



MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO
UNIVERSIDADE FEDERAL DE PERNAMBUCO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
FACULDADE DE DIREITO DO RECIFE

Daniella de Andrade da Silva

**A REINCIDÊNCIA CRIMINAL: A NÃO RECEPÇÃO DO DIREITO PENAL DO
AUTOR PELA CONSTITUIÇÃO DE 1988 E O CONFRONTO DE
ENTENDIMENTOS ENTRE O STF E A CORTE INTERAMERICANA DE
DIREITOS HUMANOS.**

Recife

2019

Daniella de Andrade da Silva

**A REINCIDÊNCIA CRIMINAL: A NÃO RECEPÇÃO DO DIREITO PENAL DO
AUTOR PELA CONSTITUIÇÃO DE 1988 E O CONFRONTO DE
ENTENDIMENTOS ENTRE O STF E A CORTE INTERAMERICANA DE
DIREITOS HUMANOS.**

**Monografia apresentada como requisito
parcial para Conclusão do Curso de
Bacharelado em Direito pela UFPE.**

**Áreas de Conhecimento: Direito Penal,
Direito Processual Penal, Criminologia e
Direito Constitucional.**

Orientador: Ricardo de Brito Albuquerque Pontes Freitas

Recife

2019

Daniella de Andrade da Silva

A reincidência criminal: a não recepção do direito penal do autor pela Constituição de 1988 e o confronto de entendimentos entre o STF e a Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Monografia Final de Curso

Para Obtenção do Título de Bacharel em Direito

Universidade Federal de Pernambuco/CCJ/FDR

Data de Aprovação:

Prof. Orientador: Ricardo de Brito Albuquerque Pontes Freitas

Prof.

Prof.

DEDICATÓRIA

Aos meus pais.

AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus por ter me sustentado e capacitado. Sem seu amor infinito e graça inexplicável não seria possível chegar até a conclusão desta fase da minha vida. Ele me surpreendeu, mostrando que eu era capaz a cada obstáculo surgido. Mostrou-me que é Deus-provedor quando já não acreditava que daria certo. Foi Deus fiel e de amor, ao qual eu rendo graças infinitamente.

Agradeço aos meus pais, aqueles que são minha base, meu sustento, meu espelho, meu tesouro. Sou grata pelo abrigo aconchegante de seus colos e pelos inúmeros sacrifícios que fizeram por mim. Toda a minha admiração é deles e todo meu amor também.

Agradeço a todos os meus familiares e amigos, em especial aos meus amigos da Faculdade de Direito do Recife, com quem partilhei alegrias e angústias e que tornaram os cinco anos e meio de curso mais leve e colorido. Especialmente agradeço a minha amiga Aline pelo simples fato de estar sempre ao meu lado do começo ao fim do curso, me fazendo lembrar o verdadeiro significado da palavra “amizade”. Agradeço, ainda, a Priscilla e Giselle, por serem as amigas maravilhosas que são; e a Carol, igualmente por toda a sua amizade, apoio e ajuda, sobretudo nesta reta final.

Agradeço a Faculdade de Direito do Recife, a qual me proporcionou apreender sobre a profissão e sobre a vida.

Agradeço a todos os professores e funcionários dessa Casa de Tobias, em especial ao meu professor e orientador Ricardo de Brito, por ter, através de suas aulas, despertado em mim o amor pelo Direito Penal desde o começo do curso.

Agradeço, por fim, ao próprio Direito, área do conhecimento que faz meus olhos brilharem desde menina pelo ideal de justiça. Hoje, concluindo o curso e vendo que na realidade nem sempre as ideias se tornam concretas, ainda trago comigo o mesmo brilho nos olhos por procurar a justiça através da minha futura profissão.

RESUMO

O presente trabalho versa sobre a forma como o instituto da reincidência é tratado na legislação criminal brasileira, analisando sua relação com o direito penal do autor e sua incompatibilidade com as diretrizes constitucionais e com o Estado Democrático de Direito. Para isso, este estudo deverá tratar primeiramente sobre os aspectos fundamentais do instituto e sua historicidade no âmbito nacional e internacional. Em seguida, serão examinados os efeitos da reincidência no Direito brasileiro da atualidade e como esses efeitos estão em desacordo com os ditames constitucionais. Posteriormente, será defendido a não-receptividade do instituto, justamente pela incompatibilidade dos dispositivos que o disciplinam com a Carta Magna outorgada posteriormente à essas legislações. Por fim, será feita uma análise do conflito de entendimentos entre o STF e a Corte Interamericana de Direitos Humanos acerca da recidiva, sustentando, finalmente, a necessidade de adequação da jurisprudência brasileira ao entendimento da Corte Internacional, expulsando do ordenamento jurídico brasileiro o arcaico instituto da reincidência, ante a sua não-recepção constitucional. Esta monografia apresenta, portanto, feição multidisciplinar, abordando temas de Direito Penal, Direito Processual Penal, criminologia e Direito Constitucional.

Palavras-chave: Reincidência criminal. Direito penal do autor. Não receptividade constitucional. STF. Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Esforço vão

*Não sei como vencer esta descrença
a que meu desespero me condena.
Eu vejo em toda parte indiferença
tal uma praga transmudada em pena .*

[...]

*Esforço vão, eu sei. Infelizmente
o mundo me envolve na torrente
de egoísmos inimagináveis.*

*E ao intentar desse grilhão safar-me
mais a descrença insiste em castigar-me
tornando os desacertos infindáveis¹.*

Quimera

*Ah, quem me dera ser o que não fui
ou mesmo aquele que desejo ser
Mas minha imagem nada tem a ver
com essa imagem que a vaidade intui*

*Quando tento mudar o sonho rui
e, aturdido, paro, sem querer,
receber mais do que me é dado ter...
E o sonho mundacista se dilui.*

*O que não fui, bem como o que serei
estão escritos, força alguma altera,
só me resta aceitar, pois isto é lei.
Mas nada custa um sonho alimentar,
a vida, na verdade, é só quimera
e sofre menos quem souber sonhar.²*

¹ MARTINS, Cláudio. **Reincidência: de Baudelaire a Petrarca**. Fortaleza: UFC; Casa de José de Alencar, 1991. P. 164.

² Idem Ibidem. P. 316.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	9
1 NOÇÕES FUNDAMENTAIS E HISTORICIDADE DO INSTITUTO DA REINCIDÊNCIA	11
1.1 A REINCIDÊNCIA CRIMINAL: ETIMOLOGIA, CONCEITO, CLASSIFICAÇÕES E ASPECTOS RELEVANTES.....	11
1.2 BREVES APONTAMENTOS HISTÓRICOS ACERCA DA ORIGEM E EVOLUÇÃO DO INSTITUTO DA REINCIDÊNCIA	17
1.3 A EVOLUÇÃO DO INSTITUTO DA REINCIDÊNCIA NO BRASIL	21
2 OS EFEITOS DA REINCIDÊNCIA À LUZ DAS DIRETRIZES CONSTITUCIONAIS: A NÃO RECEPTIVIDADE DO DIREITO PENAL DO AUTOR NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO	29
2.1 OS EFEITOS DA REINCIDÊNCIA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO DA ATUALIDADE	29
2.2 A ESCOLA POSITIVISTA E O DIREITO PENAL DO AUTOR	33
2.3 A INCOMPATIBILIDADE DO INSTITUTO DA REINCIDÊNCIA COM OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS: UM CASO DE NÃO RECEPÇÃO PELA CONSTITUIÇÃO DE 1988	41
3 A DIVERGÊNCIA DE ENTENDIMENTOS ACERCA DA RECIDIVA: STF X CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS	47
3.1 O JULGAMENTO DO RE 591.563: <i>LEADING CASE</i>	47
3.2 A CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS E O JULGAMENTO DO CASO FERMÍN RODRIGUEZ X GUATEMALA: A NECESSÁRIA ADEQUAÇÃO DO BRASIL AO ENTENDIMENTO DA CORTE	54
CONCLUSÃO	60

INTRODUÇÃO

O tema escolhido aborda um instituto do direito penal e processual-penal com grande relevância na sociedade: a reincidência criminal. Gerando implicações também na criminologia e no constitucionalismo, a forma como esse instituto é aplicado causa antigas discussões entre os estudiosos do direito e, mais recentemente, decisões conflitantes têm surgido entre o Supremo Tribunal Federal brasileiro e a Corte Interamericana de Direitos Humanos, da qual o Brasil é signatário.

Assim, enquanto o STF entende pela plena adequação do instituto, não sendo este violador das normas constitucionais; a Corte Interamericana, exercendo sua função contenciosa através do Caso Fernín Rodriguez vs Guatemala, já deixou clara seu posicionamento contrário ao instituto da recidiva, sobretudo por caracterizar o direito penal do autor, incompatível com os Estados Democráticos.

Na linha de raciocínio da Corte Interamericana, entende-se que há diversos dispositivos penais, entre eles os que dispõem acerca da recidiva, os quais reproduzem o discurso positivista da criminologia e amparam-se no modo de vida do criminoso recidente, considerado sujeito possuir de maior periculosidade social e reprovabilidade em sua conduta. Violam, por conseguinte, o direito penal do fato, recaindo no utilitarismo da pena, típico do direito penal do autor

Objetiva-se, com o presente trabalho, portanto, estudar o instituto da reincidência à luz do direito penal do fato e do direito penal do autor, bem como dos princípios constitucionais, apresentando a tese da não-recepção do instituto da reincidência criminal pela Constituição Federal de 1988 e a necessária adequação do entendimento do STF ao da Corte Interamericana de Direitos Humanos, mais consentâneo com um Estado Democrático.

Assim, face à necessidade de dar efetiva aplicabilidade ao direito penal do fato, como estabelecido pelos cânones constitucionais, e, tendo em vista a supremacia da Constituição nos Estados modernos, bem como a imprescindível contribuição da Corte de Direitos Humanos na interpretação de temas complexos, o presente trabalho busca demonstrar a necessidade de pôr fim à utilização da reincidência.

Para isso, primeiramente far-se-á um breve retrospecto histórico do mencionado instituto, com o objetivo de investigar as profundas raízes nas quais ele está alicerçado, que

permitem a sua consistente subsistência até mesmo nos países tido como Estados Democráticos de Direito, a exemplo do Brasil.

Posteriormente, será abordado o tratamento conferido à reincidência na legislação brasileira atual, enfocando os seus principais efeitos legais, bem como os dispositivos que fazem distinção entre o tratamento conferido aos processados em função de sua primariedade ou reincidência, de forma a demonstrar que a periculosidade do agente, enquanto cálculo e modo de execução da pena, é fundada em aspectos alheios ao fato que se pretende punir.

Em seguida, será analisado a incompatibilidade do instituto da reincidência com os fundamentos de um Estado Democrático de Direito, dando enfoque para a questão da sua não-recepção pela Carta Magna de 1988, ante os princípios por ela adotados, seja explícita ou implicitamente, a exemplo da culpabilidade e do *non bis in idem*.

Apresentadas tais considerações, será abordado, por fim, as posições doutrinárias e jurisprudenciais acerca do tema, especialmente quanto ao conflito de entendimento entre a Corte Suprema brasileira e a Corte Interamericana de Direitos Humanos.

A metodologia adotada nesta monografia é bibliográfica e crítico-dialógica. A primeira tratará da compreensão acerca da matéria e a segunda não se restringirá a uma análise da literatura do tema, mas também a um estudo crítico e construtivo. No que tange aos setores de conhecimento, a pesquisa terá uma feição multidisciplinar, ante a necessidade de se buscar elementos constantes no Direito Penal, no Direito Processual Penal, na Criminologia e no Direito Constitucional.

O tipo de investigação adotada será, preponderantemente, o jurídico-teórico, com ênfase aos aspectos conceituais, doutrinários e jurisprudenciais sobre o tema objeto de estudo, tendo em vista a divergência encontrada a seu respeito. Dessa forma, pela própria finalidade do estudo, a técnica eleita será a pesquisa bibliográfica e jurisprudencial, recorrendo-se a livros, artigos, leis e julgados.

1 NOÇÕES FUNDAMENTAIS E HISTORICIDADE DO INSTITUTO DA REINCIDÊNCIA

1.1 A reincidência criminal: etimologia, conceito, classificações e aspectos relevantes

Acerca da reincidência, Damásio de Jesus ensina que:

Reincidência deriva de *re-incidere*, que significa recair, repetir o ato. Reincidência é em termos comuns, repetir a prática do crime. [...] A reincidência pressupõe uma sentença condenatória transitada em julgado por prática de crime. Há reincidência somente quando o novo crime é cometido após a sentença condenatória de que não cabe mais recurso³.

A expressão *re-incidere* tem origem latina, na qual *incidere* pode ser traduzida como “incorrer”, “acontecer” ou “ocorrer”, já o prefixo “re” tem o condão de atribuir o significado de reiteração, redundando no sentido de “incorrer outra vez”⁴.

Assim, reincidência significa, segundo análise eminentemente etimológica e gramatical, a repetição do acontecimento de alguma coisa ou ato, sendo conceituada pelo Dicionário Aurélio como: ato ou efeito de reincidir. Obstinação, pertinácia, teimosia⁵.

Desse forma, verifica-se a existência de um significado meramente popular e gramatical, que pode ser traduzido por uma ação na qual se volta a praticar algo, seja um erro, delito, falta ou qualquer ato reprovável.

Todavia, no plano jurídico o significado da expressão “reincidência” ganha contornos particulares, passando a possuir especificidades técnicas, criadas pela legislação.

Como cada país possui sua legislação criminal própria, torna-se complexa a tentativa de obtenção de um conceito uniforme acerca da recidiva no âmbito internacional. A própria legislação brasileira modificou sua definição ao longo dos Códigos Penais que se sucederam, o que será analisado em tópico próprio.

³ JESUS, Damásio E. de. **Direito penal: parte geral**. Vol. 1. 32^ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011. P. 609.

⁴ FALCONI, Romeu. Lineamentos de direito penal. In: BARATTO, Jussara Salete May. **A influência da reincidência na dosimetria da pena e seus efeitos frente ao ordenamento jurídico**. 2006. 105 f. Trabalho de Conclusão de Curso - Centro de Ciências Jurídicas, Políticas e Sociais (CEJURPS), Universidade do Vale do Itajaí, Itajaí, 2006. P.59. Disponível em: <http://siaibib01.univali.br/pdf/Jussara%20Salete%20May%20Baratto.pdf>. Acesso em: 27 de abril de 2019.

⁵ FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Miniaurélio Século XXI: O minidicionário da língua portuguesa**. Coordenação de edição, Margarida dos Anjos, Marina Baird Ferreira; lexicografia, Margarida dos Anjos, *et al.* 4^a ed. Ver. Ampliada. – Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2000. P. 593.

Atualmente, o Código Penal brasileiro define a reincidência em seu artigo 63, assim escrito: “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”.

O art. 7º do Decreto-lei n. 3.688, de 03 de outubro de 1941 (Lei das Contravenções Penais) também considera reincidente quem pratica contravenção penal depois ter sido condenado em definitivo, em qualquer país, por crime, ou no Brasil por outra contravenção penal⁶.

Reincidente, portanto, no aspecto jurídico, é quem comete novo crime ou contravenção após ter sido condenado definitivamente por outro delito, no Brasil ou no estrangeiro, ou aquele que pratica nova contravenção após condenação irrecorrível por outra contravenção penal no Brasil.

São excluídos para fins de reincidência, entretanto, os crimes políticos e militares próprios, conforme o art. 64, II, do Código Penal; por sua vez, os crimes militares impróprios são capazes de gerar reincidência.

Também não induzem reincidência:

- a) A sentença concessiva de perdão judicial (CP, art. 120);
- b) A sentença que aplica medida de segurança (conforme doutrina majoritária);
- c) A decisão que aplica pena restritiva de direito em transação penal (Lei 9.099/95, art. 76, § 4º);
- d) A decisão concessiva de suspensão condicional do processo (Lei 9.099/95, art. 89); e
- e) A decisão que homologa a composição civil (Lei 9.099/95, art. 74).

Observa-se, ainda, que pelo cotejo do art. 63 do Código Penal e do art. 7º da Lei das Contravenções Penais, a contravenção anterior não gera reincidência, uma vez a Lei refere-se especificamente ao cometimento de crime anterior. Entretanto, por força do que dispõe o art. 7º da Lei das Contravenções Penais, haverá reincidência quando o agente praticar uma contravenção depois de passar em julgado sentença que o tenha condenado por outra contravenção (no Brasil) ou por qualquer crime (no Brasil ou no estrangeiro).

⁶ BRASIL. **Decreto-Lei 3.688, de 03 de outubro de 1941. Lei das Contravenções penais.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/de13688.htm. Acesso em: 27 de abril de 2019.

Queiroz conclui do seguinte modo: “Tem-se a seguinte e inexplicável situação: se o agente comete duas contravenções, há reincidência; se pratica dois crimes, também; idem se for crime e contravenção. Todavia, se praticar contravenção e crime, não haverá reincidência.”⁷

Quanto a natureza jurídica do mencionado instituto, o Código Penal brasileiro trata a reincidência como circunstância agravante, sendo ela a primeira causa de agravamento obrigatório da pena disciplinada no rol do artigo 61 do CP.

Contudo, o agravamento da sanção penal é apenas um dos efeitos gerados pela reincidência. O possível impedimento de concessão da substituição da pena privativa de liberdade por pena restritiva de direito na hipótese de crime doloso é outro efeito importante da recidiva, entre tantos outros, todos com viés negativo. Sendo assim, não se deve limitar a natureza do instituto apenas como agravante da pena, que é apenas um dos seus efeitos.

Nesse sentido, importante é o entendimento de Marques⁸, segundo o qual, apesar de assim inserida pelo Código Penal Brasileiro, a reincidência não é propriamente uma circunstância agravante da nova infração, mas sim uma agravação de caráter nitidamente subjetivo, visto que por ocasião da dosimetria da pena será analisada a qualificação subjetiva do réu como reincidente para então graduar a sanção a ser imposta.

Na mesma linha de entendimento, Fragoso⁹ não considera a reincidência como uma mera circunstância, uma vez que essa se relaciona com o criminoso em si e não com a infração cometida. Capez¹⁰ por sua vez, afirmar que a natureza jurídica da reincidência é de circunstância agravante genérica, com caráter subjetivo ou pessoal, de modo que não se comunica aos eventuais partícipes ou coautores.

⁷ PAULO, Queiroz – Direito Penal - parte geral - 4ª edição – Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. P. 341. In: PONTES, Claudonilda Francisca de. **A (in) constitucionalidade da reincidência penal**. 2012. Trabalho de conclusão de curso - Centro Universitário do Distrito Federal – UDF, 2012. P. 19. Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/pdf/cj040213.pdf>. Acesso em: 27 de abril de 2019.

