

## A Inconstitucionalidade da Reincidência, Frente ao Princípio do Non Bis In Idem.

Victor da Silveira Graça\*

### INTRODUÇÃO:

A crítica sobre a inconstitucionalidade do instituto da Reincidência, frente ao princípio do “non bis in idem”, tem como principal objetivo problematizar os artigos. 63 e 64 do Código Penal Brasileiro que consagram como agravante a reincidência e o art. 67 que estabelece que em caso de concurso de circunstâncias agravantes e atenuantes dispendo que a reincidência deve ser uma das circunstâncias preponderantes a se tomar em consideração. Ficando claro que diante do sistema jurídico brasileiro, onde a presunção deve ser de inocência e não de culpabilidade, que a reincidência afeta o princípio do Non bis in idem, o que estigmatiza o indivíduo, diferenciando-o dos demais membros da sociedade. Enfim, este trabalho crítico, trata a reincidência como decorrência de um interesse estatal em classificar as pessoas em “disciplinadas” e “indisciplinadas” e é óbvio não ser esta a função do direito garantidor.

### 1. EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA REINCIDÊNCIA NO BRASIL

A palavra reincidência origina-se da expressão re-incidere que significa a repetição do acontecimento de alguma coisa. O dicionário Aurélio conceitua a reincidência como: ato ou efeito de reincidir. Obstinação, pertinácia, teimosia.

A reincidência pode ser genérica, específica e especialíssima. A genérica verifica-se quando se trata do cometimento repetido de crimes em geral, a específica é percebida quando o crime que é cometido repetidamente é semelhante ao crime anterior, já a reincidência especialíssima ocorre quando se trata de crimes idênticos.

A reincidência no Brasil esteve presente desde o Código Criminal do Império de 1830 (artigo 16, §3.º) e no Código Penal de 1890 (artigo 40); em ambos diplomas era tida como circunstância agravante, em relação ao "novo" delito, desde que da mesma natureza do antecedente (reincidência específica). Somente no Código de 1940, é que o legislador adotou simultaneamente a reincidência genérica e específica (artigos 46 e 47), porém em caráter perpétuo.

O anteprojeto do Código Penal brasileiro, elaborado pelo ministro Nelson Hungria, modificou o instituto da reincidência, para torná-lo temporário, estabelecendo um prazo prescricional de 05 anos para que a reincidência tenha poderes para majorar a pena do criminoso reincidente.

O Código Penal brasileiro não conceitua a reincidência. O que se faz é determinar o momento de sua incidência.

A partir da análise do Código Penal brasileiro entende-se por reincidência a circunstancia agravante que majora a pena do condenado. Quanto à previsão legal, a reincidência é de direito, portanto, para que se verifique a reincidência é preciso a observância dos requisitos legais, previstas no caput do art. 63 do Código Penal Brasileiro que dispõe:

“Art. 63 - 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”.

Fernando Capez, (2001 p. 227), conceitua a reincidência como "a situação de quem pratica um fato criminoso após ter sido condenado por crime anterior, em sentença transitada em julgado", lembrando sua natureza jurídica de agravante genérica de caráter subjetivo ou pessoal.

Damásio E. de Jesus, (1998 p. 437), segue na mesma linha, de uma forma mais sucinta, afirma que "reincidência deriva de recidere, que significa recair, repetir o ato. Reincidência é, em termos comuns, repetir a prática do crime" – contudo, no seu Manual, não faz nenhuma menção à problemática aqui tratada.

## 2. O PRINCIPIO DO NON BIS IN IDEM, NO ORDENAMENTO JURIDICO BRASILEIRO

Ne bis in idem, ou non bis in idem como é mais rotineiramente conhecido, tem sua expressão no Latim que significa: Sem repetição.

O princípio do Non bis in idem surge constantemente como uma das pilstras do Estado Democrático de Direito e por conseguinte do garantismo. Isto porque, veda a dupla incriminação, demonstrando, assim, que não se pode punir alguém duas vezes pelo mesmo fato. Encontra-se fundamentado no artigo 8º, inciso IV da Convenção Americana sobre Direitos Humanos: “O acusado absolvido por sentença passada em julgado não poderá ser submetido a novo processo pelos mesmos fatos”.

Assim, considerando que o Brasil ratificou o Tratado internacional, sobre os direitos humanos da Convenção Americana, Tércio Sampaio Ferraz Junior (2003, p. 240) ensina que: Os tratados são fontes cujo centro irradiador é o acordo entre as vontades soberanas dos Estados. As Convenções são celebradas no âmbito dos organismos internacionais que, reconhecidos, vêm seus atos normativos repercutirem no âmbito interno dos Estados.

