

**A (IN) CONSTITUCIONALIDADE MATERIAL DO INSTITUTO DA
REINCIDÊNCIA PENAL**

**THE MATERIAL (UN) CONSTITUTIONALITY OF THE CRIMINAL
RECURRENCE INSTITUTE**

Airto Chaves Junior

Doutorando e Mestre em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí (UNIVALI); Professor Titular de Direito Penal e Direito Processual Penal da mesma Universidade; Professor de Direito Penal da Escola do Ministério Público do Estado de Santa Catarina (EMPSC); Professor de Direito Penal da Escola da Magistratura do Estado de Santa Catarina (ESMESC). Advogado Criminalista em Santa Catarina. E-mail: oduno@hotmail.com

Halison Tharley Nolli

Bacharel em Direito pela Universidade do Vale do Itajaí (UNIVALI). Analista da Defensoria Pública do Estado de Santa Catarina. Email: hltmolli@hotmail.com

Informações de Submissão

Recebido em: 27/07/2015

Aceito em: 17/11/2015

Publicado em: 02/12/2015

Palavras-chave

Reincidência. Direito Penal de Autor.
Inconstitucionalidade.

Keywords

Recurrence. Criminal Law of the Author.
Unconstitutionality.

Resumo

A presente pesquisa objetiva verificar a (in) constitucionalidade material da reincidência e sua respectiva adequação aos objetivos da Constituição da República Federativa do Brasil. O objetivo geral leva em conta a dualidade direito penal do autor e direito penal de fato e busca, a partir deste plano diferencial de perspectivas, averiguar distintas formas de tratamento do instituto da reincidência para agravar a pena e vedar benefícios penais em razão da prática de novas infrações penais. Os objetivos específicos são: a) estudar o instituto da reincidência no Direito Penal Brasileiro; b) analisar as matizes do Direito Penal de Autor; c) averiguar se a reincidência apresenta correspondência com os valores constitucionalmente delineados ou está em conflito com eles. Ao final, a pesquisa demonstra que a previsão da reincidência, tal como se encontra legalmente instituída no Código Penal Brasileiro, não se encontra em harmonia com os objetivos da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, que visam promover a igualdade, o fim da marginalização e das desigualdades sociais. Quanto à metodologia empregada, registra-se que, na Fase de Investigação foi utilizado o Método Indutivo. Já, a fase de construção das considerações finais do artigo é composta na base lógica Indutiva.

Abstract

This research aims to evaluate the material (un) constitutionality of the recurrence and its adequacy to the Constitution of the Federative Republic of Brazil goals. The general objective takes into account the criminal law of the author and criminal law in fact duality and seeks, from this differential perspective plan, find out different ways of treating the recurrence institute to aggravate the penalty and seal criminal benefits due to the practice of new criminal offenses. The specific objectives are: a) study the recurrence institute on Brazilian criminal law; b) to analyze the

nuances of criminal law of the author; c) to examine if the recurrence shows correspondence with the constitutionally delineated values or if is in conflict with them. Finally, the research demonstrates that the prediction of recurrence, as is legally established in the Brazilian penal code, isn't in harmony with the objectives of the 1988's Constitution of the Federative Republic of Brazil, that aim to promote equality, the end of marginalization and social inequality. Regarding the methodology, it is recorded that in research phase was used the Inductive Method. And, the construction of the final remarks phase of the article consists in the Rationale Inductive bases.

1 INTRODUÇÃO

A reincidência está prevista no art. 63 do Código Penal Brasileiro e prevê diversos efeitos negativos para o acusado ou apenado. Os Tribunais Brasileiros e parte da doutrina nacional justificam a existência e manutenção do instituto sob o argumento da necessidade de maior reprovabilidade do autor de um crime que já foi condenado em sentença transitada em julgado, pois este, em tese, não deveria voltar a delinquir, tendo em vista que já conhece o sistema penal e, em tese, já teria sido ressocializado pelo sistema.

A construção argumentativa é fundamentada, especialmente, na seguinte premissa: se o agente, já condenado em sentença definitiva voltar a delinquir, a responsabilidade pela reincidência é exclusivamente sua. Denotar-se-ia, com isso, maior periculosidade, pois o autor de um crime que já conhece o sistema penal e ainda assim, insiste a continuar cometer crimes devido a seu caráter voltado para essa prática.

A premissa, porém, não pode ser tida como verdadeira. Isso porque, além de se punir o autor por aquilo que ele representaria (*direito penal de autor*), e não pelo fato praticado (*direito penal de fato*), sustenta-se numa presunção de periculosidade, o que culmina por gerar uma dupla punição pelo mesmo fato, caracterizadora do *bis in idem*.

Ocorre que a presunção de periculosidade não se coaduna com o que dispõe a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, pois o texto constitucional adotou dentre seus objetivos a inclusão social e o fim da marginalização e das desigualdades sociais. A reincidência vai de encontro com tais objetivos, pois promove a exclusão social, a marginalização e desigualdade.

Diante disso, a constitucionalidade da reincidência pode ser contestada a partir de dois pressupostos: a) **material**: ou seja, sua incompatibilidade substancial com os objetivos constitucionais, por estar ela pautada no Direito Penal do Autor (leva em consideração o sujeito delinquente e não o fato praticado); e, b) **formal**: por confrontar diretamente com os Tratados de Direitos Humanos que o Brasil ratificou e que vedam à dupla punição pelo mesmo fato.

O trabalho que aqui se inicia abordará a reincidência apenas a partir do primeiro pressuposto, ou seja, a sua inconstitucionalidade sob o enfoque material, levando-se em conta a incompatibilidade da previsão do instituto com os objetivos constitucionais.

O objetivo será constatar que a única teoria que se coaduna com a reincidência é a do *Direito Penal de Autor*, pois são levadas em conta circunstâncias pessoais e não fáticas para se aumentar a pena de um crime, instrumentalização que não encontra correspondência com a Constituição da República Federativa do Brasil.

Quanto à metodologia empregada, registra-se que, na Fase de Investigação foi utilizado o Método Indutivo. Já, a fase de construção das considerações finais do artigo é composta na base lógica indutiva.

2. A REINCIDÊNCIA PENAL

A reincidência¹ é o instituto de Direito Penal que visa repreender de forma mais gravosa o autor de crime que já tenha cometido outro crime, e tenha por este sido condenado com sentença transitada em julgado, num intervalo de tempo não superior a cinco anos.²

O instituto pode ser dividido em reincidência **real** ou **ficta**. A *reincidência real* ocorre quando o agente comete novo delito depois de já ter efetivamente cumprido pena por crime anterior. Por outro lado, a *reincidência ficta* ocorre quando o autor de um crime comete um novo delito depois de ter sido condenado em sentença definitiva, mas antes de cumprir pena.³

O Código Penal Brasileiro adotou a reincidência ficta e prevê, dentre outros, os seguintes efeitos: (a) agrava a pena privativa de liberdade (art. 61, I CP); (b) determina regime de cumprimento de pena mais severo (art. 33, CP); (c) impede substituição de pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, se especifica em crime doloso (art. 44, II, CP); (d) impede substituição da pena privativa de liberdade por multa (art. 60, § 2º, CP); (e) prepondera no concurso de circunstâncias agravantes e atenuantes (art. 67, CP); (f) obstrui o *sursis* quando da prática de crime doloso (art. 77, I, CP); (g) aumenta o lapso temporal de cumprimento da pena para obtenção do livramento condicional (art. 83, II, CP); (h) aumenta o prazo (art. 100, CP) e interrompe a prescrição (art. 117, VI, CP); (i) revoga o *sursis* (art. 81, CP) e a reabilitação (art. 95, CP); (j) impede alguns casos de diminuição da pena (art. 155, § 2º; 170 e 171, § 1º, do CP); (l) autoriza o decreto de prisão preventiva ainda que a pena do crime praticado, abstratamente, não comporte máximo de 4 (quatro) anos (art. 313, II, CPP); (m) impossibilita a suspensão condicional do processo (art. 89, Lei nº. 9.099/95); (n) impede o reconhecimento da minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas, dentre outras situações.

