

A não recepção do instituto da reincidência pela Constituição Federal de 1988

Carlos Odon Lopes da Rocha*

I - INTRODUÇÃO

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988, faz-se necessário reexaminar determinados institutos legais, objetivando saber se os mesmos foram ou não recepcionados pela Carta Magna.

De acordo com a teoria da hierarquia das normas, elaborada por Hans Kelsen^[01], as normas legais ou infraconstitucionais devem se adequar às regras e princípios constitucionais, sendo com estes compatíveis, pois do contrário lhes faltará validade e legitimidade jurídica. É o chamado princípio da supremacia constitucional.

Nesse diapasão, o escopo do presente estudo será o de demonstrar que o instituto da reincidência criminal (art. 63 do Código Penal) não foi recepcionado pela Constituição, pois afronta um dos princípios e garantias fundamentais do indivíduo, qual seja, o *non bis in idem*, devendo, portanto, ser abolido do ordenamento jurídico pátrio, assim como já ocorreu em outros países.

Com amparo na doutrina e jurisprudência de alguns dos nossos tribunais, concluir-se-á que a reincidência - cujo escopo é o de agravar a situação do delinqüente - não deve ser aplicada pelo magistrado por ocasião da fixação da pena.

Por derradeiro, o assunto em tela merece maior ênfase em virtude de a doutrina pátria, em sua grande maioria, não adentrar no questionamento acerca da recepção ou não da reincidência penal pela Lei Fundamental. De grande valia, então, será o escólio de alguns juristas estrangeiros, entre os quais o argentino Eugenio Raúl Zaffaroni.

II – EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA REINCIDÊNCIA PENAL

Inicialmente, cumpre verificar que não há um conceito legal de reincidência, mas apenas a previsão de quando esta se verifica e deve ser aplicada (art. 63 do Código Penal). A doutrina, então, supre a omissão da lei e conceitua a reincidência. Assim, segundo a lição

de Damásio Evangelista de Jesus, "reincidência é, em termos comuns, repetir a prática do crime".^[02]

O instituto da reincidência teve origem nos Direitos Romano e Germânico, sendo que naquele, consoante escólio de Garraud, " (...) os juristas romanos confundiram constantemente a reiteração e a reincidência; (...) e que não se ocuparam senão na recaída no mesmo delito".^[03] Posteriormente, graças ao Direito Francês, a recidiva tomou os contornos atuais.

Com efeito, a legislação da Assembléia Constituinte Francesa continha dois diferentes sistemas de aplicação da reincidência. No primeiro, o agente tinha a pena duplicada se recaísse na prática de delitos de polícia correcional ou de polícia municipal. No segundo, o infrator, ao cometer um crime após sofrer uma condenação criminal, era apenado sem qualquer espécie de agravamento, devendo, contudo, ao término do cumprimento da pena, ser levado a um lugar próprio para criminosos.^[04]

Com o surgimento da Escola Clássica, alguns autores criticaram a agravamento da pena a partir do fato de alguém ser reincidente, por expressa violação ao princípio do *non bis in idem*. Essa *vexata quaestio* – objeto do presente estudo - será aprofundada mais adiante, em capítulo próprio.

No Direito Brasileiro, a reincidência sempre foi considerada como circunstância agravante da pena. Com efeito, o Código Criminal do Império de 1830, em seu art. 16, § 3º, aduzia: "Ter o delinqüente reincidido em delicto da mesma natureza".

Constata-se, *prima facie*, que o Código Imperial não definia "delito da mesma natureza", bem como não exigia condenação anterior. Coube à doutrina preencher a lacuna legal, asseverando Henrique de Souza que delitos da mesma natureza seriam aqueles "definidos ou qualificados pelo legislador debaixo de uma mesma denominação comum, verbi gratia, o homicídio, furto, estelionato etc."^[05] Já no tocante à condenação anterior, Mendes da Cunha afirmava que " a reincidência não é uma simples e indistinta repetição do crime; mas a repetição de um delito da mesma natureza, tendo sido o delinqüente pela primeira vez condenado."^[06]

Por seu turno, o Código Penal de 1890, em seu art. 40, dispunha que "a reincidencia verificca-se quando o criminoso, depois de passada em julgado a sentença condenatória, 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".