O próprio Tercio Ferraz Jr. (2003, p.240) ainda afirma que:

“Sem falar, por último, dos costumes internacionais que prevalecem sobre as ordens jurídicas nacionais e equiparam-se, em força, às constituições”.

A emenda constitucional nº 45 de 08 de dezembro de 2004 acrescentou ao artigo 5º, inciso LXXVIII da Constituição Federal o parágrafo 3º, trazendo a possibilidade de os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada casa do congresso nacional, em dois turnos de votação, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serem equivalentes às emendas constitucionais.

Deste modo, após a citada reforma constitucional, verificamos a possibilidade de os tratados internacionais serem incorporados no ordenamento brasileiro com o status de norma constitucional, desde que cumpridos dois requisitos: a) O conteúdo do tratado internacional seja referente aos direitos humanos; b) A sua deliberação parlamentar obedeça aos limites formais estabelecidos para a edição das emendas constitucionais, quais sejam, deliberação em cada casa do Congresso Nacional, em dois turnos de votação, só sendo aprovado se obtiver três quintos dos votos dos respectivos membros parlamentares.

Uma boa parte da doutrina constitucional nacional há muito entendia que os tratados internacionais sobre direitos humanos, se fossem ratificados pelo governo brasileiro, restariam incorporados imediatamente ao ordenamento jurídico brasileiro com status de norma constitucional. Este pensamento decorria da interpretação de que a Constituição Federal, em seu art. 4º, II, assegura como um de seus princípios fundamentais a prevalência dos direitos humanos e também prevê, em seu art. 5º, § 2º, a aplicabilidade imediata dos tratados internacionais de que o Brasil seja parte. Certo é que estes pensadores só pregavam esta teoria para os tratados internacionais sobre direitos humanos. Os demais tratados seguiriam a regra geral, ou seja, só teriam validade se fossem ratificados pelo Congresso Nacional, através de decreto legislativo, conforme art. 49, I, da Constituição Federal e o Presidente da República editasse o decreto que o integraria ao ordenamento jurídico pátrio, conforme art. 84, IV, da Constituição Federal. Ademais, estes tratados não possuiriam status constitucional, ou seja, seriam equivalentes às leis ordinárias.

Portanto, o princípio do *Non Bis in Idem*, preceito internacional, de conteúdo intrinsecamente ligado aos Direitos Humanos, ingressa no ordenamento jurídico brasileiro como norma constitucional.

O princípio do *Non Bis in Idem*, para alguns doutrinadores como Alberto Silva Franco (1993, p.401) e Paulo Queiroz (2001, p.29), decorre dos princípios da estrita legalidade e da

proporcionalidade, versa sobre a proibição de dupla valoração fática de conduta delituosa, de modo a agravar a pena, ou seja, um mesmo sujeito não pode ser punido duas vezes pelo mesmo fato nem se pode imputar-lhe conseqüências posteriores que violem o princípio.

## 8. A REINCIDENCIA COMO FORMA AUTONOMA DE PENALIZAÇÃO

A reincidência não se compatibiliza com os preceitos de um direito penal de garantias, muito menos com as disposições da Constituição Federal de 1988, tornando imprescindível um repensar de todo ordenamento jurídico brasileiro, da qual resultará na inafastável abolição da circunstancia agravante da reincidência.

Alguns avanços já foram obtidos neste sentido. A sumula nº 241 do STJ dispõe que: “quando a reincidência incide na primeira fase do sistema trifásico, como circunstancia judicial, não poderá incidir na terceira fase, como causa de aumento.

Conceber o instituto da reincidência, no sistema democrático de direito é retrogrado. É pensar como os defensores da Escola Penal Clássica, admitindo que a pena anterior foi insuficiente, admitindo, portanto que o sistema penitenciário brasileiro é ineficaz, ou que a teoria da Escola Correcionalista é a única solução, concordando que o criminoso sofre de uma patologia e que a pena deve curá-lo, devendo ser indeterminada, até que o criminoso esteja sadio.

A reincidência, portanto, fere o princípio da culpabilidade, quando atribui responsabilidade penal pelo autor e não pelo fato. Tendo em vista que a sua pena esta sendo agravada por outro fato que não o do crime praticado. Tornando-se assim a reincidência como a

culpabilidade da culpabilidade, sendo a primeira do primeiro crime e a segunda também do primeiro crime que já teve a sua pena cumprida.