3. ASPECTOS HISTÓRICOS

¹ Segundo Romeu Falconi, a palavra *reincidência* tem origem no latim “incidere” e significa “incorrer”, “acontecer” ou “ocorrer”. O prefixo “re” resolve a problemática vernacular que concerne à reiteração: “incorrer outra vez”. FALCONI, Romeu. **Lineamentos de Direito Penal**, 3. ed., rev., ampl. e atual. São Paulo: Cone, 2002, p. 285.

² NUCCI, Guilherme de Souza. **Código penal comentado**. 10. ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2010.

³ NUCCI, Guilherme de Souza. **Código penal comentado**. 10. ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2010, p. 435.

A compreensão de que o agente reincidente merece punição maior é bastante antiga na história da humanidade. Comporta previsão bíblica no livro do *Velho Testamento*⁴.

Estudos indicam que foi nos Direitos Romano e Germânico onde ela aparece pela positivada pela primeira vez. Porém, foi no Direito Francês que a reincidência penal ganhou contornos determinantes. O Código Penal Francês de 1810 deu início a essa nova fase. Sofreu várias alterações, principalmente pela reforma de 1885. Contudo, a maior mudança ocorreu em 1907. Na Alemanha, os alemães a previam apenas para alguns delitos patrimoniais, tais como o furto, o roubo, a receptação e o estelionato. Portugal, em 1891, aplicava pena de deportação para os autores de crimes quando reincidentes. Era, segundo Falconi⁵ “*uma forma velhaca de corrigir os problemas internos, passando-os para outras plagas*”.

A Inglaterra, em 1908, tendo em vista que o problema da reincidência começava a ter repercussão maior, criou o instituto da “*Prevention of crime act*”. Tal providência teve reflexos imediatos em algumas localidades dos Estados Unidos, que a adotou com as alterações regionais necessárias. O mesmo ocorria na União Soviética em suas quinze Repúblicas.⁶

No Brasil, a reincidência acompanha a legislação penal desde sempre. O Código Criminal do Império de 1830 consagrava a reincidência em seu artigo 16, §3º, como circunstância agravante, no entanto, a reincidência deveria ser específica⁷ (prática de novo delito da mesma natureza do precedente).

Da mesma forma, o Código Penal de 1890, artigo 40, considerava circunstância agravante a reincidência específica⁸. A redação antiga do Código Penal de 1940 estabelecia,

⁴ Ver Levítico, Cap. 26, Versículo 23-28: “(...) 23. Se ainda com estas coisas não vos corrigirdes voltando para mim, mas ainda andardes contrariamente para comigo; 24. Eu também andarei contrariamente para convosco, e eu, eu mesmo, vos ferirei sete vezes mais por causa dos vossos pecados; 25. Porque trarei sobre vós a espada, que executará a vingança da aliança; e ajuntados sereis nas vossas cidades; então enviarei a peste entre vós, e sereis entregues na mão do inimigo; 26. Quando eu vos quebrar o sustento do pão, então dez mulheres cozerão o vosso pão num só forno, e devolver-vos-ão o vosso pão por peso; e comereis, mas não vos fartareis; 27. E se com isto não me ouvirdes, mas ainda andardes contrariamente para comigo; 28. Também eu para convosco andarei contrariamente em furor; e vos castigarei sete vezes mais por causa dos vossos pecados. (...)”.

⁵ FALCONI, Romeu. **Lineamentos de Direito Penal**, 3. ed., rev., ampl. e atual. São Paulo: Cone, 2002, p. 285.

⁶ FALCONI, Romeu. **Lineamentos de Direito Penal**, 3. ed., rev., ampl. e atual. São Paulo: Cone, 2002, p. 285-286.

⁷ Segundo Zaffaroni e Pierangeli, 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. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro**. Parte Geral. 6. ed. revista e atualizada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 716.

⁸ FALCONI, Romeu. **Lineamentos de Direito Penal**, 3. ed., rev., ampl. e atual. São Paulo: Cone, 2002, p. 286.

além da reincidência específica, a reincidência genérica⁹, com caráter de perpetuidade, nos artigos 46 e 47.

A Lei 6.416 de 1977 extinguiu a reincidência específica e limitou o tempo dos efeitos da condenação anterior, adotando o sistema da temporariedade ou transitoriedade, de forma que deixaram de prevalecer os efeitos da reincidência se decorridos cinco anos.¹⁰

Atualmente, a reincidência está prevista no artigo 63 do Código Penal, redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984¹¹. Assim, pela redação do artigo 63 do Código Penal, pode-se constatar que nosso ordenamento jurídico adotou a reincidência genérica.

3.1 Conceito de reincidência

A reincidência significa a prática de novo crime depois do trânsito em julgado de sentença criminal condenatória anterior. Juarez Cirino dos Santos¹² estrutura o conceito a partir de três premissas:

- a) Condenação por crime anterior (qualquer que seja a pena aplicada, excluída a condenação por contravenção penal);
- b) Trânsito em julgado da condenação anterior (imutabilidade da decisão por esgotamento ou preclusão de recursos);
- c) Prática de novo crime após transitar em julgado a condenação anterior (a nova conduta criminosa deve ser posterior ao trânsito em julgado da condenação criminal anterior).

A condenação de que trata o art. 63 do Código Penal pode ser proferida no Brasil ou no estrangeiro. Porém, quando a sentença condenatória for articulada em outro país, há necessidade que o fato seja também punível no Brasil.¹³

⁹ Conforme ensinamento de Zaffaroni e Pierangeli: fala-se em reincidência *genérica*, que se conceitua como o cometimento de um delito depois de ser sido o agente condenado e submetido à pena por outro delito. Zaffaroni, Eugenio Raúl. PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro**. Parte Geral, p. 716.

¹⁰ PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal brasileiro**, volume 1: parte geral, art. 1º a 120. 10. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo. Revista dos Tribunais. 2012, p. 496.

¹¹ O dispositivo menciona: 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.

¹² CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **Direito Penal**. 3. ed. Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2008, p. 579.

¹³ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro**. Parte Geral. 6. ed. revista e atualizada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 721.

Embora não seja necessário nenhum requisito especial para a sentença estrangeira ou sua homologação no Brasil, para que ela possa gerar os efeitos da reincidência, alguns pressupostos deverão ser atendidos¹⁴:

- a) A conduta também deve ser considerada crime no Brasil;
- b) Deve haver a previsão da reincidência no país que foi cometido o crime, por exemplo, não seria possível condenar como reincidente no Brasil uma pessoa condenada na Colômbia, porque esta legislação não prevê a reincidência.

Isso porque, de nada adiantaria a observância destas formalidades ou requisitos para aplicação sem se levar em conta que a sentença penal estrangeira deve ser produzida com a observância do devido processo legal. Assim, preceituam Zaffaroni e Pierangeli¹⁵ que “(...) deve tratar-se de uma sentença condenatória pronunciada como conclusão de um processo em que se tenha respeitado os direitos humanos fundamentais, em tema de garantias processuais do *due process of Law* (...)”.

Para efeitos da reincidência, não se consideram as infrações penais militares próprias anteriormente praticadas, crimes políticos e contravenções penais. Apesar disso, a lei não faz distinção do crime anterior (se se trata da mesma infração ou crime diverso), ou se foi ele praticado dolosa ou culposamente.¹⁶

Deve-se, entretanto, observar-se o prazo estabelecido no art. 64 do Código Penal. Conforme este dispositivo, não há reincidência se entre a data do cumprimento ou extinção da pena do crime anterior e a prática da infração posterior tiver decorrido período de tempo superior a 5 (cinco) anos. Neste caso, computa-se o período de prova de suspensão da pena (*sursis*, conforme o art. 77 e ss. do Código Penal) ou do livramento condicional (de acordo com o art. 83 do Código Penal), se não tiver ocorrido revogação.¹⁷

¹⁴ Conforme: NUCCI, Guilherme de Souza. **Código penal comentado**. 10. ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2010.

