

DA (IN)CONSTITUCIONALIDADE DA REINCIDÊNCIA

SILVA, Wesley Turim Bueno¹
VIEIRA, Tiago Vidal²

RESUMO:

A reincidência é utilizada pelos magistrados tanto no momento de fixação da pena, como também, é causa justificante a inibir algumas benesses no cumprimento da pena. Essa aplicabilidade é discutida por duas correntes assiduamente, uma minoritária argui a sua inconstitucionalidade ao argumento de flagrante desrespeito as garantias constitucionais estampadas nos Princípios do *Ne Bis In Idem* e da Proporcionalidade e a configuração do Direito Penal do Autor. Outra em contrapartida, a corrente majoritária e o atual entendimento dos tribunais superiores são uniformes em afirmar veementemente a constitucionalidade deste instituto, ao fundamento de legitimarem a permanência e aplicabilidade de tal instituto como sendo este um desdobramento, ou uma interpretação extensiva do Princípio Constitucional da Individualização da Pena. O direito comparado foi aqui utilizado, com o fito apenas de esclarecer e argumentar sobre qual é posicionamento dos ordenamentos jurídicos alienígenas. Diante dessa disparidade entre as duas correntes, restou concluído que, até mesmo em consagração ao Princípio da Individualização Pena, o caráter ressocializatório deve ser tido como princípio objetivo, e essa periculosidade arguida também, deve ser rechaçada, pois trata-se de método ilógico a justificar a constitucionalidade desta.

PALAVRAS-CHAVE: Reincidência, *Ne Bis In Idem* e Direito Penal do Autor.

THE (IN)CONSTITUTIONALITY OF RECURRENCE

ABSTRACT:

The recurrence is used by the magistrates both at the time of death, as well, is the cause justifying the inhibit some benefits in the enforcement of the sentence. This applicability is discussed by two chains assiduously, a minority, let its unconstitutionality to the argument of flagrant disregard constitutional guarantees embossed on the principles of the *Ne Bis In Idem* and proportionality, and the configuration of the criminal law of the author. Another on the other hand, current majority shareholder and the current understanding of the superior courts are consistent in affirming the constitutionality of this institute, the foundation of legitimise the permanence and applicability of this institute as this unfolds, or a broad interpretation of the constitutional principle of individualization of worth. The comparative law was used here, with the aim only to clarify and argue about what is the positioning of the internal legal aliens. In the face of this disparity between the two currents, remained concluded that, even in consecration to the principle of individualisation, the character ressocializatório should be taken as a principle aim, and this dangerous suspect too, must be rejected, because it is illogical method to justify the constitutionality of this.

KEYWORDS: Recurrence, *Ne Bis In Idem* and the criminal law of the Author.

1 INTRODUÇÃO

O assunto deste trabalho é discutir sobre o instituto penal da reincidência, instituto esse com previsão legal ao artigo 61, do Código Penal.

O propósito neste artigo em especial, será aprofundar uma discussão sobre o instituto acima citado, trazendo a tona os fundamentos sustentados por uma corrente doutrinária minoritária que

¹ Acadêmico do Curso de Direito no Centro Universitário da Fundação Assis Gurgacz, e-mail: wesleyturimm@gmail.com.

² Professor do Curso de Direito no Centro Universitário da Fundação Assis Gurgacz, e-mail: tiago.vidal.vieira@gmail.com.

firmemente defende a sua inconstitucionalidade, seja pelo flagrante afronto as garantias constitucionais, ou também, pelo enquadramento do presente instituto as características do chamado Direito Penal do Autor, ideologia rechaçada por nosso ordenamento jurídico, e também os argumentos sustentados por uma corrente majoritária que argui a constitucionalidade desta, por respaldo ao princípio constitucional da individualização da pena.

Para esclarecer essa discussão que, diga-se de passagem, é antiga, utilizamos o direito comparado ao final deste artigo, com o fito de entrelaçar o instituto da reincidência brasileira com os demais ordenamentos jurídicos internacionais, aduzindo as espécies, e em especial, as normas específicas de cada Estado Internacional sobre este instituto.

A pesquisa se justifica, visto que o instituto da reincidência tem uma gama de efeitos sobre o indivíduo, que repercutem de forma séria e drástica na sua liberdade, seja ela no momento da nova condenação, como também, pode insurgir efeitos negativos no cumprimento da pena, afastando assim algumas benesses possíveis.

Assim, ao se discutir tal problemática, se restar demonstrado a sua inconstitucionalidade, é de ver estampado os benefícios que possam insurgir de tal constatação, pois como dito anteriormente, os efeitos que esse instituto acarreta é de extrema magnitude e prejudicabilidade, ou por outrora, se restar declarado à constitucionalidade deste, é de se ver a justiça preconizada e a sua legitimidade deste instituto.

Ainda, tal feito se propõe caso não seja reputada a inconstitucionalidade de tal instituto, diante dos exemplos que serão lançados em tela, espera-se que o presente artigo, possa assim como os demais, corroborar para uma reflexão doutrinária, visto que deseja-se fomentar uma discussão sobre tal situação, mas também busca-se como resultado possível ao alcance, trazer e reforçar os argumentos sustentados por uma corrente minoritária ao crivo do poder judiciário.

2 FUNDAMENTAÇÃO TEÓRICA

2.1 CONCEITO

Ao tratar da reincidência, Capez (2013, p.508) afirma que, esta é "aquela situação de quem pratica um fato criminoso após ter sido condenado por crime anterior, em sentença penal transitada em julgado". Para Damásio de Jesus (2015) a reincidência vem do verbo *recidere* que significa recair, repetir o ato, isto é, a reincidência é em termos comuns, "repetir a prática do crime".

Tecnicamente, observam Zaffaroni e Pierangeli (2015), que é muito difícil fornecer um conceito satisfatório de reincidência, pois toda e qualquer construção dogmática sobre o instituto tende a se centralizar nas definições tradicionais de reincidência genérica ou específica, ficta ou real, ou ainda, nos países que adotam na diferenciação e sistematização desta com institutos similares como os da multirreincidência, habitualidade, continuidade, profissionalidade ou tendência delitiva.