⁸ MARQUES, José Frederico. Curso de direito penal – v. III. São Paulo: Saraiva, 1956. Pág. 91. In: CHIQUEZI, Adler. **Reincidência criminal e sua atuação como circunstância agravante**. 2009. 160 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2009. P. 33. Disponível em: <https://tede2.pucsp.br/handle/handle/8617>. Acesso em: 27 de abril de 2019.

⁹ FRAGOSO, Heleno Cláudio. Lições de direito penal (parte geral). Rio de Janeiro: Forense, 2004. Pág. 416. In: CHIQUEZI, Adler. **Op cit.** P. 33.

¹⁰ CAPEZ, Fernando. Curso de Direito Penal: Parte Geral. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva 2001. In: PONTES, Claudonilda Francisca de. **Op cit.** P. 17.

Logo, pode-se concluir ter a reincidência a natureza de um estado subjetivo do réu que lhe trará uma consequência desfavorável no aspecto penal ou processual¹¹.

Assim, a reincidência exprime uma qualificação pessoal, sendo apropriado recorrer à ideia de tipo legal de autor para designar sua natureza jurídica.

Isso porque, baseando-se na condição subjetiva de “ser reincidente”, diversas consequências jurídicas atingem ao autor do fato criminoso, moldando um *status*, uma situação jurídica distinta em razão dessa qualidade pessoal. Logo, a norma penal descreve um tipo de autor, que se consuma com a satisfação dos requisitos previstos no artigo 63 do Código Penal.

Quanto aos pressupostos caracterização da reincidência, destaca-se o rol elencado por Rogério Greco¹², no qual constam três requisitos, quais sejam: (i.) prática de crime anterior; (ii.) trânsito em julgado da sentença condenatória e (iii.) prática de novo crime, após o trânsito em julgado da Sentença penal condenatória.

Dessa forma, pode ocorrer a prevalência da primariedade mesmo quando o indivíduo cometeu diversos delitos anteriores, mas para os quais não houve condenação com trânsito em julgado.

A primariedade é um conceito estritamente ligado ao multicitado instituto da recidiva. Diferentemente desta última, a primariedade não encontra definição na legislação. Assim, extrai-se o seu conceito através do juízo de contrário *sensu* de reincidência, isto é, primário é o não-reincidente, aquele que não cometeu novo delito após ter sido condenado definitivamente por determinado crime.

Os antecedentes, por seu turno, constituem a vida pregressa do agente, de modo a interessar na avaliação subjetiva deste. Fazem parte do rol das circunstâncias judiciais, previstas no art. 59 do Código Penal, e, por isso, devem ser considerados na primeira fase do sistema trifásico de dosimetria da pena, destinada a fixação da pena-base, na qual o magistrado, face ao caso concreto, analisará as circunstâncias do crime e as aplicará, sem, contudo, ultrapassar o mínimo e o máximo de pena cominada pela lei àquele tipo penal.

¹¹ CHIQUEZI, Adler. **Op cit.** P. 34.

¹² GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: parte geral**, volume I. 19. ed. Niterói: Impetus, 2017. P. 724.

Os antecedentes não se confundem com a reincidência, pois este instituto tem a especificidade de exigir condenação anterior com trânsito em julgado nos últimos cinco anos, o que não ocorre com aquele.

De acordo com os ditames trazidos pela Constituição Federal de 1988, ninguém pode ser considerado culpado antes do trânsito em julgado de sentença penal condenatória; conseqüentemente, os maus antecedentes não podem abranger todas as ocorrências de caráter criminal, como indiciamento em inquérito policial ou processo criminal em andamento.

Assim, conforme os parâmetros constitucionais, sobretudo pelo princípio da não-culpabilidade, também chamado de princípio da presunção de inocência, insculpido no art. 5º, LVII da Carta Magna, apenas condenações criminais definitivas que não gerarem reincidência caracterizam maus antecedentes, mais especificamente aquelas que já foram atingidas pelo prazo de cinco anos disposto no art. 64, I, do Código Penal.

Relevante é o entendimento de Bissoli Filho, para o qual a “reincidência criminal é espécie do gênero que são os antecedentes, uma vez que ambos tratam da vida pretérita do indivíduo”¹³.

No tocante às espécies, a doutrina costuma dividir a reincidência entre real ou ficta e genérica ou específica.

Para Mirabete¹⁴, ocorre a reincidência real quando o agente cumpriu a pena correspondente ao crime anterior. Já para Damásio de Jesus¹⁵, ocorre quando o sujeito pratica a nova infração após cumprir, total ou parcialmente, a pena imposta em face do crime anterior.

A reincidência ficta, por seu turno, existe, para Mirabete¹⁶, com a simples condenação anterior. Para Damásio de Jesus¹⁷, ocorre quando o sujeito comete o novo crime após haver transitado em julgado sentença que o tenha condenado por delito anterior

O Código Penal Brasileiro acolheu a última espécie, ou seja, não é necessária a execução efetiva da pena, mas apenas a condenação definitiva.

¹³ FILHO, Francisco Bissoli. **Estigmas da criminalização: dos antecedentes à reincidência criminal**. Florianópolis: Obra Jurídica, 1998. Pág. 59.

¹⁴ MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Manual de direito penal**. 17ª ed. São Paulo: Atlas, 2001.P. 301-302.

¹⁵ JESUS, Damásio E. de. **Op cit.** P.609.

¹⁶ MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Op cit.** P. 301-302.

¹⁷ JESUS, Damásio Evangelista de. **Op cit.** P. 609.

A reincidência genérica, outrossim, configura-se quando os crimes praticados pelo agente são de espécies distintas. De modo oposto, a reincidência específica se perfaz quando os crimes praticados pelo agente são da mesma espécie. A definição sobre o que seria “mesma espécie” foi alvo de intensas divergências doutrinárias e mudanças legislativas ao longo do tempo.

Como regra geral, o Código Penal em vigor afastou a reincidência específica, definindo como suficiente a prática de crime anterior, independentemente da natureza, a qual pode ou não ser idêntico ou ter o mesmo bem juridicamente protegido pelo crime posterior, praticado após o trânsito em julgado da sentença condenatória.

A reincidência, entretanto, não é perpétua. Após cinco anos do cumprimento ou extinção da pena imposta, incluído o período de prova do *sursis* ou do livramento condicional, o condenado retornará à condição de primário (art. 64, I, do Código Penal), ou como chamado por muitos “tecnicamente primário”.

Aqui, o ponto a ser analisado é o período de eficácia da condenação anterior transitada em julgado para fins de gerar reincidência.

Sobre esse aspecto, Manzini¹⁸ ensina que há três sistemas acerca da duração do estado de reincidente: o da perpetuidade, o da temporariedade e o misto. Atualmente, é prevalecente na maior parte do mundo, que os efeitos da reincidência não podem perdurar eternamente, ou seja, adota-se, majoritariamente, o sistema da temporariedade.

De acordo com o sistema da perpetuidade, as consequências decorrentes da condenação anterior deveriam ser eternas, contribuindo para manter a estigmatização do condenado reincidente. Lyra, por sua vez, esclarece que esse sistema é adotado sobretudo pelos adeptos do positivismo criminológico, uma vez que consideram que “quanto maior o decurso de tempo, mais arraigada se mostra a tendência criminal”¹⁹.

O sistema da temporariedade, por seu turno, estabelece a cessação do estado de reincidente após determinado lapso de tempo, variável de país para país. De acordo com esse

¹⁸ MANZINI, Vincenzo. *La recidiva nella sociologia, nella legislazione e nella scienza del diritto penale*. Firenze: Casa Editrice, 1899. Pág. 466-472. In: CHIQUEZI, Adler. **Op cit.** P. 30.

¹⁹ LYRA, Roberto. Comentários ao Código Penal - v. II. Rio de Janeiro: Forense, 1955, P. 334. In: CHIQUEZI, Adler. **Op cit.** P. 30.

entendimento, o tempo transcorrido entre as infrações revelaria a reabilitação do agente por ausência de novas práticas delituosas²⁰.

Já o misto, nas lições de Costa e Silva²¹, é a posição intermediária, concedendo ao tempo o efeito de atenuar as consequências da reincidência. Assim, quanto maior a distância temporal entre os crimes, menor é o agravamento da pena para o crime posterior. Logo, admite-se a diminuição da agravação proporcionalmente ao decurso do tempo entre a condenação anterior e o novo crime.

O Código Penal brasileiro, filiou-se ao critério da temporariedade dos efeitos da recidiva²². Dispõe, no inciso I do artigo 64, que se decorridos cinco anos entre a data do cumprimento da pena ou de sua extinção e o crime posterior, incluído o período de prova do *sursis* ou do livramento condicional, desde que não revogados, não prevalece a condenação precedente para ocasionar reincidência.

Decorrido o quinquênio, chamado de prazo depurador, a condenação perde sua eficácia para gerar reincidência, porém, como já exposto, prevalece para caracterizar maus antecedentes, que é uma circunstância judicial do art. 59 do Código Penal e também poderá aumentar a pena do réu, visto que para os antecedentes não há limitação temporal dos efeitos da sentença condenatória precedente.

1.2 Breves apontamentos históricos acerca da origem e evolução do instituto da reincidência

Far-se-á, agora, um breve esboço histórico acerca da reincidência criminal, destacando a sua origem e evolução ao longo do tempo, precedentes à sua previsão no ordenamento jurídico brasileiro.

Não obstante serem poucos os estudos a apontar para a origem bíblica da recidiva, Ferrajoli²³, destacou a existência, desde a Antiguidade, de um juízo maior de censura sobre o

²⁰ CHIQUEZI, Adler. **Op cit.** P. 30.

²¹ COSTA E SILVA, Antonio José da. Código Penal dos Estados Unidos do Brasil comentado – v. I. Brasília, DF: Conselho Editorial do Senado Federal, 2004. Pág. 368. In: CHIQUEZI, Adler. **Op cit.** P. 30.

²² CHIQUEZI, Adler. **Op cit.** P. 30.

²³ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. P. 428.

indivíduo reincidente, indicando, como os primeiros apontamentos da reincidência criminal, as passagens bíblicas de Levítico, 26:14-38²⁴, das quais se destaca os seguintes excertos:

18. Se ainda assim com isto não me ouvirdes, tornarei a castigar-vos sete vezes mais por causa dos vossos pecados.

[...]

21 E, se andardes contrariamente para comigo e não me quiserdes ouvir, trarei sobre vós pragas sete vezes mais, segundo os vossos pecados.

[...]

23 Se ainda com isto não vos corrigirdes para volverdes a mim, porém andardes contrariamente comigo,

[...]

24 eu também serei contrário a vós outros e eu mesmo vos ferirei sete vezes mais por causa dos vossos pecados.

25 Trarei sobre vós a espada vingadora da minha aliança; e, então, quando vos ajuntardes nas vossas cidades, enviarei a peste para o meio de vós, e sereis entregues na mão do inimigo.

[...]

27 Se ainda com isto me não ouvirdes e andardes contrariamente comigo,

28 eu também, com furor, serei contrário a vós outros e vos castigarei sete vezes mais por causa dos vossos pecados.

Portanto, considerando o caráter histórico dessa fonte, sobretudo para o mundo ocidental, nada obsta reconhecer que a origem do instituto da reincidência remonta a tal período, pois já se verificava, no consciente dos povos antigos, o agravamento do caráter punitivo aos desobedientes contumazes.

No entanto, a maioria dos estudiosos do tema conferem ao Direito Romano o berço do mencionado instituto. Nessa época, especialmente no período do Império, já haveria certa distinção entre reincidência genérica e reincidência específica. A primeira impediria certos benefícios ao reincidente, excluindo-se, por exemplo, a possibilidade de perdão. A segunda, por sua vez, determinaria agravamento da pena ou atribuiria caráter penal a fatos, que, praticados pela primeira vez, só eram passíveis de medidas disciplinares. Nessa última hipótese, a reincidência estava adstrita a determinados crimes, mormente o furto.²⁵

²⁴ BÍBLIA. Português. **Bíblia sagrada**, traduzida por João Ferreira de Almeida. Disponível em: <http://biblia.com.br/joao-ferreira-almeida-atualizada/>. Acesso em 27 de abril de 2019.

²⁵ PESCUMA, Leandro Recchiutti Gonsalves. **Reincidência: um instituto não recepcionado pela norma fundamental**. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 592, 20 de fevereiro de 2005. Disponível em <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/30849-33233-1-PB.pdf>. Acesso em 27 de abril de 2019.

Nesse viés, Aníbal Bruno²⁶ ressaltou que tanto no Direito Romano, quanto no Direito Germânico medieval e no canônico, que a reincidência fazia agravar a pena somente para certos crimes, sendo, sobretudo admitida no furto, punido com morte à terceira repetição. Salienta, ainda, que nessa fase do direito as penas eram eminentemente arbitrárias, sendo pouco relevantes os dispositivos legais acerca da reincidência, uma vez que o juiz via-se livre para aplicar a cada caso as penas que entendesse adequada dentro daquelas legalmente previstas.

No Direito Canônico do medievo, a recidiva manteve seu caráter específico, além de exigir a expiação da pena anterior para configurá-la. A penitência foi, em princípio, negada ao reincidente, porém, nos casos mais ostensivos de arrependimento, a absolvição era concedida. Por outro lado, a reincidência passou a constituir uma circunstância agravante genérica em crimes com aspectos morais mais arraigados, como a heresia, o concubinato e o abandono da residência por parte de bispos e cônegos. Para esses delitos, aumentou-se o rigor da pena conforme a pertinácia e a obstinação no pecado ou no delito. Aqueles que reincidiam em heresia eram entregues ao braço secular para, sem julgamento, serem executados. Nesses moldes, a Igreja Católica inaugurou, sob uma visão tecnicista, a condição de reincidente²⁷.

No fim da Idade Média, com a dissolução das vassalagens feudais e o aumento vertiginoso de indivíduos em situação de miserabilidade, dos quais uma parcela acaba por adentrar na bandidagem, o Estado procurou inibir a crescente criminalidade por meio do terror, não mensurando a pena pela gravidade da culpa, mas pelo critério da utilidade. Desse modo, a pena capital continuou a ser amplamente imposta.

Assim, durante o reinado de Henrique VII, na Inglaterra de 1530, prescreveu-se castigos severos aos criminosos, como arrastá-los amarrados a carros em via pública. A partir da primeira recidiva, além da pena de flagelação pública, metade se suas orelhas seriam cortadas; na segunda seriam enforcados como criminosos irre recuperáveis e inimigos da comunidade. Tal sistema perdurou nos reinados de Eduardo VI, Elisabeth e Jaime I²⁸.

Na antiga França, também se via necessidade da adoção de medidas mais severas aos reincidentes, descritos como “malfeitores habituais, que vagavam pelas estradas

²⁶ BRUNO, Aníbal. **Direito penal: parte geral**. Tomo III. 3ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 1967. P. 113.

²⁷ PESCUA, Leandro Recchiutti Gonsalves. **Op cit**.

²⁸ Idem Ibidem.

perigosamente, ou se concentravam nos subúrbios de Paris ou de Marselha, vagabundos sem domicílio, desesperados miseráveis”²⁹

Muitos desses “miseráveis” eram egressos das prisões, ou banidos que, à duras penas, conseguiam retornar à Pátria, mas que, sem opção, voltavam a delinquir para conseguir o sustento básico. Contra esses, o Antigo Regime facultava a seus juízos a aplicação de diversas penalidades alternativas, todas duras e infamantes, desde a interdição de residência, à aplicação de penas de galera. Nesse mesmo período, foram também organizadas formas de banir os reincidentes, quase sempre para Caiena, na Guiana Francesa, ou para outras colônias.
30

Ainda na França, sob a vigência da legislação de 1791, imprimiu-se ao reincidente, literalmente, uma nova “marca”, uma verdadeira expressão da essência da estigmatização social causada pelo instituto: mandava-se marcar, com ferrete, a letra “R” nos reincidentes³¹.

Formas de individualização antropológica estavam, na mesma época, se constituindo de maneira ainda muito rudimentar. Em primeiro lugar com a noção de reincidência. Não que esta fosse desconhecida nas antigas leis criminais. Mas tende a tornar-se uma qualificação do próprio delinqüente, susceptível de modificar a pena pronunciada: de acordo com a legislação de 1791, os reincidentes, em quase todos os casos, eram passíveis de ter a pena dobrada: segundo a lei de Floreal ano X, deviam ser marcados com a letra R; e o Código Penal de 1810 indicava-lhes ou o máximo da pena, ou a pena imediatamente superior³².

A partir da Revolução Francesa de 1789 e do golpe militar do 18 Brumário em 1799, abriu-se espaço para o Império napoleônico e o mundo burguês emergente. Nesse contexto, as promulgações de diversos Códigos, entre eles o chamado Código Penal Francês em 1810,

²⁹ PEGORARO JUNIOR, Paulo Roberto. **O agravamento da pena em razão da reincidência e o bis in idem**. 2003. Trabalho de Conclusão de Curso – Faculdade de Ciências Sociais Aplicadas de Cascavel, Univel, Cascavel, 2003. Disponível em <https://jus.com.br/artigos/39400/o-agravamento-da-pena-em-razao-da-reincidencia-e-o-bis-in-idem/1>. Acesso em 27 de abril de 2019.

³⁰ “Antigamente, as galeras (embarcações) eram uma pena que se impunha a certos delinquentes franceses e que consistia em remar nas galeras do rei. Impunha-se pelo cometimento de delitos degradantes ou por reincidência, quando não podiam prever a reabilitação do condenado (segundo a teoria da pena vigente). A legislação da época estabelecia que a pena de morte imposta por delitos qualificados, roubos, assaltos em caminhos ou campo, forças e outros delitos semelhantes, ou maiores, ou de outro tipo, deviam ser trocados pela pena de galeras por mais ou menos tempo, não sendo inferior a dois anos, segundo as circunstâncias dos atos ou as condições da pessoa, porém sempre que os delitos não fossem tão graves que fosse imprescindível à imposição da pena de morte. Os homens condenados às galeras eram denominados de galeotes e a norma era que se ordenassem cinco homens para cada remo. Essa pena foi criada para reforçar a luta contra os piratas”. (Informação disponível em <https://br.historyplay.tv/hoje-na-historia/estabelece-se-na-franca-pena-das-galeras>. Acesso em 27 de abril de 2019).

³¹ PEGORARO JUNIOR, Paulo Roberto. **Op cit**.

³² FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir: nascimento da prisão**. Tradução de Raquel Ramallete. 42ª ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2014. P. 99.

representou a manifestação da vitória burguesa sobre o Antigo Regime no âmbito jurídico, redesenhando o cenário de privilégios vividos pela antiga nobreza fundiária e feudal.

Sedimentou-se, nesse momento, a emancipação dos foros feudais a partir de uma unidade do direito pelo conjunto relativamente homogêneo das legislações criadas, baseadas no liberalismo e na ideologia da aplicação mecânica da lei. Passou-se a ter um sistema de penas rígido, em que pouca ou nenhuma flexibilidade se dava ao juiz para aplicar a sanção³³.