¹⁵ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro**. Parte Geral. 6. ed. revista e atualizada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 724.

¹⁶ Nas palavras de Zaffaroni e Pierangeli: [...] Existem códigos estrangeiros em que os efeitos da reincidência limitam-se às penas privativas de liberdade, mas isso não ocorre com a lei brasileira, porque nesta sequer existe fundamento para excluir os delitos apenados com multa [...]. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro**. Parte Geral. 6. ed. revista e atualizada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 723.

¹⁷ De acordo com Paulo Cesar Busato, a razão desse recorte na possibilidade de consideração da reincidência é fundamentada na seguinte ideia: a reincidência é tratada como uma resposta negativa para o réu em função de que ele voltou a delinquir. Neste caso, a “passagem do tempo de cinco anos sem prática de novo crime, por outro lado, representa um período em que, ao menos teoricamente, o sujeito demonstra estar socialmente reintegrado, pelo que seu passado negativo é desprezado. A revogação do *sursis* ou do livramento condicional, em

Em miúdos, o autor de um crime será considerado reincidente se cometer um novo delito após ter sido condenado em sentença irrecorrível, desde que não se tenha decorrido prazo superior a cinco anos contados do cumprimento ou extinção da pena do crime anterior e o cometimento do novo delito.

No Brasil, hoje, o conceito de reincidência é um conceito técnico-jurídico, assim como *primariedade*¹⁸, na medida em que somente se pode falar em reincidência quando satisfeitos os requisitos legais. A prática de vários crimes anteriores, condenações criminais sem trânsito em julgado ou mesmo, múltiplos delitos em curto espaço de tempo não geram reincidência. A condenação anterior definitiva é pressuposto indispensável para sua verificação.

4. O DIREITO PENAL DE AUTOR

Antes de adentrar no conceito de *Direito Penal de Autor*, faz-se necessário entender o que significa *Direito Penal de Fato*. Conforme Claus Roxin¹⁹, o *Direito Penal de Fato* é a regulação legal que visa punir alguém por ter cometido um fato, tipificado como infração penal; e, este fato típico se relacione apenas com a conduta do agente e não com elementos ligados à personalidade ou modo vida do autor do fato típico. Trata-se, portanto, de uma “(...) regulação legal, em virtude da qual a punibilidade se vincula a uma ação concreta descrita tipicamente (...) e a sanção representa só a resposta do fato individual, e não a toda condução da vida do autor e os perigos que no futuro se esperam dele”²⁰.

O Direito Penal de Fato tem origem nos princípios liberais e é considerado uma garantia de igualdade na aplicação da lei penal. Isso porque influi na segurança jurídica dos direitos individuais, pois evita que arbitrariedades sejam utilizadas como fundamentos para condenação de alguém.²¹ Neste sentido, o ordenamento jurídico que se baseia em princípios de Estado Democrático de Direito, se inclinará, sempre, a regular o direito sancionador tendo

contrapartida, deriva necessariamente da prática de fatos que evidenciam a desobediência às regras impostas para o processo de reinserção social projetado. Assim, a revogação dos benefícios demonstra a falta de adaptação à proposição legal de regras de convivência, fazendo com que o período perca justificativa material para ser computado em favor do condenado”. (BUSATO, Paulo Cesar. **Direito Penal**. Parte Geral. São Paulo: Atlas, 2015, p. 890).

¹⁸ Primário é o indivíduo *não reincidente*.

¹⁹ ROXIN, Claus. **Derecho Penal**. Parte General. Fundamentos, la estructura de la teoria del delito. Traducción y notas Diego- Manuel Luzón Peña y otros. Madrid: Civitas, 2006.

²⁰ ROXIN, Claus. **Derecho Penal**. Parte General. Fundamentos, la estructura de la teoria del delito. Traducción y notas Diego- Manuel Luzón Peña y otros. Madrid: Civitas, 2006, p. 176.

²¹ MOLINA, Antonio García-Pablos de. **Derecho penal**: introducción. Servicio publicaciones facultad derecho, Universidad Complutense Madrid. Madrid, 2002, p. 359.

por base o fato praticado e não os elementos ligados ao modo de vida do agente que praticou o fato.²²

De forma semelhante, Antonio García-Pablos de Molina²³ anota que o ser humano responde perante a lei penal pelo que fez (sua ação), e não pelo o que ele é. Todo delito pressupõe, portanto, uma conduta, um comportamento.

Numa aproximação de miragem limitadora do sistema punitivo (contenção), o Direito Penal de Fato dá azo para duas consequências mais destacadas: a) ninguém pode ser punido pelos seus pensamentos; b) a forma de ser do sujeito, bem como a sua personalidade não pode servir de fundamentos para responsabilizá-lo criminalmente ou mesmo, agravar de sua pena.

²⁴

Apesar disso, como bem salienta Roxin²⁵, as intenções preventivo-especiais tendem a criar tipos penais pautados na personalidade do sujeito, relegando o fato por ele praticado. Na Itália, por exemplo, Vincenzo Manzini²⁶ sustentava que a repetição de uma conduta proibida após a condenação por fato anterior indicaria que o indivíduo não estaria correspondendo às expectativas decorrentes da aplicação da pena, já que persistiria sua disposição antissocial. Para ele, o instituto da reincidência não aumenta a gravidade objetiva do delito, mas serve de instrumento para qualificar como mais criminoso a personalidade do seu autor. Interno a esta concepção, a reincidência estaria intrinsecamente atrelada ao elemento subjetivo do autor e produziria reflexos no exame da culpabilidade. A adoção desse posicionamento revela que a censurabilidade da culpabilidade leva em conta, preponderantemente, a pessoa do delincente, e não o fato por ele cometido.

Não existe, porém, um critério unitário acerca do que seja o Direito Penal de Autor, mas características que permeiam a sua presença. De acordo com Zaffaroni e Pierangeli²⁷, a conduta possui valor de sintoma de uma personalidade; o proibido e reprovável ou perigoso seria a personalidade e não o comportamento. Por isso, não se condenaria tanto o furto, como o "ser ladrão"; não se responsabilizaria tanto o homicídio como o ser homicida, etc. Numa

²² ROXIN, Claus. **Derecho Penal**. Parte General. Fundamentos, la estructura de la teoria del delito. Traducción y notas Diego- Manuel Luzón Peña y otros. Madrid: Civitas, 2006.

²³ MOLINA, Antonio García-Pablos de. **Derecho penal**: introducción. Servicio publicaciones facultad derecho, Universidad Complutense Madrid. Madrid, 2002, p. 359.

²⁴ MOLINA, Antonio García-Pablos de. **Derecho penal**: introducción. Servicio publicaciones facultad derecho, Universidad Complutense Madrid. Madrid, 2002.

²⁵ ROXIN, Claus. **Derecho Penal**. Parte General. Fundamentos, la estructura de la teoria del delito. Traducción y notas Diego- Manuel Luzón Peña y otros. Madrid: Civitas, 2006, p. 176.

²⁶ MANZINI, Vincenzo. Tratado de Derecho Penal, t. 3, p. 462. Citado por: GALVÃO, Fernando. **Direito Penal**: parte geral. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 764.