Conquanto tenha corrigido as omissões do código anterior, a lei penal de 1890 trouxe um conceito de recidiva, segundo Basileu Garcia, "excessivamente acanhado", e de "insignificante aplicação".^[07] Desse modo, a reincidência restaria configurada tão-somente se a conduta posterior fosse subsumível ao mesmo dispositivo legal referente à conduta anterior.

Constata-se, portanto, que os códigos penais supracitados acolhiam a reincidência específica.

A Consolidação das Leis Penais de 1932 manteve inalterado o instituto da reincidência específica, abrindo exceção tão-somente no que se referia aos crimes eleitorais. Dispunha o art. 178 da CLP que "haverá reincidência sempre que o criminoso, depois de condenado por sentença irrecorrível, cometer crime eleitoral, embora não infrinja a mesma disposição de lei". Eis, pois, o primeiro contorno dado à espécie de reincidência genérica.

Com o advento do Código Penal de 1940, as omissões legislativas de outrora foram supridas, vez que trazidas a lume as duas espécies de reincidência (genérica e específica), assim como a abrangência da definição de "delitos da mesma natureza".

Nesse diapasão, previa o art. 46, § 2º, do Código Penal de 1940, que os crimes da mesma natureza eram 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".

Vale salientar, ainda, que a reincidência, em qualquer de suas espécies - genérica ou específica -, fazia presumir a periculosidade do agente (art. 78, inc. IV).

Embora merecedora de elogios por parte de Roberto Lyra, pois a reincidência teria sido finalmente elevada à categoria de agravante por excelência, a Lei Penal em questão foi também severamente criticada. Galdino Siqueira ressaltou, mais uma vez, a omissão do legislador ordinário, que não levou em consideração conceitos conexos ao da recidiva, e.g., habitualidade e profissionalidade.^[08]

A partir do Código Penal de 1969, a reincidência específica foi extinta, sendo positivada, então, a reincidência genérica. Segundo a Exposição de Motivos desta lei, a recidiva específica foi eliminada, "pois significa limitação intolerável ao poder discricionário do juiz na aplicação da pena. Por outro lado, a reincidência específica perde inteiramente o sentido diante da do sistema de sanções previsto para os criminosos habituais por tendência. Estes, sim, são realmente importantes, constituindo aquela criminalidade endurecida contra a qual deve mover-se o sistema repressivo, com a maior eficiência".

Posteriormente, entrou em vigor, no ordenamento jurídico interno, a Lei 6.416/77, que trouxe três significativas modificações no instituto em apreço.

A uma, a extinção da reincidência específica, pois significava uma intolerável limitação ao poder discricionário do juiz na aplicação da pena. A duas, a inserção de um lapso temporal de cinco anos entre a data do cumprimento ou extinção da pena e a infração posterior, para que a recidiva produza seus efeitos legais (sistema da temporariedade)^[09], a fim de não estigmatizar para sempre o condenado. A três, a desconsideração dos crimes militares e políticos.

Adite-se que a Reforma da Parte Geral do Código Penal, Lei 7.209/84, no que tange à recidiva, manteve inalterados as regras estabelecidas pela Lei 6.416/77.

Destarte, o Direito Penal não mais distingue as reincidências genérica e específica. Expressamente prevê, entretanto, a recidiva ficta, ou seja, quando o agente comete novo crime após o trânsito em julgado da sentença que o tenha condenado por delito anterior. Vale lembrar, *ad argumentantum*, que a reincidência real é aquela quando o sujeito pratica a nova infração após cumprir, total ou parcialmente, a pena imposta em face do crime anterior.

Esclarece Luiz Regis Prado, *in verbis*:

"De conformidade com o ordenamento jurídico-penal brasileiro, a reincidência perfaz-se pela prática de novo crime pelo agente, depois de transitada em julgado a sentença que, no país ou no estrangeiro, o tenha condenado por crime anterior (art. 63, CP). Não se exige o efetivo cumprimento da sanção penal imposta pelo delito precedente (reincidência ficta), bastando a condenação irrevogável. Para fins de reincidência, 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 cinco anos, computado o período de prova da suspensão ou do livramento condicional, se não ocorrer revogação. Ademais, não se consideram os crimes militares próprios (art. 9º, CPM) e políticos (art. 64, I e II, CP)".^[10]