Passaram-se a ser consagradas garantias eminentemente liberais, como os direitos da pessoa, a hegemonia da propriedade e os interesses do Estado, secular e laico. Essa ruptura da visão medieval gerou transformações com reflexos em diversos ordenamentos jurídicos de variadas partes do mundo.

Nessa toada, a noção de reincidência começa a ganhar contornos mais específicos com o Código Penal francês de 1810, o qual disciplina em seu artigo 56, *in verbis*:

Art. 56 – Quem, depois de ser condenado a uma pena afliativa e infamante, ou somente infamante, comete um segundo crime tendo como pena principal a pena de reclusão criminal ao tempo de dez a vinte anos, será condenado ao máximo da pena, aquela, também, poderá ser elevada ao dobro³⁴.

A partir desse dispositivo, foi atribuído à reincidência tão somente o caráter de causa geral de agravação da pena, reduzindo a crueldade desumanizante que o instituto possuía, porém a distinção entre primário e reincidente tornou-se mais evidente³⁵.

Nos dias atuais, o instituto da reincidência encontra ressonância em praticamente todas as legislações do mundo, sendo, de modo geral, aplicada de forma a agravar a pena contra o criminoso contumaz. Segundo René Garraud, “é uma ideia rudimentar que todas as legislações, as mais primitivas como as mais civilizadas, têm mais ou menos implementado.”³⁶

1.3 A evolução do instituto da reincidência no Brasil

No âmbito brasileiro, o conceito e a aplicação da reincidência, no dizer de Débora de Souza Almeida, sofreram inúmeras modificações ao longo da história. Ora a legislação contemplava somente a reincidência específica, ora admitia apenas a reincidência genérica,

³³ PONTES, Claudonilda Francisca de. **Op cit.** P. 25.

³⁴ BARATTO, Jussara Salete May. **Op cit.** P. 61.

³⁵ FOUCAULT, Michel. **Op cit.** P. 99.

³⁶ GARRAUD, René. Compendio de direito criminal. Volume I. P. 531. In: PEGORARO JUNIOR, Paulo Roberto. **Op cit.**

quando não achava uma maneira de abarcar concomitantemente as duas espécies para agravar a pena³⁷.

Foi somente a partir do advento das Ordenações Filipinas de 1603, no entanto, que o Brasil passou a ter, efetivamente, uma legislação penal vigorando no país com verdadeiras implicações para os criminosos recidivos.

Cabia ao Livro V dessas Ordenações a disciplina acerca do direito penal e processual-penal. Não destoando do restante do mundo ocidental da época, havia exagerada tipificação de condutas e as penas eram demasiadamente rigorosas, dentre as quais a pena de morte tinha elevado destaque³⁸.

No que tange à reincidência, alguns delitos podiam ter suas penas aumentadas para os criminosos que recaíssem no cometimento da mesma conduta delituosa. Era considerada, portanto, a reincidência específica. Por outro lado, não se exigia condenação definitiva anterior para consideração da recidiva³⁹.

Com a independência do Brasil, a legislação penal operada sob o domínio português ainda teve vigência no país por alguns anos. Isso porque a Lei de 20 de outubro de 1823 dispôs que continuassem a ser aplicadas as disposições do Livro V das Ordenações Filipinas⁴⁰.

No entanto, percebeu-se ser imprescindível a elaboração de um ordenamento jurídico genuinamente brasileiro, sobretudo no tocante à esfera penal, pois a autonomia política da nação e os ideais iluministas que vigiam no século XIX exigiam a ruptura com a desumana e obsoleta legislação portuguesa. Nessa perspectiva, a Constituição do Império de 1824, traçou diretrizes liberais para a futura substituição do Livro V das Ordenações Filipinas pelo Código Criminal do Império de 1830.

Tal Código tratou a reincidência de maneira imperfeita, pois nessa época já havia o Código Penal francês de 1810 que a disciplinava de forma mais completa. O parágrafo 3º do art. 16 do Código Criminal inseriu-a como uma circunstância agravante e era assim redigido: “Ter o delinquente reincidido em *delicto* da mesma natureza”⁴¹.

³⁷ ALMEIDA, Débora de Souza de. **Reincidência criminal: reflexões dogmáticas e criminológicas**. Curitiba: Juruá, 2012. P. 35.

³⁸ CHIQUEZI, Adler. **Op cit.** P. 44.

³⁹ Idem *Ibidem*.

⁴⁰ ALMEIDA, Débora de Souza de. **Op cit.** P. 37.

⁴¹ BRASIL. **Código Criminal do Império do Brasil**. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/221763>. Acesso em: 27 de abril de 2019.

Assim, era prevista apenas a reincidência específica, a perpetuidade da reincidência e a reincidência ficta⁴². Por outro lado, o dispositivo legal não esclareceu o que seria delito de igual natureza, como também foi omissivo quanto a necessidade ou não de sentença condenatória transitada em julgado para caracterização da recidiva, além de não haver limitação temporal para sua aplicação⁴³.

Com a abolição da escravatura em 1888 e a Proclamação da República em 1889, tornou-se imprescindível uma nova mudança do Estatuto Penal vigente. Desse modo, foi publicado o Código Penal Republicano de 1890.

Dentre as mudanças, verifica-se o esclarecimento acerca do que seria “delito da mesma natureza”, além da exigência, explícita, do trânsito em julgado da sentença penal condenatória anterior para fins de geração da reincidência.

Nessa esteira, a reincidência criminal era tida como uma circunstância agravante da pena, disciplinada nos artigos 39 e 40 do Código Penal de 1890, *in verbis*:

Art. 39. São circunstancias agravantes:

[...]

§ 19. Ter o delinquente reincidido.

Art. 40. A reincidencia verifica-se quando o criminoso, depois de passada em julgado sentença condemnatoria, commette outro crime da mesma natureza e como tal entende-se, para os efeitos da lei penal, o que consiste na violação do mesmo artigo⁴⁴.

Embora tenha havido notória evolução quanto a expressa imprescindibilidade da condenação definitiva para fins de reincidência, a necessidade de recaída no mesmo tipo penal foi bastante criticada pela doutrina da época. Houve quem acreditasse que a exagerada restrição legal criou uma reincidência ultraespecífica, de forma a inviabilizar sua aplicação⁴⁵. Essa reincidência especialíssima teria sido rechaçada pela doutrina pois “a tendência do direito penal moderno é para a repressão também da reincidência genérica.”⁴⁶

⁴² FREITAS, Ricardo. **Reincidência e repressão penal**. Revista Brasileira de Ciências criminais RBCrim 81/2009. In: Doutrinas essenciais do Direito Penal. Vol. IV. Parte geral III. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2010. P. 885. P. 884.

⁴³ ALMEIDA, Débora de Souza de. **Op cit.** Pág. 37

⁴⁴ BRASIL. Decreto nº 847, de 11 de outubro de 1890. **Código Penal - Publicação original**. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-847-11-outubro-1890-503086-publicacaooriginal-1-pe.html>. Acesso em: 27 de abril de 2019.

⁴⁵ ROCHA, Synesio. **Da reincidência**. São Paulo: Saraiva, 1938. P. 40.

⁴⁶ VIANA, Paulo Domingos. Direito Penal segundo as preleções professadas pelo Dr. Lima Drummond na Faculdade Livre de Ciências Jurídicas e Sociais do Rio de Janeiro. In: FREITAS, Ricardo. **Op cit.** P. 886.

Quanto ao Código Penal de 1890, destaca-se, ainda, que em alguns de seus artigos da parte especial, a reincidência foi descaracterizada como circunstância agravante da pena, inserindo-se como qualificadora no crime de homicídio e nas contravenções penais de vadiagem e capoeiragem, ocasionando o aumento da pena em abstrato nesses tipos penais⁴⁷.

Com o fim da Velha República, Getúlio Vargas assume o poder do país como governo provisório. O Código Penal Republicano foi sofrendo diversas alterações ao longo dos anos, com grande quantidade de leis penais especiais, o que levou este Código a parecer uma verdadeira “colcha de retalhos”⁴⁸, dificultando a sua consulta e aplicação. Assim, na tentativa de solucionar tal problema, o Desembargador Vicente Piragibe, por iniciativa própria, compilou toda legislação penal dessa época, o que foi oficializado por meio do Decreto nº 22.213, de 1932, que criou a Consolidação das Leis Penais⁴⁹.

O novel diploma, apesar de conservar o artigo 40 do Código Penal, passou a inserir uma ressalva, excepcionando a regra da violação do mesmo artigo para possibilitar a reincidência nos crimes eleitorais sem a violação da mesma disposição de lei, conforme redação do seu art. 178, que assim era escrita: “(...) sempre que o criminoso, depois de *condemnado* por sentença *irrecorrível* cometer crime eleitoral, embora não infrinja a mesma disposição de lei”⁵⁰.

Essa Consolidação somente foi revogada com a vigência do Código Penal de 1940.

Conforme assinalado por Martins, para o Código Penal de 1940, a reincidência criminal era um grande problema a ser combatido, como se observava na sua exposição de motivos. Nas palavras do autor:

Um dos pontos culminantes do projeto é a disciplina da agravante da reincidência. A Comissão revisora não se deslembrou de que a eliminação da reincidência é o grande problema, a absorvente preocupação da política criminal contemporânea, e não pode deixar de ser um dos objetivos primaciais de um código penal.⁵¹

⁴⁷ CHIQUEZI, Adler. **Op cit.** P. 48.

⁴⁸ ALMEIDA, Débora de Souza de. **Op cit.** P. 39.

⁴⁹ GARCIA, Basileu. Instituições de Direito Penal – v. I, tomo II. São Paulo: Max Limonad, 1971. P. 473. In: CHIQUEZI, Adler. **Op cit.** P. 48.

⁵⁰ BRASIL. **Decreto 22.213, 14 de dezembro de 1932. Consolidação das Leis penais.** Revogado pela Decreto nº 11, de 1991. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/D22213.htm. Acesso em: 30 de abril de 2019.

⁵¹ MARTINS, José Salgado. Direito penal: introdução e parte geral. São Paulo: Saraiva, 1974. Pág. 361. In: CHIQUEZI, Adler. **Op cit.** P. 50.

Nesse novo Código, a reincidência foi mais uma vez considerada como circunstância agravante da pena, disposta no art. 44, I, do Diploma legal. O seu art. 46 conceituou a reincidência criminal, conservando a exigência de trânsito em julgado, mas passando a incluir a condenação no estrangeiro.

Quanto às reincidências genérica e específica, estas foram previstas no §1º do mencionado art. 46, de acordo com a presença ou não de identidade de natureza entre os crimes. Nesse ponto, eram considerados da mesma natureza os previstos no mesmo dispositivo legal ou, quando em dispositivos diversos, possuísem características fundamentais em comum (§ 2º)⁵².

Outrossim, tratou de maneira mais severa a reincidência específica, tendo abolido a reincidência especialíssima do Código de 1890. O artigo 47 previa que a reincidência específica levaria a fixação da pena privativa de liberdade para além da metade da somatória do mínimo com o máximo legal, bem como a aplicação da pena mais grave em qualidade, se houvesse a cominação de outros tipos de sanções. Já a reincidência genérica era tida como uma circunstância agravante comum, não havendo para ela previsões específicas mais rígidas.

Ademais, havia, ainda, uma presunção absoluta de periculosidade para os reincidentes em crimes dolosos, com aplicação de medida de segurança, conforme estabelecia o art. 78 daquele Código Penal. Por outro lado, não havia essa presunção nos casos de reincidente em crime doloso se a sentença condenatória fosse proferida após cinco anos do fato (art. 78, § 1º).

Destarte, além da pena privativa de liberdade, os reincidentes nessa situação também eram submetidos à medida de segurança de internação por, pelo menos dois anos, em colônia agrícola, ou em instituto de trabalho, de reeducação ou de ensino profissional (art. 93, I, do mesmo Código). Era o sistema do duplo binário, com a execução de um complemento após o cumprimento da pena (art. 82, I).

Ademais, o diploma penal de 1940 deixou de tratar do aspecto da cessação da reincidência após o decurso de certo lapso temporal, caracterizando o que se pode chamar de perpetuidade do estado de reincidente.

Por fim, quanto a essa legislação, não existiam ressalvas acerca das espécies dos crimes praticados, sejam eles crimes comuns, políticos, militares, dolosos ou culposos.

⁵² CHIQUEZI, Adler. **Op cit.** P. 50.

Noronha, todavia, expôs que a reincidência específica somente ocorria entre delitos dolosos ou culposos⁵³.

Um ano após a entrada em vigor do Código Penal de 1940, o Decreto-Lei n. 3.688 de 1941, instituiu a Lei das Contravenções Penais, que também disciplinou a reincidência, dispondo em seu artigo 7º, já citado.

A disposição legal supracitada não foi modificada por leis supervenientes, e sua conjugação com a parte geral do Código Penal acarreta a inexistência de reincidência se o agente comete uma contravenção penal e depois um crime, visto que o Código Penal exige a prática anterior de crime, e não de contravenção penal, para sua ocorrência.

Na Lei das Contravenções Penais não havia diferença entre reincidências genérica e específica, uma vez que não aplicava o estabelecido no supracitado artigo 47 da redação original do Código Penal de 1940.

No estudo das legislações penais brasileiras que inseriram o instituto da reincidência, vale destacar o natimorto Código Penal de 1969, o qual foi revogado em 1978 antes mesmo de entrar em vigor, pois sucessivas leis acabavam por adiar o início da vigência da novel legislação. Assim, devido ao “exemplo tragicômico da mais longa *vacatio legis* de que se tem notícia”⁵⁴, as reformas do Código Penal de 1940, efetuadas pela Lei n. 6.416/77, tornaram este mais atualizado do que o Diploma vacante de 1969.

Apesar de não ter entrado em vigor, o Código Penal de 1969 traria para a reincidência importantes alterações. Dentre as novidades estavam: a distinção entre reincidência e delinquência habitual ou por tendência; a presunção da habitualidade; o reconhecimento da habitualidade pelo juiz, mesmo sem a prévia existência de condenação criminal; a previsão de uma pena mais grave para os criminosos habituais ou por tendência do que a aplicada para os reincidentes; o banimento da medida de segurança detentiva equivocadamente aplicada ao reincidente imputável sob o fundamento da periculosidade deste; e, por último, a introdução da temporariedade de cinco anos de reincidência. Essa última novidade foi incorporada pela reforma posterior do Código Penal, sendo aplicada até a atualidade.

⁵³ NORONHA, Edgard Magalhães. Direito Penal – v. I. São Paulo: Saraiva, 1963. In: CHIQUEZI, Adler. **Op cit.** P. 52.

⁵⁴ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal. Parte geral. Vol. 1.** 19ª ed. rev., ampl. atual. São Paulo: Saraiva, 2013. P. 92.

A Lei n. 6.416 de 1977, alterou dispositivos do Código Penal de 1940, do Código de Processo Penal e da Lei das Contravenções Penais. Entre as modificações produzidas, houve expressiva alteração nas disposições acerca da reincidência.

Assim, os §§ 1º e 2º do art. 46 do Código Penal de 1940 foram revogados, acabando com a discutida distinção entre reincidente genérico e específico. Instituiu-se o parágrafo único nesse artigo, introduzindo a temporariedade dos efeitos da reincidência específica, extinguindo-se o sistema da perpetuidade, nos moldes do natimorto Código Penal de 1969.

Já o artigo 47 do Código Penal teve sua redação alterada, o que culminou por abolir os efeitos da reincidência específica e prever que os crimes militares e os puramente políticos não gerariam reincidência, o que foi considerado um avanço, tendo em vista a diferença de natureza entre estes delitos e os comuns.

A Lei 7.209 de 1984, por sua vez, promoveu uma grande reforma no Código Penal, sobretudo na sua parte geral. Assim, a reincidência passou a ser disciplinada pelos artigos 63 e 64. Já o art. 61, I, manteve-a como uma circunstância agravante da pena. Não houve grandes alterações no instituto da recidiva, exceto no que se refere a inserção do período de prova da suspensão ou do livramento condicional, se não ocorrer revogação, para o cômputo do prazo depurador de cinco anos (art. 64, I).

Entretanto, importante avanço decorreu da adoção do sistema vicariante, extinguindo a determinação de medida de segurança aos imputáveis e a aplicação de pena ou medida de segurança aos semi-imputáveis. Dessa forma, acabou com a presunção absoluta de periculosidade do reincidente em crime doloso.

Outrossim, somente foi mantida a proibição da concessão do *sursis* ao reincidente em crime doloso, deixando de existir esse óbice ao reincidente em crime culposo previsto pela Lei n. 6.416/77, bem como passou a constar expressamente do § 1º do art. 77 do Código Penal que a condenação anterior à pena de multa não obsta esse benefício.

Sob o argumento do aumento da criminalidade foi editada a Lei n. 8.072 de 1990, que agravou o rigor das sanções a quem praticasse crimes hediondos e afins.

No que se refere à reincidência, ressuscitou-se a polêmica diferenciação de tratamento entre o reincidente genérico e o específico, pois o art. 5º da Lei n. 8.072/90 acrescentou o inciso V ao art. 83 do Código Penal, que aumentou para dois terços o prazo para o livramento condicional ao condenado por algum crime descrito nessa lei e impediu sua concessão ao reincidente específico em crimes dessa natureza.

Destarte, o reincidente específico nos crimes elencados na Lei n. 8.072/90 não faz *jus* ao benefício do livramento condicional.

A Lei n. 9.714 de 1998, por sua vez, efetuou várias alterações na parte geral do Código Penal para abrandar o rigor das penas aos crimes de menor gravidade. Desse modo, alargou-se a possibilidade de substituição da pena de prisão pela restritiva de direitos para abranger os condenados à pena privativa de liberdade não superior a quatro anos, nos crimes praticados sem violência ou grave ameaça.

Contudo, o inciso II do art. 44 do Código Penal impede a substituição em tela se o réu for reincidente em crime doloso. O parágrafo 3º desse artigo, todavia, permite a substituição a esse reincidente “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”.

Com efeito, outra vez há previsão de tratamento mais rigoroso ao reincidente específico em comparação ao genérico, porque aquele não poderá ter sua pena privativa de liberdade substituída pela restritiva de direitos.

Apesar desse óbice, Damásio de Jesus destaca ser a permissão da substituição de pena ao reincidente genérico um grande avanço na legislação, pois atendeu a sugestão de mais de cinquenta anos da doutrina, no sentido de que a recidiva nem sempre configura circunstância de maior temibilidade ou de culpabilidade, fator de exasperação da pena ou de impedimento de benefícios ou do exercício de direitos. Para esse autor, muitas vezes os crimes constituem fatos isolados na vida do cidadão e não circunstâncias de maior censurabilidade, aconselhando faculdade e não obrigatoriedade no reconhecimento de seus efeitos.⁵⁵

Ademais, a reincidência ficta foi a escolha do Código Penal brasileiro. Desse modo, para o seu reconhecimento não é necessário o cumprimento efetivo da pena pelo agente, sendo suficiente uma condenação por sentença definitiva. A consideração da reincidência ficta, segundo Freitas, “vulnera os princípios da culpabilidade e da individualização da pena”⁵⁶.