Dos possíveis conceitos podemos afirmar que são três os pressupostos básicos para configurar a reincidência quais sejam: a prática de um crime anterior, o trânsito em julgado de sentença penal condenatória por infração penal anterior e o cometimento de nova infração penal.

2.2 ESPÉCIES

José Henrique Pierangeli e Eugênio Raúl Zaffaroni (2015) de forma peculiar sintetizam a diferenciação entre as possíveis espécies da reincidência, sendo de valia a transcrição do trecho em sua obra.

Na legislação comparada, encontramos várias maneiras de considerar a reincidência e seus efeitos. Assim, fala-se em reincidência genérica, que se conceitua como o cometimento de um delito, depois de ter sido o agente condenado e submetido à pena por outro delito, enquanto se denomina de reincidência específica a que exige a prática de um novo delito

igual, ou da mesma categoria, daquele pelo qual sofreu anterior condenação. Também costuma-se chamar de reincidência ficta, que consiste na prática de um delito depois de ter sido condenado por outro, e de reincidência real, que consiste no cometimento de um delito depois de ter sido condenado e "sofrido pena", por delito anterior (2015, p. 716).

Da brilhante obra acima citada constata-se que, a reincidência genérica ocorre quando os crimes praticados pelo agente são de espécies distintas, e a forma específica, quando os crimes são da mesma natureza, isto é, das mesmas espécies.

Tem-se a reincidência real quando o agente comete novo crime após ter efetivamente cumprido a totalidade da pena pelo crime anterior, mas antes do prazo do período depurador (5anos), e a ficta, quando antes de cumprido a pena do delito anterior, isto é, o prazo de caducidade da reincidência sequer começou a correr.

2.3 DOS EFEITOS DA REINCIDÊNCIA

A legislação brasileira é considerada por muitos, como demasiadamente severa no que condiz aos efeitos da reincidência, pois como adiante será demonstrado, seus efeitos incidem de forma drástica, tanto no momento da nova condenação, isto é, na fixação da nova pena, como também, seus efeitos repercutem no cumprimento dessa pena, visto que, a reincidência é uma característica justificante a tornar a fase executória mais penosa.

O autor Fernando Capez (2013) nos ensina que a reincidência pode incidir ora como agravamento da pena privativa de liberdade, conforme determina o artigo 61, inciso I, do Código Penal, ou ainda pode repercutir sobre a execução da pena, como por exemplo, quando funciona como causa inibidora da substituição da pena privativa de liberdade, ou da concessão de *sursis* quando por crime doloso nos termos do artigo 77, inciso I, do Código Penal, ou a sua revogação (art. 88, do Código Penal), entre outros.

O citado doutrinador elenca várias situações em que a reincidência repercute sobre o agente, mas de todos que cita em sua obra, é notório que o traço em comum é a simples condição de o indivíduo ser reincidente, isto é, da leitura dos dispositivos que justificam e legitimam essa maior reprovabilidade, não há possibilidade de o magistrado do caso analisar a situação em concreto.

Das hipóteses levantadas pelo douto doutrinador, notamos que o campo de incidência do instituto aqui em estudo, tem aplicabilidade ampla, pois a reincidência, ora funciona como agravante genérica no caso de agravamento da pena privativa de liberdade, outrora atua também como, circunstância preponderante para o caso que no concurso de agravantes, é ainda causa inibidora do livramento condicional, da reabilitação, do *sursis* (suspensão condicional da pena), e ainda pode ser circunstância impeditiva da substituição de penas privativas de liberdade por restritivas de direito, e respectivamente, restritiva de direito por multa.

Argumenta Capez (2013) que a reincidência, é condição jurídica capaz para ensejar um cumprimento de pena mais gravosa para o reincidente, como no caso aduzido de ser ela uma causa obrigatória do início do cumprimento da pena em regime prisional mais severo, isto é, para situações de condenações de penas de reclusão, a reincidência obriga o cumprimento em regime fechado, e para condenações de detenção o regime inicial será o semiaberto.

Das situações acima descritas, o magistrado tem a incumbência de simplesmente, subsumir o fato a norma, sem qualquer juízo de ponderação, inclusive, diante de situações que o afastamento desse instituto seria a medida mais louvável, diante do caráter ressocializador do direito penal.

Franco (2011) nos ensina que da simples leitura dos dispositivos demonstra-se a gravidade que dá o legislador a reincidência, e ainda resta demonstrada a sua afronta ao princípio da legalidade, ao passo de constituir verdadeiro *ne bis in idem*.

Corroborando ao que foi acima afirmado, os doutrinadores José Henrique Pierangeli e Eugênio Raúl Zaffaroni vêm acertadamente afirmar:

Quanto aos efeitos da reincidência, esta não somente se limita a agravar a pena, dentro dos limites da cominação pertinente, mas também impede a concessão do *sursis*, ou suspensão condicional da pena (art. 77, I, do CP), aumenta, de um terço a metade, o prazo de efetiva privação de liberdade para o livramento condicional (art. 83, II, do CP), interrompe a

prescrição (art. 177, VI, do CP), impede a substituição da pena privativa de liberdade por uma restritiva de direitos (art. 44, II, do CP), pode provocar a conversão da pena substitutiva por uma privativa de liberdade (art. 44, § 4º, do CP) (2015,p. 722).

Constatada a severidade dos efeitos que repercutem sobre o condenado ao reconhecimento e aplicação da reincidência, esta é entendida por uma corrente doutrinária, como inconstitucional, seja pela afronta aos princípios constitucionais do *ne bis in idem*, da proporcionalidade, e até mesmo pelo princípio da individualização da pena, naquilo que concerne a ideia da adequação da medida ao fim ressocializador da pena.

Justificam também a inconstitucionalidade, sobre o fundamento da vedação a caracterização do Direito Penal do Autor/Inimigo, que será a seguir explicado.

2.4 ANÁLISE DA REINCIDÊNCIA FRENTE AO DIREITO PENAL DO INIMIGO/AUTOR

Quando busca entender a ideia de Direito Penal do Autor, usamos a sabedoria de Cunha (2014), ao que como a maioria dos doutrinadores, fundamentam em Lombroso.