Por fim, a reincidência, além de ser uma circunstância agravante da pena (art. 63 do CP), produz outros efeitos danosos, tais como: a) prepondera tal circunstância na fixação da pena (art. 67 do CP); b) impede a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direito ou multa (art. 44, II, c/c art. 60, §2º, ambos do CP); c) impede a concessão da suspensão condicional da pena, na hipótese de crime doloso; d) aumenta o prazo para a concessão do livramento condicional (art. 83, II, do CP); e) impede que se inicie o cumprimento da pena em regime semi-aberto (a não ser quando se tratar de detenção) ou aberto (art. 33, §2º, b e c); f) aumenta o prazo para a prescrição da pretensão executória (art. 110, parte final, do CP); g) interrompe o prazo da prescrição (art. 17, VI, do CP); h) revoga o *sursis*, obrigatoriamente em caso de condenação por crime doloso (art. 81, I, do CP) e facultativamente na hipótese de crime culposo ou contravenção (art. 81, §1º, do CP); i) revoga o livramento condicional, obrigatoriamente em caso de condenação a pena privativa de liberdade (art. 86 do CP) e facultativamente na hipótese de crime ou contravenção quando aplicada pena que não seja privativa de liberdade (art. 87); j) revoga a reabilitação quando o agente for condenado a pena que não seja de multa (art. 95 do CP); l) impede o reconhecimento de causas de diminuição de pena (art. 155, §2º - furto privilegiado, art. 170 - apropriação indébita privilegiada, e art. 171, §1º - estelionato privilegiado); m) impede a prestação de fiança, em caso de condenação por delito doloso (art. 323, III, CPP); n) possibilita o reconhecimento da infração penal prevista no art. 25 da LCP; o) impede a liberdade provisória para apelar (art. 594 do CPP); e, p) admissão da prisão preventiva na hipótese do art. 313, III, do CPP.^[11]

III – REINCIDÊNCIA CRIMINAL: TEORIAS JUSTIFICADORAS

Por apreço à técnica jurídica, é de bom alvitre, primeiramente, delimitar o conceito de crime conforme as principais escolas de pensamento. Após, adentrar-se-á na seara da reincidência criminal.

Para a Escola Clássica, cujo jurista de maior renome foi Carrara, crime é "a infração à lei do Estado, promulgada para proteger a segurança dos cidadãos, resultante de um ato externo do homem, positivo ou negativo, moralmente imputável e politicamente danoso".^[12] Nesse diapasão, o delito há de ser visto como um ente jurídico, porquanto se atine a uma infração à lei estatal.

Já para os adeptos da Escola Positiva – de modo geral, críticos da Escola Clássica –, exsurge a idéia de crime como "fenômeno natural e social", segundo dizeres de Ferri. Elucida Sá: "(...) As diferenças fundamentais entre a Escola Clássica e a Positiva (...), enquanto a primeira dirige suas indagações ao crime, que encara como entidade jurídica, a segunda põe seu enfoque no delinquente como pessoa, bem como na sua atuação danosa no meio social."^[13]

Numa espécie de síntese das anteriores, tem-se o advento da Escola Técnico-Jurídica. Para os adeptos desta, entre os quais Artur Rocco, "deve a ciência criminal voltar-se exclusivamente para o estudo da lei positiva, com a elaboração do Direito Penal (...)"^[14]. Não obstante, o tecnicismo jurídico sofreu severas críticas por ter muitos pontos em comum com a Escola Clássica. Critica Aníbal Bruno ao dizer que "é uma forma de classicismo grandemente influenciada pela doutrina alemã, sobretudo depois de Binding".^[15]

Impõe-se asseverar que o crime, consoante a doutrina majoritária, pode ser conceituado, modernamente, sob dois aspectos principais, quais sejam, formal e material.

Costa e Silva, ao comentar o Código Criminal de 1890, já dizia que "em sentido material, crime é a ação (positiva ou negativa) que ofende ou põe em perigo determinados interesses cuja incolumidade a lei protege com a ameaça e conseqüente imposição de pena".^[16]

Nélson Hungria, por sua vez, afirma que, em sentido amplo, crime é o ilícito penal, ou seja, o fato (humano) típico (isto é, objetivamente corresponde ao descrito *in abstracto* pela lei), contrário ao direito, imputável a título de dolo ou culpa e a que a lei contrapõe a pena como sanção específica.