²⁷ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro**. Parte Geral. 6. ed. revista e atualizada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 107.

manifestação extrema, dizem os autores, pode-se afirmar que o Direito Penal de Autor é a corrupção do Direito Penal, em que não se proíbe o ato em si, mas o ato como manifestação de uma "forma de ser" do autor, esta sim considerada verdadeiramente delitiva.²⁸

Eis, então, os pressupostos comuns para imposição de um Direito Penal de Autor: responsabilização pelo modo de vida ou a personalidade do agente, diametralmente em oposição à ação sua ação individual. Constitui, portanto, a antítese do Direito Penal de Fato, consubstanciado num modelo de Direito Penal Totalitário, bastante defendido pelos nacionais-socialistas alemães a partir da tomada do poder na Alemanha da década de 1930.²⁹

Importa anotar que nem todo o Direito Penal de Autor se funda num Direito Penal de Periculosidade, conforme exposto. Zaffaroni e Pierangeli³⁰ colocam que existe uma concepção do Direito Penal de Autor que é também Direito Penal de Culpabilidade e que, como tal, não nega a autonomia moral do homem, pois parte da premissa de que a personalidade que se inclina ao delito é gerada na repetição de condutas que num começo foram livremente escolhidas e, portanto, postula que a reprovação que se faz ao autor não o é em virtude do ato, mas em função da personalidade que este ato revela (culpabilidade de autor). Por isso, também entende que o proibido é a personalidade, o que se chama "tipo de autor". Neste sentido, pode-se afirmar que “todo direito penal de periculosidade é direito penal de autor, enquanto o direito penal de culpabilidade pode ser de autor ou ‘de ato’ (que é o seu oposto)”.

²⁸ Claus Roxin, de forma semelhante registra que o que se faz culpável aqui para o autor não é o fato que cometeu, e sim o que o autor é, mirando-se nele objeto da censura legal. In: ROXIN, Claus. *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos, la estructura de la teoria del delito*. Traducción y notas Diego-Manuel Luzón Peña y otros. Madrid: Civitas, 2006, p. 177. Partindo deste pressuposto, resta evidente a afronta ao princípio da isonomia, uma vez que se pune pelo que se é (ou imagina ser) e não por aquilo que se fez (fato certo e determinado).

²⁹ Registra Francisco Muñoz Conde que, tão logo foi instalado o Regime Nazista, desencadeou-se um Programa Político-Criminal com propostas ideológicas reacionárias. Exemplo disso pode ser extraída da aprovação de uma lei que tratava da delinquência habitual, na qual pela primeira vez se convertia em Direito vigente à internação em custódia de segurança por tempo indeterminado dos delinquentes habituais, abrindo-se paralelamente os campos de concentração, nos quais não apenas se internavam os dissidentes e opositores ao regime, como também as pessoas suscetíveis a prática corriqueira de delitos, ou simplesmente, marginalizados sociais, como prostitutas, mendigos, alcoólatras, toxicodependentes, etc. O ápice disso, porém, se deu no fim do regime nacional-socialista e em plena Segunda Grande Guerra, com a elaboração do projeto de lei para o tratamento dos “Estranhos à Comunidade”. Sob esse conceito, incluíam pessoas tão diferentes como vagabundos e mendigos com inclinação a cometer delitos patrimoniais de escassa gravidade, associais, sujeitos briguentos, delinquentes sexuais, incluindo-se entre eles os homossexuais. Para esses últimos, propunha-se a castração; para os delinquentes por tendências a delitos graves, à pena de morte; “se assim requeresse a defesa da comunidade do povo ou a necessidade de uma expiação justa” e em geral, a reclusão por tempo indeterminado em campos de trabalho e a esterilização “quando se possa esperar uma herança indesejável para a comunidade do povo”. Ver: MUÑOZ CONDE, Francisco. *As origens ideológicas do Direito Penal do Inimigo*. **Revista Justiça e Sistema Criminal**. v. 3 – n. 4 – Jan./Jun. 2011. Curitiba: FAE Centro Universitário, p. 20-21.

³⁰ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro**. Parte Geral. 6. ed. revista e atualizada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 108.

Em síntese, anota Roxin³¹ que a culpabilidade do autor reside (desde uma perspectiva determinista) na responsabilidade do homem pelo seu caráter, por que a periculosidade do delinquente condicionada por sua personalidade se apresenta diretamente como elemento de culpabilidade.

Veja-se que, dentro de uma perspectiva sistêmica de análise, seria possível pensar em culpabilidade pelo fato individual e também culpabilidade pelo modo de vida. No entanto, “só a primeira é adequada a um modelo de sistema de imputação criminal de um Estado de Direito”³². Isso porque o Direito Penal baseado no fato praticado é regulado, ao menos teoricamente, pelo princípio da isonomia. De outra parte, o Direito Penal de Autor é sustentado em premissas subjetivas e arbitrárias, circunstância que não torna possível a garantia da igualdade na seleção de “fatos” típicos ou mesmo, na avaliação de responsabilidades do agente.

5. REINCIDÊNCIA E DIREITO PENAL DE AUTOR

A legitimidade da reincidência como agravante de pena é contestada por alguns autores, sob o argumento de que esta quebra a proporcionalidade, que necessariamente deve existir entre o crime praticado e a pena, já que esta última se vê influenciada por uma circunstância totalmente estranha ao fato que se encontra sobre análise. Assim, “a reincidência não é verdadeiramente um *circunstancia*, já que não se relaciona com o delito praticado, e sim com o seu autor”³³. Apesar disso, são muitos os autores que acabaram sustentar a reincidência a partir do incremento de uma espécie de “periculosidade presumida”, ainda que os seus defensores não forneçam fundamentação unitária e coerente a respeito do tema. A análise da (i) legitimidade da reincidência obriga, de qualquer maneira, que se questione a respeito desses fundamentos, o que se fará a partir dos estudos de Zaffaroni e Pierangeli. São cinco os alicerces enfrentados pelos autores³⁴:

- a) *A reincidência demonstra uma maior periculosidade da pessoa*. Isso, todavia, não se sustenta. Isso porque nada faz presumir ser mais provável que se venha a praticar um delito de emissão de cheque sem provisão de fundos, quem antes

³¹ ROXIN, Claus. **Derecho Penal**. Parte General. Fundamentos, la estructura de la teoria del delito. Traducción y notas Diego- Manuel Luzón Peña y otros. Madrid: Civitas, 2006, p. 177.

³² BUSATO, Paulo Cesar. **Direito Penal**. Parte Geral. São Paulo: Atlas, 2015, p. 95.

³³ GALVÃO, Fernando. **Direito Penal**: parte geral. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 764.

³⁴ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro**. Parte Geral. 6. ed. revista e atualizada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 719-720.

causou um homicídio culposo na direção de veículo automotor, do que aquele que nada fez até então. De igual parte, não se pode compreender ser mais provável que alguém venha a cometer um delito porque foi intimado, dias antes, de uma sentença condenatória definitiva, quando, por qualquer inconveniente burocrático, poderia vir a ser intimado uns dias após, e, portanto, não tivesse transitado em julgado essa sentença, quando da prática do segundo delito.³⁵ Para contrapor-se a estas considerações que os autores estimamos serem de todo irrefutáveis, não faltaram autores que acabaram por inventar a ideia da "periculosidade presumida". Porém,

(...) a periculosidade, no caso de se poder valorá-la, constitui um juízo fálico, e, por conseguinte, jamais poderia ser presumido *juris et de jure*, porque se assim fosse, estabeleceria a presença de um fato quando o fato não existe, e isso, na ciência jurídica, não se denomina "presunção" e sim "ficção".³⁶

- b) *Dentro da teoria psicológica da culpabilidade (de base causalista), sustentou-se que a reincidência demonstrava uma decisão da vontade do autor mais forte ou dotada de maior permanência.* Esta compreensão não é, em absoluto, correta. A razão é que pode acontecer ter a própria condenação anterior reforçado essa decisão, e, por outro lado, quando os delitos são completamente diferentes (lesões corporais culposas e furto, por exemplo), não se pode falar de um reforço de uma vontade que não existe.
- c) *Dentro da teoria normativa da culpabilidade (de base finalista) entende-se que se a condenação anterior não foi suficiente para reforçar os mecanismos de contramotivação do autor, faz-se necessário reforçar a condenação pelo segundo delito.* Grande erro. Os defensores dessa teoria esquecem que a mera intimação de uma condenação, sem qualquer cumprimento de pena, não pode funcionar como instrumento contramotivador a nada, ressalvada a hipótese de se lhe atribuir efeitos mágicos. Inclusive, nem mesmo uma regulação da reincidência "real", ou seja, que exija o efetivo cumprimento da pena, funciona neste sentido. Pelo

³⁵ A respeito deste ponto, Fernando Galvão registra que "não é correto entender que a reincidência possa interferir no exame da imputabilidade, mas sim no exame da exigibilidade de uma conduta diversa. Uma vez advertido por uma condenação anterior, é mais exigível que o indivíduo não volte a cometer novos crimes. Assim, considerando-se o fato concreto que se encontra sob análise, pode-se concluir que a culpabilidade de um indivíduo reincidente é maior que a culpabilidade de um primário, na medida em que lhe seria mais exigível que compatibilizasse sua conduta com o ordenamento jurídico, após a advertência judicial imposta pela anterior condenação". In: GALVÃO, Fernando. **Direito Penal**: parte geral. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 764-765.