Lombroso, nos dizeres de Cunha (2014) tentou entender o crime sob o aspecto biológico do criminoso, para o citado autor, o crime é um fenômeno biológico, em que é possível determinar o criminoso em razão das características físicas do agente (criminoso nato), e dessa análise científica que não há margem à erro, o criminoso deve ser punido antes mesmo de cometer qualquer delito.

Não encontra-se conceito unânime de Direito Penal do Autor, mas Pierangeli e Zaffaroni ensinam que:

O Direito Penal de Autor supõe que o delito seja sintoma de um estado do autor, sempre inferior ao das demais pessoas consideradas normais. Tal inferioridade é para uns de natureza moral e, por conseguinte, trata-se de uma versão secularizada de um estado de pecado jurídico; para outros, de natureza mecânica e, portanto, trata-se de um estado perigoso. Os primeiros assumem, expressa ou tacitamente, a função de divindade pessoal, e

os segundos, a de divindade impessoal e mecânica. Para aqueles que assumem uma identidade divina pessoal, a pena deve adequar-se ao grau de perversão pecaminosa que sua condução de vida tenha alcançado, e o Estado é uma escola autoritária, na qual o valor fundamental é a disciplina, de acordo com as pautas que as pessoas devem introjetar (não apenas cumprir). Para o direito penal identificado como uma divindade impessoal e mecânica, o delito é signo de uma falha em um aparato complexo (sociedade), indicando um estado de periculosidade (2015, p. 131-133).

Continuam afirmando que a ideia de Direito Penal do Autor, respalda não no fato social em si ocorrido/cometido, isto é, na conduta do sujeito ativo, mas sim nas características pessoais do agente, no modo de ser do agente, na sua personalidade.

Para aqueles o ideal sustentado por esse direito foge a regra da culpabilidade, visto que o atual ordenamento jurídico é seguidor do Direito Penal do Fato, situação essa que da própria etimologia, resta demonstrada a intenção do direito penal em punir o fato em si (conduta perpetrada na sociedade), e não punir o agente, as suas características pessoais.

O Direito Penal do Autor procura punir o agente pelo que ele é, e não pelo que ele fez, regra essa rechaçada pelo ordenamento jurídico.

Visto essas ponderações, se além aos dizeres de Zaffaroni e Pierangeli (2015), segundo os quais é inquestionável que legislador adotou a ideia de Direito Penal do Fato, e não do Autor, visto a consagração dos diversos princípios constitucionais, e até mesmo a consagração ao Estado Democrático Social de Direito.

Para estes, o Direito Penal deve-se partir de dogmas do fato, buscando uma responsabilização calcada em condutas objetivas associadas ao intento do agente.

Com propriedade observam que:

um Direito que reconheça, mas que também respeite, a autonomia moral da pessoa jamais pode penalizar o *ser* de uma pessoa, mas somente o seu agir, já que o direito é uma ordem reguladora de conduta humana. Não se pode penalizar um homem por ser como escolheu ser, sem que isso viole a sua esfera de autodeterminação. Até porque, para que fossem consequentes, os partidários do Direito Penal de Autor deveriam defender que é suficiente a atitude interna para se castigar o autor e não se ter que aguardar o cometimento do delito (2015, p. 201).

O mestre Paulo Queiroz (2014) explica que o Estado é ilegítimo, quando concretiza sua ação ao Direito Penal do Autor, pois o Direito Penal respaldado a todas as garantias constitucionais e até mesmo aos fundamentos do Estado Democrático Social de Direito, é vedado ao julgador invadir discricionariamente a esfera pessoal do agente, isto é, a interioridade da pessoa.

Para o citado autor, não importa ou não importa diretamente que alguém tenha um sentimento antissocial ou um defeito de sentimento do dever, etc.; o que interessa é que essas situações do indivíduo não se manifestem em um ato concreto de antissociabilidade, de transgressão do dever jurídico.

Para entendermos o Direito Penal do Autor, é de valia ressaltarmos as lições traçadas por Günther Jakobs (2012) o qual com sua maestria e conhecimento inquestionável vem esclarecer a ideia correlacionada com aquele direito acima, qual seja o Direito Penal do Inimigo.

Para Jakobs (2012) existem dois tipos de direito em um único ordenamento jurídico. Um primeiro destinado aquele transgressor de uma determinada norma, este por sua vez ainda que considerado um delinquente, passível de responsabilização é considerado ainda como cidadão, isto é, este tem resguardado pelo Estado o seu status de pessoa e o papel de cidadão reconhecido pelo Direito.

O outro tipo de direito esclarecido por Jakobs (2012), é o chamado Direito Penal do Inimigo, que segundo ele é:

reservado àqueles indivíduos que pelo seu comportamento, ocupação ou práticas, se tem afastado, de maneira duradoura, ao menos de modo decidido, do Direito, isto é, que não proporciona a garantia cognitiva mínima necessária a um tratamento como pessoa, devendo serem tratados como inimigos (JAKOBS, p. 35, 2012).

Com a ideia acima traça, de que em razão de determinado comportamento tem-se por afastado em definitivo a proteção das garantias mínimas do Estado, o doutrinador acima referenciado, vem enaltecer que é possível distinguir o conceito de pessoa e indivíduo.

Para Jakobs:

pessoa é aquele que está envolvido com a sociedade, sendo um sujeito de direitos e obrigações frente aos outros membros da sociedade da qual participa. Indivíduo, é um ser sensorial, pertencente à ordem natural, movendo-se inteligentemente, por suas satisfações e insatisfações de acordo com suas preferências e interesses, descuidando-se, ignorando o mundo em que os outros homens participam (2012, p. 5).

Das sábias lições traçadas acima, o que entende-se é que o Direto Penal do Inimigo muito em comum com o Direto Penal do Autor, seja em razão de um possível desdobramento ou uma espécie "*sui genere*", são regras jurídicas que devem ser completamente repelidas pelo atual ordenamento jurídico, tendo em vista o Estado Democrático Social.

