplicação de medida protetiva (art. 101 do Estatuto da Criança e do Adolescente), controle este que não possui finalidade sancionatória penal, que é justamente o que torna o sistema de responsabilização do adolescente de natureza penal especial (NICODEMOS, 2007, p. 32-35).<sup>144</sup>

Diante do panorama descrito, o reconhecimento da incidência deste sistema penal, antes de afastar a Doutrina da Proteção Integral, serviria para “afastar a aplicação da norma e negá-la sob o argumento de que o Estado não honrou com

---

<sup>142</sup> NICODEMOS, Carlos. Negação ao Direito Penal Juvenil: a prevalência do superior interesse do estado criminalizador. In: *Justiça Juvenil. A visão da ANCED sobre seus conceitos e práticas, em uma perspectiva dos Direitos Humanos*. Op. cit., p. 32-33.

<sup>143</sup> *Ibidem.*, p. 28/30.

<sup>144</sup> *Ibidem.*, p. 32/35.



sua obrigação de assegurar a proteção integral ao adolescente e que, tal medida deu-se deliberadamente em razão de interesses econômicos superiores.” Portanto, não aceita o princípio do superior interesse da criança para autorizar a aplicação da medida socioeducativa (NICODEMOS, 2007, p. 33;38).<sup>145</sup>

Segundo Frasseto (2006, p. 12)<sup>146</sup>, ainda, o sistema de resposta do Estado frente ao delito pode ser baseado na culpabilidade ou na periculosidade. Pelo princípio da culpabilidade, o autor do delito que podia agir conforme o direito e não agiu, deve cumprir uma pena, e o incapaz de compreender o caráter ilícito do que fez, deve ser destinatário de uma medida de segurança, com caráter preventivo.

Segue-se que, na lógica da situação irregular, estaríamos diante de um sistema muito próximo àquele reservado aos inimputáveis adultos, baseado na periculosidade (FRASSETO, 2007, p. 14)<sup>147</sup>. A reiteração, veremos, é um resquício dessa lógica, presente na legislação.

A resposta estatal aos adolescentes baseada na periculosidade não é novidade e sempre esteve associada aos inimputáveis de todos os gêneros. Hungria (1951, p. 13)<sup>148</sup> infere que:

estruturalmente diversa da pena, a medida de segurança não seria mais do que uma ampliação, à órbita jurídico-penal, das providências de caráter administrativo que, já então, em vários países civilizados, se tomavam *em relação aos loucos, aos ébrios habituais e aos menores delinquentes*. (grifo nosso)

O problema que se instaura ao se tratar o adolescente no âmbito da periculosidade é o fato de que o sistema penal baseado na culpabilidade é originado em conjunto com garantias de defesa. Ao contrário, a periculosidade, diz Frasseto

---

<sup>145</sup> NICODEMOS, Carlos. Negação ao Direito Penal Juvenil: a prevalência do superior interesse do estado criminalizador. In: *Justiça Juvenil. A visão da ANCED sobre seus conceitos e práticas, em uma perspectiva dos Direitos Humanos*. Op. cit., p. 33;38.

<sup>146</sup> FRASSETO, Flávio Américo. Negação ao Direito Penal Juvenil: a prevalência do superior interesse do estado criminalizador. In: *Justiça Juvenil. A visão da ANCED sobre seus conceitos e práticas, em uma perspectiva dos Direitos Humanos*. Op. cit., p.12.

<sup>147</sup> Ibidem., p. 14.

<sup>148</sup> HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*. Vol. III. Op. cit., p. 21.

(2007, p. 13)<sup>149</sup>, traz ínsita a ideia de tratamento terapêutico, de que o indivíduo vai ser isolado e tratado e, nessa concepção, muitas vezes em detrimento de garantias e direitos fundamentais.

Frasseto (2007, p. 14)<sup>150</sup> afirma que o sistema hoje, embora reconhecendo as mudanças significativas ocorridas, traz resquícios deste pensamento, por exemplo, quando a resposta ao ato infracional é uma ‘medida’ e não uma pena, e, igualmente à medida de segurança, é indeterminada, sem delimitação no tempo.

A nosso ver, não há a menor dúvida de que a consideração da reiteração para a aplicação da medida de internação está inexoravelmente ligada à concepção de periculosidade, em aplicação de um direito penal do autor, que, na prática, consubstancia-se em sua faceta mais nefasta, verdadeiro direito penal do inimigo, uma vez que alcança somente determinados segmentos da sociedade jovem.

O tema da reincidência/reiteração está ligado inegavelmente à finalidade de prevenção especial da pena. São várias as críticas que se faz a essa finalidade, principalmente no que diz respeito a violar o direito penal do fato, já que deixa de considerar o fato praticado pelo agente em nome da “periculosidade”, punindo-se uma condição pessoal do autor do fato e legitimando, ademais, a seletividade do sistema penal (QUEIROZ, 2008, p. 56-57).<sup>151</sup>

Parece-nos que a grande discussão sobre ter a medida socioeducativa uma natureza essencialmente penal ou essencialmente pedagógica, traduz o enorme receio de um lado, de serem subtraídas as garantias penais e processuais do âmbito juvenil, com a pretensão de acabar com a ilusão da impunidade dos jovens em conflito com a lei, fortemente presente na sociedade e mídia e, de outro, de tornar-se o sistema socioeducativo uma réplica do falacioso sistema penal comum, afastando-o das especificidades da normativa interna e internacional que deve orientar o procedimento de apuração do ato infracional, a aplicação de medida socioeducativa

---

<sup>149</sup> FRASSETO, Flávio Américo. Negação ao Direito Penal Juvenil: a prevalência do superior interesse do estado criminalizador. In: *Justiça Juvenil. A visão da ANCED sobre seus conceitos e práticas, em uma perspectiva dos Direitos Humanos*. Op. cit., p. 13.

<sup>150</sup> Ibidem, p. 14.

<sup>151</sup> Paulo QUEIROZ, *Funções do Direito Penal – Legitimação versus Deslegitimação do Sistema Penal*. Op. cit., p. 56/57.

e sua execução. Entre os receios, destaca-se especialmente aquele que mais assombra os defensores de direitos humanos na esfera da juventude, o da diminuição da maioridade penal.

Os receios não devem ser ignorados, mas o melhor que se tem a fazer é lutar para demonstrar que a medida socioeducativa está longe de não ter um viés de pena e pode e deve ter a pretensão de ser pedagógica, ressocializadora, até para torná-la mais humanizada, dentro daquilo que é possível.

Importante lembrar quanto aos direitos e garantias penais e processuais penais, de que os são não somente para adultos, mas para qualquer pessoa acusada, são direitos e garantias previstos constitucionalmente e que devem ser respeitados seja qual for a idade da pessoa (KONZEN, 2005, p. 68-70).<sup>152</sup> Este o posicionamento claro de Alexandre Morais da Rosa (2007. 9-13)<sup>153</sup>, que refuta veementemente um Direito Penal Juvenil, afirmando que

Um Processo Infracional pode se construir de maneira autônoma porque significa o manejo do poder estatal, com repercussões nos Direitos Fundamentais do adolescente, mas nem por isso é Direito Penal.

---

<sup>152</sup> KONZEN, Afonso Armando. *Pertinência Socioeducativa. Reflexões sobre a natureza jurídica das medidas*. Op. cit., p. 68/70. O autor explica que, ao contrário do que entende Roberto Bergalli (que o Estatuto deveria ter sido explícito na remissão à legislação pertinente), “ainda que o ordenamento jurídico seja pouco preciso ou explícito em termos conceituais, não há nenhuma razão para subtrair ao adolescente, ou mitigar de qualquer forma, a inteira prática dos princípios asseguratórios da liberdade individual instituídos pela ordem constitucional. Se há, nesse particular, ainda alguma insuficiência da legislação, então há espaços para a evolução. O que, entretanto, não mais se justifica, exatamente em razão do significado substancial ou material da medida socioeducativa, que o adolescente autor de ato infracional, por alguma razão qualquer, possa ser tratado sem as mesmas garantias que aquelas do infrator adulto. Não há nenhuma razão para o tratamento diferenciado daqueles direitos e garantias constitucionalmente iguais.”

<sup>153</sup> ROSA, Alexandre Morais da. *Introdução Crítica ao Ato Infracional. Princípios e Garantias Constitucionais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 9/13.

### 2.3 CRÍTICA: IMPOSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DE MEDIDA PRIVATIVA DE LIBERDADE AO ADOLESCENTE QUE REITERA

Partindo-se do entendimento de que não é possível negar a natureza penal da medida socioeducativa e também de que, apesar de sua natureza essencialmente penal, possui como finalidade precípua a necessidade pedagógica, inadmissível a internação para determinados atos, mesmo que reiterados. Propõe-se, pois, a demonstração de que o inciso II do artigo 122 do Estatuto da Criança e do Adolescente é inconstitucional, pois contraria as diretrizes estabelecidas na Constituição Federal, a normativa internacional e os próprios princípios da normativa especial.

Assim como a reincidência como causa de agravação da pena, a reiteração como causa de aplicação da medida de internação também deve ser afastada do ordenamento, pela contradição a todos os princípios já mencionados no item 1.5 deste trabalho, bem como pela contradição aos preceitos específicos do âmbito do direito da criança e do adolescente.

Não importa a interpretação que à regra do inciso II do artigo 122 se dê, mais ou menos garantista, a consideração da reiteração sempre leva à punição do adolescente pelo que ele é, deixando-se de lado o que ele praticou, levando-o ao malogro de uma privação de liberdade por motivo alheio à lesão efetivamente causada ao bem jurídico.