³⁶ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro**. Parte Geral. 6. ed. revista e atualizada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 719.

contrário, sabe-se que a pena com muita frequência labora como instrumento motivador e condicionante da assunção do rol ou papel desviado do sujeito.

- d) *Ainda, dentro dessa mesma corrente da culpabilidade normativa, pode-se falar de uma ampla gama de matizes de culpabilidade de autor, isto é, de reprovações da personalidade, do caráter, da "condução de vida", ou seja, todas consideradas como violações do princípio da legalidade, e do Direito Penal de Fato, já observada quando essa pesquisa cuidou do título "O Direito Penal de Autor".*³⁷
- e) Uma última tese que emerge em face do fracasso das anteriores, ou ante sua inadmissibilidade diante dos princípios básicos de qualquer Direito Penal que respeita a dignidade da pessoa, *procura justificar a agravação da pena pela reincidência num maior conteúdo do injusto do fato.* Neste sentido, a pessoa que comete um delito depois de ter sido condenada pela prática de um crime anterior afetaria a imagem pública do Estado, como provedor da segurança jurídica, com o que haveria dois bens jurídicos atingidos: um seria o do delito cometido depois de um primeiro, o outro seria a imagem do Estado, que sairia denegrada quanto ao seu eficaz cumprimento de sua função de provedor da segurança jurídica. Consubstanciar-se-ia, então, numa presunção de maior conteúdo do injusto do segundo delito, em decorrência de uma dupla ofensa que o seu autor teria provocado.³⁸

³⁷ Em comentários ao Código Penal Alemão, Claus Roxin observa que a agravante da pena pela reincidência do § 48 v. a., em que pese todos os esforços para lhe dar uma fundamentação distinta, somente se podia explicar partindo da aceitação de uma *culpabilidade pela condição de vida* e, portanto era inconciliável com o princípio da *culpabilidade pelo fato*. Por isso, tal preceito foi derogado sob a precisão da crítica contra o dispositivo referido pela 23ª StrÄG, de 13-4-1986. In: ROXIN, Claus. **Derecho Penal**. Parte General. Fundamentos, la estructura de la teoria del delito. Traducción y notas Diego- Manuel Luzón Peña y otros. Madrid: Civitas, 2006, p. 177.

³⁸ Ao que parece, este foi o principal argumento em que se ancorou o Plenário do Supremo Tribunal Federal que em votação unânime, no dia 4 de abril de 2013, declarou a constitucionalidade da reincidência como agravante de pena em processos criminais. A questão foi julgada no Recurso Extraordinário (RE 453000) interposto contra acórdão (decisão colegiada) do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (TJ-RS) que manteve a pena de quatro anos e seis meses imposta a um condenado pelo crime de extorsão e entendeu como válida a incidência da agravante da reincidência, na fixação da pena. No caso, a Defensoria Pública argumentava que a aplicação da reincidência caracterizaria *bis in idem*, ou seja, o réu seria punido duas vezes pelo mesmo fato. No voto do Relator, ministro Marco Aurélio, anotou-se que "o instituto constitucional da individualização da pena respalda a consideração da reincidência, evitando a colocação de situações desiguais na mesma vala". Assim, o instituto da reincidência estaria em harmonia com a lei básica da República – a Constituição Federal – e "a regência da matéria circunscreve-se com a oportuna, sadia e razoável política criminal, além de envolver mais de 20 institutos penais". O voto do Ministro Relator foi acompanhado por todos os demais ministros que participaram do julgamento – Rosa Weber, Luiz Fux, Dias Toffoli, Cármen Lúcia, Ricardo Lewandowski, Gilmar Mendes e o presidente, Joaquim Barbosa. A decisão, porém, ignora por completa a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos (Caso Fermín Ramírez contra Guatemala, decidido em sentença de 20.06.2005). A Suprema Corte da Argentina já havia cuidado do tema no Processo nº. 6.457/09 - Caso Taboada Ortiz). Nesta oportunidade, julgaram-se inconstitucionais todos os dispositivos legais que preveem agravamento de pena em relação ao reincidente. Dentre outras questões, vale destacar as seguintes considerações do voto do Ministro

Problema é que, dentro desta perspectiva de análise, a pessoa é avaliada pelo Direito Penal como uma variável independente e não como uma variável dependente das situações. Vale dizer: a lei penal trabalha com falsas imagens, pois se baseia em ações isoladas ao invés de considerar as interações; funda-se em sistemas de responsabilidade biológica e não em sistemas de responsabilidade social. Assim, toda sistemática penal se funda na ideia de culpabilidade individual, não levando em consideração o meio-ambiente que vive o autor do crime, desprezando-se por completo o sistema social em que este se insere.³⁹

Além disso, esta última tese esbarra num sério inconveniente: a afronta ao princípio *non bis in idem*. É que a pena mais grave que se impõe na condenação pelo segundo delito decorre do primeiro, pelo qual o agente já havia sido julgado e condenado. Argumenta-se, neste caso, que o aumento na pena do crime posterior não tem seu fundamento no primeiro, e sim na condenação anterior,

(...) mas isto não passa de um jogo de palavras, uma vez que a condenação anterior decorre de um delito, e é uma consequência jurídica do mesmo. E, ao obrigar a produzir seus efeitos num novo julgamento, de alguma maneira se estará modificando as consequências jurídicas de um delito anterior.⁴⁰

Isso, inclusive, ofende o princípio da legalidade (CRFB/88, art. 5º, XXXIX) que veda, em qualquer hipótese, a possibilidade de imposição de pena superior ou distinta daquela prevista e assinalada para aquele determinado fato típico, de modo que a agravação gerada pela reincidência para outro fato faz com que o delito anterior surta efeitos jurídicos duas vezes.⁴¹ Assim,

(...) a reincidência não pode configurar por si só, um quantum de pena, já que seria esta pena derivada do crime anterior, chegando a um insuportável *bis in idem*. Isto porque uma fração de pena – aquela que equivale ao aumento proporcionado pela

Eugênio Raúl Zaffaroni: “Fica claro que a pena aplicada não guarda relação com a culpabilidade pelo fato, sim, reprova-se o autor pela sua qualidade de reincidente, premissa que denota a aplicação de pautas vinculadas ao direito penal de autor e da periculosidade. Cabe destacar que a Corte Interamericana de Direitos Humanos considerou que a invocação da periculosidade ‘constitui claramente uma expressão do exercício do *ius puniendi* estatal sobre a base de características pessoais do agente e não do fato cometido, isto é, substitui o direito penal do fato, típico do sistema penal da sociedade democrática, pelo direito penal de autor, que abre as portas para o autoritarismo, precisamente em uma matéria na qual se acham em jogo bens jurídicos de grande hierarquia (...). Em consequência, a introdução no texto legal da periculosidade do agente como critério para a qualificação típica dos fatos e para a aplicação de certas sanções, é incompatível com o princípio da legalidade criminal e, por conseguinte, contrário à Convenção Americana de Direitos Humanos (CIDH, Serie C. n° 126, caso Fermín Ramírez contra Guatemala, sentença de 20 de junho de 2005)”.

