

## REINCIDÊNCIA PENAL: SUA (NÃO) RECEPÇÃO PELA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

*Marcelo Santiago de Moraes Afonso*

Advogado, cursando o Mestrado em Direito oferecido pelo programa Erasmus Mundus, ministrado por um consórcio de universidades formado pela Universidade de Lisboa (Portugal), Universidade Mykolas Romeris (Lituânia), Universidade de Hannover (Alemanha), Universidade de Rouen (França).

**RESUMO:** O trabalho analisa o instituto da reincidência penal e sua disciplina no ordenamento jurídico brasileiro, visando apurar se o instituto conforma-se à Constituição Federal de 1988. Para tanto, a reincidência é cotejada através de um meio que transita do geral para o particular. Assim, trata da relação de constitucionalidade das normas anteriores ao advento de uma nova Constituição. Questiona, ademais, a legitimidade do instituto com relação às garantias penais conferidas pela Constituinte de 1988, confrontando-o com os princípios penais constitucionais.

**SUMÁRIO:** 1 - Introdução. 2 - Da Reincidência Penal. 2.1 - Conceito de reincidência penal e critérios para sua verificação. 2.2 - Principais efeitos da reincidência no ordenamento jurídico brasileiro. 2.3 - Classificações da reincidência criminal. 2.3.1 - Reincidência real e ficta. 2.3.2 - Reincidência genérica e específica. 3 - A superveniência da Constituição de 1988 e a necessidade de verificação da recepcionabilidade do instituto da reincidência. 3.1 - Breve noção de constitucionalidade e inconstitucionalidade. 3.2 - A relação de constitucionalidade de norma preexistente à Carta Magna. 3.2.1 - Fenômeno da recepção constitucional das normas infraconstitucionais. 3.2.2 - Inconstitucionalidade superveniente. 3.2.3 - Revogação da norma anterior. 4 - Análise da reincidência sob o enfoque dos princípios penais constitucionais. 4.1 - O Princípio da culpabilidade, o instituto da reincidência e o direito penal do autor. 4.2 - O Princípio da individualização da pena e o instituto da reincidência. 4.3 - O Princípio da proporcionalidade da pena e o instituto da reincidência. 4.4 - O Princípio do ne bis in idem e o instituto da reincidência. 5 - Conclusão. A não recepção do instituto da reincidência pela Constituição Federal de 1988.

**Palavras chaves:** Direito Penal. Reincidência penal. Relações de constitucionalidade. Princípios penais constitucionais

## 1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por objeto o estudo do instituto da reincidência, previsto no Código Penal, em seu artigo 63, por meio de um procedimento racional que transita do geral para o particular.

Questiona-se a legitimidade do instituto em face do ordenamento penal constitucional, pois, os efeitos da reincidência vão de encontro a uma série de garantias constitucionais, operando-se além da mera agravação da pena do novo delito.

É indagado se, após a devida análise da culpabilidade, correta aplicação da pena e seu devido cumprimento, ou sua superveniente extinção por outras razões, existe supedâneo constitucional para que se aumente a pena de um novo delito praticado, pelo fato de o indivíduo já haver cometido crime anteriormente, pois o direito penal pátrio encontra seu fundamento na culpabilidade do fato, e, ao se levar em consideração uma condenação anterior para o aumento de pena do delito atual, estar-se-ia analisando a conduta de vida do agente de forma a legitimar um direito penal do autor ao invés de apenas se proceder à análise do novo ato praticado.

Questiona-se, outrossim, se o atual tratamento acerca da reincidência não configura uma violação ao princípio do *ne bis in idem*, pois o aumento da pena em razão da reincidência é verdadeira exasperação do *quantum* de pena que se refere ao primeiro delito praticado, e, ademais, indaga-se se o agravamento da pena obrigatório não fere os princípios constitucionais da individualização e da proporcionalidade da pena.

Para buscar a resposta, encontra-se o trabalho dividido em quatro capítulos. No primeiro capítulo, perquire-se a definição do instituto e o seu tratamento legal, analisando-se os efeitos e classificações.

No segundo capítulo, estuda-se, de forma central, a relação de constitucionalidade das normas preexistentes à Carta Magna e as consequências advindas da incompatibilidade vertical, tendo em vista que o instituto da reincidência tem seu fundamento em legislação anterior à Constituição Federal de 1988.

No terceiro, efetua-se a análise da reincidência sob o enfoque dos princípios penais e constitucionais para a verificação da recepção do instituto pela Carta Magna de 1988, tema central do presente trabalho.

Por fim, no quarto capítulo, cuida-se da não recepção do instituto da

reincidência pela Constituição Federal de 1988, em razão das violações que o instituto exerce às normas fundamentais, completando-se, assim, nossa teorização sobre o tema.

## **2. DA REINCIDÊNCIA PENAL**

### **2.1 CONCEITO DE REINCIDÊNCIA PENAL E CRITÉRIOS PARA SUA VERIFICAÇÃO**

O Código Penal Brasileiro trata a reincidência como uma circunstância agravante, contudo a agravação da pena é apenas um dos efeitos causados pela reincidência; assim, não é correta a definição acerca do que são as circunstâncias agravantes para conceituação do instituto da reincidência penal, como é observado por Fragoso (2004, p. 416), que, ressalte-se, sequer considera a reincidência como circunstância agravante, uma vez que se relaciona com o criminoso e não com a infração penal.

No conceito de Guilherme de Souza Nucci, reincidência “é o cometimento de uma infração penal após já ter sido o agente condenado definitivamente, no Brasil ou no exterior, por crime anterior” (2009, p. 422).

Observa-se que o sentido jurídico de reincidência difere do conceito determinado pelo senso comum, que, usualmente, limita-se a definir o instituto como a repetição, pelo mesmo indivíduo, de uma infração penal. Tal diferença reside no fato de o sentido jurídico estabelecer critérios fundamentais para verificação da reincidência, sem os quais não será possível reconhecer a sua incidência, mesmo, em alguns casos, já tendo ocorrido a prática de um delito anterior e um novo delito .

Por tal razão, mister tecer algumas considerações acerca dos principais requisitos previstos pela ordem jurídica brasileira para a efetiva configuração da reincidência penal.

Nota-se, pela própria redação dos artigos 63 e 64, do Código Penal, que não basta a nova prática de um crime para a existência da reincidência, mas devem coexistir três fatores: a) a condenação por um crime anterior; b) trânsito em julgado da sentença penal condenatória em relação a esse crime; c) prática de um novo crime, depois da sentença penal condenatória

irrecorrível, até o prazo de cinco anos, contados a partir da data do cumprimento ou extinção da pena do delito anterior (SANTOS, 2011, p. 317).

Insta salientar que é irrelevante a espécie de pena aplicada, pois a lei menciona crime anterior, nada se referindo ao tipo de pena que foi aplicada como consequência da prática do crime anterior. Assim, mesmo tendo sido aplicada apenas uma pena de multa em razão da prática de um delito, tal fato não gera qualquer impedimento para a configuração da reincidência. Da mesma forma, pouco importa se houve ou não o efetivo cumprimento da pena, haja vista que o Brasil adota a chamada reincidência ficta, que se diferencia da real por esta exigir, para sua configuração, que a prática da nova infração tenha ocorrido após o cumprimento, ao menos parcial, da pena relacionada ao crime anterior (FREITAS, 2009, p. 98).

Não obstante, se a infração penal anterior for uma contravenção penal, e não um crime, na superveniente prática do crime não restará configurada a recidiva, sendo que o inverso não é verdadeiro, ou seja, se houver a prática de um crime, com condenação transitada em julgado, haverá a incidência do instituto se houver a prática de uma contravenção até o prazo de cinco anos, contados a partir da data do cumprimento ou extinção da pena do delito anterior, conforme disposto no art. 7º, da Lei de Contravenções Penais:

Art. 7º Verifica-se a reincidência quando o agente pratica uma contravenção depois de passar em julgado a sentença que o tenha condenado, no Brasil ou no estrangeiro, por qualquer crime, ou, no Brasil, por motivo de contravenção.

No que diz respeito à natureza dos crimes praticados, para efeitos de configuração da reincidência, apenas se faz necessária a existência de sentença penal condenatória transitada em julgado pela prática de um crime anterior, não importando a natureza dos crimes, seja o antecedente ou o atual, isto porque o Código Penal Brasileiro adotou, como regra geral, a chamada reincidência genérica, também denominada heterogênea, imprópria ou geral, que é quando não há identidade entre as infrações penais.