E esclarece, ainda, o mesmo jurista: "Na definição formulada acima, encontram-se fincados todos os sinais que, a nosso ver, devem ser distintamente considerados (segundo a teoria realista) na análise técnico-jurídica do crime: fato típico, injuridicidade (ilicitude jurídica), culpabilidade, punibilidade".^[17]

Sob a vertente do aspecto formal, de há muito o crime era conceituado como fato típico, antijurídico e culpável.^[18] Outros, acrescentavam, ainda, ao conceito retro, a punibilidade.^[19]

Hodiernamente, porém, com a positivação da teoria finalista da ação a culpabilidade foi abrangida pela conduta *lato sensu*, a qual integra o fato típico. Resta, pois, que o conceito de crime é o de fato típico e antijurídico.^[20]

O instituto da reincidência, por seu turno, é previsto nas legislações penais de diversos países. Esclarece José Paganella Boschi que:

"A agravação da situação do réu, no processo, em função da frequência da atividade criminosa (reincidência) é idéia que aparece desde a antiguidade e abarca todos os sistemas criminais, fundamentando-se na necessidade de reação contra o hábito de delinquir (consuetudo delinquendi). Assim é que Dahm, ao formular o conceito de reincidência da alta Idade Média, pondera que decisivo era somente a habitualidade da delinquência.)".^[21]

Para os adeptos da Escola Clássica, a reincidência justifica-se pelo fato de que a segunda infração exige uma maior reprimenda face à insuficiência da pena aplicada ao crime anterior, eis que a prática do novo delito nos mostra de maneira clara a rebeldia do delinquente. É a teoria da insuficiência da pena.

Nesse mesmo sentido, a exacerbação da pena, segundo Mirabete, justifica-se "plenamente àquele que, punido, anteriormente, voltou a delinquir, demonstrando com a sua conduta criminosa que a sanção normalmente aplicada se mostrou insuficiente para intimidá-lo ou recuperá-lo".^[22]

Para Garraud, "A reincidência denota, da parte do agente, a persistência na vontade de infringir a lei penal: demonstra mais insuficiência relativa da primeira advertência para corrigir".^[23]

Todavia, a teoria da insuficiência de pena não mais encontra embasamento legal, haja vista que, no ordenamento jurídico-penal brasileiro, para a configuração da reincidência, não há necessidade do efetivo cumprimento da pena anterior. Adota-se, pois, o conceito de reincidência ficta, ao revés da reincidência real.

Também criticando a teoria da insuficiência da pena anterior, Labatut Gléna afirma que "as tendências penais modernas, enfocando o problema em seu aspecto subjetivo, estimam que o feito da reincidência, isoladamente considerado, não tem maior significação e que a simples repetição de um delito, não dá margem para supor o fracasso da pena anterior".^[24] Em outras palavras, não se pode admitir a insuficiência da pena anterior para aumentar a atual, sem que se explique porque motivo a pena anterior foi insuficiente.

Sob outra vertente, há quem entenda que a reincidência faz-se necessária em razão da maior culpabilidade do criminoso.

Para Sá, "a reincidência deixa entrever a existência de tendências atuantes criminosas, que não se abalam com a ação inibitória das penas, quando não põe em evidência a ineficácia ou ineficiência das mesmas".^[25]

Mirabete, nesse diapasão, apregoa que a reincidência, como circunstância agravante, deve-se à maior censurabilidade na conduta do agente que recai na prática delitiva. A advertência feita ao criminoso em razão da anterior condenação transitada em julgado acarreta ao mesmo maior grau de culpabilidade.

O posicionamento supra é vergastado pelo simples fato de o reincidente possuir, ao revés, menor grau de culpabilidade na sua conduta, em virtude da incapacidade do Estado em ressocializá-lo. Com propriedade que lhe é peculiar, o jurista argentino Zaffaroni preleciona que, na maioria dos casos, são o próprio Estado e o próprio sistema penal que devem carregar a culpa da reincidência. Eles não passam de fabricantes de reincidência, e suas instituições de verdadeiros campos de treinamento de candidatos a reincidentes.

A corroborar tal entendimento, já alertava Donnedieu de Vabres que "o reincidente está próximo do doente de vontade [...]. Se de acordo com a doutrina objetiva, idealista, o rigor do castigo deve ser proporcional ao grau de liberdade contida no ato, o reincidente deve ser alvo de uma pena cada vez menos severa".^[26]

Além do mais, Zaffaroni critica a teoria da culpabilidade para justificar a aplicação da reincidência, vez que o Estado agrava a pena a partir de uma presunção da vida passada.

Sob outro aspecto, há quem justifica a agravação da pena para os recidivos em razão da sua maior periculosidade. A importância da recidiva reside na personalidade do agente delituoso, devendo ser apreciado em relação ao grau de sua periculosidade. Sendo assim, a reincidência consistiria na comprovada incorrigibilidade daquele que comete um novo delito.