⁵⁵ JESUS, Damásio E. de. **Direito penal: parte geral**. Vol. 1. 32^ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.P.578.

⁵⁶ FREITAS, Ricardo. **Op cit.** P. 880.

Diante de toda essa evolução legal da recidiva, seja no Brasil ou em outros lugares do mundo, percebe-se que a raiz do instituto da reincidência é antiga e profunda. No entanto, é imprescindível questionar se a conservação desse instituto tão arcaico é compatível com as diretrizes de um Estado Democrático de Direito, mas especificamente, se é compatível com as diretrizes constitucionais da Carta de 1988 e o direito penal do fato. Para tanto, faz-se necessário examinar os argumentos fundadores de sua existência, bem como os legitimadores da sua manutenção, estes últimos, verificados, sobretudo, a partir da análise dos entendimentos jurisprudenciais sobre o tema.

2 OS EFEITOS DA REINCIDÊNCIA À LUZ DAS DIRETRIZES CONSTITUCIONAIS: A NÃO RECEPTIVIDADE DO DIREITO PENAL DO AUTOR NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

2.1 Os efeitos da reincidência no ordenamento jurídico brasileiro da atualidade

Atualmente, a reincidência encontra no seu papel como circunstância agravante o seu efeito principal, estando seus demais efeitos espalhados por diversos diplomas legais brasileiros, entre eles, o Código Penal (parte geral e especial), o Código de Processo Penal e também em algumas leis especiais. Portanto, importante se faz um breve estudo acerca dos efeitos ou consequências da reincidência penal.

O Brasil adotou o sistema trifásico de dosimetria pena. A primeira fase ocorre quando o juiz fixa a pena-base, levando em consideração as circunstâncias judiciais do art. 59 *caput* do Código Penal. A segunda fase acontece depois que é encontrada a pena-base, no momento em que o juiz aplica as agravantes e atenuantes dos artigos. 61, 62 e 65. Já a terceira fase baseia-se sobre a pena fixada na segunda fase, quando o juiz faz incidir as causas de aumento ou diminuição da pena, previstas na parte geral ou especial do Código Penal.

Logo, como circunstância agravante obrigatória, a reincidência será analisada na segunda fase da dosimetria da pena, não sendo facultada ao juiz a possibilidade de aplicar ou não tal agravante quando realmente constatada a recidiva. Assim, não é possível fazer um juízo de valor acerca da necessidade de sua aplicação, visto ser ela obrigatória, independentemente das circunstâncias do fato delituoso.

Dessa feita, preenchidos os pressupostos e os requisitos legais e verificado ser o agente reincidente, a pena aplicada ao novo delito deve ser necessariamente agravada, de acordo com a ponderação do magistrado, respeitados os limites legais. Assim dispõe o artigo.

61, I, do CP: “Art. 61 – São circunstâncias que sempre agravam a pena, quando não constituem ou qualificam o crime: I – a reincidência [...]”.

No que se refere à influência do instituto na dosimetria da pena, havendo mais de uma circunstância agravante ou atenuante a ser considerada, àquela pertinente à reincidência é preponderante sobre as demais, do mesmo modo que os motivos determinantes do crime e da personalidade do agente, nos termos do artigo 67 do Código Penal.

Além da influência na dosimetria da pena, contudo, a reincidência possui outros numerosos efeitos de acordo com a legislação brasileira. Um desses efeitos consiste no impedimento de concessão da substituição da pena privativa de liberdade por pena restritiva de direitos na hipótese de crime doloso, a não ser que a reincidência seja genérica e a substituição socialmente recomendável (art. 44, § 3º, do CP). De igual modo, impede tal substituição por multa, nos termos das determinações ditadas no artigo 60, § 2º do Código Penal.

A concessão da suspensão condicional da pena também poderá ser afetada pelos efeitos da recidiva, conforme disciplina o Código Penal em seu artigo 77.

A revogação obrigatória do *sursis* nos casos de condenação por crime doloso e revogação facultativa em hipótese de crime culposos ou contravenção também são consequências advindas da recidiva penal, de acordo com as disposições respectivas do artigo 81, I e 81, § 1º do Código Penal.

Outro efeito é a revogação obrigatória do livramento condicional quando sobrevier condenação em pena privativa de liberdade, ou revogação facultativa se imposta outra modalidade de pena ao crime ou contravenção (artigos 86, inciso I e 87 do Código Penal).

Outrossim, também há aumento do prazo de cumprimento da pena para obtenção do livramento condicional, se a condenação anterior transitada em julgado referir-se a crime doloso, conforme a dicção do artigo 83, incisos I e II.

A reincidência também implica na proibição, para o crime subsequente, do estabelecimento do regime inicial de cumprimento de pena aberto ou semiaberto, salvo quando se tratar de pena de detenção, a teor das regras previstas no artigo 33, § 2º, alíneas “b” e “c” do Código Penal.

Ademais, a recidiva impacta, ainda, na reabilitação, promovendo a revogação desta, quando sobrevier condenação a pena diversa da de multa, nos termos do artigo 95 do Código Penal.

O prazo prescricional, por sua vez, é afetado pela reincidência com o aumento do lapso temporal necessário para interrupção da pretensão executória e na interrupção da prescrição, em atendimento às determinações contidas nos artigos 100 e 117 do Código Penal.

A reincidência também tem o condão de impedir que se reconheça algumas causas de diminuição de pena em determinados crimes, a exemplo do furto privilegiado (art. 155, § 2º, do CP), do estelionato privilegiado (art. 171, § 1º, do CP) e da apropriação indébita privilegiada (art. 170, do CP).

Além do Código Penal Brasileiro, outras leis em vigor também contemplam efeitos da reincidência como, por exemplo, o Código de Processo Penal. Os principais efeitos nele prescritos são: o impedimento da concessão de fiança, em caso de condenação por delito doloso (art. 323, III, CPP); a possibilidade da decretação da prisão preventiva (art. 313, III, CPP); o impedimento a liberdade provisória para apelar (art. 594, do CPP); e o impedimento do direito de aguardar o julgamento pelo Tribunal do Júri em liberdade (art. 408, § 2º, do CPP).

As leis penais especiais também prescrevem diversos efeitos para a reincidência. Devido ao extenso rol, faz-se pertinente transcrever a enumeração realizada por Paula⁵⁷, que destaca os seguintes efeitos:

- a) Aumenta de um terço até metade a pena de quem já foi condenado por violência contra a pessoa no caso de porte ilegal de arma que não seja de fogo (art. 19, § 1º, do Decreto-Lei n 3.688/41 - LCP);
- b) integra o tipo da contravenção penal de ter consigo material utilizado para furto, por quem já foi condenado por furto ou roubo (art. 25 do Decreto-Lei n 3.688/41 - LCP)
- c) impede que seja aplicada somente pena de multa em caso de crime de sonegação fiscal (art. 1º, § 1º, da Lei nº 4.737/65);
- d) impede a suspensão da pena, no caso de condenação pelo segundo crime de imprensa (art. 72, inciso II, da Lei nº 5.250/67)

⁵⁷ PAULA, Áureo Natal de. **Efeitos da reincidência de acordo com a doutrina**. *Revista Jus Navigandi*, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 8, n. 65, 1 maio 2003. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/4009>>. Acesso em: 28 abr. 2019.

e) aumenta, do dobro ao quántuplo, os valores das multas aplicadas pelas penalidades previstas no artigo 125 da Lei dos Estrangeiros (art. 126 da Lei nº 6.815/80)

f) agrava a pena do crime contra a segurança nacional (art. 4º, I, da Lei nº 7.170/83);

g) impossibilita a transação penal nas infrações de menor potencial ofensivo (art. 76, § 2º, I, da Lei nº 9.099/95);

h) impede a suspensão condicional do processo (art. 89, caput, da Lei nº 9.099/95);

i) é qualificadora do crime de arma de fogo, prevista no § 3º, IV, do art. 10, da Lei nº 9.437/97, cuja redação é criticada pela doutrina por estar mal situada geograficamente, num parágrafo que nos três incisos anteriores a ela descreve condutas típicas;

j) permite a aplicação de forma cumulada da penalidade de suspensão da permissão ou habilitação para dirigir veículo automotor com outra de outra natureza, em se tratando de reincidência em crimes de trânsito, previstos na Lei nº 9.503/97 (art. 296);

k) dobra as penas pecuniárias previstas na lei que estabelece normas para as eleições (art. 90 da Lei nº 9.504/97);

l) agrava a pena, quando não constituem ou qualificam os crimes de natureza ambiental (art. 15 da Lei nº 9.605/98);

m) aumenta, pela metade, a pena no crime de emprego, desenvolvimento, fabricação, comercialização, importação, exportação, aquisição, estocagem, retenção ou transferência, direta ou indiretamente, de minas terrestres antipessoal no território nacional (art. 2º, § 2º, da Lei nº 10.300/01);

n) pode triplicar o valor da multa no caso dos crimes contra o mercado de capitais, artigos acrescidos na Lei nº 6.385, de 7 de dezembro de 1976, pela Lei nº 10.303, de 31 de outubro de 2001;

o) aumenta de um terço para a metade do tempo de cumprimento da pena até 25 de dezembro de 2001, para a concessão do indulto condicional ao condenado à pena privativa de liberdade não superior a seis anos (art. 1º, inciso I);

p) aumenta de um terço para a metade do tempo de cumprimento da pena até 25 de dezembro de 2001, para a concessão do indulto condicional ao condenado à pena privativa de liberdade superior a seis anos que, na referida data, tenha completado sessenta anos de idade (art. 1º, inciso II);

q) aumenta de vinte para vinte e cinco anos a quantidade de tempo de cumprimento ininterrupto da pena até 25 de dezembro de 2001, para a concessão do indulto condicional, independentemente da idade ou do total da condenação (art. 1º, inciso III);

r) aumenta para um terço a quantidade de pena a estar cumprida até 25 de dezembro de 2001 como requisito para obter comutação de pena e, ao mesmo tempo, reduz a quantidade a ser comutada para um quinto (art. 2º).

As diversas implicações negativas causadas pela reincidência, muito embora não tenham sido enumeradas de forma exaustiva, visto que ainda há outras consequências esparsas em legislações especiais, são nitidamente associadas à ideia de haver maior reprovação social na conduta do agente reincidente, uma vez que insiste no comportamento antissocial violador de normas, de modo a agir, portanto, com maior culpabilidade que um indivíduo primário que comete o mesmo crime.

Entretanto, seja com fundamento na ideia de que a pena aplicada ao delito precedente foi insuficiente, seja porque a reiteração da conduta indica maior periculosidade do agente, o fato é que a reincidência implica na exasperação da pena pelo o que o agente é – reincidente – e não pelas circunstâncias do crime cometido. Isso denota ser a reincidência um resquício do direito penal do autor, incompatível com os Estados Democráticos Direito e com os princípios da Constituição brasileira de 1988, os quais estabeleceram o modelo de direito penal do fato como norte da culpabilidade.

Para entender-se melhor a referida incompatibilidade, necessário se faz estabelecer um breve resumo do que são o direito penal do autor e o direito penal do fato.

2.2 A Escola Positivista e o Direito penal do autor

A criminalidade foi, por muito tempo, olhada estritamente sob a ótica religiosa, de tal maneira que o delinquente era comumente associado ao pecador, e a pena à penitência, ao castigo do mal, especialmente na era medieval.

Contudo, no século XIX esse paradigma começa a ser rompido a partir do surgimento de correntes de pensamento que sistematizaram o estudo do criminoso sob o ponto de vista de determinados princípios.

A denominada Escola Clássica, cujas ideias foram baseadas nos pensamentos de Beccaria, Filangieri e Carrara, fundamentava-se nos ideais iluministas, de modo a defender o individualismo, a dignidade da pessoa humana, o direito do cidadão perante a autoridade Estatal⁵⁸ e a proporcionalidade das penas aos delitos⁵⁹.

⁵⁸ QUARESMA, Clarice Zaghetto. **Reincidência: um estudo dos resquícios da escola penal positivista na legislação pátria à luz do princípio da culpabilidade**. 2016. 35 f. Trabalho de conclusão de curso (Graduação em Direito) - Faculdade de Direito da

Tal Escola antecedeu a Escola Positivista do Direito Penal, que surgiu com a ineficácia do método clássico na diminuição da criminalidade o crescente aumento da violência no século XIX, defendendo, assim, uma maior repressão da criminalidade por parte do Estado⁶⁰, amparando o direito penal do autor.

A Escola Positivista nasceu em um momento histórico de crescente desenvolvimento das ciências sociais. Contrapondo o individualismo da Escola criminológica Clássica, a Escola Positivista impulsionou um novo rumo nos estudos criminológicos, propondo a necessidade de defender mais enfaticamente o corpo social contra a ação do delinquente, de modo a priorizar os interesses sociais em relação aos individuais⁶¹.

Os principais expoentes dessa Escola foram Lombroso, Ferri e Garofalo. Lombroso enfatizou os aspectos bioantropológicos do delinquente; Ferri acentuou os fatores sociais, e Garofalo introduziu os fatores psicológicos⁶². Mudou-se, portanto, o paradigma de investigação: do delito, na escola clássica, ao delinquente, na escola positivista⁶³.

Por conseguinte, Foucault ressalta que pouco a pouco, à medida que, no lugar do crime, a criminalidade se tornou o objeto da intervenção penal, a oposição entre primário e recidivante tendeu a tornar-se mais importante. Isso porque, através da reincidência, não se visava o autor de um ato definido pela lei, mas o sujeito delinquente, uma certa vontade que manifesta seu caráter intrinsecamente criminoso⁶⁴.

Cesare Lombroso, médico italiano, é considerado o maior expoente da Escola Positivista. Ele imprimiu um “pré-conceito”, um conceito prévio de homem delinquente⁶⁵,

Universidade Federal de Juiz de Fora. Juiz de Fora, 2016. P. 11. Disponível em: <http://repositorio.ufjf.br:8080/xmlui/handle/ufjf/3414?show=full>. Acesso em: 27 de abril de 2019.

⁵⁹ BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Tradução Paulo Oliveira – Edição especial, Clássico para todos – Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2016. P. 7.

⁶⁰ SANTOS, Alana Ferreira dos; KHALED, Salah H. **Uma análise da Escola Positiva e das teses lombrosianas na Europa do século XIX: o inimigo delinquente**. Disponível em: http://ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=15340. Acesso em: 01 de abril de 2019.

⁶¹ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal. Parte geral**. Vol. 1. 19ª ed. Rev. Ampl. Atual. São Paulo: Saraiva, 2013. P. 52.

⁶² DITTICIO, Mário Henrique. **Crítica tridimensional da reincidência**. 2007. 142 f. Dissertação de mestrado (Direito penal, criminologia e medicina forense) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo - USP, São Paulo, 2007.P. 27. Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2136/tde-09052013-104951/pt-br.php>. Acesso em: 27 de abril de 2019.

⁶³ Idem Ibidem

⁶⁴ FOUCAULT, Michael. **Op cit**. P. 99.

⁶⁵ SANTOS, Bartira Macedo de Miranda. **Lombroso no direito penal: o destino d'O Homem Delinquente e os perigos de uma ciência sem consciência**. Disponível em:

estudando-o sob um ponto de vista biológico, reputando ser o crime uma manifestação da personalidade do criminoso e produto de várias causas.

Lombroso detalhou sua teoria na obra “O homem delinquente”, que teve sua primeira edição em 1876, tornando-se uma obra de grande notoriedade, o que o levou a realizar, em 1885, o Primeiro Congresso de Antropologia Criminal em Roma, onde, juntamente com Ferri e Garofalo, viram suas teses ocuparem lugar de grande reconhecimento científico no final do século XIX.

Assim, a Escola Positiva, defendida, sobretudo, a figura do homem-delinquente, detentor de características que o tornava um ser de maior periculosidade social. Criou-se, portanto, um estereótipo do criminoso nato, que seria reconhecido por uma série de caracteres físicos. Dentre as principais ideias dessa Escola Criminológica está a que conceituava o crime como um fenômeno biológico e não jurídico.

Essa corrente de pensamento entendia que o criminoso já nasceria com uma propensão ao crime, caracterizada por traços físico-psíquicos, de modo que se espera deles a prática de fatos delituosos. Sendo assim, a pena não teria por finalidade a punição, mas tão somente a prevenção. Logo, para essa Escola, o Direito Penal deveria basear-se na proteção social, deixando de lado a pretensão ética, sendo o agente criminoso considerado um ser inferior e degenerado, e o delito fruto do estado de maior periculosidade⁶⁶.

Desta forma, o Estado deveria exercer uma proteção social, punindo ou neutralizando aqueles que representassem algum perigo à sociedade, mesmo que dissociados da prática efetiva de um delito.

Portanto, o fim ressocializador da pena não encontrou guarida nessa vertente de pensamento, que tentou afastar ao máximo o retorno do delinquente ao meio social. No dizer de Bitencourt:

Por isso, a ressocialização do delinquente passa a um segundo plano. A aplicação da pena passou a ser concebida como uma reação natural do organismo social contra a atividade anormal dos seus componentes. O fundamento do direito de punir assume uma posição secundária, e o problema da responsabilidade perde importância, sendo

<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=ea6b2efbdd4255a9>. Acesso em: 27 de abril de 2019.

⁶⁶ BRUNONI, Nivaldo. **Ilegitimidade do direito penal de autor à luz do princípio de culpabilidade**. Revista de Doutrina da 4ª Região, Porto Alegre, n., dez. 2007. Disponível em:

http://revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao021/Nivaldo_Brunoni.htm>
Acesso em: 27 de abril de 2019.

indiferente a liberdade de ação e de decisão no cometimento do fato punível. Admitindo o delito e o delinquente como patologias sociais, dispensava a necessidade de a responsabilidade penal fundar-se em conceitos morais. A pena perde seu tradicional caráter vindicativo-retributivo, reduzindo-se a um provimento utilitarista; seus fundamentos não são a natureza e a gravidade do crime, mas a personalidade do réu, sua capacidade de adaptação e especialmente sua perigosidade.⁶⁷

Em decorrência das ideias positivistas, produziu-se todo um arcabouço teórico que permitiu a intervenção do direito penal em razão da periculosidade do indivíduo e não do fato por ele praticado. Criou-se um modelo de direito penal muito propício para os Estados autoritários, capaz de punir em razão da pessoa em julgamento, e não por sua conduta, sob o argumento de que o mais importante é defender a sociedade⁶⁸.

Nessa esteira, a escola positivista pode ser considerada a clara expressão do Direito Penal do Autor, que consiste basicamente em direito penal imposto a um agente pelo o que ele representa, pela sua periculosidade, por sua habitualidade criminosa e pelo seu grau de perigosidade. Baseia-se tal teoria para impor uma sanção a um indivíduo somente por este significar uma potencial ameaça ao Estado e a sociedade. Assim, o Direito penal do autor criminaliza a personalidade e a periculosidade do agente e não a sua conduta em si⁶⁹.