Por consequência, violando o princípio da culpabilidade, a reincidência viola o princípio da proporcionalidade quando se observa o excesso cometido pelo Estado por se valer de um mesmo fato para punir o mesmo indivíduo duas vezes.

Viola o princípio da igualdade, tendo em vista que durante longos cinco anos, o indivíduo que se apresenta novamente a sociedade como ressocializado, carregará o estigma de sua pena que já foi tão duramente cumprida.

Em seguida, viola o princípio da dignidade da pessoa humana, quando, mesmo tendo passado por todo o cumprimento de sua pena o sujeito que em condições normais enfrentará a dificuldade de conviver com os demais membros de sua sociedade, dificuldades oriundas do preconceito, agravado pelo estigma da reincidência.

É incompatível com o princípio do devido processo, e a presunção de inocência. O que ocorre com a reincidência é uma inversão desta presunção imputando ao indivíduo que para as leis penais esta ressocializado um rotulo de periculosidade e descrédito.

Por fim, viola o princípio do princípio do non bis in idem, quando o mesmo crime praticado pode ser levado em consideração quando do julgamento de um segundo que pode ser culposo inclusive.

Diante de todas as formas de violação aos princípios constitucionais, fica clara a incompatibilidade do instituto da reincidência com o ordenamento jurídico brasileiro que tem como parâmetro a dignidade da pessoa humana. Servindo assim, como uma forma autônoma de punição ao infrator reincidente. Punição que não é aplicada somente pelo crime e sim pelo fato de o reincidente não ter aprendido a lição que se tenta dar com a pena. Funciona como uma bronca de uma mãe para o filho que volta a cometer o mesmo erro e leva um tapa, por fazer o que era errado de novo e por ser teimoso e não aprender com o erro anterior.

Nilo Batista (2004, p. 111), em sua obra, tenta definir qual a missão do direito penal:

“[...] Quando se fala nos fins (ou missão) do direito penal, pensa-se principalmente na interface pena/sociedade e subsidiariamente num criminoso antes o crime; quando se fala nos fins (ou objetivos, ou funções) da pena, pensa-se nas interferências criminoso depois do crime/pena/sociedade. Por isso, a missão do direito penal defende (a sociedade), protegendo (bens, ou valores, ou interesses), garantindo (a segurança jurídica, ou a confiabilidade nela) ou confirmando (a validade das normas); ser-lhe-á percebido um cunho propulsor, e a mais modesta se suas virtualidades estará em resolver casos”.

## 8.1 CONSEQUÊNCIAS DA REINCIDÊNCIA

As conseqüências da reincidência, instituto antiquíssimo, resquício do código penal do império, estão disseminados por diversos diplomas legais tais como: a) Código Penal Brasileiro, parte geral e especial; b) Código Processual Penal Brasileiro e ainda em algumas Leis específicas. Senão vejamos:



Consequências previstas na parte geral do Código Penal:

a) agrava a pena privativa de liberdade em quantidade indeterminada dentro dos limites da cominação pertinente (art. 61, I, do CP);

b) prepondera no concurso de circunstâncias agravantes e atenuantes (art. 67, última parte, do CP);

c) impede a concessão da suspensão condicional da execução da pena (sursis) na hipótese de crime doloso (art. 77, I, do CP);

d) impede a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos na hipótese de crime doloso (art. 44, II, do CP), a não ser que a reincidência seja genérica e a substituição socialmente recomendável (art. 44, § 3º, do CP);

e) impede a substituição da pena privativa de liberdade por multa (art. 60, § 2º, e 44, § 2º, do CP);

f) provoca a conversão da pena substitutiva em pena privativa de liberdade (art. 45, I, do CP, atual § 5º do artigo 44);

g) aumenta de um terço à metade prazo de efetiva privação da liberdade para a obtenção do livramento condicional, se se tratar de crime doloso (art. 83, II);

h) aumenta para dois terços o prazo de efetivo cumprimento da pena privativa de liberdade para a obtenção do livramento condicional, se se tratar de crime hediondo ou equiparado (art. 83, V, primeira parte, do CP);

i) impede a concessão do livramento condicional quando se trata de reincidência específica em crimes hediondos, tráfico ilícito de entorpecentes, terrorismo e tortura (art. 83, V, parte final, a contrário senso, do CP, a contrário senso);

j) impõe ao agente o regime fechado para início de cumprimento de pena de reclusão (art. 33, § 2º, b e c do CP);