Logo, a reincidência é vista como agravante pessoal, ou seja, de caráter subjetivo, revelando indícios de periculosidade do agente.

Nesse diapasão, Manzini asseverava que "a reincidência, com efeito, demonstra, com o novo delito, não só a vontade do delinquente de violar o respectivo preceito penal, mas também uma vontade persistente de delinquir, isto é, além da vontade de lesionar ou expor a perigo aquele determinado interesse que constitui o objeto jurídico de delito mesmo, também a vontade concorrente de não ajustar-se à ordem jurídica geral, penalmente sancionada".^[27]

Pela teoria da periculosidade, a personalidade perigosa, compreendida como um estado de grave desajustamento do homem às normas fundamentais de coexistência social, manifesta-se, principalmente, pela capacidade de uma pessoa de tornar-se, com probabilidade, autora de delito, podendo ser diagnosticada, através de determinados fatores, dentre os quais encontram-se os antecedentes e a reincidência criminal.

Sendo o conceito de personalidade perigosa (periculosidade) vago, confuso e caracteriza pela subjetividade, restaria lesionado o princípio da legalidade. O Estado estaria, em afronta ao garantismo penal, presumindo um eventual comportamento futuro do agente.

IV – DA NÃO RECEPÇÃO DA REINCIDÊNCIA PELA CARTA MAGNA. OFENSA AOS PRINCÍPIOS DO *NON BIS IN IDEM*, ISONOMIA E CULPABILIDADE.

Com o advento da Carta Magna de 1988, faz-se necessário analisar a adequação ou compatibilização das normas infraconstitucionais com as regras e princípios hierarquicamente superiores (normas constitucionais), e não sendo possível essa adequação, tem-se que aquelas não foram recepcionadas pela Constituição.

Dessa forma, interpretando conforme a Constituição o artigo 63 do Código Penal, conclui-se que o instituto da reincidência não se compatibiliza com alguns dos princípios constitucionais fundamentais, tais como o princípio da culpabilidade, do *non bis in idem* e da isonomia.

E a doutrina nacional, na voz autorizada de Fauzi Hassan Choukr, já advertiu: "O direito brasileiro impossibilita a dupla persecução pelo mesmo fato criminoso. Tal previsão não está expressamente prevista na Constituição Federal, mas pode ser dela extraída tanto do seu artigo 5º, § 1º, como da Convenção Interamericana (Pacto de San Jose da Costa Rica)." [28]

A reincidência viola o princípio da culpabilidade porque sanciona mais gravemente a quem é menos culpável. Esta teoria defende que o fracasso da pena anterior atribuída ao agente significa menos a sua culpabilidade, vez que o agente, por ter estado mais tempo no cárcere, está também mais deteriorizado pela segregação marginalizante a que foi submetido. Considerá-lo reincidente "afrentaria o princípio da culpabilidade, por estabelecer-se sobre uma pessoa cuja imputabilidade está diminuída por obra do próprio Estado". [29]

Segundo a lição de Boschi:

"O aumento de pena pela reincidência vem sendo intensamente contestado. Argumenta-se, primeiro, que a prática de nova infração pelo mesmo réu decorre menos de sua predisposição de não atender às recomendações da pena e mais da falta de assistência ao deixar a penitenciária. Os presos, em razão do estigma, dificilmente conseguem restabelecer seus vínculos sociais e recolocarem-se no mercado de trabalho. É nessa direção a proposta de consideração da co-culpabilidade como fator de influência na dosimetria da pena, examinada no capítulo anterior". [30]

E, por fim, conclui o mesmo autor:

"A primeira orientação [inconstitucionalidade da reincidência] é, sem dúvida, consentânea com o princípio que proíbe a dupla valoração da mesma circunstância. É, também, a que melhor reflete a tese de 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 em continuar violando a lei, como tradicionalmente se afirma, mas, isto sim, pode e deve ser compreendida, também, como a expressão final do processo perverso de estigmatização do homem pela prisão e da absoluta falta de políticas oficiais de amparo ao egresso, criadoras de novas oportunidades para a harmônica reintegração ao mundo livre pelo trabalho, pela edificação da moradia, pela reconstrução da família." [31]

A reincidência também viola, sob outra perspectiva, o princípio do *non bis in idem*, ou seja, o princípio de que ninguém pode ser punido duas vezes pelo mesmo fato. Se questiona a reincidência na medida em que se traduz uma maior gravidade da pena do segundo delito, posto que essa maior gravidade é resultado de um delito anterior, já julgado em definitivo, pois a condenação anterior, pressuposto da reincidência, é a consequência do delito anterior. [32]

Assim, a reincidência realizaria um "duplo jogo de penas" [33]: primeiro castiga-se o autor pelo delito cometido, logo este delito vale para que na 2ª ou 3ª condenação se aplique outra pena mais grave. Este argumento não é novo, já tendo sido proposto, no século XIX, por Gesterling.