Zaffaroni e Pierangeli esclarecem que:

Ainda que não haja um critério unitário acerca do que seja o direito penal do autor, podemos dizer que, ao menos em sua manifestação extrema, é uma 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. O ato teria valor de sintoma de uma personalidade; o proibido e reprovável ou perigoso, seria a personalidade e não o ato. Dentro desta concepção não se condena tanto o furto, como o ser ladrão⁷⁰.

Apesar da teoria da Escola Positivista ser rechaçada em um primeiro olhar pela sua notória incorreção e desumanidade, é fato que algumas reminiscências dessa Escola ainda são

⁶⁷ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal. Parte geral**. Vol. 1. 19ª ed. Rev. Ampl. Atual. São Paulo: Saraiva, 2013. P. 103.

⁶⁸ SANTOS, Bartira Macedo de Miranda. **Op cit.**

⁶⁹ BARBOSA, Ebevaldo de Araújo. **Direito penal do autor face ao princípio da culpabilidade**. Brasília: IDP/EDB, 2015. 45p, - Monografia (Especialização). Instituto Brasiliense de Direito Público. P. 12. Disponível em: <http://dspace.idp.edu.br:8080/xmlui/handle/123456789/1663>. Acessado em: 27 de abril de 2019.

⁷⁰ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro: parte geral**. V.9ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. P. 106.

encontradas na legislação brasileira, perpetuando o Direito Penal de Autor no nosso ordenamento jurídico.

Assim, uma das grandes evoluções jurídicas e democráticas, adotada no Brasil atualmente, é a aplicação do Direito Penal do Fato, compreendido como a ideia de uma culpabilidade do ato. Logo, o que importa é a relação de imputação estabelecida entre o autor, quando da prática do fato, e o fato em si, isto é, o juízo de reprovabilidade recai sobre o fato do agente, e não sobre o agente do fato⁷¹.

Destaca-se, ademais, a importância da adoção do direito penal do fato através das palavras de Zaffaroni: “o direito penal do fato se estabelece, da mesma forma que todas as garantias, como um limite ao poder punitivo.”⁷²

Desse modo, o denominado tipo de autor, criminaliza a personalidade do agente, ou seja, aquilo que ele é, e não a sua conduta. O fato não é inteiramente desprezado, mas este serve apenas como ponto de partida ou como pressuposto da aplicação penal, possibilitando a criminalização do estado perigoso, independentemente do delito e a aplicação de penas pós-delituais, em função de determinadas características do autor, como a reincidência⁷³.

Sobre o Direito penal do autor, Ferrajoli ensina:

Choca-se com a garantia de culpabilidade e com o caráter regulativo que ela supõe.[...] “Num sistema garantista assim configurado não tem lugar nem a categoria periculosidade, nem qualquer outra tipologia subjetiva ou de autor elaboradas pela criminologia antropológica ou ética, tais como a capacidade criminal, a reincidência, a tendência para delinquir, a imoralidade ou a falta de lealdade⁷⁴.

Desse modo, não obstante a falta de consenso acerca do conceito de Direito Penal do Autor, Zaffaroni afirma ser possível defini-lo como “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.”⁷⁵

⁷¹ BARBOSA, Ebevaldo de Araújo. **Op cit.** P. 21.

⁷² ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **O inimigo do Direito Penal.** Tradução de Sérgio Lamarão – Rio de Janeiro: Revan. 3ª Ed, 5ª reimp, 2017.

⁷³ BRUNONI, Nivaldo. **Ilegitimidade do direito penal de autor à luz do princípio de culpabilidade.** Revista de Doutrina da 4ª Região, Porto Alegre, n., dez. 2007. Disponível em: http://revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao021/Nivaldo_Brunoni.htm Acesso em: 27 de abril de 2019.

⁷⁴ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão.** Tradutores Ana Paula Zomer, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares, Luiz Flávio Gomes. 6ª edição. São Paulo: RT, 2002. P. 400.

⁷⁵ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Op Cit.** P. 110.

É possível, ainda, associar o direito penal do autor com a teoria do direito penal do inimigo, proposta por Jakobs e Meliá, na medida em que objetiva eliminar certos indivíduos, tratando-os como verdadeiros inimigos, punindo-os pela sua personalidade, pelo que são e não pelo que cometeram⁷⁶.

Com efeito, na parcela escrita por Meliá na sua obra em coautoria com Jakobs, “O inimigo do Direito Penal”, aquele autor afirma que o Direito Penal do Inimigo ofende, em diversos pontos, o direito penal do fato. Portanto, quando se pretende eliminar certos indivíduos, tratando-os como verdadeiros inimigos, afasta-se dos postulados de um Direito Penal do fato, aproximando-se das tendências autoritárias do Direito Penal do autor⁷⁷.

Assim, o efeito intimidante da pena sobre o condenado, avaliado sob a luz da reincidência, pressupõe que o castigo da pena somente produziu o efeito suficiente se tal condenado não voltar a cometer delitos. Se, por outro lado, recair na delinquência, a intimidação provocada pela pena fracassou, merecendo uma reprimenda incrementada pela agravante da recidiva⁷⁸.

No entanto, não tem como haver critérios suficientemente adequados para definir o êxito ou o fracasso da intimidação, ou o período durante o qual o indivíduo não deve delinquir para que se possa considerar que a pena imposta tenha sido eficaz.

Para Leonardo Yarocheswky, se uma pessoa já foi devidamente julgada e condenada a cumprir uma determinada sanção ela não poderá, por qualquer que seja a razão, ser novamente punida por fato anteriormente cometido e pelo qual já tenha sido condenada⁷⁹. Isso porque, em relação ao processo onde ocorreu a condenação anterior, o agente já cumpriu pena, pagando seus deveres perante a sociedade. Logo, não há motivo para uma sentença transitada em julgada gerar efeitos em uma decisão futura.

⁷⁶ QUARESMA, Rafaela Guariglia. **A incompatibilidade entre o direito penal do inimigo e o estado democrático de direito**. 2016. 63 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Direito) - Faculdade de Direito da Universidade Federal Fluminense. Niterói, 2016. P. 37. Disponível em: <https://app.uff.br/riuff/bitstream/1/2391/1/Monografia%20-%20Rafaela%20Guariglia%20Quaresma.pdf>. Acessado em: 31 de abril de 2019.

⁷⁷ GÜNTHER, Jakobs; MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito Penal no inimigo: noções críticas**. org. e trad. André Luís Callegari, Nereu José Giacomolli. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. P. 80.

⁷⁸ BRUNONI, Nivaldo. **Ilegitimidade do direito penal de autor à luz do princípio de culpabilidade**. Revista de Doutrina da 4ª Região, Porto Alegre, n., dez. 2007. Disponível em:

http://revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao021/Nivaldo_Brunoni.htm

Acesso em: 27 de abril de 2019.

⁷⁹ YAROCHEWSKY, Leonardo Isaac. **Da reincidência criminal**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2005, P. 126.

Desse modo, o que acontece, na verdade, é uma ofensa a coisa julgada material, na qual a pena anterior já sentenciada e cumprida serve como base para agravações posteriores⁸⁰.

Ao punir o agente sopesando o crime anterior já devidamente cumprido, estar-se-á o sentenciando novamente por esta pena já quitada. Por conseguinte, é evidente que a punição ao reincidente, para fins de agravamento da sanção, nada mais é que uma valoração de sua pessoa, perpetuando o inadmissível direito penal do autor.

No tocante à ofensa da reincidência à coisa julgada e, conseqüentemente à segurança jurídica, Yarocheswky, citando Maia Neto, explica que “quando se aplica o instituto mencionado, aumenta-se a pena anterior já cumprida e não a do delito posterior.” Sendo assim, tem-se que a reincidência modifica uma decisão transitada em julgada, a qual já foi cumprida pelo condenado⁸¹.

Não há motivos legítimos para que o reincidente seja juridicamente mais obrigado a não delinquir do que os demais membros da coletividade. Justamente ao inverso, é certo que o indivíduo que cumprir pena privativa de liberdade não sai do regime carcerário do mesmo modo que entrou. Isso somente demonstra o quão perverso, degradante e desumano é o sistema penal brasileiro, incapaz de atingir minimamente o objetivo ressocializador da pena. Nas palavras de Rogério Greco: “a reincidência é a própria prova do fracasso do Estado na sua tarefa ressocializadora.”⁸²

Foucault leciona ser a detenção quem provoca a reincidência, pois, segundo ele, depois de sair da prisão, se têm mais chance de voltar para ela do que antes. Desse modo, os condenados seriam, em proporção considerável, antigos detentos⁸³. Isso porque as prisões “são verdadeiros quartéis do crime, em que as condições dadas aos detentos libertados condenam-nos fatalmente à reincidência”⁸⁴.

⁸⁰ SÁ, Nayara Vogas de. **A Reincidência Criminal à luz do princípio do *Non Bis In Idem***. Littera, docente e discente em Revista. Volume 2º. – nº 02 – 2º. semestre 2012. P. 12. Disponível em: <https://docplayer.com.br/36257552-Palavras-chave-reincidencia-criminal-non-bis-in-idem-constitucionalidade.html>. Acesso em: 30 de abril de 2019.

⁸¹ YAROCHEWSKY, Leonardo Isaac. **Op cit.** P. 126.

⁸² GRECO, Rogério. **Op cit.** P. 724.

⁸³ FOUCAULT, Michael. **Op cit.** P. 260.

⁸⁴ Idem Ibidem. P. 262.

Até mesmo Lombroso reconhece o peso da prisão sobre um indivíduo egresso do sistema carcerário, destacando, em sua maior obra, que “não há sistema carcerário que salve os reincidentes; ao contrário, as prisões são as causas principais deles.”⁸⁵

Nesse ponto, importante é a lição de Alvino Augusto de Sá, que analisa a reincidência através da ótica da “criminologia clínica preventiva”:

Sendo o cárcere um espaço deteriorado, o mesmo se constitui como um obstáculo para o processo de reintegração social do preso. Desta forma, é contraditório esperar que a prisão reedue para uma vida em liberdade. O egresso necessita de atenção das pessoas, visto que ao retornar para o convívio social o mesmo enfrentará dificuldades para se reintegrar. No período de novo convívio social, o egresso se depara com desafios, que são microfatores externos negativos, como lidar com a dificuldade de emprego, as rejeições familiar e social, a desconfiança etc. Assim, visando recuperar rapidamente o tempo perdido, o preso acaba criando expectativas muito altas quanto a sua reentrada ao convívio social. Assim, quanto maior é a pressão para este processo, mais intensificada pode ser a crise⁸⁶.

Esse posicionamento está na mesma direção do chamado princípio da co-culpabilidade, segundo o qual é dado ao Estado uma parcela da culpa pela delito, conforme lição de Rodrigues:

A sociedade moderna, arcabouço de desigualdades, age de certa forma sobre os sujeitos, limitando de diferentes formas sua capacidade de autodeterminação e de escolha, portanto, esta sociedade deve arcar em parte com as consequências deste ônus por ela imposto aos indivíduos, dividindo a responsabilização através de uma espécie de co-culpabilidade, e atenuando a punição daqueles que, por serem menos favorecidos, acabem por cometer infrações penais⁸⁷.

Ressalta-se, inclusive, que há doutrina no sentido de conferir menor culpabilidade ao réu reincidente, que tenha cumprido efetivamente pena privativa de liberdade. Justifica-se tal entendimento no fato de que este agente foi submetido aos nefastos efeitos do cárcere e porque, por carregar o estigma de criminoso, dificilmente conseguirá colocação no mercado

⁸⁵ LOMBROSO, Cesare. **O homem delinquente**. Tradução Sebastião José Roque. - São Paulo: Ícone, 2016. P. 154.

⁸⁶ SÁ, Alvino Augusto de. **Criminologia clínica e psicologia criminal**. 2ª ed, revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. P. 25.

⁸⁷ RODRIGUES, Cristiano. Teorias da Culpabilidade. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. P. 26. In: PONTES, Thaisa Mayer. **Análise da aplicação do princípio da co-culpabilidade nos casos de reincidência**. 2014. 49 f. Trabalho de conclusão de curso (Curso de Preparação à Magistratura em nível de Especialização) - Escola da Magistratura do Paraná. Curitiba, 2014. P. 18. Disponível em: <http://www.emap.com.br/conteudo/biblioteca/monografias/thaisa%20mayer%20pontes.pdf>. Acesso em: 27 de abril de 2019.

de trabalho. Logo, de acordo com essa doutrina, a reincidência deveria configurar uma circunstância atenuante da pena e não agravante⁸⁸.

Assim, diante do exposto, o instituto da reincidência, como circunstância agravante obrigatória, não deveria ter espaço em um ordenamento jurídico pautado nas garantias do Estado Democrático de Direito.

2.3 A incompatibilidade do instituto da reincidência com os princípios constitucionais: um caso de não recepção pela Constituição de 1988

Como cediço, o Direito Penal possui uma estreita ligação com o Direito Constitucional, uma vez que é por meio da Constituição que o poder repressivo do Estado é limitado.

De acordo com os ensinamentos de Kelsen⁸⁹, a ordem jurídica obedece a uma estrutura escalonada, composta por normas de diversos níveis. Nessa estrutura, à Constituição é conferida supremacia, de maneira que cabe a ela guiar as normas de escalão inferior para que todo o sistema normativo esteja em harmonia.

Essa otimização do sistema jurídico tem por base os princípios valorados na Carta Magna. Nesse viés, toda norma deve estar de acordo com esses ditames constitucionais, não sendo diferente para as normas de direito penal e processual-penal.

No entanto, no que tange a reincidência, o raciocínio retro não se concretiza na prática, pois aplica-se o referido instituto com o extremado legalismo infraconstitucional, de modo a caracterizar uma verdadeira violação às diretrizes da Carta Magna.

Com efeito, Schier comenta que esse é um dos grandes problemas atuais, pois, segundo ele, “de nada vale qualquer concepção emancipatória se continuarem os juízes a aplicar leis do século passado com a cabeça do século passado”⁹⁰.

Desse modo, fica evidente, que o agravamento da pena pela reincidência, sendo ela uma circunstância alheia ao fato, é incompatível com os ditames tanto da Carta Constitucional como do Estado Democrático de Direito, ferindo, visivelmente, princípios nucleares, dos

⁸⁸ CHIQUEZI, Adler. **Op cit.** P. 85-86.

⁸⁹ KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 6º ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998. P. 225-247.

⁹⁰ SCHIER, Paulo Ricardo. Filtragem constitucional: construindo uma nova dogmática jurídica. 1ª ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999. P. 536. In: ALMEIDA, Débora de Souza de. **Op cit.**139.

quais se destaca o da culpabilidade, da proporcionalidade, da igualdade, da individualização da pena, da legalidade e do *non bis in idem*.

Quanto ao princípio da culpabilidade, também conhecido como *nullum crimen, nulla poena sine culpa*, tem-se que este possui um teor garantista e é uma conquista do Direito Penal moderno, tomando por base a responsabilidade subjetiva do agente, afastando a responsabilidade pelo resultado ou objetiva.

Assim, a culpabilidade seria um juízo de censura que se faz ao agente pelo seu fato típico e ilícito.

Para Luisi⁹¹ o princípio da culpabilidade está expresso em nossa atual Constituição Federal, nos incisos XVII e XLVI do seu art. 5º, que diz: “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”.

Por sua vez, Yarochevsky sustenta que, no Brasil, o princípio da culpabilidade está constitucionalmente implícito, o que se extrai da análise do “art. 1º, III (dignidade da pessoa humana), corroborado pelos arts. 4º, II (prevalência dos direitos humanos), e 5º, caput (inviolabilidade do direito à liberdade) da Constituição Federal”.⁹²

No entanto, o fundamental não é saber se o referido princípio está implícito ou explícito na Constituição Federal, mas sim analisar sob quais diretrizes a pena deve ser aplicada para estar de acordo com tal princípio.

Dessarte, o próprio Código Penal adota a culpabilidade como um dos seus princípios norteadores, expressamente afirmando, na sua exposição de motivos que “O princípio da culpabilidade estende-se, assim, a todo projeto.”⁹³

Segundo Bitencourt, da adoção do princípio da culpabilidade derivam importantes consequências materiais, entre elas está o cabimento exclusivo da responsabilidade penal pela prática de um fato típico e antijurídico, sobre o qual recai o juízo de culpabilidade, de modo que a responsabilidade é pelo fato e não pelo autor⁹⁴.

⁹¹ LUISI, Luiz. **Os princípios constitucionais penais**. Porto Alegre: S. A. Fabris, 2003. P. 12.

⁹² YAROCHEWSKY, Leonardo Isaac. **Op cit.** P. 109.

⁹³ BRASIL. **Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal - exposição de motivos**. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 31 dez. 1940. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1940-1949/decreto-lei-2848-7-dezembro-1940-412868-exposicaodemotivos-148972-pe.html>. Acesso em: 27 de abril de 2019.

⁹⁴ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral 1**. 19ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2013. P. 64.

Assim, no que diz respeito ao reincidente, dever-se-ia levar em consideração que este nem sempre apresenta maior culpabilidade do que o réu primário, ou seja, a censura ao ato de quem já foi condenado de forma definitiva não é, necessariamente, maior do que a de quem comete seu primeiro crime.

Portanto, o grau de censurabilidade só deve ser sopesado de acordo com a conduta criminosa praticada, de forma a considerar o direito penal do fato e não o direito penal do autor, pois o ser humano não deve ser julgado pelo que é – reincidente, mas sim pelo que fez.

Dessa forma, a melhor interpretação do princípio constitucional da culpabilidade, no que tange à reincidência, é no sentido da não aplicação desse instituto. Outro entendimento leva ao acolhimento da teoria da culpabilidade do autor.

A reincidência rompe, também, com a proporcionalidade entre crime e pena, ante o *plus* por ela acrescido, que equivale a “uma pena sem culpabilidade”⁹⁵. Além disso, para Brunoni, caracteriza-se como “numa medida de segurança de índole particular.”⁹⁶

Quanto à igualdade, esse mesmo autor leciona que o argumento de que os réus com condenações anteriores têm o dever específico de não delinquir novamente não convence, pois, desde a perspectiva liberal não é possível justificar um específico dever adicional ao dever geral de respeitar os direitos dos demais⁹⁷.

Já a individualização da pena é imprescindível para a sua aplicação, visto que “permite que seja eleita e aplicada a justa sanção penal a determinado indivíduo, quer seja em sua espécie, em seu *quantum*, bem como na forma de sua execução.”

A previsão do princípio da individualização da pena está no artigo 5º, XLVI, da Constituição Federal de 1988, dispondo que “a lei regulará a individualização da pena e adotará (...)”