³⁹ QUEIROZ, Paulo. **Direito Penal**. Parte Geral. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 102.

⁴⁰ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro**. Parte Geral. 6. ed. revista e atualizada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 720-721.

⁴¹ FRANCO, Alberto Silva. **Código Penal e sua interpretação jurisprudencial**. 5. ed. , rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 781.

agravante genérica da reincidência – deriva **integralmente** de outro crime, cuja pena foi completamente cumprida pelo apenado.⁴²

Conforme se observa, a reincidência não parece encontrar lugar no Direito Penal Brasileiro sob uma perspectiva constitucionalizada, pois, como bem lembra Alexandre Morais da Rosa⁴³, está ela de mãos dadas com a análise da personalidade do agente, com franca influência da Escola Positiva, e fundamentada na periculosidade, viola escancaradamente o princípio do *non bis in idem* e da intangibilidade da coisa julgada.⁴⁴ Neste sentido, a melhor maneira de se compreender o instituto da reincidência, é imaginar um instrumento que serve para identificar as pessoas em *disciplinadas* e *indisciplinadas*. Possui, assim, um fim alegórico: manter a disciplina e a ordem, sob a ameaça de se aumentar a pena daquilo que se fez e se quitou, punindo-se novamente a situação anterior.⁴⁵

Note-se que as circunstâncias agravantes acabam por provocar a adição de tempo à pena base. As adições de tempo à pena, porém, devem comportar um fundamento material. A maneira de como a reincidência é prevista no âmbito legislativo penal deixa claro que ela se refere unicamente a condenação com trânsito em julgado pretérita do agente. Por isso, “oferecer-lhe uma parcela de pena em face de crime anterior, pelo qual ele já teve individualizado e adequado castigo, configura absurdo *bis in idem*”^{46, 47}.

⁴² BUSATO, Paulo Cesar. **Direito Penal**. Parte Geral. São Paulo: Atlas, 2015, p. 891; BUSATO, Paulo César. Antecedentes, Reincidência e Reabilitação à Luz do Princípio da Culpabilidade. In: BASTOS DE PINHO, Ana Cláudia; MELO GOMES, Marcus Alan (Org.). **Ciências Criminais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 222-223.

⁴³ MORAIS DA ROSA, Alexandre. **Decisão penal**: a bricolagem de significantes. Rio de Janeiro: Lumen Jures, 2006, p. 354-355.

⁴⁴ Há precedentes do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul que avali a questão da sob este prisma. Para esses julgados, a reincidência, tal como hoje concebida (agravante da pena), deve ser afastada diante de sua flagrante inconstitucionalidade. Anota-se, nesta seara, o acórdão oriundo da Apelação Criminal nº. 70005125489, que atesta referido posicionamento: (...) Quanto à reincidência, acompanho a posição adotada por esta Câmara, segundo a qual a reincidência como agravante se configura inconstitucional por se tratar de um bis in idem, embora possa ser considerada na dosimetria da pena-base. Nesse sentido, já me manifestei na apelação criminal nº 70005015169, de relatoria do eminente Des. Amilton Bueno de Carvalho: “Tanto esta Câmara, por sua maioria, assim como o 3º Grupo Criminal, vêm decidindo no sentido de afastar, por inconstitucional, o aumento determinado pela agravante da reincidência, porquanto indisfarçável bis in idem. Neste sentido, os Embargos Infringentes nº 70002012011, 70002199859 e 70002551315, bem como as apelações-crime nº 70004500302 e 70004873279, cujo Relator foi o Des. Luís Gonzaga da Silva Moura, que assim se manifestou:“(...) É que a Câmara, por sua maioria - também o 3º Grupo Criminal vem decidindo neste sentido: Embargos Infringentes nº. 70002012011, Sapiranga; nº. 70002199859, Porto Alegre; entre outros julgados em 26.06.2001 - tem entendido de afastar, por inconstitucional - faz presente o Direito Penal do Autor e é indisfarçável “bis in idem”.

⁴⁵ MORAIS DA ROSA, Alexandre. **Decisão penal**: a bricolagem de significantes. Rio de Janeiro: Lumen Jures, 2006, p. 356.

⁴⁶ BUSATO, Paulo Cesar. **Direito Penal**. Parte Geral. São Paulo: Atlas, 2015, p. 891.

⁴⁷ Em alguns países da América Latina (Peru, por exemplo) o instituto da reincidência foi revogado sob o fundamento de que o agente não pode ser duas vezes prejudicado pelo mesmo fato.

A periculosidade, por seu turno, foi defenestrada dos Estados Democráticos de Direito, pelo que, é impossível seu manejo a partir da incidência de uma *oxigenação constitucional* do Código Penal.

Veja-se, por seu turno, que alguns autores defendem a tese de que a repetição do delito revelaria no indivíduo sua tendência para o mal e, portanto, sua menor liberdade para decidir-se pelo comportamento jurídica e socialmente adequado. De acordo com o que registra, Fernando Galvão, “a reincidência sob novo prisma, deveria produzir efeitos atenuantes, pelo reconhecimento de menor imputabilidade do autor”⁴⁸.

6. A (IN) CONSTITUCIONALIDADE DA REINCIDÊNCIA

Dentre os objetivos da República Federativa do Brasil elencados pela CRFB/88⁴⁹, encontra-se aquele relacionado em “promover a igualdade e erradicar qualquer forma de marginalização, desigualdade social ou qualquer forma de discriminação”:

CRRB/8, Art. 3º. Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

(...)

III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;

IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

No contexto planificado constitucionalmente, *marginalização* significa *colocar à margem da vida social*⁵⁰, ou seja, não integrar a conjuntura de vida social comum por alguma razão, seja ela econômica, social, moral, penal⁵¹, etc. Evitar esse processo discriminatório é compromisso da República Federativa do Brasil, integrando as pessoas e possibilitando-as de

⁴⁸ GALVÃO, Fernando. **Direito Penal**: parte geral. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 764. O autor faz referência às lições de Luis Jiménez de Asúa que preconiza que a noção de reincidência deverá ser suplantada pelo moderno conceito antropológico de habitualidade, o que revela a incapacidade do autor de intimidar-se ou corrigir-se pela aplicação da pena, e indica a necessidade da utilização de medida de segurança (Obra citada, p. 764).

⁴⁹ José Afonso da Silva conceitua objetivo como signo que aponta para frente, indicando um ponto adiante a ser alcançado pela prática de alguma ação: aqui ação governamental. In: SILVA, José Afonso. **Comentário contextual à constituição**. 6. ed. atual., Malheiros. São Paulo. 2008, p. 46.

⁵⁰ SILVA, José Afonso. **Comentário contextual à constituição**. 6. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 48.

⁵¹ Preconceito direcionado aquele que cumpre ou cumpriu a pena, por exemplo.

que façam parte do centro das coisas. Conforme John Rawls⁵², isso deriva a determinação de princípios básicos de funcionamento da sociedade e que somente é possível ser alterado para beneficiar minorias os mais desfavorecidos no contexto social (*Princípio da Diferença*).

Não se precisa de um raciocínio muito apurado para se perceber, com uma probabilidade beirando a certeza, de que a reincidência no âmbito penal não colabora com a expectativa de erradicação da marginalização social. Cumpre ela, aliás, função invertida a proposta delineada constitucionalmente, pois estigmatiza a pessoa inserida no sistema penal, prejudicando ou mesmo, dificultando sobremaneira a reintegração do indivíduo. De acordo com aquilo que lembra Alexandre Morais da Rosa⁵³, o registro da condenação uma vez cumprida e a sua relevância potencial futura coloca o condenado que cumpriu sua pena em inferioridade de condições frente ao resto da população, tanto jurídica como faticamente.