O dispositivo que autoriza a aplicação da internação pela reiteração, a exemplo do que ocorre com a reincidência, conforme já afirmado, afeta aqueles mesmos princípios (item 1.5) e, afora isso, possui a agravante de que sua formulação é extremamente vaga, aberta, dando ensejo a todo tipo de interpretação, que, pela abertura, poderia ser mais garantista, mas acaba traduzindo, na maioria

das vezes, uma continuidade da doutrina da situação irregular, pois aplicada em dissonância com os demais princípios que regem o tema.

Crítica veemente faz Ana Paula Motta Costa (2005, p.164-165)<sup>154</sup>:

Uma das deficiências maiores do Estatuto está no art. 122, quando trata dos requisitos para internação, que, em função de sua redação vaga, permite interpretação subjetiva. Assim, “grave ameaça à pessoa” é uma expressão que não vincula, necessariamente, ao capítulo do Código Penal, que trata dos crimes contra a pessoa. Quanto ao outro requisito, “reiteração de atos infracionais graves”, permite diversas leituras do que seja a gravidade dos atos infracionais. Em realidade, a dificuldade está na falta de previsão legal que relacione os atos infracionais praticados com o tipo de medida a ser aplicada. Não existe na Lei, portanto, nenhum parâmetro preciso de relação entre os tipos penais, que estão descritos na Lei Penal, e as diferentes possibilidades de sanção previstas na Lei especial, nem quanto à gravidade da medida a ser aplicada, nem em relação ao tempo de sua aplicação”.

Além de inegável *bis in idem*, já que a sentença condenatória de ato infracional anterior ultrapassa seu próprio âmbito para alcançar o delito futuro, ferindo o princípio da legalidade e da culpabilidade, também a proporcionalidade é afetada de modo incontestável.

O princípio da proporcionalidade, no âmbito infracional, parece-nos especialmente caro, no que se refere a sua relação com a característica pedagógica da medida socioeducativa.

Se a medida socioeducativa tem como critério a necessidade pedagógica como finalidade, além de trazer em sua substância a inegável qualidade retributiva, não há como ser pedagógica se é desproporcional.

A proporcionalidade, funciona, tal como o princípio da dignidade humana, como um sobreprincípio e assim, eleva-se a um ponto fulcral na presente análise, até porque é uma exigência do Estatuto da Criança e do Adolescente para a aplicação de qualquer medida socioeducativa, conforme previsão do art. 112, § 1º: “a medida aplicada ao adolescente *levará em conta* a sua capacidade de cumpri-la,

---

<sup>154</sup> COSTA, Ana Paula. *As Garantias Processuais e o Direito Penal Juvenil como limite na aplicação da medida socioeducativa de internação*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 164-165.

as circunstâncias e a *gravidade da infração*” (Estatuto da Criança e do Adolescente, 1990, grifo nosso)<sup>155</sup>.

Contrapõe-se à doutrina da situação irregular, pois, naquela visão, a natureza do ato infracional pouco importava para a definição da medida, sob a justificativa do ‘maior interesse’ do infrator.<sup>156</sup>

Konzen (2005, p. 87) afirma que a proporcionalidade como critério na aplicação da medida preconizada pelo Estatuto é fruto da conformação com a normativa internacional, principalmente o que dispõe as Regras Mínimas das Nações Unidas para a Administração da Justiça da Infância e Juventude – Regras de Beijing (itens 5.1 e 17.1)<sup>157</sup>, com igual regra no artigo 40, item 4, da Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos da Crianças<sup>158</sup>, funcionando como saudável critério de retributividade e com sentido também pedagógico (KONZEN, 2005, p. 88-89).<sup>159</sup>

---

<sup>155</sup> BRASIL. Estatuto da Criança e do Adolescente (1990). Lei 8.069 de 13 de julho de 1990, art. 112, § 1º.

<sup>156</sup> KONZEN, Afonso Armando. *Pertinência Socioeducativa. Reflexões sobre a natureza jurídica das medidas*. Op. cit., p. 87.

<sup>157</sup> Item 5.1: “O sistema de Justiça da Infância e Juventude enfatizará o bem-estar do jovem e garantirá que qualquer decisão em relação aos jovens infratores será sempre proporcional às circunstâncias do infrator e da infração” e item 17.1: “A decisão da autoridade competente pautar-se-á pelos seguintes princípios: a) a resposta à infração será sempre proporcional não só as circunstâncias e à gravidade da infração, mas também as circunstâncias e às necessidades do jovem, assim como às necessidades da sociedade”.  
<[http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/onu/c\\_a/lex47.htm](http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/onu/c_a/lex47.htm)> Acesso em: 19 mai 2011.

<sup>158</sup> Art. 40, item 4: “Um conjunto de disposições relativas, nomeadamente, à assistência, orientação e controlo, conselhos, regime de prova, colocação familiar, programas de educação geral e profissional, bem como outras soluções alternativas às institucionais, serão previstas de forma a assegurar às crianças um tratamento adequado ao seu bem-estar e proporcionado à sua situação e à infração.”  
[http://www.unicef.pt/docs/pdf\\_publicacoes/convencao\\_direitos\\_crianca2004.pdf](http://www.unicef.pt/docs/pdf_publicacoes/convencao_direitos_crianca2004.pdf) Acesso em: 30 mai 2011.

<sup>159</sup> KONZEN, Afonso Armando. *Pertinência Socioeducativa. Reflexões sobre a natureza jurídica das medidas*. Op. cit., p. 88/89. O autor afirma sobre a relação proporcionalidade e pedagogia: “A imposição de medida, no exercício da autoridade do Estado-Juiz, constitui-se em instrumento pedagógico de grande relevância, desde que, como é lógico, a medida seja justa, vale dizer, seja resultado da efetiva prática de um ato infracional, que guarde a mínima correspondência entre a gravidade da infração e suas consequências e a medida objetivamente resultante e que prevaleça, como critérios prevalentes, a necessidade pedagógica e a capacidade de cumprimento.”

O princípio é afetado sempre, pois será aplicada a medida socioeducativa de internação a infrações cometidas sem violência e grave ameaça, que traduz um sopesamento de valores desigual, por exemplo, propriedade e liberdade.

A apenação mais gravosa ao adolescente que reitera, valora duplamente o ato antecedente, que já foi julgado e, por vezes, cumprido. Não há como ser pedagógica uma decisão que traz um sentimento de injustiça, de estar o adolescente 'pagando' por algo que já 'pagou', ou seja, em duplicidade.

Frasseto (2006, p. 308-309) refere-se, ainda, à deslegitimação do potencial educativo pela coerção:

esse potencial educativo será sempre deslegitimado pela coerção, por melhor que faça ao jovem. Implica reconhecer que o potencial educativo é, na grande maioria das vezes, e até mesmo onde existe respeito e investimento, mera ilusão de um otimismo pedagógico dos adultos, que cunhamos o sistema visto invariavelmente por quem o sofre como aflitivo e punitivo.<sup>160</sup>

A finalidade pedagógica, diz Konzen (2005, p. 89-90), é obrigatória, objetivando a

“inserção familiar e comunitária do jovem infrator”, e “a realização do ideal pedagógico da medida é dependente da adesão voluntária do adolescente. Não há mecanismos para impor a adesão. Assim, preserva o ordenamento jurídico o espaço de inviolabilidade pessoal própria da condição humana”.<sup>161</sup> (grifo nosso)

Para Paulo Freire (2008)<sup>162</sup>, a liberdade tem, na pedagogia, posição de destaque. A palavra liberdade, nesse caso, possui sentido amplo, liberdade de pensamento, de expressão e, logicamente, também física.

Podemos inferir do legado freiriano dois vieses da liberdade: a liberdade como instrumento da educação e a educação como caminho para se alcançar a liberdade.

---

<sup>160</sup> FRASSETO, Flávio Américo. *Execução da Medida Socioeducativa de Internação: primeiras linhas de uma crítica garantista*, in *Justiça, Adolescente e Ato Infracional: socioeducação e responsabilização*. Op. cit., p. 308-309.

<sup>161</sup> KONZEN, Afonso Armando. *Pertinência Socioeducativa. Reflexões sobre a natureza jurídica das medidas*. Op. cit., p. 89-90.

<sup>162</sup> FREIRE, Paulo. *Educação como Prática da Liberdade*. 31ª ed. São Paulo: Paz e Terra, 2008.

Francisco C. Weffort (2008, p. 13)<sup>163</sup>, em prefácio à obra de Freire, *Educação como Prática da Liberdade*, diz:

A visão da liberdade tem nesta pedagogia uma posição de relevo. É a matriz que atribui sentido a uma prática educativa que só pode alcançar efetividade e eficácia na medida da participação livre e crítica dos educandos. É um dos princípios essenciais para a estruturação do círculo de cultura, unidade de ensino que substitui a 'escola', autoritária por estrutura e tradição.

Da frase acima transcrita já se pode concluir pela incompatibilidade da medida socioeducativa de internação com a pedagogia. A pedagogia pressupõe afastar-se da estrutura autoritária, pressupõe liberdade; ao contrário, a internação é autoritária em sua essência.

Assim então, de todas as medidas socioeducativas previstas na lei, a de internação é a que menos pedagógica pode ser. Por isso a opção do legislador por deixá-la excepcional, apenas para crimes cometidos com violência ou grave ameaça e, ainda assim, não obrigatoriamente.

Segundo Freire (2008, p.104)<sup>164</sup>, a pedagogia deve ser pensada como instrumento para possibilitar a elaboração de uma consciência crítica do mundo em que se vive, através de métodos de diálogo, comunicação, e não de imposição. Diz ele: "A educação é um ato de amor, por isso, um ato de coragem. Não pode temer o debate. A análise da realidade. Não pode fugir à discussão criadora, sob pena de ser uma farsa."