O Código Penal, por sua vez, estabelece a individualização da pena, estando esta prevista nos artigos 59 e 68 do Código Penal, que tratam dos critérios a serem seguidos pelo magistrado na fixação da pena-base, além da espécie de pena a ser aplicada, o regime inicial de cumprimento da sanção privativa de liberdade e se será aplicada sua substituição por outro tipo de reprimenda, bem como a consideração de circunstâncias agravantes e atenuantes e, depois, as causas de aumento e diminuição da pena.

⁹⁵ BRUNONI, Nivaldo. **Princípio de culpabilidade: considerações**. 1ª Ed, 2ª reimpr. Curitiba: Juruá, 2010. P. 68

⁹⁶ Idem Ibidem.

⁹⁷ Idem Ibidem. P. 69.

Entretanto, o reincidente não é merecedor de uma maior reprimenda penal exclusivamente pelo fato de ter reincidido, fazendo-se necessário uma análise de cada caso concreto com a inclusão de outros fatores verdadeiramente aptos a exasperar a pena.

Logo, a sistemática atual da reincidência na legislação brasileira, com a imposição obrigatória de reprimenda mais gravosa, está nitidamente em desacordo com as diretrizes do princípio da individualização da pena, visto que a sanção mais grave é aplicada com fundamento em um critério puramente objetivo – a reincidência –, sem levar em consideração a real situação do caso sob análise.

Nesse ponto, importante destacar a lição de Débora de Souza:

Sendo a circunstância da reincidência alicerçada em uma presunção *iuris et de iuri* de insuficiência da pena anterior, de maior culpabilidade, de tendência a delinquir, entre tantos critérios irracionais e imensuráveis, resta claro que sua apreciação está em dissonância com o princípio da individualização judicial da pena⁹⁸.

O princípio do *non bis in idem*, por seu turno,

Franco⁹⁹ afirma ter o princípio do *non bis in idem* deriva do princípio da legalidade e tem por objetivo impedir a dupla valoração da pena pelo mesmo fato, possuindo amparo constitucional na previsão do art. 5º, XXXIX.

Zaffaroni e Pierangeli, por seu turno, entendem que a violação do princípio *non bis in idem* afeta o princípio processual constitucional da coisa julgada (art. 5º, XXXVI, da Constituição Federal)¹⁰⁰.

A discussão acerca da reincidência ferir o princípio do *non bis in idem* é antiga. Henriques de Souza¹⁰¹, embora seja favorável ao agravamento da pena pela reincidência, cita doutrinadores do século XIX que já entendiam ser a recidiva dupla valoração fática, conforme trecho a seguir:

[...] pergunta Carnot, pôde-se dizer que esteja nos principios de uma exacta justiça applicar aos condemnados em reincidencia uma pena mais severa do que aquella em que incorreram pelo genero de crime de que se tornaram culpados? Se elles commetteram um primeiro crime foram por isso punidos; infligir-lhes uma nova

⁹⁸ ALMEIDA, Debora de Souza de. **Op cit.** P. 153.

⁹⁹ FRANCO, Alberto Silva, *et al.* Código Penal e sua interpretação jurisprudencial. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, P. 781. In: CHIQUEZI, Adler. **Op cit.** P. 95.

¹⁰⁰ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro: parte geral**, v. I. 9ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. In: CHIQUEZI, Adler. **Op cit.** P. 95.

¹⁰¹ SOUZA, Braz Florentino Henriques de. Lições de direito criminal. Recife: Econômica José Nogueira de Souza, 1872, P. 326. In: CHIQUEZI, Adler. **Op cit.** P. 95.

pena em razão d'esse crime não será violar abertamente a seu respeito o *non bis in idem*, que faz uma das bases de toda legislação?' Tal é a mais poderosa d'entre as objecções apresentadas contra a circunstancia agravante da reincidencia, segundo a propria confissão dos que com Carnot a combatem. 'Todos os raciocinios possiveis, diz Alauzet, virão aqui naufragar contra um facto; debalde sustentarão que se não pedem contas ao accusado do seu primeiro delicto; nem por isso será menos verdade que é em razão d'esse crime, e d'elle sómente, que a aggravação lhe é imposta, independentemente de outra qualquer circunstancia:

Afirma-se, conseqüentemente, que a reincidência, ao passo que se traduz na maior gravidade da pena no delicto subsequente, viola o princípio do *non bis in idem*, visto que este agravamento é resultado do delicto anterior, pressuposto da reincidência, ou seja, é consequência do delicto antecedente, realizando-se, assim, “um duplo jogo de penas: primeiro se castiga o autor pelo fato cometido, logo este fato vale para que na segunda ou terceira condenação se aplique outras penas mais agravadas”¹⁰².

Por outro lado, os que defendem que o instituto da reincidência não fere a proibição da dupla incriminação pelo mesmo fato, alegam que a maior severidade da pena aplicada reside no fato do condenado ter maior grau de culpabilidade em conduta posterior em virtude do desprezo manifestado pela pena antecedente.

Entretanto, sob esse ponto de vista, Brunoni, citando Hafke, descreve que “uma investigação profunda e sutil da personalidade do autor conduzirá, segundo todos os conhecimentos disponíveis sobre o autor reincidente, previsivelmente a afirmar que sua culpabilidade pelo fato deve ser, por regra, atenuada”¹⁰³.

Tal assertiva, aliada à comprovação da ação deformadora do cárcere sobre o apenado remota às palavras de Foucault quando diz que a prisão é a fábrica de delinquentes, verdadeiro quartel do crime¹⁰⁴.

Todas as citadas violações aos ditames constitucionais denotam a notória incompatibilidade entre o instituto da recidiva e os preceitos da Carta de 1988. Sendo assim, infere-se que no atual estágio do direito pátrio a mencionada agravante obrigatória e genérica de caráter meramente pessoal não deve perdurar. Logo, necessário se faz apresentar as soluções jurídicas previstas no ordenamento brasileiro que propiciem o afastamento da reincidência e, por conseguinte, a sua invalidade e ineficácia.

¹⁰² FILHO, Francisco Bissoli. **Op cit.** P. 230.

¹⁰³ BRUNONI, Nivaldo. **Princípio de culpabilidade: considerações.** 1ª Ed, 2ª reimpr. Curitiba: Juruá, 2010. P. 70.

¹⁰⁴ FOUCAULT, Michael. **Op cit.** P. 260.

Como se trata de normas pré-constitucionais (Código Penal, Código de Processo Penal), quando estas são incompatíveis com a Constituição superveniente, a princípio, pode-se resolver essa celeuma de duas formas, quais sejam: o controle difuso, onde a não-recepção pode ser alegada perante qualquer magistrado; e o controle concentrado por meio da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF)¹⁰⁵.

O controle difuso ou incidental, embora não previsto expressamente na Constituição de 1988, tem como fundamentos os incisos XXXV e LV, art. 5º da norma suprema. A combinação desses dispositivos tem como propósito garantir o livre acesso à justiça e garantir que nenhuma violação a direito ou demanda deixe de ser apreciado pelo Poder Judiciário.

Quanto ao controle difuso, em regra, os Tribunais brasileiros entendem por aplicar o instituto da reincidência. No entanto, destaca-se importantes decisões em sentido contrário do Tribunal do Rio Grande do Sul, principalmente no julgamento da Apelação Criminal n.º 699.291.050 (5.º Câmara Criminal), em especial o voto do relator, Amilton Bueno de Carvalho:

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. A reincidência, além de agravar a pena do novo delito, constitui-se em fator obstaculizante de uma série de benefícios legais, tais como a suspensão condicional da pena, o alongamento do prazo para o deferimento da liberdade condicional, a concessão do privilégio do furto de pequeno valor, só para citar alguns. Esse duplo gravame da reincidência é antigarantista, sendo, à evidência, incompatível com o Estado Democrático de Direito [...]¹⁰⁶

No entanto, o Superior Tribunal Federal adota o posicionamento oposto, reiterando que a agravante da reincidência não fere o princípio do *non bis in idem*, nem tão pouco configuraria o direito penal do autor, uma vez que a sanção mais rigorosa não decorre da primeira condenação, mas sim da persistência do agente em praticar novas infrações penais.

Contudo, depreende-se que as Leis infraconstitucionais precedentes à Constituição de 1988 que com ela não guardem compatibilidade estão automaticamente revogadas. Trata-

¹⁰⁵ CUSTÓDIO, Richard Santos. **Reincidência Criminal com o Advento da Constituição Garantista de 1988**. Conteudo Juridico, Brasilia-DF: 09 out. 2013. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.45421&seo=1>>. Acesso em: 27 abril 2019.

¹⁰⁶ BRASIL. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL. **Apelação Crime n.º 699.291.050**. 5ª Câmara Criminal. Relator: Amilton Bueno de Carvalho. Data do julgamento: 11.8.1999. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/SRC%2001_103.pdf. Acesso em 27 de abril de 2019.

se, pois, da manifestação da soberania da Constituição, que estando no ápice de todo o ordenamento jurídico, tem inquestionável primazia em relação às leis ordinárias que lhes são anteriores.

Assim, toda legislação anterior à Carta Constitucional de 1988 que com ela confronte não poderá subsistir, isto é, não deverá ser recepcionada pelo ordenamento jurídico brasileiro, estando, portanto, revogada.

Ora, no caso do instituto da reincidência, é patente a sua total incoerência com os preceitos fundamentais da Constituição de 1988 e, por isso, não foi por ela recepcionado.

Portanto, como defende Franco¹⁰⁷, citando Zaffaroni, a reincidência, da forma que é aplicada no direito brasileiro atual, deve ser expurgada da legislação brasileira, “da mesma forma como desapareceu em determinado momento a tortura no âmbito processual ou a analogia no campo penal”¹⁰⁸, perdendo, conseqüentemente, o seu caráter de circunstância obrigatória de agravamento punitivo.

3 A DIVERGÊNCIA DE ENTENDIMENTOS ACERCA DA RECIDIVA: STF X CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS

3.1 O julgamento do RE 453.000: *leading case*

Diante da controvérsia doutrinária, coube ao STF decidir sobre a constitucionalidade da aplicação da reincidência como agravante da pena.

Em 2007, o Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul, com apoio no artigo 28 da Lei nº 8.038, protocolou o recurso de Agravo de Instrumento contra decisão da Quinta Câmara Criminal do E. Tribunal de Justiça gaúcho, que negou seguimento aos Recursos Especial e Extraordinário, interpostos em face da Apelação Criminal nº 70016965345/TJ-RS.

Tal apelação foi parcialmente provida, alterando a sentença de primeiro grau para reconhecer o afastamento da reincidência nos seguintes termos:

ROUBO MAJORADO TENTADO. EXISTÊNCIA E AUTORIA COMPROVADAS. CONDENAÇÃO CONFIRMADA. AFASTADA A AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA, POR INCONSTITUCIONAL. PRECEDENTES DA CÂMARA. PENA REDIMENSIONADA. APELO DEFENSIVO PARCIALMENTE PROVIDO. UNÂNIME.

¹⁰⁷ FRANCO, Alberto Silva. **Reincidência: um caso de não-recepção pela constituição federal**. In Boletim IBCCRIM. São Paulo: IBCCRIM, ano 17, n. 209, 2010. Disponível em: <http://www.institutoeduardocorreia.com.br/downloads/13022012180039.pdf>. Acesso em 30 de abril de 2019.

¹⁰⁸ Idem Ibidem.

Como a Câmara, por sua maioria, entende inconstitucional (não recepcionado pela Carta Federal de 1988) a agravante da reincidência (art. 61, I, do CP) – faz presente o direito penal do autor e é indisfarçável *bis in idem*, (...) afastou o acréscimo a ela correspondente (...).¹⁰⁹

Em março de 2008, o Ministro Nilson Naves, do Superior Tribunal de Justiça, deu provimento ao Recurso Especial do Ministério Público a fim de reconhecer o restabelecimento da agravante da reincidência no caso concreto.

No Supremo Tribunal Federal, em maio do mesmo ano, o relator, Ministro Cezar Peluso, reconheceu presentes os requisitos formais de admissibilidade, deu provimento ao Agravo e o converteu em Recurso Extraordinário sob o nº 591.563/RS, reconhecendo, ainda, a sua repercussão Geral em decisão publicada no DJE 24/10/2008 ATA Nº 25, de 21/10/2008 - DJE nº 202, divulgado em 23/10/2008, *in verbis*:

EMENTA: RECURSO. Extraordinário. Reincidência. Decisão que afastou a aplicação da circunstância agravante prevista no art. 61, I, do Código Penal. Questão da recepção da norma pela Constituição Federal. Relevância. Repercussão geral reconhecida. Apresenta repercussão geral o recurso extraordinário que verse sobre a questão de recepção, pela Constituição da República, do art. 61, I, do Código Penal¹¹⁰.

Em suma, na decisão que reconheceu a presença de repercussão geral constatou-se e reconheceu-se a grande pertinência do assunto. Na referida, o Ministro Marco Aurélio assim destacou: “incumbe definir se a agravante da reincidência coabita, ou não, o mesmo teto da vedação à duplicidade, considerada a circunstância de, no tocante a desvio de conduta anterior, já haver sido o agente apenado”¹¹¹.

O ministro Cezar Peluso, por seu turno, manifestou-se da seguinte forma:

A questão embora nem sempre considerada pela doutrina nem pelos tribunais, envolve o alcance de relevantíssima garantia constitucional, a cuja luz deve aferida a subsistência ou não, de normas do Código Penal. Este tema tem profundo reflexo no

¹⁰⁹ BRASIL, Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Apelação crime nº 70016965345**. Disponível em: http://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Tribunal+de+Justi%EA&versao=&versao_fonetica=1&tipo=1&id_comarca=700&num_processo_ma sk=70016965345&num_processo=70016965345&codEmenta=1888092 Acesso em: 01 de maio de 2019.

¹¹⁰BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 591.563**, substituído pelo RE 732.290. Relator Ministro Cezar Peluso, Brasília, 02 de outubro de 2008. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3741890>. Acesso em: 27 de abril de 2019.

¹¹¹ Idem Ibidem.

jus libertatis, bem jurídico fundamental, e, como tal, transcende os limites subjetivos da causa, revestindo-lhe a decisão de repercussão geral¹¹²

No entanto, em junho de 2012, entendeu o STF que tendo o Superior Tribunal de Justiça conhecido e provido integralmente o recurso especial, com trânsito em julgado, o Recurso Extraordinário nº 591.563 restaria prejudicado.

Entretanto, não obstante a prejudicialidade do Recurso extraordinário supracitado, insta consignar que se trata de verdadeiro *leading case*, uma vez que foi reconhecida, pela primeira vez, a repercussão geral sobre o tema em estudo.

Referida repercussão fez com que diversos recursos ficassem sobrestados nos tribunais de origem, aguardando por uma decisão da Excelsa Corte. Diante disso, na parte final da decisão mencionada, pontuou-se: “informem à Presidência desta Corte, a fim de que se proceda a necessária substituição deste recurso, pois, trata-se de paradigma do Tema 114 constante do plenário virtual, cuja repercussão geral foi reconhecida”¹¹³.

Assim, aguardou-se até que a Presidência do Supremo Tribunal Federal indicasse novo caso representativo da matéria, para que se prosseguisse o julgamento da questão aqui exposta, o que ocorreu em 2013, quando foi julgado o recurso extraordinário de nº 453.000, no qual se aplicou o regime de repercussão geral reconhecida inicialmente ao RE nº 591.563.

Tal processo tratava-se, na origem, de decisão tomada pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, na qual registrou a ausência de inconstitucionalidade na aplicação da agravante da reincidência, porquanto expressaria maior censura à conduta do agente, não caracterizando *bis in idem* ou ofensa aos princípios da proporcionalidade e da individualização da pena.

Nas razões do extraordinário, interposto pela Defensoria Pública da União, com base na alínea “a” do permissivo constitucional, argumentou-se haver transgressão do artigo 5º, incisos XXXVI e XLVI, da Carta da República. Sustentou-se que a visão garantista estabelecida pelo Constituinte não se coaduna com o instituto da reincidência, porque:

Este – além de contrariar o princípio constitucional da individualização da pena – estigmatiza, obstaculiza uma série de benefícios legais, afeta a coisa julgada e viola, flagrantemente, o non bis in idem, base fundamental de toda a legislação criminal

¹¹² Idem ibidem.

¹¹³ Idem ibidem.

Entende-se que um mesmo fato é tomado em consideração duplamente, na medida em que o delito anterior produz efeitos jurídicos duas vezes¹¹⁴.

Afirmou, ainda, o recorrente, que referida agravante, além de aumentar a pena de delito anterior cuja condenação já transitou em julgado, empresta ao indivíduo, por determinado tempo, um estigma que o diferencia dos demais, rotulando o reincidente e prejudicando sua ressocialização, a qual seria a finalidade oficial da pena. Por fim, asseverou-se que os princípios constitucionais não podem ser afastados pela aplicação literal de dispositivo legal hierarquicamente inferior¹¹⁵.

No entanto, o relator do Recurso Extraordinário em questão, ministro Marco Aurélio, manifestou-se em favor da constitucionalidade do multicitado instituto penal, destacando-se os seguintes trechos de seu voto:

[...]

Múltiplas são as repercussões legais da reincidência, não estando, portanto, restrita à problemática do agravamento da pena. Logicamente, uma vez assentada a inconstitucionalidade, haverá, por coerência, o afastamento também das demais implicações.

[...]

Vê-se que a reincidência repercute em diversos institutos penais, compondo consagrado sistema de política criminal de combate à delinquência. Serão todas essas normas inconstitucionais? Sim, a glosa da reincidência como agravante alcançará, por coerência, os demais preceitos, ante a harmonia própria à aplicação e interpretação do Direito.

Se assim o é quanto às diversas previsões, de forma diferente não acontece no tocante ao agravamento da pena. Afastem a possibilidade de cogitar de duplicidade. Logicamente, quando da condenação anterior, o instituto não foi considerado. Deve sê-lo na que se segue, em razão do fato de haver ocorrido, sem o interregno referido no artigo 64 do Código Penal – cinco anos –, uma outra prática delituosa. Então, não se aumenta a pena constante do título pretérito, mas, presentes o piso e o teto versados relativamente ao novo crime, majora-se, na segunda fase da dosimetria da pena, no campo da agravante, a básica fixada. Afinal, o julgador há de ter em vista parâmetros para estabelecer a pena adequada ao caso concreto, individualizando-a,

¹¹⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 453.000**. STF declara constitucionalidade de reincidência como agravante da pena. Relator Ministro Marco Aurélio, Brasília, 04 de abril de 2013. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=461_4110>. Acesso em: 1 de maio de 2019.

¹¹⁵ Idem Ibidem.

e, nesse contexto, surge a reincidência, o fato de o acusado haver cometido, em que pese a glosa anterior, novo desvio de conduta na vida em sociedade.

Está-se diante de fator de discriminação que se mostra razoável, seguindo a ordem natural das coisas. Repito que se leva em conta o perfil do réu, percebendo-se a necessidade de maior apenação, consideradas a pena mínima e a máxima do tipo, porque voltou a delinquir apesar da condenação havida, no que esta deveria ser tomada como um alerta, uma advertência maior quanto à necessidade de adoção de postura própria ao homem médio, ao cidadão integrado à vida gregária e solidário aos semelhantes.