Contudo, para efeitos de reincidência, observa-se, de acordo com o inciso II, do art. 64, do Código Penal, que não se consideram os crimes militares próprios e os políticos. Sobre o tema, lecionam Zaffaroni e Pierangeli:

Os delitos militares dividem-se em próprios, impróprios e falsos militares. São delitos militares próprios aqueles que só um militar pode cometer, por sua própria condição, os quais, se realizados por uma pessoa que não seja militar, são atípicos. Delitos militares impróprios são aqueles em que há comprometimento de bens jurídicos militares e não militares, vale dizer que, se cometidos por um militar, são mais ou menos graves, mas que, se fosse praticado por um não-militar, continuariam a ser, igualmente, típicos. Falsos delitos militares, são os delitos comuns atribuídos à jurisdição militar, quando cometidos por um militar. **Os únicos que não contam para a reincidência são os delitos militares próprios, isto é, os primeiros.** (ZAFFARONI, PIERANGELI, 2009, p. 721). (grifo nosso)

Em relação aos crimes políticos, pouco importa se são crimes políticos próprios ou impróprios, pois a lei não faz nenhuma ressalva.

Ademais, a Lei 8.072/1990, Lei de Crimes Hediondos, trouxe uma exceção à regra da reincidência genérica, pois se a verificação da reincidência for originária de dois crimes do rol de hediondos, haverá efeito diverso da regra geral, recaindo sobre o reincidente efeitos ainda mais danosos, consagrando, assim, a reincidência específica.

Importante também ressaltar, que, para fins de verificação da presença da reincidência, o legislador pátrio eliminou, de nosso sistema, a perpetuidade dos efeitos da condenação anterior, como já dito, ao determinar o prazo de cinco anos, contados a partir da data do cumprimento ou extinção da pena do delito anterior. Sobre o tema, esclarece Cláudio Brandão:

[...] Com relação à punibilidade, se, após a extinção ou o cumprimento da pena, transcorrer o lapso temporal de cinco anos sem que o agente tenha cometido crime, a realização de um novo delito não gerará a reincidência, por força de um obstáculo temporal inafastável, determinado pela norma penal: após cinco anos sem o cometimento de crime, tendo sido cumprida a pena ou extinguida de outra forma, o réu volta a ser primário. (2008, p. 342).

Infere-se, ainda, da redação do já mencionado art. 64, do Código Penal, que a prescrição da pretensão executória não afasta a reincidência do réu em face do novo delito, por ser causa de extinção da pena, diferentemente do que ocorre no caso da extinção da pretensão punitiva, que afasta o próprio direito de punir do Estado, restando fulminada a possibilidade de se configurar os efeitos da reincidência. Não afasta a reincidência, outrossim, o fato da extinção da punibilidade ser declarada pelo cumprimento da pena, pois a punibilidade apenas se exauriu por já ter sido devidamente aplicada.

## **2.2 PRINCIPAIS EFEITOS DA REINCIDÊNCIA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO**

Os efeitos da reincidência não se limitam ao Código Penal, pois, além de funcionar como agravante, o instituto atua como fator impeditivo de conferência de benefícios ao acusado durante todo o decorrer do processo penal e, até mesmo, após o processo, quando já em sede de execução penal.

Conforme leciona Luiz Regis Prado, tais são os principais efeitos decorrentes da verificação da ocorrência da reincidência previstos no Código Penal:

Além de preponderar no concurso de circunstâncias agravantes (art. 67, CP), a reincidência impede a concessão da suspensão condicional da pena e a substituição da pena privativa de liberdade por pena restritiva de direito ou multa, na hipótese de crime doloso (cf. Arts. 44, II; 60, §2º e 77, I, CP); aumenta o prazo de cumprimento da pena para obtenção de livramento condicional, se dolosa (83, II); obsta que o regime inicial de cumprimento da pena seja aberto ou semiaberto, salvo em se tratando de pena detentiva (art. 33, §2º, b e c); produz a revogação obrigatória do *sursis* em condenação por crime doloso (art. 81, I) e a revogação facultativa na hipótese de condenação por crime culposo ou por contravenção (art. 81, §1º); acarreta a revogação obrigatória do livramento condicional, sobrevivendo condenação a pena privativa de liberdade (art. 86), ou a revogação facultativa daquele benefício, em caso de crime ou contravenção se não imposta pena privativa

de liberdade (art. 87); revoga a reabilitação, quando sobrevier condenação a pena que não seja de multa (art. 95); aumenta de um terço o prazo prescricional da pretensão executória (art. 110, *caput*); interrompe a prescrição (art. 117, VI) e impede o reconhecimento de algumas causas de diminuição de pena (v.g. Arts. 155, §2º – furto privilegiado; 170 – apropriação indébita privilegiada e 171, §1º – estelionato privilegiado, CP) [...]. (2011, p. 605).

A despeito da previsão legal, os Tribunais Superiores têm mitigado o entendimento acerca da obrigatoriedade do regime inicialmente fechado para os reincidentes, consoante o disposto na súmula 269, do Superior Tribunal de Justiça, que admite a adoção do regime prisional semiaberto aos reincidentes condenados à pena igual ou inferior a quatro anos se favoráveis as circunstâncias judiciais.

Um certo avanço, também, foi alcançado com o advento da lei 12.403/2011, que alterou o tratamento do reincidente no que diz respeito à prestação de fiança, não mais existindo impedimento à concessão da fiança, nos crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade, se o acusado for reincidente em crime doloso. “Noutros termos, nem todo reincidente deve ficar preso ao longo da investigação ou da instrução; tudo depende da necessidade da prisão cautelar” (NUCCI, 2011).

Por outro lado, a referida lei, que criou novas medidas cautelares com o objetivo de substituir a aplicação da prisão preventiva, realizou modificação no Código de Processo Penal, possibilitando a imposição da prisão preventiva pelo fato de o agente ter sido condenado por outro crime doloso, em sentença transitada em julgado, ressalvado o disposto no inciso I do *caput* do art. 64 do Código Penal, ou seja, se o agente for reincidente, presume-se a existência dos requisitos autorizadores da prisão preventiva.

Dentre os principais efeitos, outrossim, ainda se constata que a reincidência impede o reconhecimento da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, §4º, da lei 11.343/2006, a lei de drogas e de isenção de pena dos artigos 180, §5º (receptação qualificada), e 337-A, §2º (sonegação de contribuição previdenciária), do Código Penal.

## 2.3. CLASSIFICAÇÕES DA REINCIDÊNCIA CRIMINAL

### 2.3.1 REINCIDÊNCIA REAL E FICTA

Como já exposto, considera-se reincidência real aquela que apenas se configura quando no momento da prática de um novo delito tenha havido o cumprimento, ao menos parcial, da pena relacionada ao crime anterior. Por sua vez, para a configuração da reincidência ficta, basta a condenação com trânsito em julgado pela prática de um crime antecedente, somada à nova prática delituosa efetuada dentro do prazo de 5 anos, contados a partir da extinção da pena, computado o período de prova da suspensão ou do livramento condicional, se não ocorrer revogação.

Sobre o tema, esclarece Carrara:

*La reincidencia se llama verdadera cuando el culpable vuelve a delinquir después de haber expiado su castigo; y se llama supuesta o ficta, cuando aquel vuelve a delinquir después de la condena, con tal que esta sea definitiva (MORIN, art. 7719), pero sin haber sufrido realmente la pena que se le ha impuesto. En el primer sistema, la reincidencia proviene de haber sufrido la pena; en el segundo, de haber incurrido en la condena<sup>1</sup>. (2000, p. 209)*

Percebe-se, por óbvio, o maior rigor advindo da reincidência ficta, que é a espécie adotada pelo nosso Código Penal, pois a simples condenação com trânsito em julgado, pela prática de crime, como já dito, é suficiente para a aplicação do instituto, possibilitando sua incidência de uma forma mais facilitada.

Neste caso, também se torna claro que a reincidência, no nosso sistema penal, apesar de existirem discursos justificadores do instituto que tomam em consideração os fins da pena, não pode se fundamentar em qualquer função da pena, vez que não a pressupõe.

Miguel Reale Júnior (2004, p. 95), por considerar que “a reincidência refere-se à culpabilidade do réu, e decorre da própria estrutura do Direito

<sup>1</sup> Tradução livre: “A reincidência é chamada de verdadeira quando o culpado volta a delinquir depois de haver expiado seu castigo, e se chama suposta ou ficta, quando aquele volta a delinquir após a condenação definitiva, mas sem haver realmente sofrido a pena imposta. No primeiro sistema, a reincidência vem de ter sofrido a penalidade, no segundo, depois de ter incorrido em condenação”.