Jakobs (2012) finaliza, esclarecendo que quando se tem a prática de um delito, o cidadão é sujeito a um processo que resguarda todas as garantias fundamentais, recebendo ao final depois de apurados todos os fatos, uma pena como coação pelo ato ilícito cometido. A figura do inimigo, ao contrário, é um perigo presumido que deve ser combatido, isto é, essa periculosidade presumida obriga o Estado por meio do Direito antever ao efetivo cometimento de infrações, e em razão disto que tenta-se dar legitimidade ao Direito Penal do Inimigo.

Pode-se concluir que a periculosidade do agente serve à caracterização do inimigo, que contrapõe-se ao cidadão (cujo ato, apesar de contra o direito, tem uma personalidade voltada ao ordenamento jurídico devendo ser punido segundo sua culpabilidade), enquanto que o inimigo deve ser combatido segundo sua periculosidade. Não há vistas há uma conduta realizada, ou tentada, mas pressupõe-se o âmbito interno do indivíduo, o perigo de dano futuro à vigência da norma.

Assim, sistematicamente os conceitos do Direito Penal do Autor ou do Inimigo demonstram como característica marcante e fundamental as condições pessoais do sujeito para aferir a aplicação

da sanção penal, ou ainda a ideia de periculosidade presumida. A justificativa de que a norma anteriormente aplicada não foi suficiente eficaz a ressocializar o indivíduo, ou a errônea constatação desta periculosidade presumida, obrigatoriamente devem ser afastadas diante do atual ordenamento jurídico.

2.5 ANÁLISE DA REINCIDÊNCIA FRENTE AOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DO DIREITO PENAL MODERNO

A justificativa da permanência da reincidência no ordenamento jurídico atual é enfatizada por Cunha (2014) para o qual a forte repressão ao reincidente se deu em razão da extinção do sistema duplo binário, que conduzia a medida de segurança ao também imputável, além de, não se ver solto aquele supostamente "perigoso/acentuada periculosidade" passou-se a reforçar o sistema agravando a pena do reincidente.

Em busca na doutrina sobre o instituto da reincidência, se constatou um grande impasse entre estes com relação a constitucionalidade do referido instituto frente aos princípios e garantias consagradas e estampadas na Constituição Federal de 1988.

Paulo Queiros afirma que:

ainda que a reincidência seja consagrada pela maioria dos Códigos e Estatutos Jurídicos, esta, que encerra uma presunção absoluta de maior periculosidade do réu, é sem dúvida incompatível com os princípios penais constitucionais, principalmente com relação aos princípios da proporcionalidade e da ofensividade (2014, p.343).

Para o citado autor, em consequência a relativização do princípio da presunção da inocência, o instituto perdeu sua funcionalidade visto que, não é possível afirmar categoricamente que um reincidente é mais perigoso que um não reincidente. Afinal, é possível se ter reincidência em crimes

de menor potencial ofensivo, crimes esses como o próprio nome aduz em razão a sua ínfima reprovabilidade, ou pode-se ter um réu primário que tenha cometido vários crimes graves.

A reincidência como dito anteriormente não é um método seguro de reprovabilidade/periculosidade, visto no dizer de Hungria (1936, p.399, *apud* Queiroz, 2014, p. 347) "não é exato dizer que a reincidência é um sinal de periculosidade, como a febre é sinal de infecção, como a putrefação é sinal de morte".

A discussão acima suscitada, é sem dúvida, questionável, pois os argumentos devem ser sobrepesados e analisados com maior relevância.

Mirabete (2016), posiciona-se favorável a reincidência ao dizer que a exarcebação da pena se justifica plenamente para aquele que, punido anteriormente, volta a delinquir novamente, demonstrando com sua conduta perpetrada que a sanção anteriormente aplicada mostrou-se insuficiente para intimidá-lo ou recuperá-lo. Afirma ainda que, há um índice de maior censurabilidade na conduta do reincidente.

Para Paganella Boshi (2014) a reincidência é nada mais nada menos, do que uma pena tarifada, na medida em que ela atua como causa de agravamento de pena fundado em fato diverso, gerador de culpabilidade e de responsabilidade próprias, de forma que esse plus equivale indiscutivelmente a uma pena sem culpabilidade, estranho ao fato e que importa dupla valoração da mesma causa.

Ao aumentar-se a pena do delito posterior pela existência de circunstância agravante da reincidência, em realidade está punindo novamente a situação já sentenciada. Essa situação jurídica em que encontra-se o reincidente, é uma das maiores máculas ao modelo penal garantista.

Esse duplo gravame da reincidência é antigarantista, sendo, à evidência, incompatível com o Estado Democrático de Direito, mormente pelo seu conteúdo estigmatizante, que divide os indivíduos em aqueles que aprendem a viver em sociedade e aqueles que não aprendem e insistem em continuar delinquindo.

É possível continuar, afirmando que, há ainda a violação do Princípio da Proporcionalidade ou Razoabilidade, quando se opera a reincidência, de forma unicamente literal, isto é, a simples incidência da reincidência (meio) acarreta um resultado (apenamento e consequências mais

gravosas ao réu) absolutamente desproporcional, ferindo, desta forma o Princípio da Proporcionalidade, conseqüentemente, ferindo a própria Constituição, que, por ser a norma fundante de todo o sistema, retira o suporte de validade do dispositivo legal que prevê a reincidência, porque, materialmente com ela conflita.

No mesmo sentido Cândido Furtado Maia Neto, ao confrontar a reincidência com o modelo garantista de direito afirma:

O instituto da reincidência é polêmico e incompatível com os princípios reitores do direito penal democrático e humanitário, uma vez que a reincidência na forma de agravante criminal configura um 'plus' para a condenação anterior já transitada em julgado. Quando o juiz agrava a pena na sentença posterior, está, em verdade, aumentando o quantum da pena do delito anterior, e não elevando a pena do segundo crime (1998, *apud* Queiroz, 2014, p. 350).