[...]

Ao contrário do que assevera o recorrente, o instituto constitucional da individualização da pena respalda a consideração da singularidade, da reincidência, evitando a colocação de situações desiguais na mesma vala – a do recalcitrante e a do agente episódico, que assim o é ao menos ao tempo da prática criminosa.

Saliento, então, a inviabilidade de dar-se o mesmo peso, em termos de gravame de ato de constrição a alcançar a liberdade de ir e vir, presentes os interesses da sociedade, a caso concreto em que envolvido réu primário e a outro em que o Estado se defronta com quem fora condenado antes e voltou a trilhar o caminho glosado penalmente, deixando de abraçar a almejada correção de rumos, de alcançar a ressocialização.

[...]

Estamos a vivenciar um período de desmonte do sistema criminal normativo em que pese o aumento sem igual da prática criminosa? Sinceramente, não creio, ante o fato de o Supremo, na dicção do ministro Néri da Silveira, ser um Tribunal comprometido com a preservação de princípios, de valores maiores da vida gregária, com os interesses protegidos dos cidadãos brasileiros e estrangeiros residentes no Brasil.

Por tudo, surge constitucional o instituto – existente desde a época do Império – da reincidência, não se podendo, a partir de exacerbação do chamado garantismo penal, olvidar o sistema, dismantelando-o no ponto consagrador da cabível distinção, tratando-se desiguais de forma igual. A regência da matéria, harmônica com a Constituição Federal, circunscreve-se a oportuna, sadia, razoável e proporcional política normativa criminal e envolve, em rápida contagem, mais de vinte institutos penais, conforme referido.

De minha parte, desprovejo o recurso, assentando a constitucionalidade do inciso I do artigo 61 do Código Penal – Decreto-Lei nº 2.848/1940¹¹⁶.

Sobre esse julgado, destaca-se, ademais, trechos do voto da ministra Rosa Weber, pela expressividade do seu posicionamento e a pertinência do seu conteúdo com o tema aqui proposto:

Destaco ainda que, caso se conclua que a consideração da reincidência como agravante da pena consistiria em espécie de vedado *bis in idem*, seria necessário, por coerência, estender o mesmo entendimento para outros efeitos extraídos pela legislação penal ou processual penal para a reincidência, o que representaria a invalidação de um número significativo de normas no Direito brasileiro. Tendo presente apenas o Código Penal, podem ser citados, exemplificadamente, os arts. 33, 44, 77, 83, 110 e 117, que tratam dos mais diversos temas, como regime de cumprimento da pena, penas restritivas de direito, suspensão condicional da pena, livramento condicional e prescrição. Todos esses dispositivos extraem da reincidência efeitos jurídicos relevantes e seriam igualmente contaminados por eventual reconhecimento da inconstitucionalidade em questão.

O impacto em nossa legislação seria, portanto, bastante significativo. Não que isso constitua argumento decisivo, mas pelo menos justifica que o tema seja tratado com bastante cautela. Então, tendo presente, em síntese, que a consideração da reincidência como agravante da pena não viola qualquer norma constitucional, especialmente as invocadas pelo Recorrente, que a invocação da reincidência não se confunde com o repudiado Direito Penal do Autor, que não representa *bis in idem* ou dupla punição pelo mesmo fato, que a consideração da reincidência como agravante faz parte da tradição do Direito brasileiro, remontando pelo menos a 1830, que a legislação dos mais diversos países também considera a reincidência como agravante das penas, e que, caso reputada inconstitucional a extração de efeitos jurídicos da reincidência, haveria significativo impacto na legislação brasileira, não há como acolher a pretensão do Recorrente. Reputo, portanto, constitucional a consideração da reincidência como circunstância agravante e, por conseguinte, válidas as normas do arts. 61, I, 63 e 64 do Código Penal¹¹⁷.

O Ministro Luiz Fux, por sua vez, fez alusão ao princípio constitucional da igualdade, defendendo a ideia de que “não se pode colocar na mesma vala comum o reincidente e aquele que atendeu aos reclamos dos antecedentes das virtualidades da lei e não cometeu mais nenhum crime”. Por conseguinte, segundo o julgador, não haveria ofensa ao

¹¹⁶ Idem ibidem.

¹¹⁷ Idem ibidem.

princípio do *non bis in idem*, uma vez que estaria em pauta apenas o juízo de reprovabilidade da conduta relativo ao novo crime.

A Ministra Cármen Lúcia também convergiu para a mesma linha de posicionamento, tendo ela se alinhado ao ministro Luiz Fux, no que diz respeito à alusão ao princípio da igualdade material.

Dias Toffoli, da mesma forma, após qualificar o voto do relator como “profundo e objetivo”, o acompanhou.

Ricardo Lewandowski, por seu turno, pronunciou-se no sentido de que o agravamento da pena seria fruto do juízo de reprovabilidade que recai sobre a conduta, atuando como um fator de desestímulo da prática de novos crimes.

Já Gilmar Mendes foi o que mais se distanciou do relator em seu voto, apesar de tê-lo acompanhado. Após destacar a importância do tema, manifestou preocupação com o fato de não disporem as nossas instituições prisionais de condições minimamente adequadas à ressocialização dos condenados, o que acabaria por conduzi-los a novas práticas criminosas. Além disso, foi destacada a “falência do modelo repressivo” e a necessidade, talvez, de que o instituto fosse repensado.

Joaquim Barbosa, presidente da Corte na época, também abraçou a ideia de que o agravamento da pena pela reincidência não configura *bis in idem*, pois, ao delinquir novamente, o condenado estaria a demonstrar que a pena não teria cumprido, em face dele, a sua função preventiva.

Assim, o Tribunal, por unanimidade e nos termos do voto do Relator, negou provimento ao recurso extraordinário.

Portanto, como visto, para a Corte Suprema brasileira o agravamento não configura Direito Penal do autor e não representa *bis in idem*, estando em total conformidade com os ditames constitucionais e democráticos.

Desse modo, percebe-se que um instituto incompatível com as diretrizes constitucionais democráticas, é sustentado por raízes sobretudo vincadas na sua mera tradição e antiguidade, para não dizer, em um arcaísmo autoritário. Logo, o STF mantém a aplicação da recidiva através de argumentos, no mínimo, insatisfatórios, apoiando-se, simplesmente, no nível de impregnação do instituto da recidiva no ordenamento jurídico nacional, deixando de lado a necessária expulsão de resquícios autoritários no direito penal brasileiro.

Acerca desse ponto, destaca-se as lições de Freitas:

[...] Provavelmente uma explicação para tal fenômeno possa ser encontrada no senso comum dos juristas do direito penal, que é bastante semelhante, apesar de não aparentar, ao das pessoas sem formação jurídica; na força dos velhos hábitos de pensamento ou, quem sabe, na natural resistência que os profissionais do direito penal costumam oferecer às mudanças que vulneram as suas convicções mais inabaláveis, sedimentadas, talvez, no inconsciente¹¹⁸.

3.2 A Corte interamericana de Direitos Humanos e o julgamento do caso Fermín Rodríguez X Guatemala: a necessária adequação do Brasil ao entendimento da Corte

O entendimento do Supremo Tribunal Federal brasileiro, entretanto, não está em consonância com o posicionamento da Corte Interamericana de Direitos Humanos, que se encontra com sua jurisprudência muito mais avançada no que diz respeito à reincidência e aos demais institutos penais típicos de autor.

Em julgamento proferido no caso Fermín Ramírez vs Guatemala em 2005, a Corte Interamericana entendeu pela total incompatibilidade de dispositivos legais que se baseiem direta ou indiretamente no conceito de periculosidade face aos superiores princípios que regem os Direitos Humanos, conforme verifica-se do trecho a seguir transcrito, *in verbis*:

No conceito deste Tribunal, o problema colocado pela invocação da periculosidade somente pode ser analisado à luz das garantias do devido processo, dentro do artigo 8º da Convenção. Essa invocação tem maior alcance e gravidade. Com efeito, ela constitui claramente uma expressão do exercício do *ius puniendi* do Estado com base nas características pessoais do agente e não no ato cometido, isto é, substitui o direito penal de ato ou ação, característico do sistema penal de uma sociedade democrática, pela Lei Criminal do autor, que abre as portas para o autoritarismo precisamente em uma questão na qual os mais altos direitos legais estão em jogo.

A avaliação do perigo do agente envolve a avaliação do juiz sobre a probabilidade de o acusado cometer atos criminosos no futuro, isto é, aumenta a imputação dos fatos, a previsão de eventos futuros que possam ocorrer. Com essa base, a função criminosa do Estado é implantada. No final, o indivíduo seria sancionado - com a pena de morte incluída - não com apoio no que ele fez, mas naquilo que ele é. É desnecessário ponderar as implicações, óbvias, desse retorno ao passado, absolutamente inaceitáveis do ponto de vista dos direitos humanos. O prognóstico será feito, no melhor dos casos, a partir do diagnóstico oferecido por uma perícia psicológica ou psiquiátrica do acusado.

¹¹⁸ FREITAS, Ricardo. **Op cit.** P. 877.

Consequentemente, a introdução no texto penal do perigo do agente como critério para a qualificação típica dos fatos e a aplicação de certas sanções, é incompatível com o princípio da legalidade penal e, portanto, contrário à Convenção.

O artigo 2 da Convenção indica o dever dos Estados Partes na Convenção de adaptar sua legislação interna às obrigações decorrentes da Convenção. A este respeito, o Tribunal indicou que:

“Os Estados têm, de acordo com o artigo 2º da Convenção Americana, a obrigação positiva de adaptar as medidas legislativas que possam ser necessárias para garantir o exercício dos direitos reconhecidos pela Convenção, e o de suprimir ou modificar aqueles que têm esses últimos alcances. Caso contrário, incorrerão em violação do artigo 2º da Convenção.”

Por todo o exposto, a Corte considera que o Estado violou o artigo 9º da Convenção, em relação ao seu artigo 2, por ter mantido a parte do artigo 132 do Código Penal que se refere à periculosidade do agente, uma vez que a Convenção tenha sido ratificada pela Guatemala.¹¹⁹

O princípio do *non bis in idem* está positivado na Convenção Americana sobre Direitos Humanos, mais precisamente no art. 8º, item 4, redigido nos seguintes termos: “O acusado absolvido por sentença transitada em julgado não poderá ser submetido a novo processo pelos mesmos fatos”¹²⁰.

Já no Preâmbulo, a atual Constituição da República declara que a Assembleia Nacional Constituinte foi reunida para instituir um “Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais”. O inciso III do Art. 1º, por sua vez, consagra o princípio da dignidade humana como um dos fundamentos da República Federativa. Ainda, o inciso II do Art.4º prescreve que a prevalência dos direitos humanos é princípio que norteia a conduta do país nas relações internacionais.

Porém, a prática nem sempre corresponde à teoria. Por isso, como forma de reforçar a defesa dos direitos fundamentais, importante se faz observar o entendimento da Corte Interamericana, órgão de caráter jurisdicional criado pela Convenção Americana de Direitos Humanos.

¹¹⁹ OEA. Corte Interamericana de Derechos Humanos. **Caso Fermin Ramirez Vs. Guatemala**. Disponível em: <www.corteidh.or.cr/docs/casos/.../seriec_126_esp.pdf>. Acessado em: 27 de abril de 2019.

¹²⁰ CONVENÇÃO Americana de Derechos Humanos. Assinada na Conferência Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos, San José, Costa Rica, em 22 de novembro de 1969. Disponível em: <http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/sanjose.htm>. Acesso em: 27 de abril de 2019.

O Brasil, assim como a Guatemala, também é signatário da referida Convenção (adotada e aberta à assinatura na Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos, em San José da Costa Rica, em 22/11/1969, e ratificada pelo Brasil em 25/09/1992). Portanto, os fundamentos da sentença acima transcrita igualmente se aplicam ao Brasil, ainda que os efeitos desta sentença não se estendam automaticamente a ele, por não ter sido parte no processo (artigo 68-1 da Convenção), sobretudo porque o artigo 69 da Convenção consigna ser necessário a notificação às partes no caso e a transmissão da decisão aos demais Estados-membros¹²¹.

Nesse contexto, não se trata simplesmente da imposição de decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos aos tribunais nacionais com competências constitucionais. Esses também deve rever a sua jurisprudência à luz das decisões da Corte. Deve haver uma disposição para o “diálogo” em questões constitucionais comuns referentes à proteção dos direitos humanos¹²², de tal maneira a ampliar a essa proteção ao máximo possível. Mantendo a posição retro mencionada, o STF estaria rompendo esse “diálogo” constitucional com a Corte Interamericana.

No entanto, ainda há debate acerca da posição a ser adotada pelo Brasil em relação às decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Há posição doutrinária e jurisprudencial nas quais se sustenta que as decisões da Corte Interamericana sobre Direitos Humanos e os próprios dispositivos da Convenção Americana de Direitos Humanos poderiam ser afastados com base em disposições do ordenamento jurídico interno.

Nessa esteira de entendimento, houve a modificação trazida pela Emenda Constitucional número 45/2004, alterando-se o art. 5º, § 3º, da Constituição Federal, dispondo que: “Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais”.

Essa nova disposição legal, teve como objetivo acabar com a controvérsia sobre a força normativa dos tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos no âmbito

¹²¹ CONVENÇÃO Americana de Direitos Humanos. *Op cit.*

¹²² NEVES, Marcelo. **Do diálogo entre as cortes supremas e a Corte Interamericana de Direitos Humanos ao transconstitucionalismo na América Latina**. Revista de informação legislativa, v. 51, n. 201, p. 193-214, jan./mar. 2014. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/51/201/ril_v51_n201_p193.pdf. Acesso em: 02 de maio de 2019.

interno, uma vez que havia intensa discussão sobre o modo como seriam incorporadas internamente, se com *status* constitucional ou como lei ordinária¹²³.

Entretanto, tal modificação não conseguiu acabar com a controvérsia, ao contrário, acirrou-se o debate acerca do tema, havendo quem entenda, ainda, pela suprallegalidade da Convenção, ou seja, colocando esta abaixo da Constituição, mas acima das demais leis internas.

Assim, apesar de incorporada ao direito interno há vários anos, ainda persiste um grande dissenso sobre a aplicação dos dispositivos da Convenção Americana sobre Direitos Humanos e sobre a força das decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Não obstante a divergência acima citada, não há como negar o papel da jurisprudência da Corte Interamericana na evolução da promoção dos direitos humanos, bem como no desenvolvimento do Estado democrático de Direito no Brasil.

A Corte Interamericana vem destacando em sua jurisprudência, a importância do comprometimento do poder judiciário dos Estados-membros do sistema interamericano com as decisões por ela proferidas¹²⁴.

Acerca do tema aqui proposto, isto é, a aplicação do instituto da recidiva, merece destaque o voto vencido do Ministro da Corte Suprema Argentina Raúl Zaffaroni, no julgamento do processo 6.457 de 2009 (Caso Taboada Ortiz), transcrito por Luiz Flávio Gomes:

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

¹²³ ALMEIDA, Cecília Sales. **O agravamento da pena por reincidência na jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos e do Supremo Tribunal Federal brasileiro**. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/43053/o-agravamento-da-pena-por-reincidencia-na-jurisprudencia-da-corte-interamericana-de-direitos-humanos-e-do-supremo-tribunal-federal-brasileiro>. Acesso em: 27 de abril de 2019.

¹²⁴ MOREIRA, Eduardo Ferreira. **As decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos e seus reflexos no direito brasileiro**. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 21, n. 4598, 2 fev. 2016. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/34034>. Acesso em: 30 abr. 2019.

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. Nº 126, caso Fermín Ramírez contra Guatemala, sentença de 20 de junho de 2005)¹²⁵.

Entretanto, como já analisado, a jurisprudência da Corte Suprema brasileira possui entendimento diametralmente oposto, insistindo em reafirmar ser a reincidência plenamente constitucional, de modo que não configuraria direito penal do autor e não representaria *bis in idem*, sendo, conforme o Supremo, uma tradição no direito brasileiro, tão arraigada que de difícil retirada do sistema.

Para o professor Luiz Flávio Gomes, contudo, a percepção da Corte Suprema brasileira é inconstitucional e inconvenção, tendo em vista o seu descompasso com o art. 8º da Corte Interamericana. Nesse sentido afirma o autor:

O sistema democrático de direito não permite que se imponha qualquer tipo de agravamento da pena com base no que a pessoa “é”, senão unicamente pelo que ela fez. A aplicação de uma pena com base em antecedentes criminais viola princípio da culpabilidade e vai muito além da reprovação da conduta praticada, o que significa direito penal de autor, inaceitável no estado de direito. Todo dispositivo legal que agrava a pena pela reincidência é inconstitucional e inconvenção. Viola o princípio da culpabilidade assim como do *ne bis in idem*¹²⁶.

Na linha da orientação que vem sendo trilhada neste trabalho, é notório que, no Brasil, o apontado direito humano é francamente desrespeitado, uma vez que o reincidente é duplamente punido pelo mesmo fato; primeiramente, com a sanção do delito pretérito; depois, com o acréscimo de pena decorrente da agravante prevista no art. 61, I, do Código Penal. Isso, sem contar a já mencionada perda de diversos favores processuais.

Tal compreensão está de acordo com a jurisprudência da Corte Interamericana. Pode-se inferir, desse modo, que embora se trate de matéria que envolve a tutela de direitos e garantias fundamentais, protegidos tanto na ordem interna por meio da Constituição Federal, quanto na ordem internacional, por meio da Convenção Americana de Direitos Humanos, o

¹²⁵ ARGENTINA, CSJN. Causa n° 6457/09. In: GOMES, Luís Flávio. **Reincidência como agravante da pena: STF ignora jurisprudência da corte interamericana**. Disponível em: <https://professorlfg.jusbrasil.com.br/artigos/121931580/reincidencia-como-agravante-da-pena-stf-ignora-jurisprudencia-da-corte-interamericana>. Acesso em: 27 de abril de 2019.

¹²⁶ GOMES, Luís Flávio. **Op cit.**

entendimento das Cortes acerca do que é realmente necessário para efetivação dos Direitos Humanos são plenamente contrários, o que causa, no mínimo estranheza diante da existência de tamanha divergência quanto a um tema de tanta relevância.

Acerca do diálogo entre o Supremo Tribunal Federal e a Corte Interamericana Piovesan preleciona:

A respeito do diálogo entre a Corte Interamericana de Direitos Humanos e o Supremo Tribunal Federal, cabe realce ao primoroso voto do Ministro Celso de Mello, que ao endossar a hierarquia constitucional dos tratados de direitos humanos no julgamento do HC 96.772, em 9 de junho de 2009, aplicou a hermenêutica vocacionada aos direitos humanos inspirada na prevalência da norma mais favorável à vítima como critério a reger a interpretação do Poder Judiciário¹²⁷.