Penal da Culpa”, ao tratar da reincidência ficta, entende ser necessária a exigência da ciência, pelo réu, da condenação anterior, “pois do contrário inexistente do que se recordar, o desconhecimento da justiça, a vontade mais intensa de afrontar a lei que constituem razões de maior censura do reincidente” (2004, p. 97). Assim, considera, no que diz respeito à atuação da recidiva como agravante genérica, sua função voltada à prevenção especial individual do condenado.

Sobre a questão, rebatem Zaffaroni e Pierangeli:

[...] Essa teoria esquece que a mera notificação de uma condenação, sem qualquer cumprimento da pena, não pode contramotivar a ninguém, ressalvada a hipótese de se lhe atribuir efeitos mágicos. Inclusive, nem mesmo numa regulação de reincidência “real”, ou seja, que exija o efetivo cumprimento da pena, pode-se afirmar esta consequência, posto que sabe-se que a pena, mui frequentemente, não é contramotivadora, mas precisamente motivadora, ou seja, condicionante da assunção do rol ou papel desviado do sujeito. (2009, p. 717)

Reforça-se, portanto, o entendimento de que por meio do fins da pena, não se pode justificar o instituto da reincidência no ordenamento jurídico brasileiro, seja pelo fato de que a reincidência ficta não pressupõe o efetivo cumprimento da pena, afastando, assim, qualquer relação, sejam pelos motivos expostos por Zaffaroni e Pierangeli, também defendido por Juarez Cirino dos Santos, que considera que, na reincidência real, o novo crime “é produto da ação deformadora da prisão sobre o condenado, mediante a execução da pena do crime anterior” (2011, p. 317).

### **2.3.2 REINCIDÊNCIA GENÉRICA E ESPECÍFICA**

Conforme a natureza dos crimes praticados, a reincidência é classificada em genérica ou específica. Assim, quando não há identidade entre o crime antecedente e o posterior, tem-se por configurada a reincidência genérica. Por sua vez, a reincidência específica ocorre quando tais crimes são da mesma natureza.

O Código Penal de 1940 adotou a reincidência específica em seu art. 46, conceituando, no respectivo § 2º, como crimes da mesma natureza aqueles que estão “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”.

O efeito prático desta distinção foi, segundo Ricardo Freitas:

[...] o rigorismo no trato da reincidência específica que importava na aplicação da pena privativa de liberdade acima da metade da soma do mínimo com o máximo, bem como na aplicação da pena mais grave em qualidade, dentre as cominadas pela lei de forma alternativa (art. 47, I e II). (2009)

A lei n.º 6.416, de 24 de maio de 1977, entretanto, alterou a sistemática da reincidência, afastando a reincidência específica de nosso ordenamento jurídico.

Contudo, como já ventilado no início, a Lei dos Crimes Hediondos trouxe de volta ao ordenamento a recidiva específica, ao acrescentar o inciso V, ao artigo 83 do Código Penal, com a finalidade de impedir a concessão de livramento condicional aos reincidentes específicos em crimes hediondos, prática da tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, e terrorismo. Ademais, como observado por Delmanto (2002, p. 126), a reincidência específica também foi consagrada pelo art. 44, §3º, do CP, com redação dada pela Lei n.º 9.714/98, que assevera, ao tratar da substituição da pena privativa de liberdade por pena restritiva de direitos, que “se o condenado for reincidente, o juiz poderá aplicar a substituição, desde que, em face de condenação anterior, a medida seja socialmente recomendável e a reincidência não se tenha operado em virtude da prática do mesmo crime”.

Verifica-se, assim, que o legislador pátrio mantém o entendimento de que a reincidência específica é mais grave que a genérica, estabelecendo efeitos ainda mais danosos ao condenado pela prática de crimes da mesma natureza. Não obstante, a adoção da reincidência específica nos casos apontados não afasta a disciplina da reincidência genérica, que, caso configurada, operará normalmente seus efeitos. Assim, por exemplo, se o autor de um crime hediondo já tiver sido condenado, com trânsito em julgado, por uma lesão corporal, ocorrerá normalmente a incidência do instituto da

reincidência. A reincidência específica, nesse caso, apenas impede a concessão de determinados benefícios.

Em sentido contrário, a lei n.º 9.605/98, em seu artigo 15, inciso I, trouxe um regramento diferenciado em matéria de reincidência específica, ao dispor que são circunstâncias que agravam a pena, quando não constituem ou qualificam o crime a reincidência nos crimes de natureza ambiental. Ou seja, a referida lei passa a apenas considerar esta modalidade do instituto para sua aplicação nos casos de reincidência nos crimes de natureza ambiental, afastando, assim, a regra geral da reincidência genérica, prevista no art. 63, do Código Penal. Aduz Nucci sobre o tema:

Criou-se, no inciso I, do art. 15, uma hipótese de reincidência específica, que é tornar a cometer delitos de natureza ambiental. Resta a questão: afasta-se a reincidência prevista no artigo 61, I, do Código Penal? Parece-nos que outra solução não pode haver. A lei especial passa a considerar apenas a reincidência em delitos ambientais como fator de elevação da pena. Portanto, afastou a reincidência genérica (ex.: se o autor de um crime ambiental já foi condenado, anteriormente, por furto, não é reincidente para os fins da Lei 9.605/98). (2010, p. 938)

No mesmo sentido, Luiz Flávio Gomes e Silvio Maciel:

Nos delitos ambientais somente pode ser reconhecida a reincidência específica. O juiz somente poderá aplicar esta agravante se o réu ostentar condenação definitiva por outro crime ambiental. Como o dispositivo menciona “crimes de natureza ambiental”, a condenação não precisa ser por crime previsto nesta Lei Ambiental, bastando que seja condenação por qualquer crime ambiental. (2010, p. 834)

Percebe-se que as duas modalidades de reincidência ainda trazem consequências diversas no nosso ordenamento jurídico-penal.

Persistem, portanto, a vigência das duas modalidades de reincidência no ordenamento jurídico pátrio.

### **3 A SUPERVENIÊNCIA DA CONSTITUIÇÃO DE 1988 E A NECESSIDADE DE VERIFICAÇÃO DA RECEPCIONABILIDADE DO INSTITUTO DA REINCIDÊNCIA**

#### **3.1 BREVE NOÇÃO DE CONSTITUCIONALIDADE E INCONSTITUCIONALIDADE**

Em sentido amplo, constitucionalidade e inconstitucionalidade designam conceitos de relação, isto é, “a relação que se estabelece entre uma coisa – a Constituição – e outra coisa – um comportamento – que lhe está ou não conforme, que com ela é ou não compatível, que cabe ou não no seu sentido”, como anota Jorge Miranda (1983 apud MENDES; BRANCO, 2011, p. 1055).

Sobre o tema, ainda esclarece o mestre português:

De modo pré-sugerido, resultam do confronto de uma norma ou de um acto com a Constituição [...]. Não se trata de relação de mero carácter lógico ou intelectual. É essencialmente uma relação de carácter normativo e valorativo, embora implique sempre um momento de conhecimento. Não estão em causa simplesmente a adequação de uma realidade a outra realidade, de um *quid* a outro *quid* ou a desarmonia entre este e aquele acto, mas o cumprimento ou não de certa norma jurídica. (MIRANDA, 1983, apud BULOS, 2011, p. 133)

Como decorrência da concepção da constitucionalidade e inconstitucionalidade como conceito de relação, surge a possibilidade de se examinar a compatibilidade vertical de um ato, dotado de menor hierarquia, com aquele se qualifica como fundamento de sua existência, validade e eficácia (BULOS, 2011, p. 134). É essa relação de índole normativa que qualifica a inconstitucionalidade, pois, apenas assim é possível afirmar a obrigatoriedade do texto constitucional e a ineficácia de todo e qualquer ato normativo que lhe seja contrário (MENDES; BRANCO, 2011, p. 1056).

É a incompatibilidade vertical de normas inferiores com a Constituição que se chama de inconstitucionalidade, que, por sua vez, pode se manifestar sob o aspecto formal ou material. Haverá a inconstitucionalidade formal quando a norma for formada por autoridade incompetente ou em de-

sacordo com formalidades ou procedimentos estabelecidos pela Lei Maior. A inconstitucionalidade material ocorrerá quando o conteúdo de leis ou atos contrariar preceito ou princípio da Constituição (SILVA, 2004).

Portanto, sempre que uma norma infraconstitucional for de encontro ao conteúdo de uma norma constitucional, atingindo o sentido de sua determinação, e abrangendo, neste aspecto, da mesma forma, os princípios e os valores positivados, ainda que implicitamente, no texto constitucional, incorrerá esta norma em inconstitucionalidade material.

Importa-nos, neste trabalho, a análise da inconstitucionalidade material do instituto da reincidência, vez que inexistente qualquer evidência de vício de formalidade.