Percebe-se que sob o aspecto meramente jurídico, estas referências a situações delituosas anteriores serem causas a um plus de punição para o novo delito, atinge frontalmente o princípio do *ne bis in idem*, isto é, ao aumentar-se a pena do delito posterior pela existência da circunstância agravante da reincidência, em realidade se está punindo novamente a situação anterior já sentenciada.

Pierangeli e Zaffaroni (2015) explicam que a agravação da pena do segundo delito é dificilmente explicável em termos racionais, e a estigmatização que sofre a pessoa prejudica sua incorporação à vida livre.

Com razão, ainda afirma Paganella Boschi (2014) que a reincidência não pode ser sempre e necessariamente justificada como imperiosa punição ao condenado que, por má formação, desvio de conduta, tendência ao crime, insiste continuar violando a lei, como tradicionalmente se afirmam, mas tudo isso, deve sim, ser compreendido como expressão final de perversão e de estigmatização do homem.

Nas palavras do douto autor "tais são consequências da prisão, ou pela absoluta falta de políticas oficiais de amparo ao egresso, criadoras de novas oportunidades para a harmônica reintegração" (BOSCHI, 2014, p.269).

Rogério Greco (2013) categoricamente e veementemente afirma em sua obra que a reincidência é a prova do fracasso do Estado na sua tarefa ressocializadora, além de arguir que parte de nossos doutrinadores entende que a reincidência não poderia ser considerada para efeitos de agravar a pena aplicado ao sentenciado, uma vez que este estaria sendo punido duas vezes pelo mesmo fato.

Ainda corrobora a esse entendimento, as ideias de Paulo Queiroz (2014), onde este, preleciona que o instituto da reincidência viola o princípio do *non bis in idem*, vedado pelos princípios da proporcionalidade e da estrita legalidade, dizendo que o legislador, não raro, vulnera claramente, o mandamento da proporcionalidade

Para ele a adoção do instituto da reincidência, é em verdade, punir o agente duas vezes pelo mesmo fato, uma vez que, esta é norma permissiva a punir mais gravemente um crime, tomando-se por fundamento um delito pelo qual foi o agente condenado e punido.

Se coloca Alberto Silva Franco (2011) no sentido de que o Estado ao exercer o seu *jus puniend* deve sobrelevar o instituto da reincidência, pois citando Muñoz Conde, afirma que o indivíduo reincidente nem sempre é o mais perigoso e o mais perverso e muito menos o mais culpável, o citado autor, traz o exemplo comparativo de delinquentes, sendo um reincidente em lesões corporais leves e o outro, tecnicamente primário, mas autor de diversos estupros.

A ideia sustentada pelo autor citado é que o culpado em estimular a reincidência é o próprio Estado Soberano, na medida em que submete o condenado a um processo dessocializador e desestruturando sua personalidade por meio de um sistema penitenciário desumano e marginalizador.

Continua o mencionado autor, a discutir sobre a constitucionalidade do instituto da reincidência, alegando a afronta ao princípio da *non bis in idem* que tem respaldo ao princípio constitucional da legalidade.

Afirma o mencionado autor que:

o fato criminoso que deu origem a primeira condenação não pode, depois, servir de fundamento a uma agravação obrigatória, em relação a outro fato delitivo, a não ser que se

admita em um Estado Democrático de Direito, um Direto Penal do Autor, o que constitui verdadeira e manifesta contradição lógica (FRANCO, 2011, p. 1180).

Assim, um mesmo fato não pode ser tomado em consideração porque uma repetição da sanção a uma mesma conduta possibilita uma inadmissível reinteração dos *jus puniendi*.

Finaliza Franco (2011, p.1180) ao concluir em sua obra que " o princípio da legalidade não admite, em caso algum, a pena superior ou distinta da prevista e assinalada para o crime, e que o agravamento da pena em decorrência da reincidência faz no fundo, com que o delito anterior surta efeitos jurídicos duas vezes".

A situação acima demonstrada é resumidamente concluída que as teoria justificantes da reincidência, reputam-se insatisfatórias, ao visto que o agente reincidente terá indiscutivelmente sua pena agrava por fatos e condutas alheias ao fato concretamente realizado, isto é, proporciona-se nova punição ao fato anterior já punido.

A reincidência em si, rompe com a proporcionalidade exigida pelo ordenamento entre a pena e a conduta, dado que esse plus por ela acrescido, é nada mais do que uma pena sem culpabilidade.

A reincidência ao fundo se presta a etiquetar o processo, rotulando os criminosos como seres perversos, perigosos (verdadeira presunção), perversos e inadaptados. Essa maior gravidade como acima também disposto, é inibidora de diversos benefícios legalmente previstos, e que a privação desses, é em verdade, uma abertura ao direito penal autoritário.

Zaffaroni encerra com maestria ao afirmar:

um instituto que leva a exaltar como valores a ordem e a obediência em si mesmas; que leva o Estado a se atribuir a função de julgar o que cada ser humano escolhe ser e o que cada ser humano é; que implica um *bis in idem*; que contribui para afastar discurso jurídico da realidade, ignorando dados que se manifestam há séculos e que as ciências sociais demonstram de maneira incontestável; que, com tudo isto, contraria a letra e o espírito da consciência jurídica da comunidade internacional, moldada nos instrumentos jus humanistas; um instituto como este “deveria desaparecer do campo jurídico, da mesma forma que desapareceram, a seu tempo, a tortura no âmbito processual ou a analogia no campo penal” (2015, p. 59).

Para finalizar e consequentemente voltando ao impasse da ideia de ressocialização acima argumentada, vem a doutrina propor, que a reincidência nos dizeres de Cobo del Rosal e Vives Antón (1996, *apud* Queiroz, 2014) deve ser pura e simplesmente abolida, seja em razão do flagrante afronta as garantias constitucionais e ao direito penal da culpabilidade do fato.

Citam os autores que:

a reincidência, pois, não nos deve situar em outro Direito Penal. De um direito Penal distinto ao da mera e única repressão por meio da pena; de um Direito Penal preventivo e de medidas de segurança, que conhece e concede maior relevância não tanto ao delito, mas ao estado perigoso, entendido como pressuposto de aplicação daquelas. E dentro desse marco, seguimos, apesar de tudo, propugnando o desaparecimento do instituto da reincidência, em suas distintas manifestações, assim como em sua consideração como agravante da pena, pois está evidenciada sua total inoperância. (1996, *apud* Queiroz, 2014, p.344).