Assim, mesmo se optar-se por considerar a hierarquia supralegal e infraconstitucional dos Tratados de Direitos Humanos, deve prevalecer a posição mais consentânea com o respeito à dignidade da pessoa humana e ao Estado democrático. Por conseguinte, seguir as decisões da Corte mostra-se ser um sólido e importante critério interpretativo de todos os ditames legais direta ou indiretamente relacionados à periculosidade do agente, sobretudo quanto à reincidência criminal.

A interação entre o Sistema Interamericano de Direitos Humanos e o ordenamento jurídico dos Estados-partes é imprescindível para a ampliação da tutela desses direitos e a construção de um sistema jurídico mais forte nos países da América.

Dessa forma, mostra-se essencial o conhecimento da jurisprudência da Corte Interamericana em decorrência da aceitação e relevância dos tratados internacionais de direitos humanos no ordenamento jurídico brasileiro.

Assim, não há como admitir que um Estado Democrático, que tem como um de seus fundamentos basilares a proteção à dignidade da pessoa humana, persista na aplicação do instituto da reincidência, sendo este um evidente resquício do direito penal do autor, espelho de um Estado autoritário.

Portanto, faz-se necessário que o Estado Brasileiro, por meio do STF, reveja sua posição no tocante a aplicação da recidiva, expurgando-a do ordenamento jurídico pátrio pela sua não receptividade constitucional.

¹²⁷ PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. Ed. 14^a. São Paulo: Saraiva. 2013. P.29.

CONCLUSÃO

Ao término deste trabalho, em que se analisou o instituto criminal da reincidência frente aos princípios constitucionais é de suma importância estabelecer algumas conclusões.

Apesar de o instituto da reincidência criminal continuar a ser aplicado no direito brasileiro, com pleno amparo da jurisprudência da Corte Suprema, como visto, a recidiva demonstra-se incompatível com o direito constitucional de garantias, como também com o Estado Democrático de Direito.

Neste contexto, o Código de Direito Penal, o Código de Direito Processual Penal, bem como as Leis especiais, não podem ser analisados isoladamente, uma vez que eles fazem parte de um conjunto de normas e valores hierárquicos, no qual a Constituição é o degrau Máximo nessa cadeia, e todas as outras normas devem respeito a ela. Sob este aspecto, especificamente, a reincidência precisa ser reanalisada a luz desses valores.

A inadequação da reincidência se destaca, ainda, com a função primordial da pena: a ressocialização. Na verdade, do modo como a pena é aplicada no Brasil, ela passa longe de ser ressocializadora, sendo muito mais fator de dessocialização para indivíduos, que em boa parte dos casos, perante suas precárias condições sociais, não foram sequer socializados, isto é, inseridos de maneira digna na sociedade, vivendo sempre à margem dela.

Nesse sentido, o Brasil, como Estado Democrático de Direito, não pode continuar a admitir a punição das pessoas pelo que elas são, violando o direito penal do fato.

Isso só demonstra que o sistema penal brasileiro ainda está impregnado da velha periculosidade do positivismo criminológico, que nem mesmo a reforma penal de 1984 conseguiu mudar.

No entanto, tudo isso conflita com a jurisprudência da Corte Interamericana, cabendo, por conseguinte, ao STF, extinguir a aplicação do instituto da reincidência, de modo a se adequar ao entendimento da Corte Interamericana.

Portanto, como se vê, o instituto da recidiva afronta diversos preceitos constitucionais, além de contrariar tratados e decisões internacionais do Sistema Interamericano de que o Brasil é parte. As causas que conduzem um estado democrático de direito a persistir na adoção de um instituto nitidamente violador dos direitos humanos são inverossímeis. Se a reincidência fosse compatível com os princípios constitucionais

democráticos, ela estaria, de forma eficaz, atendendo aos imperativos da dignidade da pessoa humana e às funções sociais da pena, com destaque para a ressocialização. Mas, isso claramente não tem ocorrido na prática.

Por todo o exposto, conclui-se que não há alternativa senão declarar, em específico, a não recepção pela ordem constitucional vigente dos dispositivos acerca da reincidência que a considerem como fator apto a cercear direitos ou agravar a situação jurídica de acusados em processos criminais.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Ceila Sales. **O agravamento da pena por reincidência na jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos e do Supremo Tribunal Federal brasileiro.** Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/43053/o-agravamento-da-pena-por-reincidencia-na-jurisprudencia-da-corte-interamericana-de-direitos-humanos-e-do-supremo-tribunal-federal-brasileiro>. Acesso em: 27 de abril de 2019.

ALMEIDA, Débora de Souza de. **Reincidência criminal: reflexões dogmáticas e criminológicas.** Curitiba: Juruá, 2012.

BARATTO, Jussara Salete May. **A influência da reincidência na dosimetria da pena e seus efeitos frente ao ordenamento jurídico.** 2006. 105 f. Trabalho de Conclusão de Curso - Centro de Ciências Jurídicas, Políticas e Sociais (CEJURPS), Universidade do Vale do Itajaí, Itajaí, 2006. Disponível em: <http://siaibib01.univali.br/pdf/Jussara%20Salete%20May%20Baratto.pdf>. Acesso em: 27 de abril de 2019.

BARBOSA, Ebevaldo de Araújo. **Direito penal do autor face ao princípio da culpabilidade.** Brasília: IDP/EDB, 2015. 45p, - Monografia (Especialização). Instituto Brasiliense de Direito Público. Disponível em: <http://dspace.idp.edu.br:8080/xmlui/handle/123456789/1663> Acessado em: 27 de abril de 2019.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas.** Tradução Paulo Oliveira – Edição especial, Clássico para todos – Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2016.

BÍBLIA. Português. **Bíblia sagrada**, traduzida por João Ferreira de Almeida. Disponível em: <http://biblia.com.br/joao-ferreira-almeida-atualizada/>. Acesso em 27 de abril de 2019.

BISSOLI FILHO, Francisco. **Estigmas da criminalização: dos antecedentes à reincidência criminal.** Florianópolis: Obra Jurídica, 1988.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal. Parte geral. Vol. 1.** 19ª ed. rev., ampl., atual. São Paulo: Saraiva, 2013.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 01 de maio de 2019.

BRASIL. **Decreto-Lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Código Penal**. Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 27 de abril de 2019.

BRASIL. **Decreto-Lei 3.688, de 03 de outubro de 1941. Lei das Contravenções penais**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3688.htm. Acesso em: 27 de abril de 2019.

BRASIL. **Decreto 22.213, 14 de dezembro de 1932. Consolidação das Leis penais**. Revogado pela Decreto nº 11, de 1991. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/D22213.htm. Acesso em: 30 de abril de 2019.

BRASIL. **Decreto-Lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Código Penal - Publicação original**. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 31 dez. 1940. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1940-1949/decreto-lei-2848-7-dezembro-1940-412868-publicacaooriginal-1-pe.html>. Acesso em: 27 de abril de 2019.

BRASIL. Decreto nº 847, de 11 de outubro de 1890. **Promulga o Código Penal - Publicação original**. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-847-11-outubro-1890-503086-publicacaooriginal-1-pe.html>. Acesso em: 27 de abril de 2019.

BRASIL. **Decreto nº 1.004, de 21 de Outubro de 1969 – Projeto de Reforma do Código Penal - Publicação Original**. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1960-1969/decreto-lei-1004-21-outubro-1969-351762-publicacaooriginal-1-pe.html>. Acesso em: 27 de abril de 2019.

BRASIL. Decreto nº 847, de 11 de outubro de 1890. **Promulga o Código Penal - Publicação original**. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-847-11-outubro-1890-503086-publicacaooriginal-1-pe.html>. Acesso em: 27 de abril de 2019.

BRASIL. **Código criminal do Império do Brasil**. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/221763>. Acesso em: 27 de abril de 2019.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Recurso Extraordinário 591.563**, substituído pelo RE 732.290. Relator Ministro Cezar Peluzo, Brasília, 02/10/2008. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3741890>. Acesso em: 27 de abril de 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 453.000**. STF declara constitucionalidade de reincidência como agravante da pena. Relator Ministro Marco Aurélio, Brasília, 04 de abril de 2013. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=4614110>. Acesso em: 1 de maio de 2019.

BRASIL. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL. **Apelação Crime n.º 699.291.050**. 5ª Câmara Criminal. Relator: Amilton Bueno de Carvalho. Data do julgamento: 11.8. 1999. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/SRC%2001_103.pdf. Acesso em 27 de abril de 2019.

BRASIL, Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Apelação crime nº 70016965345**. Disponível em: http://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Tribunal+de+Justi%E7a&versao=&versao_fonetica=1&tipo=1&id_comarca=700&num_processo_mask=70016965345&num_processo=70016965345&codEmenta=1888092 Acesso em: 01 de maio de 2019.

BRUNO, Aníbal. **Direito penal: parte geral**. Tomo III. 3ª edição. Forense: Rio de Janeiro, 1967.

BRUNONI, Nivaldo. **Princípio de culpabilidade: considerações**. 1ª Ed, 2ª reimpr. Curitiba: Juruá, 2010.

_____ **Ilegitimidade do direito penal de autor à luz do princípio de culpabilidade**. Revista de Doutrina da 4ª Região, Porto Alegre, n., dez. 2007. Disponível em:

http://revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao021/Nivaldo_Brunoni.htm. Acesso em: 30 de abril de 2019.

BUSATO, Paulo César. **Antecedentes, reincidência e reabilitação à luz do princípio de culpabilidade.** Disponível em: https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/43791/antecedentes_reincidencia_busato.pdf. Acesso em: 27 de abril de 2019.

CABETTE, Eduardo Luiz Santos. **Agravante da reincidência não é inconstitucional: posição do Supremo Tribunal Federal.** Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=13220&revista_caderno=3. Acesso em: 27 de abril de 2019.

CHIQUEZI, Adler. **Reincidência criminal e sua atuação como circunstância agravante.** 2009. 160 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2009. Disponível em: <https://tede2.pucsp.br/handle/handle/8617>. Acesso em: 27 de abril de 2019.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Fermin Ramirez Vs. Guatemala,** sentença de 20 de junho de 2005. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_126_esp.pdf. Acessado em: 27 de abril de 2019.

CONVENÇÃO Americana de Direitos Humanos. Assinada na Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos, San José, Costa Rica, em 22 de novembro de 1969. Disponível em: Acesso em: <http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/sanjose.htm>. Acesso em: 27 de abril de 2019.

CUSTÓDIO, Richard Santos. **Reincidência Criminal com o Advento da Constituição Garantista de 1988.** Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 09 out. 2013. Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.45421&seo=1>. Acesso em: 27 de abril de 2019.

DITTICIO, Mário Henrique. **Crítica tridimensional da reincidência.** 2007. 142 f. Dissertação de mestrado (Direito penal, criminologia e medicina forense) – Faculdade de

Direito da Universidade de São Paulo - USP, São Paulo, 2007. Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2136/tde-09052013-104951/pt-br.php>. Acesso em: 27 de abril de 2019.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. P. 428.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Miniaurélio Século XXI: O minidicionário da língua portuguesa**. Coordenação de edição, Margarida dos Anjos, Marina Baird Ferreira; lexicografia, Margarida dos Anjos, *et al.* 4ª ed. Ver. Ampliada. – Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2000.

FILHO, Francisco Bissoli. **Estigmas da criminalização: dos antecedentes à reincidência criminal**. Florianópolis: Obra Jurídica, 1998.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir: nascimento da prisão**. Tradução de Raquel Ramallete. 42ª ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2014.

FRANCO, ALBERTO SILVA. **Reincidência: um caso de não recepção pela Constituição Federal**. In Boletim IBCCRIM. São Paulo: IBCCRIM, ano 17, n. 209, p. 02-03, abr., 2010. Disponível em: <http://www.institutoeduardocorreia.com.br/downloads/13022012180039.pdf>. Acesso em 30 de abril de 2019.

FREITAS, Ricardo. **Reincidência e repressão penal**. Revista Brasileira de Ciências Criminais – RBCCrim. 81/2009. nov./dez. 2009. In: **Doutrinas essenciais do Direito Penal**. Vol. IV. Parte Geral III. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2010. P. 875-915.

GOMES, Luiz Flávio. **Reincidência como agravante da pena: STF ignora jurisprudência da Corte Interamericana**. Disponível em: <http://professorlfg.jusbrasil.com.br/artigos/121931580/reincidencia-como-agravante-da-pena-stf-ignora-jurisprudencia-da-corte-interamericana>>. Acesso em: 27 de abril de 2019.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: parte geral**, volume I. 19. ed. Niterói: Impetus, 2017.

GÜNTHER, Jakobs; MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito Penal no inimigo: noções e críticas**. org. e trad. André Luís Callegari, Nereu José Giacomolli. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

JESUS, Damásio E. de. **Direito penal: parte geral**. Vol. 1. 32ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

PAULO JÚNIOR, João Luís. **Reincidência criminal: a agravante de reincidência criminal e sua não-recepção pela CRFB/88**. 2009. 111 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) - Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI, Tijucas, 2009. Disponível em: <http://siaibib01.univali.br/pdf/Joao%20Luiz%20Paulo%20Junior.pdf>. Acesso em: 27 de abril de 2019.

PEGORARO JÚNIOR, Paulo Roberto. **O agravamento da pena em razão da reincidência e o bis in idem**. 2003. Trabalho de Conclusão de Curso – Faculdade de Ciências Sociais Aplicadas de Cascavel, Univel, Cascavel, 2003. Disponível em <https://jus.com.br/artigos/39400/o-agravamento-da-pena-em-razao-da-reincidencia-e-o-bis-in-idem/1>. Acesso em 27 de abril de 2019.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 6º ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

LOMBROSO, Cesare. **O homem delinquente**. Tradução Sebastião José Roque. - São Paulo: Ícone, 2016.

LUIZI, Luiz. **Os princípios constitucionais penais**. Porto Alegre: S. A. Fabris, 2003. P. 12.

MARTINS, Cláudio. **Reincidência: de Baudelaire a Petrarca**. Fortaleza: UFC; Casa de José de Alencar, 1991.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Manual de direito penal**. 17ª ed. São Paulo: Atlas, 2001.

MOREIRA, Eduardo Ferreira. **As decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos e seus reflexos no direito brasileiro**. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 21, n. 4598, 2 fev. 2016. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/34034>. Acesso em: 30 abr. 2019.

NEVES, Marcelo. **Do diálogo entre as cortes supremas e a Corte Interamericana de Direitos Humanos ao transconstitucionalismo na América Latina.** Revista de informação legislativa, v. 51, n. 201, p. 193-214, jan./mar. 2014. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/51/201/ril_v51_n201_p193.pdf. Acesso em: 02 de maio de 2019.

PAULA, Áureo Natal de. **Efeitos da reincidência de acordo com a doutrina.** Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 8, n. 65, 1 maio 2003. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/4009>>. Acesso em: 28 abr. 2019.

PESCUMA, Leandro Recchiutti Gonsalves. **Reincidência: um instituto não recepcionado pela norma fundamental.** Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 592, 20 de fevereiro de 2005. Disponível em <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/30849-33233-1-PB.pdf>. Acesso em 27 de abril de 2019.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional.** Ed. 14ª. São Paulo: Saraiva. 2013.

PONTES, Claudonilda Francisca de. **A (in) constitucionalidade da reincidência penal.** 2012. Trabalho de conclusão de curso - Centro Universitário do Distrito Federal – UDF, 2012. Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/pdf/cj040213.pdf>. Acesso em: 27 de abril de 2019.

PONTES, Marcella. **Análise sobre a reincidência no Direito Penal: aspectos práticos e teóricos à luz da jurisprudência dos Tribunais Superiores.** Revista Jus Navegandi. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/42428/analise-sobre-a-reincidencia-no-direito-penal-aspectos-praticos-e-teoricos-a-luz-da-jurisprudencia-dos-tribunais-superiores>. Acesso em: 27 de abril de 2019.

PONTES, Thaisa Mayer. **Análise da aplicação do princípio da co-culpabilidade nos casos de reincidência.** 2014. 49 f. Trabalho de conclusão de curso (Curso de Preparação à Magistratura em nível de Especialização) - Escola da Magistratura do Paraná. Curitiba, 2014. Disponível em: <http://www.emap.com.br/conteudo/biblioteca/monografias/thaisa%20mayer%20pontes.pdf>. Acesso em: 27 de abril de 2019.

QUARESMA, Clarice Zaghetto. **Reincidência: um estudo dos resquícios da escola penal positivista na legislação pátria à luz do princípio da culpabilidade.** 2016. 35 f. Trabalho de conclusão de curso (Graduação em Direito) - Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora. Juiz de Fora, 2016. Disponível em: <http://repositorio.ufjf.br:8080/xmlui/handle/ufjf/3414?show=full>. Acesso em: 27 de abril de 2019.

QUARESMA, Rafaela Guariglia. **A incompatibilidade entre o direito penal do inimigo e o estado democrático de direito.** 2016. 63 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Direito) - Faculdade de Direito da Universidade Federal Fluminense. Niterói, 2016. Disponível em: <https://app.uff.br/riuff/bitstream/1/2391/1/Monografia%20-%20Rafaela%20Guariglia%20Quaresma.pdf>. Acessado em: 30 de abril de 2019.

ROCHA, Synesio. **Da reincidência.** São Paulo: Saraiva, 1938.

SÁ, Alvinho Augusto de. **Criminologia clínica e psicologia criminal.** 2ª ed, revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. P. 25.

SÁ, Nayara Vogas de. **A Reincidência Criminal à luz do princípio do *Non Bis In Idem*.** Littera, docente e discente em Revista. Volume 2º. – nº 02 – 2º. semestre 2012. Disponível em: <https://docplayer.com.br/36257552-Palavras-chave-reincidencia-criminal-non-bis-in-idem-constitucionalidade.html>. Acesso em: 30 de abril de 2019.

SANTOS, Alana Ferreira dos; KHALED, Salah H. **Uma análise da Escola Positiva e das teses lombrosianas na Europa do século XIX: o inimigo delinquente.** Disponível em: http://ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=15340. Acesso em: 01 de abril de 2019.

SANTOS, Bartira Macedo de Miranda. **Lombroso no direito penal: o destino d'O Homem Delinquente e os perigos de uma ciência sem consciência.** Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=ea6b2efbdd4255a9>. Acesso em: 27 de abril de 2019.

YAROCHEWSKY, Leonardo Isaac. **Da reincidência criminal.** Belo Horizonte: Mandamentos, 2005.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro: parte geral**, v. I. 9ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

_____ **O inimigo do Direito Penal**. Tradução de Sérgio Lamarão – Rio de Janeiro: Revan. 3ª Ed, 5ª reimp, 2017.

Estabelece-se na França a pena das galeras. Disponível em: <https://br.historyplay.tv/hoje-na-historia/estabelece-se-na-franca-pena-das-galeras>. Acesso em: 27 de abril de 2019.