Na doutrina, posicionam-se a favor da abolição da reincidência do ordenamento jurídico pátrio, por violação ao princípio do *non bis in idem*, Alberto Silva Franco, que ressalta que "o princípio da legalidade não admite, em caso algum, a imposição de pena superior ou distinta da prevista e assinalada para o crime e que a agravação da punição, pela reincidência, faz, `no fundo, com que o delito anterior surta efeitos jurídicos duas vezes´". [34]

O jurista italiano Ferrajoli igualmente questiona a constitucionalidade da reincidência, *in verbis*:

"A condição de reincidente (o pré-julgado) [...], foi severamente criticado por muitos escritores renomados que com razão rechaçaram, por respeito ao princípio da retribuição, em considerá-la como um motivo de agravamento da pena. A pena, escreve Pagano, cancela e extingue integralmente o delito, e o condenado que já a sofreu se transforma em inocente [...]. Portanto, não se pode incomodar o cidadão por aquele delito cuja pena já foi cumprida. E Morelly chega inclusive a pedir que se castigue a quem ousar recordar publicamente as penas sofridas no passado por alguém por causa delitos precedentes". [35]

Na doutrina estrangeira, Muñoz Conde ensina que:

"(...) a reincidência não passa de `pena tarifada´ por ensejar pena sem culpabilidade e por fato diverso. Desse modo, afronta ao princípio do *ne bis in idem*, sendo evidência da opção legislativa pela culpabilidade de caráter (ou pelos fatos da vida), em detrimento da culpabilidade pelo fato do agente, em que se sustenta o moderno direito penal da culpa". [36]

Nesse diapasão é a posição de Zaffaroni e Pierangeli, para os quais a agravação da pena pela reincidência é incompatível com os princípios de um direito penal de garantias e a sua constitucionalidade é duvidosa.

Esses autores asseveram que:

"Nada mais sendo do que uma nova reprovação ao delito anterior, a aplicação do plus de gravidade da pena (seja em sua quantidade, seja na forma de seu cumprimento), decorrente do reconhecimento a reincidência, constitui intolerável afastamento de princípios e regras constitucionais, devendo, assim, ser rechaçado numa nova atuação de Justiça Criminal, pautada por um exercício de poder que faça do exercício da função judiciária um instrumento de limitação, controle e redução da violência punitiva".^[37]

Ademais, para Maia Neto:

"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 não sentença posterior, está, em verdade, aumentando o quantum da pena do delito anterior, e não elevando a pena do segundo crime".^[38]

Destarte, a agravação da pena pela reincidência, consoante o próprio autor, constitui-se em violação ao princípio do *non bis in idem*.

Ao cumprir a pena, o indivíduo satisfaz a sanção estatal estabelecida. O agravamento pela reincidência implica em penalizar outra vez o mesmo delito (o primeiro), com a projeção de uma pena, já cumprida, sobre outra, em total desacordo com os princípios adotados em nossa Constituição Federal.

Com o agravamento da pena pela reincidência pune-se o autor do delito e não o fato típico por este cometido, projetando-se no futuro as conseqüências de um ato já perfeitamente concretizado.

Por fim, a reincidência viola o princípio da isonomia, pois ao se proibir, e.g., a concessão de liberdade condicional aos reincidentes, há a consagração de uma desigualdade de tratamento entre aqueles que a lei classifica como reincidentes e os que carecem dessa condição.

Trata-se, na realidade, de emprestar ao indivíduo, por determinado período de tempo, um estigma, que o acompanhará e sobre ele incidirá, no caso da prática de outro fato delituoso. É a forma objetiva de desintegração social, que descumpre a finalidade oficial da pena, qual seja, a ressocialização, eis que o reincidente é indivíduo rotulado, pertencente a um grupo especial de pessoas, diferente dos demais.