Apesar disso, a literatura brasileira dominante, no âmbito da doutrina e da jurisprudência, ainda que reconheça os incomensuráveis problemas do Sistema Penal e no cumprimento da sentença por meio do cárcere, considera correta a agravação da pena em razão da reincidência.⁵⁴

A presunção de periculosidade do sujeito em razão da condenação em sentença definitiva anterior é incompatível com os objetivos do Estado Brasileiro. Observe-se que não há relação que se possa acreditar que o réu reincidente é mais “perigoso” do que o não reincidente. Por isso é de se reconhecer que a reincidência não constitui um sintoma seguro de maior perigosidade, não se justificando, também por essa razão, sua existência.⁵⁵ Neste passo, dever-se-ia, em qualquer hipótese, excluir a proposição formal de *reincidência ficta*,

⁵² RAWLS, John. **Liberalismo Político**. Tradução de Sérgio René Madero Báez. México: Fondo de Cultura Económica, 1995, p. 31.

⁵³ MORAIS DA ROSA, Alexandre. **Decisão penal: a bricolagem de significantes**. Rio de Janeiro: Lumen Jures, 2006, p. 356.

⁵⁴ Do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, extrai-se: APELAÇÕES CRIMINAIS. RECURSOS DA ACUSAÇÃO E DEFESAS. CRIMES CONTRA O PATRIMÔNIO. 1. RECURSO DAS DEFESAS: (2) SEGUNDA FASE. AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA DEVIDAMENTE RECONHECIDA. CONSTITUCIONALIDADE DO INSTITUTO. CIRCUNSTÂNCIA AGRAVANTE QUE OBJETIVA RECONHECER MAIOR REPROVABILIDADE NA CONDUTA DAQUELE QUE É CONTUMAZ VIOLADOR DA LEI PENAL. TJSC. Processo: 2011.007019-7 (Acórdão) Relator: Hilton Cunha Júnior Origem: Capital Órgão Julgador: Primeira Câmara Criminal Data: 16/09/2011 Juiz Prolator: Alexandre Murilo Schramm Classe: Apelação Criminal (Réu Preso); Com fundamentação semelhante, o Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais já havia julgado constitucional, no ano anterior, o incidente de arguição de inconstitucionalidade que contestava a constitucionalidade do instituto da reincidência, sob o fundamento de ferir o princípio do non bis in idem, este Tribunal entendeu que reincidência não representa dupla condenação pelo crime anterior, mas sim a indicação da periculosidade do agente, pois é considerada como reflexo da personalidade do autor e sua menor liberdade para decidir-se pelo comportamento juridicamente adequado. O Relator do acórdão afirmou que ela apenas agrava a pena de quem ainda não está recuperado para o convívio social (Incidente de Arguição de Inconstitucionalidade nº 1.0223.05.177414-7/002, Rel. Des. Caetano Levi Lopes, julgado em 22/09/2010).

⁵⁵ QUEIROZ, Paulo. **Direito Penal**. Parte Geral. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 340.

pois é ela incapaz, em absoluto, de indicar a indefinível *presunção de periculosidade* como produto do trânsito em julgado de uma sentença penal condenatória.

Não bastasse isso, o reconhecimento oficial de que o cárcere não recupera o sujeito a ele submetido exige, conforme anota Juarez Cirino dos Santos, a redefinição do conceito de *reincidência criminal*. Conforme o autor, a questão é simples:

(...) **se** a *prevenção especial* positiva de *correção do condenado* é ineficaz, e **se** a *prevenção especial* negativa de *neutralização do condenado* funciona, realmente, como *prisonização deformadora* da personalidade do condenado, **então** a reincidência real não pode constituir *circunstância agravante*.⁵⁶

O autor⁵⁷ propõe uma hermenêutica diferenciada para se mirar o instituto. Neste caso, dever-se-ia levar em conta o seguinte: **se** o novo delito praticado após a simples condenação definitiva anterior, a *reincidência ficta* não pode indicar qualquer *presunção de periculosidade* capaz de justificar a imposição de *circunstância agravante* para o crime posterior; **se** o delito é praticado depois da passagem do agente pelo sistema carcerário (decorrente do cumprimento da pena da condenação do crime anterior), o processo de deformação pessoal provocada pelo sistema prisional deveria motivar o legislador a incluir a *reincidência real* dentre as *circunstâncias* que atenuam a pena, como produto específico da atuação deficiente do sistema de justiça criminal sobre os sujeitos criminalizados. Em **conclusão**, nenhuma das hipóteses de reincidência (real ou ficta) indica rebeldia à imagem do Estado ou mesmo, intenção deliberada de denegrir a função provedora da segurança jurídica: a *reincidência ficta* deveria ser desconsiderada para todos os efeitos; a *reincidência real* deveria funcionar como *circunstância atenuante* de pena. Repetindo a obviedade, “se a primeira pena se mostrou ineficaz, não há de ser a exacerbação da segunda que a transformará em eficaz”⁵⁸.

Outra solução hermenêutica é lançada por Paulo Cesar Busato⁵⁹. Conforme o autor, a única solução adequada para a reincidência seria analisá-la no âmbito das *circunstâncias judiciais* (CP, art. 59), pois elas podem pesar positiva ou negativamente, sob o epíteto dos antecedentes. É que, o fato que levou o agente a delinquir pode ser um indicativo negativo, na hipótese de se ter oportunizado a ele todas as condições para que não voltasse a delinquir. Por outro lado, pode se compreender como o insucesso do sistema penal em reintegrá-lo ao ambiente social que se reputa adequado jurídica e socialmente, o que poderia representar uma diminuição de responsabilidade penal por fatores de *coculpabilidade*. Isso porque, não se

⁵⁶ CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **Direito Penal**. 3. ed. Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2008, p. 580.

⁵⁷ CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **Direito Penal**. 3. ed. Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2008, p. 580.

⁵⁸ FALCONI, Romeu. **Lineamentos de Direito Penal**. 3. ed., rev., ampl. e atual. São Paulo: Cone, 2002, p. 287.

⁵⁹ BUSATO, Paulo Cesar. **Direito Penal**. Parte Geral. São Paulo: Atlas, 2015, p. 891-892.

pode, hoje, no Brasil, negar a dessocialização provocada pelo cárcere da pessoa a ele submetida. Esta seria a única proposta hermenêutica capaz de poupar o condenado de injustiças. A análise das circunstâncias judiciais deve ser realizada à luz do princípio da culpabilidade e, por isso, é tomado como filtro interpretativo o grau de responsabilidade da conduta. Essa ideia

(...) possui a virtude de reconhecer que, em sendo a reincidência associada à maior ou menor capacidade de escolher do sujeito entre a atitude de cometimento do crime ou não, a reprovabilidade de sua conduta – e, nesse sentido, a culpabilidade – estará determinada pela possibilidade ou pela limitação das possibilidades de escolha que o sujeito teve. Essas opções pessoais estarão vinculadas indissoluvelmente à atuação do Estado, tanto na medida em que este ofereceu possibilidades de desenvolvimento pessoal ao sujeito, quanto na medida em que se lhe as tolheu.⁶⁰

Neste caso, a reincidência seria submetida à sensibilidade do juiz que, no caso concreto, estaria em condições de lhe dar a conotação adequada. O fato é que, da forma que se encontra positivada, o instituto da reincidência não suporta ao filtro constitucional, sobretudo, porque marginaliza o condenado etiquetando-o e criando inúmeras barreiras para o processo de reintegração social.⁶¹ Não se pode ignorar que o Direito Penal de hoje só possui legitimidade quando direcionado maximamente aos princípios limitadores do poder punitivo. Opera a “Constituição da República Federativa do Brasil como expressão legislativa do direcionamento programático dos Sistemas de Controle Social a um modelo de Estado Social e Democrático de Direito”⁶².