Ao mesmo argumento, mas este proposto de forma distinta, cita Paulo Queiroz (2014) uma solução para esse grande impasse objeto desse artigo, qual seja: para o douto doutrinador, quando presente a reincidência seja ela na sua forma ficta ou real, deve-se fazer um juízo de ponderação no sentido de que, se o condenado reincidente houver cumprido a pena de fato, isto é, passado pelo sistema carcerário, deve tal instituto incidir como uma causa atenuante da pena, agora para a hipótese de reincidência ficta, isto é, a grosso modo, o condenado não chegou a cumprir pena alguma, deve a reincidência ser completamente ignorada.

2.6 ENTENDIMENTO DOS TRIBUNAIS SUPERIORES SOBRE APLICABILIDADE DA REINCIDÊNCIA

Em contrapartida aos argumentos anteriormente sustentados, quais sejam pela inconstitucionalidade do instituto penal da reincidência, defende a corrente majoritária nacional, e até mesmo o mais recente entendimento dos tribunais superiores em conhecerem pela

constitucionalidade da reincidência, seja ao argumento de que a reincidência é ao fundo um desdobramento ao princípio da individualização da pena, uma maior periculosidade que é constatada a quebra de um novo bem jurídico, e até mesmo, não entendem que tal não consistiu afronta alguma ao princípio do *non bis in idem*.

Rogério Sanches da Cunha (2014) afirma que a jurisprudência não tem acatado este entendimento, qual seja pela inconstitucionalidade da reincidência sob o fundamento de que, o princípio da individualização da pena, princípio este com status constitucional (art.5º, XLVI, CF/88) demanda maior censura na aplicação da sanção daquele que reintera na prática delitiva, isto é, o princípio da individualização da pena é causa justificadora a maior reprovabilidade do reincidente.

Doutrinadores conservadores como Celso Delmanto (2015) também comungam desse ideal, ao defende a constitucionalidade deste instituto, ao afirmar que o sistema penal brasileiro adota a pena com dupla função: reprovação e prevenção do crime, isto é, a reincidência foi pensada no sentido de censura mais grave àquele que, tendo respondido por um crime anterior, persiste na atividade criminosa, e não violação ao princípio *do ne bis in idem*.

Criminalistas de renome como Bitencourt (2015) também consagram a constitucionalidade deste instituto ao afirmar que é indiscutível a subsistência desse, em respaldo a um desdobramento do Princípio Constitucional da Individualização da Pena, qual seja, diante de um fracasso da sanção anterior, vê-se obrigado a penalizar de forma mais drástica e severa aquele que insiste em práticas rechaçadas pelo ordenamento jurídico.

O Superior Tribunal de Justiça tem sido firme ao declarar que a conduta do reincidente merece maior reprovação, tendo em vista a sua contumácia em violar a lei penal. Por tanto não há que se falar em duplo apenamento pelo mesmo fato, nem violação do princípio do *ne bis in idem* (STJ- Sexta Turma- HC 213.196- Relator Min.Vasco Della Giustina- Dje 25/04/2012).

Também ao mesmo sentido, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, ao julgar o Recurso Extraordinário nº 453.000, considerou constitucional o instituto da reincidência, afastando a ocorrência de *bis in idem*, é consequente flagrância de constitucionalidade do instituto da reincidência.

Para estes últimos, não se pune duas vezes o mesmo fato, se pune fatos diferentes levando em consideração uma circunstância que o autor do fato carrega e a história de vida do agente criminoso.

Afirmou o ministro Marco Aurélio em data oportuna que "descabe dizer que há regência a contrariar a individualização da pena. Ao reverso, leva-se em conta, justamente, o perfil do condenado, o fato de haver claudicado novamente, distinguindo-o daqueles que cometem a primeira infração penal " (2013, RE 453.000).

A ministra Cármen Lúcia (2013) ressaltou no julgamento do recurso acima que a regra é uma forma de se tratar igualmente os iguais, deixando a desigualdade para os desiguais e garante àquele que cometeu um delito a oportunidade de pensar sobre isso para que não venha a delinquir novamente em afronta à sociedade.

Os tribunais são unânimes em afirmar que consoante orientação já pacificada, a agravante genérica, prevista no art. 61, I, do Código Penal, não afronta a Constituição Federal, ao contrário, sua incidência reforça os princípios da isonomia e da individualização da pena, visto que objetiva apenas reprimir com maior severidade o acusado que volta a delinquir, sendo esta a situação do primeiro recorrido.

O fato de o reincidente ser punido mais gravemente do que o primário não viola a Constituição Federal nem a garantia do *ne bis in idem*, isto é, de que ninguém pode ser punido duplamente pelos mesmos fatos, pois visa tão somente reconhecer maior reprovabilidade na conduta daquele que é contumaz violador da lei penal.

O ministro Joaquim Barbosa (2013) também já destacou que a pena tem finalidade ressocializadora e preventiva, de modo que o condenado que volta a cometer novo crime demonstra que a pena não cumpriu nenhuma dessas finalidades.

Visto tal discussão e sob o enfoque do direito penal moderno de garantias constitucionais, acertadamente percebe Queiroz (2014) que nenhum dos argumentos que procuram fundamentar o instituto da reincidência consegue esconder sua irracionalidade.

Para o citado o discurso oficial, no entanto, muito embora oculte tal opção, acaba justificando a reincidência em nossa estrutura legal através de teoria criminológica derivada do positivismo,

vista a adoção do critério informador ‘periculosidade’, que conforme ensinamentos anteriormente lançados não são meios seguros a se constatar tal periculosidade.

2.7 A REINCIDÊNCIA E O DIREITO COMPARADO

A seguir para corroborar aos fins argumentativos que entrelaçam esse artigo, lançará em tela uma análise breve de cinco legislações internacionais esparsas, cortejo esse que se mantém aos requisitos para configuração desta, bem como o seu feito para agravar a pena. Observa-se que o trânsito em julgado da decisão condenatório é requisito precedente comum a todas para a recidiva.