Outro ponto a ser criticado quanto à presença da reiteração na lei, é que o Estatuto da Criança e do Adolescente não limita o conceito de reiteração nem no que diz respeito à exigência do trânsito em julgado, nem quanto ao cumprimento, total ou parcial da medida anteriormente imposta. Assim, o intérprete pode se valer do conceito de reincidência trazido pelo Código Penal e considerar também no sistema socioeducativo, como temos visto na prática, a reiteração 'ficta'. Ou seja,

---

<sup>163</sup> WEFFORT, Francisco C. Educação e Política. Reflexões sociológicas sobre uma pedagogia da Liberdade. In: FREIRE, Paulo. Prefácio à *Educação como Prática da Liberdade*. Op. cit., p. 13.

<sup>164</sup> FREIRE, Paulo. *Educação como prática da liberdade*. Op. cit., p. 104.



basta a condenação - na melhor das hipóteses - como já mencionado, para a reiteração configurar-se.

Aplicada a medida socioeducativa, antes do início de sua execução, se o adolescente comete outro ato infracional ou se sobrevém condenação por um ato cometido até mesmo antes do ato apenado anteriormente, ele já pode ser considerado como reiterador.

A internação é aplicada presumindo-se que a medida socioeducativa anterior não foi suficiente. Ora, tal postura mais parece um total descrédito do próprio Estado com o sistema que ele mesmo concebeu, descrédito com a característica do viés pedagógico que visa à reinserção do adolescente no meio social. Como pode ser inócua a medida que sequer foi tentada? Como saber se a medida socioeducativa em meio aberto anteriormente aplicada não daria conta de iniciar um processo de ressocialização do educando? E o que tem isso de pedagógico?

A crítica tem especial relevância no âmbito da juventude, tendo em vista a concepção da lei sob o princípio do respeito à condição de pessoa em desenvolvimento.

É inegável a condição especial de pessoas que ainda não chegaram à idade adulta, sendo tal discernimento absolutamente imprescindível para a manutenção da dignidade da pessoa, sob pena de aniquilamento total do mencionado princípio constitucional. João Batista Costa Saraiva (2006, p. 32) sobre a “descoberta” da adolescência, afirma serem bastante remotos os escritos que diferenciam a infância da idade adulta:

Se a invenção da infância, como o reconhecimento do direito a brincar, divertir-se, data da época dos descobrimentos, como bem enfoca o trabalho de Liliana Sulzbach, no filme *A Invenção da Infância*, coloca-se a descoberta da adolescência, com o reconhecimento de uma especial condição de desenvolvimento do homem anterior à idade adulta, ao tempo de revolução industrial, com a intensa absorção de mão-de-obra infantil nas linhas de produção.<sup>165</sup>

---

<sup>165</sup> SARAIVA, João Batista Costa. *Compêndio de Direito Penal Juvenil-Adolescente e Ato Infracional*. Op. cit., p. 32.

Há registros em dicionário francês, que datam do início do século XVIII, sobre o vocábulo *criança*, utilizado este como forma cordial, para saudar ou agradecer alguém. No entanto, sobre o termo *adolescência*, são mais recentes as distinções estabelecidas. A própria Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança (1989) trata indistintamente como criança, aquela pessoa entre zero e dezoito anos de idade (SARAIVA, 2006, p. 33).<sup>166</sup>

Segundo o médico psiquiatra e psicanalista José Outeiral (2008, p. 3-6)<sup>167</sup>, em uma concepção moderna sobre essa fase da vida,

a adolescência é basicamente um fenômeno psicológico e social. Esta maneira de compreendê-lo nos traz importantes elementos de reflexão, pois, sendo um processo psicossocial, a adolescência gera diferentes peculiaridades conforme o ambiente social, econômico e cultural em que o adolescente se desenvolve.

Envolve transformações corporais, alterações psíquicas, questões relacionadas à sexualidade, estabelecimento de novos vínculos com os pais, aceitação do 'corpo' e luto pela perda da condição infantil.<sup>168</sup>

Esse fenômeno psicológico e social não se confunde, embora esteja intimamente com ela relacionada, com a puberdade - amadurecimento sexual do indivíduo - e que se caracteriza por modificações corpóreas, isto é, a perda do corpo infantil para um corpo adulto, fenômenos que ocorrem geralmente de forma concomitante com a adolescência.

Aberastury (1981, p. 13-17)<sup>169</sup> descreve a adolescência como um processo de desprendimento do mundo infantil que começa com o nascimento, caracterizado por uma busca por uma identidade própria, uma nova relação com os pais e o mundo. Escreve a autora que

---

<sup>166</sup> SARAIVA, João Batista Costa. *Compêndio de Direito Penal Juvenil-Adolescente e Ato Infracional*. Op. cit., p. 33.

<sup>167</sup> OUTEIRAL, José. *Adolescer*. 3ª edição revisada, atualizada e ampliada. Rio de Janeiro: Revinter, 2008, p. 3-6.

<sup>168</sup>. OUTEIRAL, José. *Adolescer*. Op. cit., p. 3-6

<sup>169</sup> ABERASTURY, Arminda; KNOBEL, Maurício. *Adolescência Normal*. Um enfoque psicanalítico. Trad. Suzana Maria Garagoray Ballve. Porto Alegre: Artmed, 1981, p. 13-17.

toda a adolescência tem, além da característica individual, as características do meio cultural, social e histórico desde o qual se manifesta, e o mundo em que vivemos nos exige mais do que nunca *a busca do exercício da liberdade sem recorrer à violência para restringi-la.*” (grifo nosso)

Portanto, no período em que a cognição do ser humano não está completa, não há como possibilitar uma presunção absoluta de que a medida socioeducativa aplicada não teve seu efeito almejado, sem ao menos tentá-la.

Então, a possibilidade de consideração da reiteração ficta vem acrescentar mais um argumento à crítica do inciso II do art. 122 do Estatuto (1990), qual seja, a presunção *in malam partem*, de que a medida socioeducativa aplicada precedente ao ato posterior e sequer iniciada foi insuficiente para impedir o adolescente de continuar a praticar novos atos infracionais.

De outro lado, a autorização da internação em razão da reiteração de atos infracionais está diretamente ligada à política penal que se tem adotado em nosso país como forma de se estruturar o Estado capitalista liberal, que pressupõe divisão de classes e exclusão.

Na visão de Nicodemos (2007, p. 29)<sup>170</sup>:

quando os mecanismos de controle social passam a constituir uma forma de controle punitivo contra os economicamente excluídos, em razão da própria condição de segregados, é sinal de que precisamos buscar as armas necessárias para resistir ao cruel processo de eliminação que se impõe na nossa realidade (...).

A exclusão a que se refere o autor não é fenômeno recente na história, tem raízes na conformação do capitalismo e em nosso país,

o largo processo de criminalização da pobreza e da juventude que se encontra em curso no Brasil desde seu descobrimento, passando pelo período pós-revolução industrial e desembocando no Estado

---

<sup>170</sup> NICODEMOS, Carlos. Negação ao Direito Penal Juvenil: a prevalência do superior interesse do estado criminalizador. In: *Justiça Juvenil. A visão da ANCED sobre seus conceitos e práticas, em uma perspectiva dos Direitos Humanos*. Op. cit., p. 29.

contemporâneo com contornos de muitas controvérsias (NICODEMOS, 2007, p. 29)<sup>171</sup>.

O processo referido inclui três etapas, quais sejam, a elaboração da norma (a serviço de um grupo controlador), a aplicação da norma (que desconsidera o princípio da igualdade e age seletivamente) e a execução da pena e das medidas socioeducativas (política de abandono) (NICODEMOS, 2007, p. 29-31)<sup>172</sup>

O sistema penal é seletivo, no sentido de escolher seus criminosos e a criminalização é meio de que se vale a economia neoliberal para sua expansão.

Loïc Wacquant (2007, p. 16)<sup>173</sup> em sua obra *Punir os Pobres* descreve os Estados Unidos como o maior exemplo do recrudescimento generalizado e aumento da população carcerária como política de “impor uma disciplina de trabalho assalariado dessocializado”, escolhendo determinada parcela do proletariado e excluindo outra do mercado de trabalho. A obra do autor pretende justamente estabelecer a exata correspondência entre as modificações das políticas sociais e econômicas às políticas penais (WACQUANT, 2007, p. 17).<sup>174</sup>

Nesse contexto, “amplos setores sociais cobram mais dureza com aqueles sujeitos que, precisamente por não se comportarem nem se expressarem dentro dos limites do consenso social hegemônico, já estão imersos em uma série de exclusões”, enquanto que se abranda a aplicação do sistema penal para aqueles comportamentos que violam direitos humanos, desde estamentos do próprio estado<sup>175</sup> (AGUIRRE, 2010).

---

<sup>171</sup> NICODEMOS, Carlos. Negação ao Direito Penal Juvenil: a prevalência do superior interesse do estado criminalizador. In: *Justiça Juvenil. A visão da ANCED sobre seus conceitos e práticas, em uma perspectiva dos Direitos Humanos*. Op. cit., p. 29.

<sup>172</sup> Ibidem. p.29/31.

<sup>173</sup> WACQUANT, Loïc. *Punir os Pobres – A nova gestão da miséria nos Estados Unidos (a onda punitiva)*. Trad. Sérgio Lamarão, 3ª ed., revista e ampliada, Rio de Janeiro: Revan, 2007, p. 16.

<sup>174</sup> Ibidem., p. 17.