A reincidência é de difícil explicação em termos constitucionais, sobretudo, porque a estigmatização por qual sofre a pessoa acaba de certa forma prejudicando aquilo que o texto constitucional diz combater (marginalização social). Fere, ainda, os princípios da isonomia e da racionalidade das penas mostrando-se incompatível com o Estado Democrático de Direito.

⁶⁰ BUSATO, Paulo Cesar. **Direito Penal**. Parte Geral. São Paulo: Atlas, 2015, p. 892.

⁶¹ O Código Penal Português, por exemplo, é mais restrito no âmbito de aplicação da reincidência. Ainda que adote, também, o sistema de reincidência ficta, só a reconhecem nos crimes dolosos, punidos com a pena de prisão efetiva superior a seis meses, e desde que o agente tenha sido condenado definitivamente por crime anterior com esses mesmos requisitos. Quanto à reincidência real, caso a condenação anterior não tenha servido suficientemente de advertência contra novas práticas delituosas, deverá o juiz verificar se incidirá ou não o aumento da pena decorrente da reincidência. Verifica-se, dessa forma, que não possui, lá, aplicação automática em decorrência da prática de novo crime. In: FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. **Direito Penal Português: as consequências jurídicas do crime**. Coimbra: Coimbra Editora, 2005, p. 274.

⁶² BUSATO, Paulo César. Antecedentes, Reincidência e Reabilitação à Luz do Princípio da Culpabilidade. In: BASTOS DE PINHO, Ana Cláudia; MELO GOMES, Marcus Alan (Org.). **Ciências Criminais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 224.

Embora a justificação oficial da reincidência tente encontrar amparo em teorias com apelo constitucional, a sua verdadeira justificativa se encontra na teoria criminológica derivada do positivismo, tendo em vista a adoção do critério periculosidade como fundamento supremo de sustentação. A reincidência decorre de certos interesses das agências de controle em etiquetar e manter sob maior vigilância determinadas pessoas tidas como indisciplinadas. Porém, este não pode estar entre os objetivos de um Estado que ostenta um Direito Penal tido como democrático, mas sim, proporcionar meios capazes de promover a igualdade e a inclusão social de todas as pessoas que dele fazem parte, erradicando a marginalização e outras formas de discriminação, como bem ostenta o art. 3º, da CRFB/88.

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Da pesquisa cujos resultados se passam a expor, é possível concluir que os fundamentos nos quais se sustenta o instituto da reincidência na legislação penal brasileira não comporta legitimidade material. Isso porque, conforme se verificou:

- a) *A maior periculosidade da pessoa é algo simplesmente indemonstrável, especialmente quando ela é construída ou dimensionada a partir de uma condenação passada (reincidência ficta) ou do cumprimento da pena decorrente da sentença (reincidência real);*
- b) *A vontade do autor, proveniente da teoria psicológica da culpabilidade também não pode ser aceita, notadamente quando não há qualquer relação entre o crime objeto da condenação anterior e o crime praticado após o trânsito em julgado daquele processo.*
- c) *Os mecanismos de contramotivação do autor, originários da normativa da culpabilidade chegam a ser ingênuos. Isso porque é simplista acreditar que a mera intimação de uma sentença condenatória possa desmotivar um potencial delinquente (reincidência ficta) a prática de qualquer ato que seja. Em caso de cumprimento de pena privativa de liberdade, o problema resta ainda mais evidente. Além de não funcionar como critério contramotivador, sabe-se que o cárcere funciona como instrumento condicionante a prática dos mais diversos crimes.*

- d) Vinculada ainda a culpabilidade normativa, verifica-se uma ampla gama de matizes fundamentadas em reprovações da personalidade, do caráter e da condução de vida, sustentadas, todas, no Direito Penal de Autor.
- e) Por fim, procura-se *justificar a agravação da pena pela reincidência num maior conteúdo do injusto do fato*. Neste sentido, a pessoa que comete um delito depois de ter sido condenada pela prática de um crime anterior afetaria a segurança jurídica pela pluralidade crimes praticados. A grande falha dessa tese é que se funda em sistemas de responsabilidade biológica e não em sistemas de responsabilidade social, desprezando-se por completo o sistema social em que o agente está inserido. Não bastasse isso, a tese esbarra num sério inconveniente: a afronta ao princípio *non bis in idem*.

Diante disso, é possível concluir que *o instituto da reincidência, da forma que é positivada na Legislação Brasileira não encontra lugar num Direito Penal tido como democrático. Igualmente, não depara correspondência com os objetivos da República, constitucionalmente previstos.*

Assim, em que pese o posicionamento pela Constitucionalidade do Instituto pelo Supremo Tribunal Federal, da maneira em que se encontra, a reincidência não pode ser eficaz a promoção da igualdade e a inclusão social das pessoas atingidas pelo sistema. Funciona sim, como instrumento de discriminação e marginalização, ao contrário aquilo que preceitua o texto constitucional.

Por isso, alguns autores propõe analisá-la no âmbito das circunstâncias judiciais (CP, art. 59), valorando-a positiva ou negativamente, a depender do caso, na forma de antecedentes. Neste caso, o fato que levou o agente a delinquir poder ser um indicativo negativo ou mesmo, pode ser proveniente das falhas do próprio Sistema Penal.

Essa construção interpretativa, ao menos, poderia funcionar como instrumento redutor das múltiplas nocividades provocadas pelo efeito automático do agravamento da pena derivada da reincidência, tendo em vista que em situações específicas, poderia funcionar de circunstância de favoreceria o agente.

REFERÊNCIAS

BUSATO, Paulo Cesar. **Direito Penal**. Parte Geral. São Paulo: Atlas, 2015.

_____. Antecedentes, Reincidência e Reabilitação à Luz do Princípio da Culpabilidade. In: BASTOS DE PINHO, Ana Cláudia; MELO GOMES, Marcus Alan (Org.). **Ciências Criminais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **Direito Penal**. 3. ed. Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2008.

FALCONI, Romeu. **Lineamentos de Direito Penal**, 3. ed., rev., ampl. e atual. São Paulo: Cone, 2002.

FRANCO, Alberto Silva. **Código Penal e sua interpretação jurisprudencial**. 5. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

GALVÃO, Fernando. **Direito Penal: parte geral**. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

MANZINI, Vincenzo. **Tratado de Derecho Penal**, t. 3, p. 462. Citado por: GALVÃO, Fernando. **Direito Penal: parte geral**. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

MOLINA, Antonio García-Pablos de. **Derecho penal: introducción**. Servicio publicaciones facultad derecho, Universidad Complutense Madrid. Madrid, 2002.

MORAIS DA ROSA, Alexandre. **Decisão penal: a bricolagem de significantes**. Rio de Janeiro: Lumen Jures, 2006.

MUÑOZ CONDE, Francisco. **As origens ideológicas do Direito Penal do Inimigo**. Revista Justiça e Sistema Criminal. v. 3 – n. 4 – Jan./Jun. 2011. Curitiba: FAE Centro Universitário.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código penal comentado**. 10. ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2010.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal brasileiro**, volume 1: parte geral, art. 1º a 120. 10. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo. Revista dos Tribunais. 2012.

QUEIROZ, Paulo. **Direito Penal. Parte Geral**. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

RAWLS, John. **Liberalismo Político**. Tradução de Sérgio René Madero Báez. México: Fondo de Cultura Económica, 1995.

ROXIN, Claus. **Derecho Penal. Parte General. Fundamentos, la estructura de la teoria del delito**. Traducción y notas Diego- Manuel Luzón Peña y otros. Madrid: Civitas, 2006.

SILVA, José Afonso. **Comentário contextual à constituição**. 6. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2008.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro. Parte Geral**. 6. ed. revista e atualizada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.