2.7.1 Espanha

O artigo 22, "8ª", do Código Espanhol adota apenas a reincidência específica, assim é apto a ensejar a reincidência delitos que sejam de mesma natureza e que estejam previstos no mesmo título legal, caso contrário, se foram de mesma espécie, mas possuírem previsão distinta, a recidiva não configurará.

Chiquezi (2009) lembra que da mesma forma que a legislação brasileira, a legislação espanhola adota o critério da reincidência ficta, ao passo que não exige o cumprimento de qualquer *quantum* da condenação anterior imposta para seu reconhecimento.

Na Espanha, especificamente no seu artigo 136, do Código Penal, a reincidência não é perpétua, pois não será considerado como causa a ensejar esta, os antecedentes criminais cancelados.

Os mencionados dispositivos elenca ainda os requisitos necessários para o cancelamento destes, dos quais pode-se se citar a reparação do dano e o decurso do prazo de seis meses para

crimes de penas leves, dois anos para os de penas que não excedam doze meses e imposta a crimes culposos, três anos para crimes médios e cinco anos para crimes com penas graves. Observa-se que o computo do prazo inicia-se do dia seguinte a extinção da pena.

2.7.2 França

Explica Zaffaroni e Pierangeli (205) que a legislação francesa, assim como a brasileira adota como critério, a reincidência ficta e a genérica.

O Código Penal Frances, em seus artigos 132-8 à 132-16-2, prevê aumento de penas aos reincidentes conforme for a quantidade de pena aplicada a este no primeiro crime e a pena máxima ao segundo.

Os doutrinadores acima referenciados esclarecem que os citados artigos dispõem que para os crimes graves é aderido o critério da perpetuidade, isto é, se a condenação anterior for de prisão igual ou superior a dez anos, e o posterior for pena a partir de quinze anos, não será possível a cessação dos efeitos desta.

Ainda, se a pena posterior for de pelo menos vinte anos, a prisão é perpétua, e para condenação igual a quinze, mas inferior a vinte, a sanção é de trinta anos.

A temporariedade se verifica para os crimes posteriores com condenação de pena igual ou inferior a dez anos, visto que transcorrido o prazo de 10 anos, não haverá mais reincidência.

No artigo 132-10 do mencionado Estatuto, trata o reincidente específico com suas peculiaridades e com mais rigor, ao elencar a aplicação em dobro da pena de prisão e multas.

2.7.3 Itália

O Código Penal italiano, conhecido como Código Rocco, de 19 de outubro de 1930, é mais rigoroso que o brasileiro, mas adota também como critério a reincidência ficta.

Chiquezi (2009) pondera que a legislação italiana adota o critério da perpetuidade dos efeitos da condenação anterior, e ainda adota três formas específicas de reincidência: a simples, a agravada e a reiterada.

Segundo o mencionado autor a forma simples ocorre quando houver a prática de um segundo crime após os cinco anos da condenação criminal definitiva, situação essa que enseja um aumento de pena de até um sexto.

Continua aquele, afirmando que a forma agravada ocorre quando há reincidência específica ou quando houver uma segunda condenação antes do decurso dos cinco anos. Para essa situação, explica o citado autor que o aumento da pena do segundo delito se aterá a um aumento de um terço até metade.

Por fim, como última modalidade, a reincidência reiterada, explica Chiquezi que:

A reincidência reiterada decorre da execução de novo crime por quem já era considerado reincidente. Seria a recidiva múltipla, com aumento de pena de até metade se for reincidência simples e de até dois terços se for agravada, na modalidade quinquenal, ou de um terço a dois terços em se tratando de reincidência em período de execução de pena ou fuga (CHIQUEZI, 2009, p. 63).

Para finalizar, é de valia ressaltar o artigo 99, parte final do Código Penal Italiano, que dispõe expressamente a proibição de o aumento de pena decorrente da reincidência ultrapasse a somatória da pena anteriormente imposta e a aplicada no novo delito.

2.7.4 Argentina

O Código Penal argentino disciplina a reincidência em seus artigos 50 a 53. Dá leitura destes, se extrai que a Argentina, adota como critério, a reincidência real, visto que, é necessário o cumprimento total ou parcial da pena imposta ao crime anterior.

Destes se afirma que não caracterizam reincidência os crimes políticos, militares próprios, anistiados, e os praticados por menores de dezoito anos de idade.

Chiquezi (2009) explica que a temporariedade é adotada pela Argentina, pois não configurará a reincidência após o decurso de período igual ao da pena cumprida, ressalvado os limites mínimos de cinco anos e máximo dez anos.

2.7.5 Colombiano

Zaffaroni lembra que desde 1980 a Colômbia aboliu o instituto da reincidência do seu ordenamento jurídico, afirmando que "o atual Código Penal colombiano, Lei n. 599 de 24 de junho de 2000, também não trata da recidiva nem há consequências mais gravosas para quem pratica nova infração após ter sido condenado anteriormente (ZAFFARONI, 2015, p.59).

3 METODOLOGIA

O trabalho aqui desenvolvido respaldou-se no método lógico-dedutivo, baseado em uma pesquisa doutrinária acerca de uma possível crítica ao instituto da reincidência em face das garantias constitucionais de um novo direito penal moderno ditado pelo Estado Democrático de Direito.

A bibliografia é calcada em artigos jurídicos científicos, doutrina, jurisprudências e revistas científicas. A maior parte do material foi encontrado no acervo da instituição de ensino ora em

curso, e o que ali não disposto, foi virtualmente acessado, como por exemplo, as últimas decisões dos tribunais superiores sobre o tema aqui em discussão, o qual como se constata, foi devidamente referenciado.

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A reincidência como visto no contexto do presente trabalho, é um instituto com previsão no nosso atual ordenamento jurídico, e tem como espécie a forma genérica e ficta, isto é, é considerado reincidente todo aquele que comete novo crime, não sendo necessário este ser de mesma espécie (genérica), após sentença penal transitada em julgado, e antes mesmo do cumprimento da pena do delito anterior, por isso chama-se ficta.