<sup>175</sup> AGUIRRE, Eduardo Luis. *La influencia del positivismo criminológico y del derecho penal del enemigo en el sistema de justicia juvenil*. Derecho Penal Online: Revista Electrónica de Doctrina y Jurisprudência en línea, 2010. Disponível em: <<http://www.derechopenalonline.com/derecho.php?id=15,201,0,0,1,0>> Acesso em: 8 de nov. 2010.

Esta “seleção” de comportamentos que são ou não passíveis de punição, já fora identificada por Becker (2009, p. 25)<sup>176</sup>:

o grau em que um ato será tratado como desviante depende também de quem o comete e de quem se sente prejudicado por ele. Regras tendem a ser aplicadas mais a algumas pessoas que a outras. Estudos da delinquência juvenil deixam isso claro. Meninos de áreas de classe média, quando detidos, não chegam tão longe no processo legal como os meninos de bairros miseráveis. O menino de classe média tem menos probabilidade, quando apanhado pela polícia, de ser levado à delegacia; menos probabilidade, quando levado à delegacia, de ser autuado; e é extremamente improvável que seja condenado e sentenciado.

Ainda que se alegue que a reiteração traz um maior alarma social, que, então, a medida socioeducativa drástica visa ao apaziguamento das necessidades da sociedade (defesa social), a medida estará servindo a um único objetivo: como forma de retirar um indivíduo indesejado do convívio social. É um direito que não atua a favor daquele que deve proteger, a quem muitos direitos já foram negados, mas a favor do direito de uma determinada parcela da sociedade.

Na esteira do pensamento de Nicodemos (2007, p. 38)<sup>177</sup>, a defesa incondicional do adolescente, reconhecendo a natureza sancionatória do Estado, é forma de combate ao “Estado criminalizador, em que crianças e adolescentes são alvos preferenciais na lógica do descarte social”.

A correlação da seletividade do sistema penal com um direito penal do autor e, quiçá, do inimigo, é indubitável. Entendemos, pois, que a reiteração como justificativa para a aplicação da medida socioeducativa de internação é a aplicação do indesejado direito penal do autor, e qualquer manifestação de exclusão de direitos humanos e garantias penais e processuais, negando a condição de pessoa a um indivíduo, deve ser afastada de qualquer ordenamento jurídico.

Embora a maioria das discussões acerca do direito penal do autor e do inimigo os coloque como teorias, incompatíveis com o Estado de Direito

---

<sup>176</sup> BECKER, Howard S. *Outsiders: estudos de sociologia do desvio*. Edição em língua portuguesa, Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2009, p. 25.

<sup>177</sup> NICODEMOS, Carlos. Negação ao Direito Penal Juvenil: a prevalência do superior interesse do estado criminalizador. In: *Justiça Juvenil. A visão da ANCED sobre seus conceitos e práticas, em uma perspectiva dos Direitos Humanos*. Op. cit., p. 38.

Democrático, pode-se facilmente detectar a presença de preceitos próprios dessas teorias no atual sistema penal e principalmente nas atuais políticas criminais que se voltam contra àqueles que supostamente não merecem o tratamento de cidadãos.

Em análise sobre o sistema de justiça juvenil argentino, Eduardo Luis Aguirre (2010)<sup>178</sup> expõe a crise generalizada de certos paradigmas da sociedade disciplinar fruto do capitalismo maduro, tais como “cidadania”, “povo” e “sociedade”, os quais não podem mais sobreviver na nova ordem global instalada, que fez surgir novos sujeitos, não mais assimiláveis tal qual o “cidadão” do imaginário coletivo.

O Estado, por sua vez, segue tentando prolongar a superveniência histórica dessas instituições da sociedade disciplinar e fabril, utilizando-se, na sociedade de controle que se instala, “racionalidades próprias de uma sociedade disciplinar, que encontra sua expressão emblemática, pelo brutal, na atitude institucional que se assume ante as condutas ‘desviadas’” (AGUIRRE, 2010).<sup>179</sup>

Observa-se, neste caso, que as políticas públicas de emergência procuram “restaurar a disciplina e a ordem, mas não resistem em uma confrontação com a Constituição e o Estado Constitucional de Direito e tampouco acabam de moldar os coletivos de vítimas que demandam maior rigor punitivo” (AGUIRRE, 2010).<sup>180</sup> Assim, seria possível concluir que “a intervenção punitiva teria fracassado nas suas funções formais e legais, mas foi exitosa no cumprimento de suas finalidades simbólicas e políticas”, no “cumprimento do objetivo simbólico do encarceramento, profundamente ligados à reprodução da governabilidade, facilitando a identificação e cooptação dos ‘delinquentes’ que o sistema persegue, demonstrando sua eficiência. (AGUIRRE, 2010)”<sup>181</sup>

O autor argentino pretende demonstrar que o modelo ultra liberal, “baseado na crença de que quanto mais se desregule, menos se controle, haverá maiores

---

<sup>178</sup> AGUIRRE, Eduardo Luis. *La influencia del positivismo criminológico y del derecho penal del enemigo en el sistema de justicia juvenil*. Derecho Penal Online: Revista Electrónica de Doctrina y Jurisprudência en línea. Op. cit. Disponível em: <http://www.derechopenalonline.com/derecho.php?id=15.201.0.0.1.0>> Acesso em: 8 de nov. 2010.

<sup>179</sup> Idem.

<sup>180</sup> Idem.

<sup>181</sup> Idem.

possibilidades de satisfazer desejos e aspirações individuais”, é contraditório por si mesmo, uma vez que pressupõe a “imposição dos mais fortes”, ou seja, pressupõe uma “maior exclusão social” (AGUIRRE, 2010).<sup>182</sup> A ordem social está fundamentada em toda forma de exclusão, carregadas de uma ideologia discriminatória repleta de proibições e castigos, ideologia difícil de ser combatida, pois sua expansão ocorre pelo próprio sistema penal e possui forte penetração através dos meios de comunicação (AGUIRRE, 2010).<sup>183</sup>

Nilo Batista (2010, p. 1-2)<sup>184</sup>, ao analisar o papel da mídia no sistema penal, afirma e demonstra a legitimação do sistema penal pela imprensa, enfatizando que tal fenômeno não é novidade da atual conjuntura econômica e política, mas que assume níveis assombrosos não só por conta do grande desenvolvimento tecnológico, mas também e principalmente pelas necessidades do sistema capitalista.

É ingênuo pensar que se hoje o sistema penal assume determinadas características, o faz desvinculado do poder político e econômico. Muito pelo contrário. Rusche e Kirchheimer (1999, p. 52 e s, apud BATISTA, p. 1-2)<sup>185</sup> lembram o emprego em escala da intervenção penal desde a conjuntura da dissolução da ordem feudal: “os desajustados daquela conjuntura seriam maciçamente executados até que seu aproveitamento útil, entre as casas de raspagem holandesas e os internatos de pobres ingleses, inventasse a prisão”.

A identificação do “outro”, do “inimigo” faz parte de uma lógica resultante de uma crise sistêmica que sofreu a sociedade nos últimos anos, em que a “insegurança humana se representou em sua verdadeira amplitude (insegurança a

---

<sup>182</sup> AGUIRRE, Eduardo Luis. *La influencia del positivismo criminológico y del derecho penal del enemigo en el sistema de justicia juvenil*. Derecho Penal Online: Revista Electrónica de Doctrina y Jurisprudência en línea, 2010. Op. cit. Disponível em: <<http://www.derechopenalonline.com/derecho.php?id=15,201,0,0,1,0>> Acesso em: 8 de nov. 2010.

<sup>183</sup> . Idem.

<sup>184</sup> Nilo BATISTA, *Mídia e Sistema Penal no Capitalismo Tardio*, p. 1-2. Op. cit. Disponível em <<http://www.bocc.uff.br/paq/batista-nilo-midia-sistema-penal.pdf>> Acesso em: 25 jun. 2010.

<sup>185</sup> Idem., p. 2.

respeito do futuro, da saúde, do emprego, da seguridade social, do salário, das poupanças)” (AGUIRRE, 2010).<sup>186</sup>

A insegurança gerada criou uma lógica do medo: “a lógica da inimizade frente ao ‘perigo’” e “‘o outro’, o que pode nos atacar, passa assim a formar parte das instituições coletivas com a síntese de um processo de degradação social estrutural e se representa como origem de todos os males”. O Estado, por sua vez, “convalidada estas instituições e os meios de comunicação, juntamente com setores políticos conservadores que se encarregaram de criar uma opinião pública majoritária que favorece decisivamente a assunção da realidade em termos de “inimizade sociológica” (AGUIRRE, 2010).<sup>187</sup>

Daí que as políticas criminais se voltam para a pessoa do “inimigo” eleito, abandonando o ato praticado, sob a “convicção de que o infrator, o diferente, o outro, o marginal, ‘seguramente atacará’”(AGUIRRE, 2010)<sup>188</sup>, ou seja, é perigoso.

É na presunção da periculosidade, na crença de se prevenir atos delituosos no futuro que se baseia a teoria do direito penal do inimigo. Abandona-se a necessidade da prática de um delito para aplicação de uma punição, porque já não se está na presença de “cidadãos”, mas na presença de “inimigos”, os quais deve o estado combater (AGUIRRE, 2010).<sup>189</sup>

A chamada *desmaterialização do delito* (DONZELOT, 2001, p. 104)<sup>190</sup>, assim nomeada por Jaques Donzelot (2001, p. 104), configura verdadeiro direito penal do autor, e é na esfera juvenil que se faz bastante evidente. Segundo o autor:

o tribunal de menores não julga, efetivamente, delitos, mas examina indivíduos. É a *desmaterialização do delito*, que coloca o menor num dispositivo de instrução penal interminável e de julgamento perpétuo:

---

<sup>186</sup> AGUIRRE, Eduardo Luis. *La influencia del positivismo criminológico y del derecho penal del enemigo en el sistema de justicia juvenil*. Derecho Penal Online: Revista Electrónica de Doctrina y Jurisprudência en línea. Op. cit. Disponível em: <<http://www.derechopenalonline.com/derecho.php?id=15,201,0,0,1,0>> Acesso em: 8 de nov. 2010..