k) impõe ao agente o regime semi-aberto para início de cumprimento de pena de detenção (art. 33, § 2, c, do CP);

l) produz a revogação obrigatória do sursis em condenação por crime doloso (art. 81, I, do CP);

m) produz a revogação facultativa do sursis, na hipótese de condenação por crime culposos ou contravenção (art. 81, § 1º, do CP);

n) acarreta a revogação obrigatória do livramento condicional, sobrevindo condenação a pena privativa de liberdade por crime cometido durante a vigência do benefício (art. 86, I, do CP);

o) acarreta a revogação obrigatória do livramento condicional, sobrevindo condenação a pena privativa de liberdade por crime cometido anteriormente à vigência do benefício (art. 86, II, do CP);

p) acarreta a revogação facultativa do livramento condicional, sobrevindo condenação por crime ou contravenção, se imposta pena privativa de liberdade (art. 87, do CP);

q) revoga a reabilitação, quando sobrevier condenação a pena que não seja de multa (art. 95);

r) aumenta de um terço o prazo prescricional da pretensão executória e "de acordo com o que vem entendendo o Superior Tribunal de Justiça também o da prescrição da pretensão punitiva (art. 110, "caput", do CP);

s) interrompe a prescrição da pretensão executória (art. 117, VI, do CP).

Conseqüências previstas no Código de Processo Penal:

a) impede a concessão de fiança, em caso de condenação por delito doloso (art. 323, III, CPP);

b) possibilita a decretação da prisão preventiva (art. 313, III, CPP);

c) impede a liberdade provisória para apelar (art. 594, do CPP); e

d) impede o direito de aguardar o julgamento pelo Tribunal do Júri em liberdade (art. 408, § 2º, do CPP).

## 8.2 BEM JURIDICO TUTELADO

Tendo em vista os efeitos da reincidência fica claro que o instituto não tutela nenhum bem jurídico determinado. O que acontece é apenas uma presunção de que o sujeito que cometera um crime se voltar a violar alguma outra lei penal deverá ser mais severamente do que na primeira.

Assim, punindo mais severamente um indivíduo que bem jurídico determinado está sendo tutelado? A resposta a esta pergunta é muito difícil de ser respondida, pelo fato de não haver um bem determinado, senão um sentimento de justiça da sociedade, que como os afiliados da escola penal positivista, querem apenas separar os delinquentes do convívio social.

Não existe uma tutela à pessoa, à vida, à dignidade, ao patrimônio, à moral, à liberdade individual, à propriedade imaterial, à família, à incolumidade pública, à saúde, à paz ou fé publica, nem aos costumes. O que ocorre na verdade é o simples sentimento de desprezo pelo reincidente e uma falsa impressão de segurança que é trazida pelo tempo em que o indivíduo perigoso ficará afastado do meio social.

#### REFERENCIAS:

BATISTA, Nilo. Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro, 9ª ed. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2004.

BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal: parte geral volume I, 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

BRASIL, Constituição Federal. Vade Mecum – Coleção de Leis Rideel. São Paulo: Rideel, 2007.

BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. Xª ed. ver. e ampl. São Paulo: Malheiros, 03-2004.

CAPEZ, Fernando. Curso de Direito Penal: parte geral - v. 1. 2ª ed. Revista. São Paulo: Saraiva, 2001.

\_\_\_\_\_. Código Penal Brasileiro (Lei 2.848/1940). Vade Mecum – Coleção de Leis Rideel. São Paulo: Rideel, 2007.

JESUS, Damásio E. de. Direito Penal: parte geral. 27<sup>a</sup> ed. Ver. e atual. São Paulo: Saraiva, 2003.

MIRABETE, Julio Fabbrini. Manual de Direito Penal: Parte Geral, v. 1.13<sup>a</sup>. Ed. São Paulo: Atlas, 1998.

PRADO, Luiz Regis. Curso de Direito Penal Brasileiro. 1999

FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio, Introdução ao Estudo do Direito: Técnica, decisão, dominação. 4<sup>a</sup> ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2003.

QUEIROZ, Paulo de Souza. Direito Penal: Introdução Crítica. São Paulo: Saraiva, 2001.

\*Formando em Direito, estagiário do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia

victor\_graca@yahoo.com.br

Disponível em:

[http://www.viajus.com.br/viajus.php?pagina=artigos&id=864&idAreaSel=4&seeArt=ye\\_s](http://www.viajus.com.br/viajus.php?pagina=artigos&id=864&idAreaSel=4&seeArt=ye_s). Acesso em: 01 nov. 2007.