Ademais, a verificação da constitucionalidade que resulte em um controle efetivo está intimamente ligada à rigidez constitucional, bem como ao princípio da supremacia da Constituição, vez que se refere a uma relação de conformidade hierárquica. Ou seja, é em obediência a tais princípios que uma norma infraconstitucional não pode afrontar os preceitos contidos na Lei Maior, tampouco os modificar ou suprimir. “Consequência disso: sendo a Constituição a lei máxima, a lei das leis, o fundamento último de validade de toda e qualquer disposição normativa, não se admitem transgressões à sua magnitude” (BULOS, 2011, p. 127). Nada obstante, “os conceitos de constitucionalidade e inconstitucionalidade não traduzem, tão somente, a ideia de conformidade ou inconformidade com a Constituição” (MENDES; BRANCO, 2011, p. 1058), apenas será inconstitucional o ato que incorrer em sanção (nulidade ou anulabilidade) por desconformidade com a ordem constitucional. Vale aqui registrar o magistério de Kelsen:

Embora não se tenha plena consciência disso – porque uma teoria jurídica dominada pela política não lhe dá ensejo – é certo que uma Constituição que, por não dispor de mecanismos de anulação, tolera a subsistência de atos e, sobretudo, de leis com elas incompatíveis, não passa de uma vontade despida de qualquer força vinculante. Qualquer lei, simples regulamentos ou todo negócio jurídico geral praticado por entes privados têm uma força jurídica superior à Constituição, a que estão subordinados e que lhes outorga validade. É que a ordem jurídica zela para que todo ato que contraria uma norma superior diversa da Constituição possa ser anulado. As-

sim, essa carência de força obrigatória contrasta radicalmente com a aparência de rigidez outorgada à Constituição através da fixação de requisitos especiais de revisão. Por que tanta preocupação se as normas da Constituição, ainda que quase imutável, são, em verdade desprovidas de força obrigatória? Certo é, também, que uma Constituição, que não institui uma Corte Constitucional ou órgão análogo para anulação de atos inconstitucionais, não se afigura de todo desprovida de sentido jurídico. A sua violação pode dar ensejo a sanções onde exista pelo menos o instituto da responsabilidade ministerial contra os órgãos que participaram da formação do ato desde admita sua culpa. Mas, além do fato de que, como ressaltado, essa garantia não se mostra muito eficaz, uma vez que deixa íntegra a lei inconstitucional, não se há de admitir que a Constituição estabeleça uma única via possível para a edição de leis. O texto constitucional explicita, consoante o seu sentido literal e subjetivo, que as leis devem ser elaboradas de um certo modo e que hão de ter, ou não, determinado conteúdo. Mas no seu sentido objetivo, admite a Constituição que a lei é válida, mesmo em caso de inobservância de regras de índole procedimental ou material.” (1929, apud MENDES; BRANCO, 2011, p. 1058)

Sendo assim, uma Constituição que não dispõe de garantia para anulação dos atos inconstitucionais não é obrigatória. Ora, se a Constituição é fonte legitimadora de todo o ordenamento jurídico, a inobservância de seus preceitos ou princípios deve implicar na sanção de inconstitucionalidade, que, no regime pátrio, acarreta a revogação de todas as normas anteriores que com ela sejam conflitantes, assim como na nulidade de todas as novas normas introduzidas no ordenamento jurídico a partir de sua vigência mas que violam os seus preceitos (ARAÚJO; NUNES JÚNIOR, 2006, p. 84).

A sanção de inconstitucionalidade visa, portanto, “preservar a saúde da Constituição, combatendo os vícios que inquinam o comportamento dos órgãos públicos e dos particulares, conspurcando a substância e a forma dos preceitos constitucionais” (BULOS, 2011, p. 162). Desta forma, preserva-se a supremacia constitucional.

Destarte, interessa, ao presente trabalho, a relação de (in)constitucionalidade das normas anteriores à Carta Magna e suas consequências, isso

porque o regramento que valida a existência do instituto da reincidência no ordenamento jurídico brasileiro é de 1984 (parte geral do Código Penal), anterior, portanto, à atual ordem constitucional.

### **3.2 A RELAÇÃO DE CONSTITUCIONALIDADE DE NORMA PREEXISTENTE À CARTA MAGNA**

Os atos normativos infraconstitucionais produzidos sob a égide de uma Constituição revogada devem, necessariamente, ser submetidos à análise da compatibilidade vertical com a nova Constituição.

A superveniência de uma Constituição significa que o alicerce de legitimação de todo o ordenamento jurídico foi modificado. Nessa alteração, todas as leis vigentes passam a ter novo fundamento de validade, que condiciona suas interpretações e significados a novos parâmetros (ARAÚJO; NUNES JÚNIOR, 2006, p. 16).

Havendo a compatibilidade vertical, ocorrerá o fenômeno da recepção constitucional das normas infraconstitucionais, que será adiante explicado.

Inconteste que, havendo conflito, como a Constituição é hierarquicamente superior, por sua própria natureza, afasta-se a aplicação da norma infraconstitucional anterior e aplica-se a nova Constituição.

No entanto, importante saber se este afastamento da norma em conflito com a nova constituição se dá por revogação do dispositivo ou por declaração de inconstitucionalidade superveniente.

Desta forma, a análise da compatibilidade do instituto da reincidência com a Constituição de 1988, apenas poderá resultar em sua recepção pela nova ordem constitucional, ou, sua não recepção, com consequente revogação ou declaração de inconstitucionalidade superveniente.

#### **3.2.1 FENÔMENO DA RECEPÇÃO CONSTITUCIONAL DAS NORMAS INFRACONSTITUCIONAIS**

A superveniência de uma nova Constituição não implica, necessariamente, na revogação automática de toda a legislação infraconstitucional. A ausência de norma constitucional expressa, consagrando a continuidade das leis compatíveis com o novo ordenamento, não deve conduzir o intérprete a concluir pela sua negação (HORTA, 2003, p. 203).

As normas infraconstitucionais compatíveis com a nova Carta Magna, ou seja, cuja matéria não esteja em conflito com o conteúdo da nova Constituição, serão por esta recepcionadas, serão incorporadas ao novo parâmetro constitucional, com as necessárias adequações (ARAÚJO; NUNES JÚNIOR, 2006, p. 16).

A recepção constitucional ocorre quando há a edição de uma nova Constituição, devendo as normas infraconstitucionais então existentes passarem por uma análise da relação de conformidade e adequação com o texto constitucional recém editado; desta forma, segundo Dirley da Cunha Júnior, a “[...] recepção fará com que as normas compatíveis com a nova ordem constitucional sejam incorporadas ao novo parâmetro constitucional” (2009, p. 259).

A *contrario sensu*, caso haja a incompatibilidade material da norma anterior com a nova Constituição, como já dito, afasta-se a aplicação da norma infraconstitucional e aplica-se a nova Constituição.

Contudo, no âmbito do controle de constitucionalidade, haverá, ainda, a possibilidade de que se reconheça a inconstitucionalidade sem redução de texto, uma técnica de decisão judicial em que se excluem determinadas hipóteses de aplicação da lei, sendo recepcionadas, portanto as situações em que se reconhece a compatibilidade com a nova Constituição (BULOS, 2011, p. 363-364).

Caso não haja a recepção da norma, por reconhecimento de sua incompatibilidade material com a nova Constituição, é importante definir se haverá a revogação ou declaração de inconstitucionalidade superveniente, pois, essa questão repercutirá sobre a competência dos órgãos judiciais incumbidos de tratar a matéria, como lecionam Gilmar Mendes e Paulo Branco:

[...] Se eventual conflito entre o direito pré-constitucional e o direito constitucional superveniente resolve-se no plano do direito intertemporal, há de se reconhecer a competência de todos os órgãos jurisdicionais para apreciá-lo. Ao revés, se se cuida de questão de inconstitucionalidade, a atribuição deverá ser exercida pelos órgãos jurisdicionais especiais competentes para dirimir controvérsias dessa índole, segundo a forma adequada. (2011, p. 1075)

### 3.2.2 INCONSTITUCIONALIDADE SUPERVENIENTE

O reconhecimento da inconstitucionalidade superveniente implica na resolução da questão conforme o meio previsto pela Constituição da República (controle difuso e controle concentrado de constitucionalidade), com o mesmo rigor da declaração de inconstitucionalidade originária das normas editadas após o advento da Constituição. Por exemplo, no caso do instituto da reincidência penal, haveria a possibilidade de interposição de ação direta de inconstitucionalidade, pelos legitimados no art. 103, I a IX, da Constituição, contra os dispositivos que o preveem no Código Penal, e, em conformidade com o disposto no art. 97, da Carta Magna, somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros poderia o Supremo Tribunal Federal (STF) declarar a inconstitucionalidade.