<sup>187</sup> Idem.

<sup>188</sup> Idem.

<sup>189</sup> Idem.

<sup>190</sup> DONZELOT, Jacques. *A Polícia das Famílias*. Trad. M.T. da Costa Albuquerque. 3ª ed., Rio de Janeiro: Edições Graal, 2001, p. 104..



dissolução da separação entre a instrução do processo e a decisão.” A lei foi elaborada para, mais do que determinar-se a reprovação dos fatos, aferir por ela seu “valor sintomático, aquilo que eles revelam sobre o temperamento do menor, o valor de seu meio de origem”. Assim, “(...) a instrução deve servir como meio de acesso à personalidade do menor, mais do que para estabelecer os fatos. (...) A verdadeira instrução penal passa a ser, portanto, uma avaliação do menor e de seu meio por uma corte de especialistas da patologia social.<sup>191</sup>

Para a teoria do direito penal do inimigo, tal como preconizada por Günther Jakobs, seria necessário, em nome de uma “segurança cognitiva”, ou seja, de uma expectativa de estabilidade da vigência da norma, de “combater perigos”, diferenciar “inimigos” de “cidadãos”, em relação aos quais se admitiria, no caso do “inimigo”, dispensar o sistema de garantias penais e processuais presentes no ordenamento jurídico (SANCHEZ, 2008, p. 106).<sup>192</sup>

Jakobs (2009, p. 11-12; 47)<sup>193</sup> tenta, a todo custo, sob uma ótica normativa, fazer a distinção entre aqueles que mereceriam guarida do direito e os outros, os inimigos, que não seriam merecedores de tal proteção, partindo da idéia de que se trata de uma definição do sistema jurídico. É este que decide quais características mínimas têm de reunir os sujeitos para que possam ser considerados cidadãos. (JAKOBS, 2009, p. 27;40-41).<sup>194</sup>

O autor alemão defende a idéia de que um “direito penal do inimigo” plenamente delineado e delimitado, é melhor para o Estado do que um direito penal que mescla fragmentos de um direito do inimigo. Assim, a idéia de haver um “direito” só para inimigos, asseguraria o direito penal do cidadão (JAKOBS, 2009, p. 23).<sup>195</sup>

---

<sup>191</sup> DONZELOT, Jacques. *A Polícia das Famílias*. Op. cit., p. 104.

<sup>192</sup> SÁNCHEZ, Bernardo Feijoo. *O Direito Penal do Inimigo e o Estado Democrático de Direito*. Trad. Julio Pinheiro Faro Homem de Siqueira e Igor Rodrigues de Brito. In: *Panóptica – Revista Eletrônica Acadêmica de Direito*. 2008, p. 106. Disponível em: <[http://www.panoptica.org/novfev08v2/A2\\_V0\\_N11\\_A6.pdf](http://www.panoptica.org/novfev08v2/A2_V0_N11_A6.pdf)>. Acesso em: 30 set. 2010.

<sup>193</sup> JAKOBS, Günther. *Direito Penal do Inimigo*. Trad. dos originais em alemão: Gercélia Batista de Oliveira Mendes, 2ª Tiragem, Rio de Janeiro, Editora Lumen Juris, 2009, p. 11-12; 47.

<sup>194</sup> Ibidem., p. 27; 40/41.

<sup>195</sup> Ibidem., p. 23.

Tal argumento demonstra, por si só, a presença, nos sistemas penais hodiernos, ainda que de forma difusa, de manifestações de um direito penal de inimigos (JAKOBS, 2009, p. xxv)<sup>196</sup>, sendo a reincidência ou a reiteração um exemplo destas manifestações.

O primeiro problema que se coloca em relação à teoria discutida é a dificuldade na estrita distinção entre cidadão e inimigo e, portanto, o âmbito de aplicação do direito penal do inimigo. Não seria qualquer pessoa que comete um ato contrário ao direito penal que já seria considerada inimigo. Jakobs (2009, p. 17)<sup>197</sup> delimita o *status* de inimigo:

quem não pode oferecer segurança cognitiva suficiente de que se comportará como pessoa não só não pode esperar ainda ser tratado como pessoa, como tampouco o Estado está *autorizado* a tratá-lo ainda como pessoa, pois, de outro modo, estaria lesando o direito das outras pessoas à segurança.

Parece-nos bastante vaga a distinção que se pretende fazer, própria a resultar em abusos. Dará ensejo a várias presunções e não é outra a conclusão que se tem perante outra afirmação de Jakobs (2009, p. 12)<sup>198</sup>:

(...) indivíduos que, em sua postura (...), ou em sua vida econômica (...), ou por meio de associação a uma organização (...), desviaram-se do Direito de modo *supostamente* duradouro, ou pelo menos, decisivo, i.e., que não fornecem a garantia cognitiva necessária para que sejam tratados como pessoas.

A teoria do direito penal do inimigo passou a ter maior relevância e, principalmente, perspectiva legitimante, a partir dos atentados de 11 de setembro de

---

<sup>196</sup> Ibidem., p. xxv. Jakobs, logo no prefácio de sua obra, sobre a problemática que envolve a discussão sobre o Direito Penal do Inimigo, diz: “A Ciência distingue as declarações verdadeiras (não triviais) das não-verdadeiras; quando ela constata que existe um Direito Penal do Inimigo – e por razões óbvias-, o caráter juridicamente indesejável dessa constatação não pode constituir uma objeção contra o fato. Pode-se objetar, contudo, que o fato está incorretamente descrito, que não existe um Direito Penal do Inimigo. Ou, então, pode-se aceitar o fato e, a partir daí, tentar mudar a situação dos fatos, ou seja, abolir um Direito Penal do Inimigo existente.”

<sup>197</sup> Ibidem, p. 17.

<sup>198</sup> Ibidem, p. 12.

2001 às torres gêmeas em Nova Iorque e Sánchez (2008, p. 106 )<sup>199</sup> faz sua análise baseando-se principalmente no direito penal espanhol e de seus países vizinhos, em um contexto europeu, apontando para o perigo de uma aplicação conforme a teoria para os indivíduos integrantes de organizações criminosas, terroristas etc.

É certo que o conceito de inimigo, conforme relata Zaffaroni (2006, p. 21-22)<sup>200</sup>, tem origem no direito romano e quem melhor resgatou a concepção foi Carl Schmitt em sua teoria política. Já no direito romano, o *inimigo*, o *estrangeiro*, o *hostil*, o *estranho*, estavam fora da comunidade e, por isso, privados de qualquer direito.

Para os críticos desta possibilidade de tratamento diferenciado de determinados integrantes da sociedade, com sua desclassificação para entes despersonalizados, ou seja, desprovidos do caráter de pessoas - dentre os quais podemos citar Zaffaroni (2006, p. 12-13)<sup>201</sup> - o ser humano considerado como ente perigoso e prejudicial e sem autonomia ética somente é compatível com um estado absoluto, jamais com um estado de direito.

Não nos resta dúvida de que a aplicação da internação justificada fundamentada no artigo 122, inciso II do Estatuto da Criança e do Adolescente nada mais é que o abandono do delito para a análise da pessoa do infrator, a punição pela condição pessoal que ostenta. É o abandono de direitos e garantias fundamentais, próprio de um Estado autoritário.

É certo que o etiquetamento pela reincidência traz, no âmbito da infância e juventude, sérias consequências: faz ficar mais vulnerável aquele que já está em condição de vulnerabilidade por outros fatores (amadurecimento psicológico em desenvolvimento, condição social, cor da pele, lugar de moradia etc) e estigmatiza (GOFMANN, 2008, p. 7)<sup>202</sup> o jovem com o rótulo de delinquente.

---

<sup>199</sup> Bernardo Feijoo, SÁNCHEZ. *O Direito Penal do Inimigo e o Estado Democrático de Direito*. Op. cit., p. 106. Disponível em: <[http://www.panoptica.org/novfev08v2/A2\\_V0\\_N11\\_A6.pdf](http://www.panoptica.org/novfev08v2/A2_V0_N11_A6.pdf)>. Acesso em: 30 set. 2010.

<sup>200</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *El enemigo en el derecho penal*. Buenos Aires: Ediar, 2006, p. 21-22.

<sup>201</sup> Ibidem., p. 12-13.

<sup>202</sup> GOFFMAN, Erving. *Estigma: notas sobre a manipulação da identidade deteriorada*. Trad. Márcia Bandeira de Mello Nunes. 5ª ed. Rio de Janeiro: LTC, 2008, p. 7. Estigma, segundo o conceito trazido pelo autor em seu prefácio significa “a situação do indivíduo que está inabilitado para a aceitação social plena.”

Além do mais, devemos considerar que o artigo 122, inciso II, possui configuração demasiadamente aberta, imprópria para normas penais que podem restringir a liberdade do indivíduo, dando azo a interpretações mais gravosas ao adolescente do que seriam para um adulto, fenômeno proibido pela normativa internacional, conforme se infere do item 54 das Regras Mínimas das Nações Unidas Para Prevenção da Delinqüência Juvenil (Regras de RIAD) e também dos artigos 3º e 15 do Estatuto da Criança e do adolescente, que afirmam serem criança e adolescente possuidores dos mesmos direitos fundamentais de qualquer adulto.