Na legislação estrangeira, é importante fazer um comparativo com o instituto da reincidência nos Códigos Penais Alemão e Colombiano. Naquele, as condenações

anteriores do réu só podem ser consideradas como agravantes dentro de uma escala penal, e à medida que são relevantes, não mais permite a modificação da escala. A reincidência, na Alemanha, tem efeito somente em relação ao estabelecimento prisional à modalidade de execução da pena, com fulcro numa maior periculosidade do agente.^[39] Já na Colômbia, o instituto da reincidência foi abolido de ordenamento jurídico.^[40]

Na jurisprudência, tem-se decisões paradigmas negadoras da aplicação da reincidência, *expressis*:

"TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. A **reincidência, além de agravar a pena do novo delito, constitui-se em fator obstaculizante de uma série de benefícios legais**, tais como a suspensão condicional da pena, o alongamento do prazo para o deferimento da liberdade condicional, a concessão do privilégio do furto de pequeno valor, só para citar alguns. **Esse duplo gravame da reincidência é antigarantista, sendo, à evidência, incompatível com o Estado Democrático de Direito [...]**"^[41][sem grifo no original].

"TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. EMBARGOS INFRINGENTES. AGRAVAÇÃO DA PENA PELA REINCIDÊNCIA. A **agravação obrigatória da pena pela reincidência, caracteriza bis in idem. Um mesmo fato não pode ser tomado em consideração duplamente porque possibilita uma inadmissível reiteração no exercício do jus puniendi do Estado**. Embargos acolhidos para que prevaleça o voto minoritário que afasta o acréscimo da pena pela reincidência. Predominância dos votos mais favoráveis em razão do empate"^[42] [sem grifo no original].

"SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. RESP – Penal – Processual – Agravante – Reincidência – Prova – Certidão de Trânsito em Julgado. A reincidência está incluída no rol das circunstâncias agravantes [...]. Ademais, o instituto da reincidência não se esgota, porém, em dado meramente cronológico: crime praticado depois de condenação por crime anterior, com trânsito em julgado. **Impõe-se, além disso, examinar se a repetição do agente evidencia tendência genérica, ou específica para a criminalidade, aferindo, assim, a personalidade do autor**".^[43] [sem grifo no original]

Portanto, a caracterização da reincidência em desfavor do acusado enseja evidente violação aos princípios do *non bis in idem*, da isonomia e da culpabilidade, valores vigentes em todo e qualquer Estado (que afirme ser) Democrático de Direito.

VI - REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BOSCHI, José Antônio Paganella. **Das Penas e seus Critérios de Aplicação**. 2 ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

CARVALHO, Amilton Bueno de; CARVALHO, Salo de. **Aplicação da Pena e Garantismo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón. Teoría del garantismo penal.** 4ª ed. Trotta: Madrid, 2001.

FRANCO, Alberto Silva. **Código Penal e sua interpretação jurisprudencial.** 5. ed. São Paulo: RT, 2001.

GARCIA, Luiz M. **Reincidencia y punibilidad: aspectos constitucionales y dogmática penal desde la teoría de la pena.** Buenos Aires: Astrea, 1985.

JESUS, Damásio Evangelista de. **Direito Penal – Parte Geral.** 21. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito.** 6. ed. Tradução de: João Baptista Machado. Coimbra: Coimbra, 1984.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Manual de Direito Penal.** 13. ed. São Paulo: Atlas, 1998.

NETO, Cláudio Furtado Maia. **Direitos Humanos do Preso.** Porto Alegre: Fabris, 1998.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro – Parte Geral.** 2 ed. São Paulo: RT, 1999.

Notas

⁰¹ KELSEN, H. **Teoria pura do direito.** 6.ed. Tradução de: João Baptista Machado. Coimbra: Coimbra, 1984.

⁰² JESUS, Damásio E. **Direito Penal – Parte geral.** 21. ed. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 554.

⁰³ Apud SÁ, José Sinval. **Aspectos jurídicos da reincidência.** 1981. 51 f. Dissertação de Mestrado em Direito e Estado. Faculdade de Direito. Universidade de Brasília. Brasília. Recomenda-se a leitura deste notável trabalho, fruto da tese de mestrado do autor na Universidade de Brasília, aprovado com louvor pela banca examinadora.

⁰⁴ SÁ, José Sinval. Op. cit., p. 53.

⁰⁵ Idem, p. 66.

⁰⁶ Idem, p. 67.