Outro efeito prático é que poderia o Senado Federal suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal em controle incidental, conforme o art. 52, X, da Constituição Federal.

Contudo, a teoria da inconstitucionalidade superveniente não é bem aceita pela doutrina pátria, assim como não é admitida pelo STF.

Ocorre que, para que haja a relação de constitucionalidade de um ato normativo com seu fundamento de existência, validade e eficácia, há o pressuposto da contemporânea existência de tal fundamento, uma Constituição.

Desta forma, ao elaborar uma lei, o legislador se pauta pelo ordenamento estabelecido na Constituição de sua época, sendo impossível se pautar pelos ditames de uma Constituição futura. Assim, defende Uadi Lammêgo Bulos, que a inconstitucionalidade superveniente nem inconstitucionalidade é, pois

[...] seria logicamente impossível se averiguar o elo de conformidade entre um ato legislativo elaborado antes do aparecimento da nova ordem constitucional com os preceitos supremos recém-editados, que nem existiam ao tempo em que o poder legislativo ordinário o criou. (2011, p. 156)

A doutrina pátria é majoritária no entendimento de que uma lei que nasce constitucional, por estar em correspondência com os preceitos da Lei

Maior vigente à sua época, não passa a ser inconstitucional (inconstitucionalidade superveniente) em razão de mudança na ordem constitucional. “A lei só poderá ser inconstitucional se estiver em litígio com a Constituição sob cujo pálio agiu o legislador” (BROSSARD, 1992, apud MENDES; BRANCO, 2011, p. 1078).

Deste modo, o entendimento predominante, e aceito pelo Supremo Tribunal Federal, é que os atos editados antes da vigência de uma Constituição, que com ela estiverem em desconformidade, são por ela revogados em virtude da ausência de recepção pela nova ordem jurídica. Conclui Bulos (2011, p. 157) que “na realidade, aquilo que os doutrinadores chamam de inconstitucionalidade superveniente nada mais é que uma das formas de exteriorizar a revogação [...]”.

### 3.2.3 REVOGAÇÃO DA NORMA ANTERIOR

Afastando-se o entendimento da inconstitucionalidade superveniente, “a questão deixa de ser matéria de controle de constitucionalidade e passa a ser considerada com todas as suas implicações, no âmbito do direito intertemporal” (MENDES; BRANCO, 2011, p. 1075).

Nessa linha de raciocínio, o que há é a mera revogação da lei anterior, naquilo em que for contrária à nova Constituição, tendo em vista que o princípio geral é que a lei posterior revoga a anterior (*lex posterior derogat priori*), quando expressamente o declare, quando seja com ela incompatível ou, ainda, quando regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior, conforme o artigo 2º, §1º, da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro.

Deixa, portanto, de existir, no ordenamento jurídico, a norma anterior que contraria os novos preceitos constitucionais.

Assim, os juízes e tribunais não estão obrigados a submeter ao STF as questões concernentes à compatibilidade entre o direito anterior e a Constituição, sendo, da mesma forma, dispensável a adoção das formalidades e procedimentos aplicáveis à declaração de inconstitucionalidade, se situando a matéria na esfera da simples aplicação do direito (MENDES; BRANCO, 2011, p. 1076/1077).

Por conseguinte, as disposições normativas que regulam o instituto da reincidência, e que preveem a própria existência do instituto, editadas em data anterior à Lei Fundamental de 1988, que com esta estejam em con-

trariedade, deverão ser consideradas revogadas em razão da não recepção de tais normas.

Cumpre-nos, desta maneira, analisar a reincidência penal à luz dos princípios penais constitucionais para verificação de sua recepção, ou revogação, em razão do advento da Constituição Federal de 1988.

#### 4. ANÁLISE DA REINCIDÊNCIA SOB O ENFOQUE DOS PRINCÍPIOS PENAIS CONSTITUCIONAIS

Sobre o tema de princípios, tornou-se clássica definição elaborada por Celso Antônio Bandeira de Mello, que afirma que princípio

[...] é, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico. É o conhecimento dos princípios que preside a inteligência das diferentes partes componentes do todo unitário que há por nome sistema jurídico positivo. Violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma qualquer. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório mas a todo o sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de estrutura mestra. (2000, p. 747)

Os mandamentos nucleares do direito penal, previstos na Constituição, servem de baliza para todo o sistema jurídico-penal, afirmando princípios que constituem garantia da liberdade individual em face do poder público, limitando o *jus puniendi* por meio de uma série de disposições que dizem respeito às garantias e direitos individuais dos cidadãos (FRAGOSO, 2004, p. 7).

O texto constitucional de 1988 estabeleceu, explícita e implicitamente, princípios fundamentais de direito penal de um Estado social e democráti-

co de direito, orientando o legislador ordinário à adoção de um sistema de controle penal voltado para os direitos humanos, fundamentado em um direito penal da culpabilidade, um direito penal mínimo e garantista (BITENCOURT, 2006, p. 14).

Adiante, tratar-se-á da análise dos principais princípios, previstos na Carta Magna, que se relacionam com o instituto da reincidência, a fim de esclarecer o questionamento acerca da recepção da recidiva.

#### **4.1 O PRINCÍPIO DA CULPABILIDADE, O INSTITUTO DA REINCIDÊNCIA E O DIREITO PENAL DO AUTOR**

O princípio da culpabilidade encontra-se albergado implicitamente no texto constitucional, em decorrência do princípio da dignidade da pessoa humana, previsto no art. 1º, III, da Constituição Federal.

O conceito de culpabilidade pode ser entendido, em termos gerais, como um juízo de reprovação que se faz ao autor de uma conduta típica e antijurídica, que, podendo se comportar conforme o direito, optou, livremente, por se comportar contrário ao direito, considerando que, nas circunstâncias da prática delitiva, era-lhe exigível o cumprimento da norma (BRANDÃO, 2008, pp. 200-201).

Apesar da ênfase na figura do autor do fato avaliado como criminoso, a análise da culpabilidade não se estende à conduta de vida deste, “[...] nosso direito penal, como direito penal do ato que é, é direito penal com culpabilidade de ato e não direito penal com culpabilidade de autor” (ZAFFARONI; PIERANGELI, p. 523).

É o próprio princípio da culpabilidade que proporciona essa garantia, que limita a incidência do direito penal apenas ao fato delituoso praticado, e não à personalidade ou conduta de vida do autor do fato. É o que ensina Santiago Mir Puig:

*El principio de responsabilidad por el hecho, que exige un derecho penal del hecho, se opone a la posibilidad de castigar el carácter o el modo de ser. Enlaza este principio con el de legalidade, y su exigencia de tipicidad de los delitos: el mandato de determinación de la ley penal reclama una descripción diferenciada de cada conducta delictiva. Ello se negó por el derecho penal del autor y la teoría de los tipos de autor que propusieran*

*los penalistas nacionalistas: en lugar de castigar el homicidio, el hurto, las falseadades, etc. (tipos de conductas), el derecho penal debía castigar al homicida, al ladrón, al falsificador, etc... (tipos de autor)*<sup>2</sup>. (2002, p. 130)

Ocorre que, no campo doutrinário, procura-se justificar o instituto da reincidência em uma suposta maior culpabilidade do agente, combinando-o, frequentemente, com o fundamento da maior periculosidade (FREITAS, 2009, p. 114-115). Nesse sentido, a doutrina pátria sustenta que “a reincidência refere-se à culpabilidade do réu, e decorre da própria estrutura do direito Direito Penal da Culpa”; outrossim, “a reincidência insere-se, portanto, no conjunto de um juízo de culpabilidade, nos termos acima postos: como circunstância inerente à pessoa que conduz à maior reprovação” (REALE JUNIOR, 2004, p. 96). Luiz Regis Prado também assevera que a reincidência “influi na medida da culpabilidade, em razão da maior reprovabilidade pessoal da ação ou omissão típica e ilícita” (2011, p. 605).

Entretanto, ao se compreender o instituto sob análise desta forma, especialmente no caso do regime de aplicação da reincidência no ordenamento brasileiro, que impõe o aumento de pena de forma automática, pela mera verificação objetiva da existência da reincidência, o juízo de reprovação é direcionado à personalidade do agente, pois não se realiza a análise das circunstâncias dos fatos, incompatibilizando-se, assim, com o papel do princípio da culpabilidade sob a égide de um Estado democrático de direito, vez que se afasta do direito penal do ato, inaugurando, no ordenamento jurídico pátrio, o direito penal do autor: pune-se de forma mais grave o reincidente por ser reincidente.