A respeito do conteúdo aberto do dispositivo, no que se refere à exigência do trânsito em julgado, ao conteúdo da palavra “reiteração”, à expressão “infração grave”, há que se tecer novas considerações. Remete-nos à impropriedade de que uma norma de conteúdo penal – indiscutivelmente – tenha caráter não taxativo, mandamento que nasce como desdobramento do princípio da legalidade. Segundo o que ensina com propriedade Luiz Regis Prado (2007, p. 180)<sup>203</sup> sobre a técnica legislativa da norma penal,

a previsão imperativa (positiva ou negativa) deve fixar com transparência os precisos limites (margens penais) de sua integração por outro dispositivo legal. Isso porque o caráter delitivo da ação ou da omissão só pode ser delimitado pelo poder competente (Poder Legislativo), em razão da *absoluta* reserva de lei exigida pela matéria, sob pena de inconstitucionalidade.

Não há porque afastar a exigência da absoluta reserva de lei para o âmbito socioeducativo, pena de estarmos afastando garantias fundamentais da pessoa humana que o adolescente também é.

De todo o exposto, chega-se a conclusão que o artigo 122, inciso II é incompatível com a Constituição Federal, fere preceitos de direitos e garantias fundamentais da pessoa humana e princípios eleitos pelo legislador estatutário, estando em total contradição com a Doutrina da Proteção Integral e configura indiscutivelmente Direito Penal do Autor, abandonando a necessária culpabilidade do autor.

---

<sup>203</sup> PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro. Parte Geral – Arts. 1º a 120*. Vol. 1. 7ª ed., revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p.180.

Por todos os motivos demonstrados é que se propõe nova redação ao artigo 122 do Estatuto da Criança e do Adolescente, conforme tópico a seguir.

### **3 CONCLUSÃO: SUGESTÃO LEGISLATIVA – AFASTANDO A POSSIBILIDADE DE INTERNAÇÃO FUNDAMENTADA NA REITERAÇÃO DE ATO INFRACIONAL**

De tudo que foi exposto, sem deixar de admitir os avanços que tivemos na garantia de direitos de nossos jovens, paulatinos, mas importantes, entendemos que, não importa a interpretação que se dê à reiteração como causa para aplicação da medida de internação, ela sempre estará a afrontar princípios consagrados de direitos humanos e será inevitavelmente aplicação de direito penal do autor ou do inimigo, o que pode trazer consequências nefastas aos preceitos democráticos arduamente conquistados.

Por esses motivos, deve ser totalmente afastada tal possibilidade do sistema socioeducativo, havendo a necessidade de reformulação da lei que se encontra hoje em vigor.

Assim, sugere-se que o artigo 122 do Estatuto da Criança e do Adolescente passe a ser redigido de modo a impossibilitar a aplicação de medida de internação fundamentada na reiteração, conforme redação a seguir:

Art. 122. A medida de internação só poderá ser aplicada quando se tratar de ato infracional cometido mediante grave ameaça ou violência à pessoa.

§ 1º Em nenhuma hipótese será aplicada a internação, havendo outra medida adequada.

§ 2º No caso de cometimento reiterado de infrações graves, ao adolescente poderá ser aplicada mais de uma medida socioeducativa em meio aberto, por prazos mais extensos e, excepcionalmente a

medida de semiliberdade, em qualquer dos casos acompanhada de medidas de proteção com acompanhamento especial pelo juiz da execução.

Assim, restaria para crimes menos graves, aí abrangidos os recorrentes furto e tráfico de drogas, apenas a possibilidade de aplicação de medidas em meio aberto e excepcionalmente a medida de semiliberdade.

Sabemos que uma proposta que afasta a possibilidade de contenção por meio da internação para tais crimes gerará a inconformidade de muitos.

Em meio a uma tendência generalizada da opinião pública de recrudescimento no tratamento do criminoso, em que soluções a partir de prisão perpétua, pena de morte, diminuição da imputabilidade penal etc apresentam-se como naturais e necessárias para combater a criminalidade, a redação legislativa que ora se propõe deixará perplexo até mesmo o intérprete mais garantista, uma vez que a proposta impedirá que adolescentes que cometam vários atos infracionais, a depender da natureza deles, nunca sejam presos, caso do crime de furto e, ainda, mais polêmico, o crime de tráfico de drogas.

Para os que vêem a proposta como inviável, resta o caminho da demonstração que o sistema socioeducativo sem a medida de internação não se configura tão absurdo como pode à primeira vista parecer.

Devemos lembrar, de início, que tal situação somente se configura para a reiteração de infrações cometidas sem violência ou grave ameaça à pessoa. Os crimes realmente mais graves (cometidos com violência ou grave ameaça à pessoa) podem ensejar, por si só, a aplicação da medida socioeducativa de internação.

Ademais, pode subsistir a via da internação-sanção prevista para o caso de descumprimento reiterado da medida socioeducativa pelo prazo máximo de três meses, para aqueles que sustentarem ser possível e legítima a previsão neste sentido. Como já mencionado anteriormente, o presente trabalho limita-se à análise do inciso II do artigo 122 do Estatuto da Criança e do Adolescente e não se afasta, *a priori*, a possibilidade de internação nos casos do inciso III do mesmo artigo.

Por outro lado, tal possibilidade, qual seja, de o adolescente cometer atos infracionais (sem violência ou grave ameaça à pessoa, por óbvio) reiterados, sem que esse motivo (a reiteração) possa acarretar sua internação por prazo indeterminado, possui naturalmente um limite temporal, qual seja, o de incidência do Estatuto da Criança e do Adolescente, que perdura por apenas 6 anos (dos 12 aos 18 anos de idade). Após os 18 anos, a responsabilidade penal passa a ser regida pelo Código Penal e, então, os crimes cometidos após essa idade serão punidos de acordo com a sistemática vigente, que pode permitir o encarceramento do indivíduo, em relação ao qual, durante sua adolescência, foram envidados todos os esforços para, por meio de outras vias menos estigmatizantes e segregatórias, não colocá-lo em contato com a violência que por si só representa o aprisionamento, institucional ou não e que, em um viés que tem por finalidade a necessidade pedagógica, respeitaram a sua condição de pessoa em desenvolvimento.

Acredita-se, conforme já anteriormente explicitado, que a internação aplicada a atos infracionais equiparados a crimes cometidos sem violência ou grave ameaça à pessoa fere o princípio da proporcionalidade, mesmo na reiteração destas condutas, e coloca o adolescente até então autor de atos praticados sem violência ou grave ameaça à pessoa, em contato com a violência física e psicológica do encarceramento. A experiência da institucionalização, por sua vez, poderá, a partir da violência que ela por si só representa, transformar o adolescente em pessoa violenta que talvez ainda não era.

Exemplificando-se com o ato infracional equiparado a furto, temos o desigual sopesamento entre propriedade e liberdade, não importando o valor do patrimônio da vítima atingido. Há que se tentar o restabelecimento da paz social no âmbito do patrimônio por meio de medidas em meio aberto.

Pensar que o direito à propriedade merece uma guarida maior que a pessoa (no caso, a pessoa do adolescente) é transferir todo o ônus de uma sociedade tão desigual para a parcela desta que é duplamente atingida pelas mazelas da brutal má distribuição de renda do país: os excluídos materialmente são os que invariavelmente sofrem os efeitos pesados da 'justiça' penal.



Se estivermos a falar de tráfico de drogas, a lesão ao bem jurídico passa a ser a saúde pública, cuja vítima sequer é individualizada, é difusa, mas a discussão incendeia-se, pois o crime de tráfico de drogas é equiparado a hediondo e tem sido atualmente o foco dos holofotes da mídia, diante de uma suposta rede de criminalidade que com ele se inicia. Também aqui, entendemos a impossibilidade da internação, mesmo diante da reiteração, uma vez que a tutela penal para os delitos dessa espécie já se mostrou absolutamente ineficaz para os objetivos que deseja alcançar – principalmente por meio do encarceramento, motivo pelo qual injusto que o adolescente seja privado de sua liberdade, medida que só vai servir a um direito penal segregatório.

Conforme Franco (2007, p. 58) bem observa, ao descrever sobre o princípio da efetividade que rege o sistema penal e citando Diego-Manuel Luzón (apud FRANCO, 2007, p. 58)<sup>204</sup>:

Não basta que o bem jurídico seja digno de tutela penal, nem tampouco que tenha necessidade dessa tutela. É mister verificar algo mais, ou seja, se o mecanismo penal deve ser capaz de dar essa tutela. Destarte, o 'Direito Penal somente pode e deve intervir quando seja minimamente eficaz e adequado para a prevenção do delito e, portanto, deve renunciar sua intervenção quando seja político-criminalmente inoperante, ineficaz, inadequado ou, inclusive, contraproducente para evitar delitos'.

Além do mais, entendemos que leis mais severas não têm o condão de determinar o arrefecimento das estatísticas de criminalidade. O que leva um adolescente a cometer um ato infracional nada tem que ver com o que a lei comina como sanção à infração.

Sobre os motivos que levam o adolescente a cometer atos infracionais cita-se a “influência dos amigos, o uso de drogas, a evasão escolar, até a pobreza”, segundo o que foi apurado por Henriqueta Scharf Vieira (1999, p. 48 apud COLPANI, 2003, p. 3.)<sup>205</sup>, em pesquisa realizada com adolescentes de Santa Catarina.

---

<sup>204</sup> FRANCO, Alberto da Silva. *Crimes Hediondos*. 6ª ed., revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 58.