⁰⁷ Idem, p. 54.

⁰⁸ Idem, p. 68.

⁰⁹ PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro – Parte Geral**. 3 ed. rev. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 426.

¹⁰ Ibidem.

¹¹ MIRABETE. Julio Fabbrini. **Manual de Direito Penal – Parte Geral**, v.1. 8. ed. São Paulo: Atlas, 1994, p. 289.

¹² Apud SÁ, José Sinval. Op. cit., p. 07.

¹³ SÁ, José Sinval. Op. cit..p. 09.

¹⁴ Idem, p. 10

¹⁵ Ibidem.

¹⁶ Idem, p. 18.

¹⁷ Idem, p. 19.

¹⁸ NORONHA, Magalhães., CERNICCHIARO, Luiz Vicente., FRAGOSO, Heleno., BRUNO, Aníbal. É a doutrina majoritária no Brasil e no mundo.

¹⁹ HUNGRIA, Nélon e GARCIA, Basileu.

²⁰ JESUS, Damásio de; e MIRABETE, Júlio F.

²¹ BOSCHI, José Antônio Paganella. **Das Penas e seus Critérios de Aplicação**. 2 ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. p. 242.

²² MIRABETE. Julio Fabbrini. **Manual de Direito Penal – Parte Geral**, v.1. 13. ed. São Paulo: Atlas, 1998, p. 296.

²³ Apud SÁ, José Sinval. Op. cit., p. 48.

²⁴ Idem. p. 47.

²⁵ SÁ, José Sinval. Op. cit., p. 47.

²⁶ Apud SÁ. Op. cit. p. 47.

²⁷ Apud SÁ. Op.cit. p. 50.

²⁸ CHOUKR, Fauzi Hassan. **Processo Penal à luz da Constituição**. 1ª ed. Bauru: Edipro, 1999.

²⁹ GARCIA, Luiz M. **Reincidencia y punibilidad: aspectos constitucionales y dogmática penal desde la teoría de la pena**. Buenos Aires: Astrea, 1985, p. 117/118.

³⁰ BOSCHI, José Antônio Paganella. **Das Penas e seus Critérios de Aplicação**. 2 ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 244.

³¹ Idem, p. 246.

³² GARCIA, Luiz M. Op. cit.; p. 127.

³³ Ibidem.

³⁴ FRANCO, Alberto Silva. **Código Penal e sua interpretação jurisprudencial**. 5. ed. São Paulo: RT, 2001, p. 781.

³⁵ FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón. Teoría del garantismo penal**. 4ª ed. Trotta: Madrid, 2001. p. 507. *"La condición del reincidente (o pre-juzgado), culpabilizada desde la antigüedad, fue acremente criticada por muchos escritores ilustrados que con razón rechazaron, por respeto al principio de retribución, considerarla como un motivo de agravación de la pena. La pena, escribe Pagano, cancela y extingue íntegramente el delito, y el condenado que la há sufrido se transforma en inocent [...]. Por tanto, no se puede incomodar al ciudadano por aquel delito cuya pena ya se há cumplido. Y Morelly llega incluso a pedir que se catigue a quien osare recordar públicamente las penas sufridas en el pasado por alguien a causa de delitos precedentes"*.

³⁶ Apud GARCIA, Luiz. Op. cit., p. 101.

³⁷ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro – Parte Geral**. 2 ed. São Paulo: RT, 1999, p. 841.

³⁸ NETO, Cláudio Furtado Maia. **Direitos Humanos do Preso**. Porto Alegre: Fabris, 1998, p. 147.

³⁹ GARCIA, Luiz M. Op.cit., p. 97.

⁴⁰ CARVALHO, Amilton Bueno de; CARVALHO, Salo de. **Aplicação da Pena e Garantismo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p. 61.

⁴¹ TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL. 5ª Câmara Criminal. AC nº 699.291.050. Relator: Amilton Bueno de Carvalho. Data do julgamento: 11.8. 1999.

⁴² TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL. 3º Grupo Criminal. EI n.º 70000916106. Data do julgamento: 13.11.00.

⁴³ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. 1ª Turma. RESP nº 158045/BA. Relator: Luiz Vicente Cernicchiaro. Data do julgamento: 17.02.99.

* Advogado, procurador do Distrito Federal, pós-graduando em Direito Público pelo Instituto Brasiliense de Direito Público (IDP)

Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=10212>

Acesso em: 15 de agosto de 2007