Destarte, amplia-se a extensão do conceito de culpabilidade, de forma que a conduta de vida do agente relaciona-se de maneira direta na incidência do grau de responsabilidade em agir conforme ao direito.

O direito penal democrático é o direito penal do fato, no qual a reincidência, ou qualquer outro aspecto referente apenas à pessoa do acusado,

2 Tradução livre: O princípio da responsabilidade pelo ato, que exige um direito penal do ato, exclui a possibilidade de se punir o caráter ou modo de ser. Vincula-se este princípio com o da legalidade, e sua exigência de tipicidade dos crimes: o mandato de determinação da lei penal exige uma descrição diferenciada de cada conduta criminosa. Isso é negado pelo direito penal do autor e a teoria dos tipos de autor que propuseram os penalistas nacionais: em vez de punir o assassinato, o furto, as falsificações, etc. (tipos de condutas), o direito penal deve punir o assassino, o ladrão, o falsário, etc ... (tipos de autor).

não pode legitimar juízo de culpabilidade.

É o que sustenta Zaffaroni, ao afirmar que a reincidência

[...] só se explica nas abordagens jurídico-penais na medida em que se abandona o direito penal do ato, embora, às vezes, nem mesmo nestas posições a explicação se mostre coerente. Ao contrário, as tentativas de explicá-la dentro dos limites de um direito penal do ato são todas insatisfatórias. (ZAFFARONI, apud BUENO DE CARVALHO; CARVALHO, 2008, p. 64-65)

Ocorre que, na culpabilidade do fato, a circunstância de o agente ter uma vida pregressa em que se registra uma condenação com trânsito em julgado pela prática de um crime não enseja uma maior culpabilidade, a não ser que estivéssemos na seara da periculosidade (SIQUEIRA, 2012).

A reincidência, portanto, fere o princípio da culpabilidade, quando atribui responsabilidade penal pelo autor e não pelo fato atual, e outra não pode ser a conclusão, pois a pena é agravada por um motivo que em nada se relaciona com o crime posterior praticado.

A reincidência não se refere a motivos ou maneiras mais reprováveis de se cometer o delito, mas apenas existe, no caso brasileiro, como mencionado alhures, a verificação puramente objetiva da ocorrência de uma primeira condenação. Assim, os seus pressupostos, seus fundamentos, não se correlacionam com o crime atual, com o ato que está sendo julgado, mas com o crime passado e o valor que este atribui exclusivamente à história de vida, ou de conduta, do indivíduo. Quando, na verdade, a capacidade para delinquir, revelada na prática da reincidência, não pertence ao próprio delito, ainda que se reflita nele, não afetando, assim, a gravidade da culpabilidade (RANIERI *apud* MIR PUIG, 1974, p. 452).

Anote-se, ainda, que, na análise da culpabilidade pela prática do crime posterior, o juízo de reprovação não é necessariamente mais elevado do que o efetuado no primeiro crime; pelo contrário, a reprovação direcionada ao autor do fato criminoso posterior pode, inclusive, ser de grau inferior. No mesmo sentido, conclui Ricardo Freitas:

[...] ao contrário do que sustenta uma parcela da doutrina nacional, uma culpabilidade supostamente mais intensa do agente também não pode fundamentar a referida agravante,

uma vez que a reprovação dirigida ao autor do fato punível posterior pode perfeitamente ser de grau inferior àquela que lhe foi feita pelo primeiro delito por ele cometido. Nem sempre, no delito posterior, o agente revela uma vontade mais intensa de cometê-lo, podendo ocorrer justamente o contrário. (FREITAS, 2009, p. 135)

Sobre esta questão, é importante ressaltar a solução adotada pelo Código Penal Português, que legitimou, além de pressupostos formais, como pressuposto material da reincidência, a culpa agravada do agente, impondo a análise acerca da efetiva ocorrência de que a anterior condenação não tenha servido de suficiente advertência contra o crime<sup>3</sup>.

Apesar de entendermos aplicáveis ao ordenamento português as ponderações já lançadas acerca da incompatibilidade entre o princípio da culpabilidade e o instituto da reincidência, sendo insuficiente a solução adotada pelo Código Penal Português, de pronto nota-se um maior cuidado do legislador com a consideração das causas que entende justificarem o instituto.

É que, naquele ordenamento, a reincidência não funciona de forma automática como consequência da reiteração criminosa, que é o caso brasileiro, mas, há um dever imposto ao magistrado de analisar as circunstâncias do caso, demonstrando, de forma fundamentada, se, efetivamente, houve ou não, na prática do crime posterior, um desrespeito ou desatenção do agente com a função de advertência da pena que lhe foi anteriormente imposta. É exatamente neste desrespeito ou desatenção do agente que o legislador vê fundamento para uma maior censura e, portanto, para uma suposta culpa agravada relativa ao fato cometido pelo reincidente (DIAS, 1993, p. 268).

Mas, na realidade brasileira, como se culpar o agente se sequer há o requisito do cumprimento, ao menos parcial da pena? Bem assim, como considerar uma culpa agravada do agente se o próprio Estado, ao aplicar

3 Art 75º, Código Penal Português:

“1. É punido como reincidente quem, por si só ou sob qualquer forma de participação, cometer um crime doloso que deva ser punido com prisão efectiva superior a seis meses, depois de ter sido condenado por sentença transitada em julgado em pena de prisão efectiva superior a seis meses por outro crime doloso, **se, de acordo com as circunstâncias do caso, o agente for de censurar por a condenação ou as condenações anteriores não lhe terem servido de suficiente advertência contra o crime.**

[...]”. (grifo nosso)

a pena anterior, falhou no seu dever de ressocialização? Se o Estado não cumpre os fins da pena, é impossível que esses sejam tomados em consideração para agravar a situação daquele que foi submetido a uma pena cujo fim resta, atualmente, completamente distante da realidade.

Incontestemente, por conseguinte, que se torna inconcebível que se restrinjam as consequências materiais do princípio da culpabilidade por meio da admissão do instituto da reincidência, que lhe é frontalmente contrário, pois projeta a análise da culpa à análise de uma qualificação jurídica subjetiva.

#### **4.2. O PRINCÍPIO DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA E O INSTITUTO DA REINCIDÊNCIA**

O princípio da individualização da pena está previsto no art. 5º, XLVI, da Constituição Federal.

Tal princípio determina a correspondência entre a responsabilização da conduta e a sanção a ser aplicada, de forma que a pena atinja as suas finalidades. Para tanto, o Código Penal, no art. 59, elencou os critérios a serem seguidos pelo juiz para fixação da pena-base. Sobre a matéria, leciona Bitencourt que

Os elementos constantes no art. 59 são denominados circunstâncias judiciais, porque a lei não os define e deixa a cargo do julgador a função de identificá-los no bojo dos autos e mensurá-los concretamente. Não são efetivas “circunstâncias do crime”, mas critérios limitadores da discricionariedade judicial, que indicam o procedimento a ser adotado na tarefa individualizadora da pena-base. (2006, p. 700)

Em complemento, o art. 68 do Código Penal, dispõe que, após a fixação da pena-base, com a observância do art. 59, “serão consideradas as circunstâncias atenuantes e agravantes; por último, as causas de diminuição e de aumento”. É o critério trifásico de dosimetria da pena.

Como se vê, em observância ao princípio da individualização da pena, revela-se incorreta a prática de reduzir a complexidade da análise e ponderação das circunstâncias do art. 59, do Código Penal, a meros procedimentos matemáticos, puramente objetivos, sob pena de violação à teleologia

da norma e aludido princípio, ao negar as nuances que cada uma das ditas circunstâncias assumem na vida real, no caso concreto. Assim, a pena deve ser fixada a partir das circunstâncias particulares do caso que digam respeito à situação individual do réu, vedado qualquer tipo de padronização.

Contudo, no que tange à reincidência, o agravamento da pena é obrigatório. Ocorre que nem sempre o reincidente é merecedor de sanção penal mais gravosa, sendo a aplicação objetiva da agravante, sem a análise do caso concreto, uma ofensa aos ditames do princípio da individualização da pena.

Em outros termos, a aplicação meramente objetiva da reincidência, como circunstância agravante, ou impeditiva de benefícios, viola o princípio da individualização da pena, cuja observância nos ditames constitucionais não implicaria na aplicação da reincidência como um imperativo de aumento baseado em dados estritamente objetivos.