<sup>205</sup> COLPANI, Carla Fornari. *A responsabilização penal do adolescente infrator e a ilusão de impunidade*. In: Jus Navigandi – Portal Jurídico Eletrônico, 2003, p. 3. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/autor/carla-fornari-colpan>> Acesso em: 19 mai. 2011.

Os motivos acima citados se equilibram, segundo a autora, em termos numéricos e destaca que outra “grande causa da delinquência de jovens é a falta de instrução e a evasão escolar, uma vez que sem estar estudando, o adolescente acaba ocioso e mais propenso a praticar atos infracionais” (COLPANI, 2003, p. 3.)<sup>206</sup>

Mário Volpi diz:

A grande maioria dos adolescentes pesquisados – 96% - não concluiu o ensino fundamental. A porcentagem de analfabetos é de 15,4%. O número de adolescentes que concluíram o 2º grau, conseqüentemente, torna-se praticamente nulo – 7 num total de 4.245 (cujas informações foram obtidas), o que representa a ínfima parcela de 0,1% [...] dos 4245 adolescentes, sujeitos desta pesquisa, 2.498 – 61,2%, portanto – não freqüentavam a escola por ocasião da prática do ato infracional. (1999, p. 56-57, apud COLPANI, p. 3-4).<sup>207</sup>

Karan (2004, p. 79)<sup>208</sup> diz com propriedade que já ficou demonstrado que a função de prevenção geral negativa não funciona. Segundo a autora:

o efeito dissuasório [da pena] nunca se comprovou. Ao contrário, é clara a sinalização de que a aparição de crimes não se relaciona com o número de pessoas punidas ou com a intensidade das penas impostas, bastando pensar um pouco para verificar, em relação a nós mesmos, que não é a ameaça da pena que conduz à abstenção da prática de crimes, como não é nenhuma espécie de ameaça o que nos faz deixar ou não de realizar qualquer comportamento que apareça, para nós ou para terceiros, como um comportamento negativo.

O principal desafio é afastar a falsa crença de que medidas em meio aberto deixam o infrator impune. Todas as medidas, inclusive a advertência tem seu conteúdo punitivo e deve ter finalidade ressocializadora, pedagógica. O simples procedimento de apuração do ato infracional já é, por si só, punitivo. Cada medida contém um grau, maior ou menor de restrição de liberdade. A advertência, por exemplo, é coercitiva, restringe a liberdade, ainda que por pouco tempo e não deixa

---

<sup>206</sup> COLPANI, Carla Fornari. *A responsabilização penal do adolescente infrator e a ilusão de impunidade*. In: Jus Navigandi – Portal Jurídico Eletrônico. Op. cit. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/autor/carla-fornari-colpan>> Acesso em: 19 mai. 2011.

<sup>207</sup> Idem, p. 3-4.

<sup>208</sup> KARAN, Maria Lúcia. *Pela abolição do sistema penal*. In: PASSETI, Edson (Coord). *Curso livre de abolicionismo penal*. Rio de Janeiro: Revan, 2004, p. 79.

de estigmatizar o adolescente, já que o marca como infrator, aquele que já passou pelo sistema socioeducativo.

O fato de o adolescente receber uma medida em meio aberto e mesmo assim continuar reiterando no cometimento de atos infracionais só deve significar que o Estado falhou em algum momento na vida daquele indivíduo: ou no seu mister de respeitar direitos e garantias da pessoa menor de 18 anos antes do cometimento do ato infracional, ou após o seu cometimento, por meio de execução falha nas medidas em meio aberto aplicadas.

Acredita-se em um verdadeiro 'direito de reiterar', baseado na desobediência civil como uma questão de direito, mencionada por Maria Cristina Vicentin (2005, p. 289)<sup>209</sup> que transcreve o pensamento de Thoreau: “todos reconhecem o direito à revolução, ou seja, o direito de negar lealdade e de oferecer resistência ao governo, sempre que se tornem insuportáveis sua tirania ou ineficiência”. Talvez seja essa a resposta de nossos adolescentes com os quais o Estado tem falhado.

---

<sup>209</sup> VICENTIN, Maria Cristina Gonçalves. *A Vida em Rebelião: jovens em conflito com a lei*. São Paulo: Hucitec: Fapesp, 2005, p. 289.

## BIBLIOGRAFIA

ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de Filosofia**. Trad. da 1ª edição brasileira coordenada e revista por Alfredo Bosi. Revisão da tradução e tradução dos novos textos Ivone Castilho Benedetti. 5ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

ABERASTURY, Arminda; KNOBEL, Mauricio. **Adolescência Normal: Um Enfoque Psicanalítico**. Trad. Suzana Maria Garagoray Ballve. Porto Alegre: Artmed, 1981.

AGAMBEN, Giorgio. **Homo Sacer. O poder soberano e a vida nua I**. Trad. Henrique Burigo. 2ª ed. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2010.

\_\_\_\_\_. **Estado de Exceção. Homo Sacer, II, 1**. Trad. Iraci D. Poleti. 2ª ed. São Paulo: Boitempo, 2007.

AGUIRRE, Eduardo Luis. **La influencia del positivismo criminológico y del derecho penal del enemigo en el sistema de justicia juvenil**. Derecho Penal Online: Revista Electrónica de Doctrina y Jurisprudência en línea, 2010. Disponível em: <<http://www.derechopenalonline.com/derecho.php?id=15,201,0,0,1,0>> Acesso em: 8 de nov. 2010.

AULETE, Caldas. **Dicionário Caldas Aulete da língua portuguesa**. Edição de bolso. 1ª ed. (2ª impressão). Rio de Janeiro: Lexikon Editora Digital, 2007.

AZEVEDO, David Teixeira de. **Atualidades no Direito e Processo Penal**. São Paulo: Editora Método, 2001.

BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal**: introdução à sociologia do direito penal. Trad. Juarez Cirino dos Santos. 3ª ed. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2002.

BATISTA, Nilo. **Mídia e Sistema Penal no Capitalismo Tardio**. Disponível em: <<http://www.bocc.uff.br/pag/batista-nilo-midia-sistema-penal.pdf>>. Acesso em 25 de jun de 2010.

\_\_\_\_\_. **Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro**. 11ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

\_\_\_\_\_. **Punidos e Mal Pagos. Violência, Justiça, Segurança Pública e Direitos Humanos no Brasil de Hoje**. Rio de Janeiro: Revan, 1990.

BECKER, Howard S. **Outsiders: estudos de sociologia do desvio**. Edição em língua portuguesa, Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2009.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Manual de Direito Penal – Parte Geral**, vol. 1. 7ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2002.

BRUNO, Aníbal. **Das Penas**. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1976.

CARVALHO, Salo de. **Antimanual de Criminologia**. 3ª ed., revista e ampliada. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

\_\_\_\_\_. **O Papel dos Atores do Sistema Penal na Era do Punitivismo (O Exemplo Privilegiado da Aplicação da Pena)**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

\_\_\_\_\_. **Crítica à Execução Penal**. 2ª ed., revisada, ampliada e atualizada. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

CHAVES, Antônio. **Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente**. 2ª ed. São Paulo: LTR, 1997.

Código Penal Brasileiro de 1984.

Constituição Federal Brasileira de 1988.

Convenção Internacional dos Direitos da Criança das Nações Unidas de 1989.

COLPANI, Carla Fornari. **A responsabilização penal do adolescente infrator e a ilusão de impunidade**. Jus Navigandi, Teresina, ano 8, n. 162, 15 dez. 2003. Disponível em: <[HTTP://jus.uol.com.br/revista/texto/4600](http://jus.uol.com.br/revista/texto/4600)>. Acesso em: 24 abril 2011.

COMPARATO, Fábio Konder. **Ética. Direito, moral e religião no mundo moderno**. 2ª ed., revista. São Paulo: Companhia das Letras, 2006.

COSTA, Ana Paula Motta. **As Garantias Processuais e o Direito Penal Juvenil como limite na aplicação da medida socioeducativa de internação**. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2005.

DE GIORGI, Alessandro. **A miséria governada através do sistema penal**. Trad. Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2006.

DIGÁCOMO, Murilo. **Garantias Processuais do Adolescente Autor de Ato Infracional – O procedimento para apuração de ato infracional à luz do direito da criança e do adolescente**. In: *Justiça, Adolescente e Ato Infracional: socioeducação e responsabilização*. ILANUD; ABMP; SEDH; UNFPA (Orgs.), São Paulo, ILANUD, 2006.

DONZELOT, Jacques. **A Polícia das Famílias**. Trad. M.T. da Costa Albuquerque. 3ª ed. Rio de Janeiro: Edições Graal, 2001.

D'URSO, Flávia. **Princípio Constitucional da Proporcionalidade no Processo Penal**. São Paulo: Atlas, 2007.

Estatuto da Criança e do Adolescente - Lei 8069/90

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão. Teoria do Garantismo Penal**. Trad. Ana Paula Zomer Sica, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes, 2ª ed., revista e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

\_\_\_\_\_. **Derechos y garantías. La ley del más débil**. Trad. Perfecto Andrés Ibáñez y Andrea Greppi, 5ª ed. Madrid: Trotta, 2006.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo Dicionário da Língua Portuguesa**. 1ª ed. (12ª impressão). Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1975.

FILHO, Jovaci Peter. **Coculpabilidade e vulnerabilidade: considerações a partir de um realismo jurídico-penal**. In: SÁ, Alvinho Augusto et al (Coord). *Criminologia no Brasil. História e Aplicações Clínicas e Sociológicas*. Rio de Janeiro: Editora Elsevier, 2011.

FOUCAULT, Michel. **A ordem do Discurso**. Trad. Laura Fraga de Almeida Sampaio. 20ª ed. São Paulo, Edições Loyola, 2010.