Os efeitos da reincidência tratados no tópico em específico, vimos que o seu campo de aplicabilidade vai desde a fixação da pena, isto é, no momento inicial de aplicação da sanção, até na fase executória desta, qual seja, no efetivo cumprimento da pena.

Relatamos com veemência que, o grau de prejudicabilidade, é de tamanha monta, em ambos o momento de sua incidência, sobre aquele taxado como reincidente, e que o critério levando em consideração para a sua aplicação pode ser considerado como ilógico, ao passo de que, resume-se em apenas no método de subsunção, isto é, aplicação "cega" de determinada norma ao caso em concreto.

Ainda em continuidade da análise dos efeitos estigmatizantes da reincidência, analisamos em tópico específico, a inequívoca configuração do chamado Direito Penal do Autor. A ideia defendida de Direito Penal do Autor, é a que resumidamente, se aduz, no se punir o que o indivíduo "é", e não o que ele "fez", isto é, puni-se o "ser" e não o fato cometido em desconformidade com a sociedade.

A ideia ressocializadora, preconizada em especial pelo Princípio Constitucional da Individualização da Pena, diante da aplicação dessa agravante, fica de longe afastada, pois, não se

tem uma análise pormenorizada e criteriosa do caso em concreto, o que se tem, é uma simples e mecânica aplicação da literalidade da lei seca.

A justificativa, sustentada pela doutrina majoritária, em que por decorrência do supracitado princípio, seria a causa suficiente a ensejar a aplicação da reincidência deve ser afastada, pois a ideia da função determinada pelo citado princípio ao sistema penitenciário, ou originalmente a pena, é a ressocialização do indivíduo na sociedade.

Assim, diante do flagrante desrespeito ao citado princípio, podemos ainda, arguir o desrespeito, ao Princípio do *Ne Bis In Idem*, princípio este fundamentado nos Princípios da Legalidade e da Proporcionalidade, pois na essência, o *Ne Bis In Idem* defende a vedação o duplo gravame sobre o mesmo fato, situação essa ocasionada pela reincidência.

Vários doutrinadores de renome como Paulo Queiroz, Paganella Bosh, Alberto Franco e Eugênio Zaffaroni comungam dessa violação ao citado princípio, e reinteram a configuração do chamado Direito Penal do Autor quando da aplicabilidade da reincidência.

Para sermos democráticos, argumentou-se alguns traços sustentados pela doutrina majoritária, e até mesmo, conforme outro tópico específico aberto, ao posicionamento atual dos tribunais superiores.

De uma análise ao direito comparado sobre o referido instituto, chegamos a conclusão que a reincidência estudada de um perspectiva genérica, encontra-se equilibrada entre os ordenamentos jurídicos alienígenas, pois, por exemplo, o Código Colombiano radicalmente entende pela sua extinção total, ou ainda o Português como de maestria, entende pela sua facultatividade, já Códigos como o Alemão, Argentino e o Italiano, não sabemos se pura coincidência e semelhança entre estes, a passagem pelos regimes totalitarista, todos esses tem o instituto da reincidência em seu grau de aplicabilidade o mais drástico e prejudicial possível sobre a figura do reincidente.

Ao fim proposto, resultamos que, a inconstitucionalidade do instituto da reincidência é firmemente defendida por uma corrente minoritária ao fundamento da configuração de *bis in idem*, a tipificação do chamado Direito Penal Autor, e até mesmo, o flagrante desrespeito ao Princípio da Individualização da Pena, interpretado esse em sua essência, é o entendimento que condiz com a

nossa realidade jurídica, com as nossas garantias constitucionais, ou melhor, é aquele que reafirma e legitima o nosso Estado Democrático de Direito.

Em contrapartida, é de ressaltar, que conforme o entendimento majoritário e o jurisprudencial citado acima, o instituto da reincidência não pode ser declarado inconstitucional ao argumento de sua legitimidade estar estampada no Princípio da Individualização da Pena, pois segundo este a pena anteriormente aplicada não foi suficiente a reprimir e a corrigir o infrator.

Busca-se com o citado princípio, adequar a pena a todas as peculiaridades do agente, para que esta seja justa a conduta perpetrada por este.

Como vimos, o reincidente é considerado, um agente infrator especial, em que por consequência, da sua conduta livre, novamente decide destruir ou colocar em perigo um bem jurídico.

Para a corrente que afirma a constitucionalidade da Reincidência, essa conduta do reincidente, consiste em um novo bem jurídico distinto daquele anteriormente reprimido.

REFERÊNCIAS

BITENCOURT, C. R. **Tratado de Direito Penal: Parte Geral**. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

BOSCHI, J. A. P. **Das Penas e seus Critérios de Aplicação**. 7 e.d. Porto Alegre: Livr. do Advogado, 2014.

CAPEZ, F. **Curso de Direito Penal: Parte Geral**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

CHIQUEZI, A. **Reincidência criminal e sua atuação como circunstância agravante**. 2009. 157 f. Dissertação. (Mestrado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2009.

CUNHA, R. S. **Manual de Direito Penal: parte geral**. 2. ed. Bahia : Editora JusPodivm, 2014.

DELMANTO, C. et. al. **Código Penal Comentado**. 8. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2015.

FRANCO, A. S. et. al. **Código Penal e sua Interpretação Jurisprudencial**. v. 1 - parte geral. 7. Ed. São Paulo: RT, 2011.

GRECO, R. **Curso de Direito Penal: Parte Geral**. 15. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2013.

JESUS, D. **Direito Penal - Parte Geral** - 36. ed. vol 1 São Paulo: Saraiva, 2015.

JAKOBS, G. MÉLIA, M. C. **Direito Penal do Inimigo – Noções e Críticas**. 6ª ed. Trad. André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

MIRABETE, J. F. **Manual de Direito Penal**. 32. e.d. São Paulo: Atlas, 2016.

QUEIROZ, P. **Direito Penal: Parte Geral**. 10. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

ZAFFARONI, E. R; PIERANGELI, J. H. **Manual de Direito Penal Brasileiro**. 11 ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2015.