É o que defende Cernicchiaro, que, até mesmo, sugere a utilização do princípio constitucional da individualização da pena como resposta aos problemas causados pelo instituto. Afirma o autor que a reincidência

[...] não é imperativo de aumento, baseada em dados meramente objetivos. Afetaria pois até o princípio da individualização da pena. Não faz sentido a cominação afetar o grau mínimo e o grau máximo, e a agravante não ensejar oportunidade de análise específica. A reincidência, assim, há de ser analisada pelo juiz; decidirá, ser ou não, no caso em julgamento, causa de majoração da pena. As considerações invocadas são ajustáveis ao Código Brasileiro, o texto, sem dúvida, impõe ponderar a condenação anterior. Afaste-se, todavia, a mera interpretação literal. A lei deve ser analisada segundo princípios, momento de um sistema. O juiz tem a nobre missão de fazer a tradução sistemática, atualizar, se necessário, a norma posta pelo legislador. (apud BUENO DE CARVALHO; CARVALHO, 2008, p. 66)

Assim, outra conclusão não é possível senão que a atual sistemática do instituto da reincidência está em manifesta desarmonia com o princípio constitucional da individualização da pena.

### 4.3 O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE DA PENA E O INSTITUTO DA REINCIDÊNCIA

Embora a proporcionalidade não se encontre taxativamente prevista na Constituição de 1988, sua obediência decorre de outros princípios constitucionais, tais como dignidade da pessoa humana, liberdade e igualdade.

O princípio da proporcionalidade da pena corresponde à necessidade de sua gradação em conformidade com o crime. Beccaria, autor que consagrou a necessidade de observância ao princípio em comentário, ao fim de sua obra intitulada “Dos Delitos e Das Penas”, cuja primeira edição veio a lume em 1764, concluiu que “para não ser um ato de violência contra o cidadão, a pena deve ser, de modo essencial, pública, pronta, necessária, a menor das penas aplicável nas circunstâncias referidas, proporcionada ao delito e determinada pela lei” (2009, p. 122).

A observância desse princípio implica na exigência de um juízo de ponderação sobre a relação existente entre a gravidade do fato (crime) e a gravidade da pena (FREITAS, 2001, p. 102).

É como ensina Santiago Mir Puig:

*Dos aspectos o exigencias hay que distinguir en el principio de proporcionalidad de las penas. Por una parte, la necesidad misma de que la pena sea proporcionada al delito. Por otra parte, la exigencia de que la medida de la proporcionalidad se establezca en base a la importancia social del hecho (a su nocividad social)<sup>4</sup>. (2002, p. 133)*

Neste esteio, o princípio orienta tanto a criminalização de comportamentos pelo legislador, com a justa cominação abstrata da pena, proporcional à magnitude do bem jurídico protegido pelo tipo penal, quanto a sua aplicação pelo juiz.

Desta forma, no que tange à reincidência, importa-nos ressaltar que o fato de o agente ser reincidente não agrava em nada o segundo delito por

4 Tradução livre: “Dois aspectos ou requisitos devem ser distinguidos no princípio da proporcionalidade das penas. Primeiro, a própria necessidade de que a pena seja proporcional ao delito. Além disso, a exigência de que a medida da proporcionalidade se estabeleça com base na importância social do ato (sua nocividade social)”.

ele praticado, ou seja, a fato de um crime ser praticado por um reincidente não o torna mais grave. Como ainda assevera Mir Puig:

*Es, en efecto, rechazable que agrave la pena, en un derecho penal respetuoso del fuero interno y que quiera limitarse a proteger bienes jurídicos (social-externos), una mera actitud interna del sujeto que no afecta al grado ni a la forma de la lesión producida<sup>5</sup> [...]. (2002, p. 618)*

Desta forma, com a reincidência, rompe-se a proporcionalidade entre crime e pena, dado que o acréscimo é realizado com supedâneo puramente nessa qualidade subjetiva, ferindo relação entre a gravidade do fato e a gravidade da pena.

#### 4.4. O PRINCÍPIO DO NE BIS IN IDEM E O INSTITUTO DA REINCIDÊNCIA

O princípio do *ne bis in idem* não está previsto de forma expressa na Constituição da República, mas é frequentemente considerado um princípio decorrente dos princípios da legalidade, da dignidade da pessoa humana, do respeito à coisa julgada e da proporcionalidade das penas, sendo, também, um dos alicerces do Estado democrático de direito.

Além disso, a Convenção Interamericana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), ratificada pelo Brasil, faz referência expressa ao princípio, em seu artigo 8º, item 4, que determina que “o acusado absolvido por sentença passada em julgado não poderá se submetido a novo processo pelos mesmos fatos”.

O princípio do *ne bis in idem* é uma restrição ao poder punitivo estatal, consubstanciando-se em uma garantia de liberdade e segurança do cidadão, tendo sua incidência tanto no direito processual, quanto no direito material.

Sua dimensão substantiva, material, implica que sobre o mesmo fato (punível) não pode haver dupla valoração, isto é, o delito anterior não pode, de novo, produzir consequências penais. No aspecto processual, a

5 Tradução livre: “É, na verdade, reprovável que se agrave a pena, em um direito penal que respeita o foro íntimo e que quer ser limitado a proteger bens jurídicos (sociais externos), por uma mera atitude interna do sujeito que não afeta o grau ou a forma da lesão produzida [...]”.

decorrência é o dever de observar-se a coisa julgada e o impedimento de que alguém seja julgado duas vezes pelo mesmo fato (FRANCO, 2010, p.1). Esclarecedor é o magistério de Ricardo Freitas, ao tratar das decorrências do princípio do *ne bis in idem*:

Por tal razão, não se pode punir o agente duas ou mais vezes pela prática de um único fato punível. Assim, por exemplo, não se deve considerar uma dada circunstância quando da fixação da pena-base para, depois, tomá-la como agravante genérica. Além disso, não se pode considerar determinada circunstância judicial ou legal em desfavor do agente, quando ela integra a figura típica como elemento da definição do crime, causa de aumento da pena ou circunstância qualificadora. Por outro lado, no que diz respeito ao aspecto mais propriamente processual penal não se permite que o agente seja julgado duas vezes pelo mesmo fato. Tais limitações ao poder de punir traduzem o denominado princípio constitucional do *ne bis in idem*. (2009, p. 122)

Relacionando o princípio à reincidência, o questionamento que é levantado é, se ao reincidente se impõe uma pena maior do que a legalmente cominada ao novo delito praticado, ou se o prejudica de alguma outra maneira (como a impossibilidade de livramento condicional, por exemplo) ao ser condenado por este novo delito, não se está novamente valorando, julgando, e punindo o reincidente por aquele crime anterior, sobre o qual já houve a justa e proporcional imposição da pena, inclusive sobre a qual repousa o manto da coisa julgada?

Carrara (2000, p. 204) expõe o problema:

No se puede afirmar que, a causa de la reincidencia, se aumenta la cantidad del segundo delito, pues ella no es ningún motivo para aumentar la imputación, y este supuesto fue el error que ocasionó tan graves objeciones contra la pena de la reincidencia. Se afirma que el reo ha saldado ya la primera partida, y sería injusto ponérsela en cuenta por segunda vez<sup>6</sup>.

6 Tradução livre: “Não se pode afirmar que por causa da reincidência, se eleve o grau do segundo crime, pois ela não é motivo para aumentar a imputação, e esta suposição foi o erro que causou tão sérias objeções contra a pena da reincidência. Alega-se que o réu a tenha saldado na

Com efeito, ao tratar-se da reincidência, é inafastável a conclusão de que existe violação ao princípio sob análise. Com a agravação obrigatória da pena em razão da existência de um delito antecedente, projetam-se novos efeitos decorrentes da prática deste mesmo delito passado, para a atualidade. Assim, conclui-se que “em toda agravação de pena pela reincidência existe uma violação do princípio do *non bis in idem*. A pena maior que se impõe na condenação pelo segundo delito, decorre do primeiro, pelo qual a pessoa já havia sido julgada e condenada” (ZAFFARONI; PIERANGELI, p. 718).

Uma fórmula simples e bastante elucidativa é apresentada por Ricardo Freitas no que diz respeito à comprovação de que os efeitos da reincidência se operam exclusivamente em razão da prática do primeiro delito. Sugere o autor que se desconsidere, eliminando-o mentalmente, o cometimento de um primeiro delito; dessa forma, o segundo delito certamente não seria castigado com mais rigor, fato que confirma a existência da influência do cometimento anterior de um crime, já devidamente julgado, com pena já definida, sobre as consequências (aumento da pena e demais efeitos) do segundo delito (FREITAS, 2009, p. 125). Ou seja, está voltando-se a sancionar, penalizar o indivíduo por aquele crime anterior. Assim, existe uma múltipla valoração sobre a prática de um único crime, de forma a violar o aspecto material do princípio do *ne bis in idem*.