\_\_\_\_\_. **Vigiar e Punir**. Trad. Raquel Ramallete. 33ª ed. Petrópolis: Editora Vozes, 2007.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de Direito Penal- A nova parte geral**. 7ª ed. Rio de Janeiro, 1985.

FRANCO, Alberto Silva; STOCO, Rui (Coord). **Código Penal e sua Interpretação: Doutrina e Jurisprudência**. 8ª ed., revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

\_\_\_\_\_. **Crimes Hediondos**. 6ª ed., atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

\_\_\_\_\_. **Sobre a não recepção da reincidência pela constituição federal de 1988**: Breves anotações. In: RIBEIRO, Bruno de Moraes (Org.). *Direito Penal na Atualidade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

FRASSETO, Flávio Américo. **Execução da Medida Socioeducativa de Internação: primeiras linhas de uma crítica garantista**. In: *Justiça, Adolescente e Ato Infracional: socioeducação e responsabilização*. ILANUD; ABMP; SEDH; UNFPA (Orgs.), São Paulo, ILANUD, 2006.

\_\_\_\_\_. **Natureza da Medida Sócio-educativa**, In: *Justiça Juvenil. A visão da ANCED sobre seus conceitos e práticas, em uma perspectiva dos Direitos Humanos*. São Paulo, ANCED, 2007.

FREIRE, Paulo. **Educação como prática da liberdade**. 31ª ed. São Paulo: Editora Paz e Terra, 2008.

\_\_\_\_\_. **Ação cultural para a liberdade e outros escritos**. 12ª ed. São Paulo: Editora Paz e Terra, 2007.

\_\_\_\_\_. **Pedagogia do oprimido**. 46ª ed. São Paulo: Editora Paz e Terra, 2008.

GOFFMAN, Erving. **Estigma: Notas sobre a Manipulação da Identidade Deteriorada**. Trad. Márcia Bandeira de Mello Leite Nunes. 4ª ed. Rio de Janeiro: LTC, 2008.



GIMENES, Marta Cristina Cury Saad; TANGERINO, Davi de Paiva Costa; MALAN, Diogo Rudge; ESTELLITA, Heloisa; BOTTINI, Pierpaolo; CARVALHO, Salo; AMARAL, Thiago Bottino do. **Peça Jurídica requerendo o ingresso do IBCCRIM como *amicus curiae* no recurso extraordinário 591.563-8 perante o STF.** Disponível em: <<http://www.ibccrim.org.br/site/comissos/pdf/amicus%20curiae.pdf>> Acesso em: 13 nov 2010.

HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal.** Vol. III. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1951.

JAKOBS, Günther. **Direito Penal do Inimigo**, Trad. dos originais em alemão: Gercélia Batista de Oliveira Mendes, 2ª Tiragem, Rio de Janeiro, Editora Lumen Juris, 2009.

\_\_\_\_\_; MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito Penal do Inimigo: Noções e Críticas.** Org. e Trad. André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. 4ª ed., atualizada e ampliada, Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2010.

KANT, Immanuel. **A Metafísica dos Costumes.** 2ª ed. São Paulo: Edipro, 2003.

KARAM, Maria Lúcia. **Pela Abolição do Sistema Penal.** In: PASSETI, Edson (Coord.) Curso Livre de Abolicionismo Penal. Rio de Janeiro: Revan, 2004.

KONZEN, Afonso Armando. **Pertinência Socioeducativa: reflexões sobre a natureza jurídica das medidas.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

LERMA, Cristina Guisasola. **Reincidencia y Delincuencia Habitual.** Valencia: Tirant lo Blanch, 2008.

LYRA, Roberto. **Comentários ao Código Penal.** Vol. II. Arts. 28 a 74. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1942.

MACHADO, Maíra Rocha; RODRIGUEZ, José Rodrigo. **Otto Kirchheimer - Uma Contribuição à Crítica do Direito Penal** (*Levando o Direito Penal a Sério*). In: NOBRE, Marcos (Org.). *Curso Livre de Teoria Crítica*. Campinas: Papirus Editora, 2008.

MAIOR, Olympio Sotto. In: CURY, Munir (Coord) **Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado – Comentários Jurídicos e Sociais**. 9ª ed., atualizada por Maria Júlia Kaial Cury. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

MENDEZ, Emílio García. In: CURY, Munir (Coord) **Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado – Comentários Jurídicos e Sociais**. 9ª ed., atualizada por Maria Júlia Kaial Cury. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

MINAHIM, Maria Auxiliadora (Org.) com a participação dos pesquisadores SPOSATO, Karyna Batista et al. **Responsabilidade e garantias ao adolescente autor de ato infracional: uma proposta de revisão do ECA em seus 18 anos de vigência**. Resumo do Projeto de Pesquisa apresentado ao Ministério da Justiça/PNUD, no projeto “Pensando o Direito”. Referência PRODOC BRA 07/004. Salvador, Brasília, 2010. Disponível em: <[www.mj.gov.br/sal](http://www.mj.gov.br/sal)> Acesso em 5 dez 2010.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de Direito Penal – Parte Geral – Arts. 1º a 120 do CP – Vol. 1**. 12ª ed., rev. e atualizada até janeiro de 1997, São Paulo: Editora Atlas, 1997.

NICODEMOS, Carlos. **Negação ao Direito Penal Juvenil: a prevalência do superior interesse do estado criminalizado**. In *Justiça Juvenil. A visão da ANCED sobre seus conceitos e práticas, em uma perspectiva dos Direitos Humanos*. São Paulo, ANCED, 2007.

OUTEIRAL, José. **Adolescer**. 3ª ed., revisada, atualizada e ampliada. Rio de Janeiro: Revinter, 2008.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 8ª ed., revista, ampliada e atualizada, São Paulo: Editora Saraiva, 2007.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro – Parte Geral – Arts. 1º a 120, Vol. 1**. 7ª ed., revista, atualizada e ampliada, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

Princípios das Nações Unidas para a Prevenção da Delinquência Juvenil – Princípios Orientadores de RIADE.

QUEIROZ, Paulo. **Funções do Direito Penal – Legitimação versus Deslegitimação do Sistema Penal**. 3ª ed., revista e ampliada, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

\_\_\_\_\_. **Direito Penal. Parte Geral**. 7ª ed., revista e ampliada. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

RAUTER, Cristina. **Criminologia e Subjetividade no Brasil**. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

Regras das Nações Unidas para a Administração da Justiça da Infância e Juventude – Regras de Beijing.

ROSA, Alexandre Morais da. **Introdução Crítica ao Ato Infracional. Princípios e Garantias Constitucionais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

ROXIN, Claus. **Derecho Penal – Parte General – Tomo I – Fundamentos. La Estructura de la Teoría Del Delito**. Traducción de la 2ª edición alemana y notas por

Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madri: Civitas, 1994.

RUSCHE, Georg; KIRSCHHEIMER, Otto. Trad. Gizlene Neder. **Punição e Estrutura Social**, 2ª ed. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2004.

SÁNCHEZ, Bernardo Feijoo. **O Direito Penal do Inimigo e o Estado Democrático de Direito**. Trad. Júlio Pinheiro Faro Homem de Siqueira e Igor Rodrigues Brito. Disponível em: <[http://www.panoptica.org/novfev08v2/A2\\_V0\\_N11\\_A6.pdf](http://www.panoptica.org/novfev08v2/A2_V0_N11_A6.pdf)> Acesso em: 30 set 2010.

SARAIVA, João Batista Costa. **Compêndio de Direito Penal Juvenil – Adolescente e Ato Infracional**. 3ª ed., revista e ampliada. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2006.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Criminologia**. 2ª ed., revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

\_\_\_\_\_. **Sistema de Garantias e o Direito Penal Juvenil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

SIQUEIRA, Galdino. **Direito Penal Brasileiro** (*segundo o Código Penal mandado executar pelo Decreto N. 847, de 11 de outubro de 1890, e leis que o modificaram ou completaram, elucidados pela doutrina e jurisprudência*) Vol. I. Ed. fac-similar. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2003.

SOARES, Oscar de Macedo. **Código Penal da Republica dos Estados Unidos do Brasil**. Ed. fac-similar. Brasília: Senado Federal: Superior Tribunal de Justiça, 2004.

SOUZA, Regina Magalhães. **O Discurso do Protagonismo Juvenil**. São Paulo: Paulus, 2008.

SPOSATO, Karina Batista. **O Direito Penal Juvenil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

VICENTIN, Maria Cristina Gonçalves. **A Vida em Rebelião: jovens em conflito com a lei**. São Paulo: Hucitec: Fapesp, 2005.

WACQUANT, Loïc. **Punir os Pobres – A nova gestão da miséria nos Estados Unidos (a onda punitiva)**. Trad. Sérgio Lamarão, 3ª ed., revista e ampliada, Rio de Janeiro: Revan, 2007.

WEFFORT, Francisco C. **Educação e Política. Reflexões sociológicas sobre uma pedagogia da Liberdade**. In: FREIRE, Paulo. *Educação como Prática da Liberdade*. 31ª ed. São Paulo: Paz e Terra, 2008.

YAROCHEWSKY, Leonardo Isaac, **Da Reincidência Criminal**. Belo Horizonte: Editora Mandamentos, 2005.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro – Parte Geral**. 7ª ed., revista e atualizada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

\_\_\_\_\_. **Em Busca das Penas Perdidas – A perda de legitimidade do sistema penal**. Trad. brasileira de Vania Romano Pedrosa e Amir Lopez da Conceição. 5ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001.

\_\_\_\_\_. **El enemigo em el derecho penal**. 1ª ed. Buenos Aires: Ediar, 2006.