Sobre a questão, acrescenta Alberto Silva Franco:

A reincidência, enquanto agravante, não apenas aplica oficialmente, através de manifestação judicial no segundo processo, o rótulo de reincidente ao condenado por fato criminoso anterior, como também valora penalmente o fato precedente para efeito de agregar maior gravidade à pena cominada para o segundo delito, tomando-se a sentença anterior como pressuposto do *plus* punitivo. (2010, p. 4)

Dessarte, o Estado reitera, de forma inadmissível, o exercício do *jus puniendi*, com fundamento na prática de um mesmo ato sobre o qual já havia imposto a justa punição.

---

primeira vez, e seria injusto colocá-la em conta por uma segunda vez”.

Neste idêntico aspecto, não se pode deixar de registrar que, por meio da violação do princípio do *ne bis in idem*, da forma como exposta, violasse, por consequência, a proteção à coisa julgada. Isto porque, se, para a configuração da reincidência, exige-se uma sentença penal com trânsito em julgado, ao novamente se tomar em consideração o mesmo ato para a imposição de uma nova pena, fere-se a imutabilidade do primeiro julgado, visto que, verdadeiramente, o que ocorre é uma modificação das consequências jurídicas provenientes da prática deste primeiro delito.

Infelizmente, a jurisprudência, inclusive do Supremo Tribunal Federal, de maneira geral, admite a consideração da reincidência sob o entendimento de que o instituto não viola o princípio *ne bis in idem*<sup>7</sup>. Na verdade, os tribunais apenas consideram a ocorrência do *bis in idem*, no que diz respeito à reincidência, quando ela funcionar, simultaneamente, como agravante e como circunstância judicial, conforme o teor da Súmula 241, do STJ: “A reincidência penal não pode ser considerada como circunstância agravante e, simultaneamente, como circunstância judicial”.

#### **CONCLUSÃO: A NÃO RECEPÇÃO DO INSTITUTO DA REINCIDÊNCIA PELA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988**

Como já exposto, com o advento de uma nova Constituição, o ordenamento legal infraconstitucional deve ser submetido à análise da compatibilidade vertical com a nova Carta Magna.

Havendo conflito material entre a nova Constituição e a lei anterior, entende-se pela não recepção da norma infraconstitucional, com sua consequente revogação.

O instituto da reincidência encontra seu fundamento de validade na parte geral do Código Penal, cuja redação foi dada pela lei n.º 7.209/84, anterior, portanto, à Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

Por tal razão, é imperiosa a análise da recepcionabilidade do referido instituto pela Carta Republicana de 1988. Impõe-se, outrossim, a análise da

<sup>7</sup> Sobre a questão, ver os seguintes julgados: HC 96046, Relator(a): Min. AYRES BRITTO, Segunda Turma, julgado em 13/03/2012, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-084 DIVULG 30-04-2012 PUBLIC 02-05-2012; HC 101579, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Primeira Turma, julgado em 04/10/2011, DJe-202 DIVULG 19-10-2011 PUBLIC 20-10-2011 EMENT VOL-02611-01 PP-00100; HC 107274, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Primeira Turma, julgado em 12/04/2011.

compatibilidade da recidiva com os fundamentos de um Estado democrático de direito, que é o sistema institucional inscrito no artigo 1º da Lei Maior.

Assim, o instituto da reincidência deve atentar para os parâmetros constitucionais, sob pena de não ser recepcionado pela Carta Magna e, por conseguinte, ter reconhecida a sua revogação.

O cotejo normativo realizado no presente trabalho revela que não há nenhuma razão válida para que se entenda pela legitimação constitucional do instituto da reincidência. Pelo contrário, as violações aos princípios constitucionais da culpabilidade, da individualização da pena, da proporcionalidade da pena e do *ne bis in idem* determinam a não recepção do instituto pela Constituição de 1988. Qualquer lei penal que leva em consideração as condenações anteriores sofridas pelo agente, para lhe impor, novamente, uma sanção pelo mesmo fato praticado, afronta abertamente as garantias básicas de um Estado democrático de direito.

Hoje, não é válido manter, em nosso sistema jurídico punitivo, essa forma aberrante que se apoia na gravidade do modo de vida de um indivíduo. O instituto da reincidência, é, na verdade, um “tipo de autor”, visto que não pretende definir uma conduta normativamente, mas a personalidade: ser reincidente. Ademais, a agravação obrigatória da pena, sem a possibilidade da análise das circunstâncias do caso, implica em violação ao princípio da individualização da pena. Ainda, com a reincidência, rompe-se a proporcionalidade entre gravidade do crime e quantidade da pena, dado que o acréscimo é realizado com a única justificativa de que o agente é reincidente, ou seja, em uma qualidade subjetiva que não se relaciona com o fato. O instituto da reincidência, outrossim, direciona o julgador a uma múltipla valoração, com dupla punição, sobre a prática do mesmo crime.

Percebe-se que, apesar da alteração textual do código penal, com a reforma de 1984, persiste o mesmo juízo sobre a pessoa do reincidente: presunção de periculosidade.

Por tais considerações, outra não pode ser a conclusão senão a indicada por Ricardo Freitas:

Visando ao ajustamento do direito penal infraconstitucional ao Estado de Direito, recomenda-se pura e simplesmente a completa revogação do art. 63 do CP e de todos aqueles que lhe são correlatos. No mínimo, um programa reformista menos ambicioso há de estar voltado para a progressiva reforma

dos aspectos mais nocivos da reincidência e para a paulatina supressão de seus inúmeros e contraproducentes efeitos legais. (2009, p. 135)

A reincidência, portanto, não é compatível com um direito penal de garantias, corolário de um Estado democrático de direito, assim como não se compatibiliza com os preceitos da Carta Cidadã de 1988.

A partir do momento em que se legitima um aumento de pena, bem como a imposição de uma série de outras consequências gravosas, por rotular-se alguém como “mais perigoso”, ainda que de forma não declarada, como é no caso da reincidência, restam, de forma inquestionável, violados os preceitos constitucionais do Estado democrático de direito.

## REFERÊNCIAS

### 1. LIVROS

ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Curso de direito constitucional**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. 11. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

BECCARIA, Cesare, marchese di. **Dos delitos e das penas**. Tradução de Paulo M. Oliveira. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2011.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral**. vol. I. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

BRANDÃO, Cláudio. **Curso de direito penal: parte geral**. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

BUENO DE CARVALHO, Amilton; CARVALHO, Salo de. **Aplicação da pena e garantismo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

CARRARA, Francesco. **Programa de derecho criminal: parte general**. Tradução para o espanhol de José J. Ortega Torres e Jorge Guerrero. Santa

Fe de Bogotá: Editorial Temis, 2000.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de direito constitucional**. 3. ed. São Paulo: Jus Podivm, 2009 .

DELMANTO, Celso. et al. **Código penal comentado**. 6. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito Penal Português: as consequências jurídicas do crime**. Lisboa: Editorial Notícias, 1993.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de direito penal**. Atualizado por Fernando Fragoso. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

FREITAS, Ricardo de Brito A. P. **Razão e sensibilidade: fundamentos do direito penal moderno**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001.

\_\_\_\_\_. Reincidência e repressão penal. In: **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, n. 81, p. 93-138, nov./dez. 2009.

GOMES, Luiz Flávio. et al. **Legislação criminal especial**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

HORTA, Raul Machado. **Direito constitucional**. 4. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

MIR PUIG, Santiago. **Derecho penal: parte general**. 6. ed. Barcelona: Reppertor, 2002.

\_\_\_\_\_. **La reincidencia en el código penal: análisis de los arts. 10,14o., 10,15o., 61,6o. y 516,3o.** Barcelona: Editorial Bosch, 1974.

NOVELINO, Marcelo. **Direito constitucional**. São Paulo: Editora Método, 2008.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal Comentado**. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

\_\_\_\_\_. **Leis penais e processuais penais comentadas**. 5. ed. São

Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

\_\_\_\_\_. **Prisão e Liberdade:** As reformas processuais penais introduzidas pela Lei 12.403, de 4 de maio de 2011. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro.** vol. I. 11.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

REALE JÚNIOR, Miguel. **Instituições de direito penal.** vol. II. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **Manual de direito penal:** parte geral. São Paulo: Conceito Editorial, 2011.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo.** 23. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2004.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro:** parte geral. vol. I. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

## 2. TESES

SIQUEIRA, Leonardo Henrique Gonçalves de. **O caráter retórico do princípio da culpa na medida da pena:** a desconstrução e superação de uma culpabilidade eticizante. 2012. 283 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito do Recife, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2012.

## 3. SITES WEB

FRANCO, Alberto Silva. **Reincidência:** um caso de não-recepção pela constituição federal; Boletim IBCCRIM. nº 209 . Abr. 2010. Disponível em <<http://www.ibccrim.org.br/>> Acesso em 18 out 2012.