



FACULDADE
BAIANA DE
DIREITO

Faculdade Baiana de Direito e Gestão

**FACULDADE BAIANA DE DIREITO E GESTÃO
CURSO DE BACHARELADO EM DIREITO**

ALMIR FERREIRA MENDES JÚNIOR

**A REINCIDÊNCIA CRIMINAL E SUA (DES) CONFORMIDADE
COM OS PRINCÍPIOS PENAIS CONSTITUCIONAIS**

Salvador
2014

ALMIR FERREIRA MENDES JÚNIOR

**A REINCIDÊNCIA CRIMINAL E SUA (DES) CONFORMIDADE
COM OS PRINCÍPIOS PENAIIS CONSTITUCIONAIS**

Monografia apresentada à Faculdade Baiana de Direito e Gestão, como requisito obrigatório para a obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof.Doutor Fábio Roque de Araújo

Salvador
2014

TERMO DE APROVAÇÃO

ALMIR FERREIRA MENDES JÚNIOR

A REINCIDÊNCIA CRIMINAL E SUA (DES) CONFORMIDADE COM OS PRINCÍPIOS PENAIS CONSTITUCIONAIS

Monografia aprovada como requisito obrigatório para obtenção do grau de bacharel em Direito pela Faculdade Baiana de Direito, composta pela seguinte banca examinadora:

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Salvador, ____/____/2014

Dedico este trabalho de conclusão de curso aos meus pais, Almir Ferreira Mendes (*in memoriam*) e Derlita Macêdo Nobre Mendes (*in memoriam*), pelo amor e conhecimento que me passaram durante a suas vidas. Também, dedico-o ao meu irmão Raphael e ao meu primo Rodrigo que tanto me apoiaram.

AGRADECIMENTOS

Ao professor Fábio Roque que nos momentos certos buscou me ajudar na iniciação deste trabalho.

À professora Maria Ivanilde Nobre que no momento de estagnação deste trabalho foi uma mola propulsora para a prolongação e término deste projeto.

A todos os professores e colegas que passaram por minha vida na vida acadêmica e que me propiciaram o convívio e a busca pelo conhecimento.

À Dalvinha que no momento de escuridão, me resgatou do poço e me concedeu forças para que esta monografia fosse concluída.

"A justiça, cega para um dos dois lados, já não
é justiça. Cumpre que enxergue por igual à
direita e à esquerda."
Ruy Barbosa

RESUMO

Este trabalho tem como objetivo principal demonstrar a (des)conformidade da reincidência criminal com os princípios penais constitucionais, bem como visa verificar se o instituto da reincidência recebe tratamento devido pela nossa legislação acompanhando a evolução dos Princípios Constitucional e do Direito Penal. Busca demonstrar primeiramente a origem das penas, suas teorias e a relação dessas teorias com a reincidência criminal. Os objetivos específicos serão abordados, os aspectos históricos da reincidência, natureza jurídica e sua relação com o instituto das contravenções, sua classificação, além de analisar o aumento da pena pela reincidência; demonstra a evolução da reincidência na Legislação Penal Brasileira, onde pretende compreender suas teorias como forma justificativa para a sua aplicação, trazendo os efeitos causados na esfera penal e processual. O principal objetivo deste trabalho é responder as inquietações que rodeiam o instituto da reincidência na legislação pátria utilizando como referência os Direitos Fundamentais, a Constituição Federal de 1988, os Princípios Constitucionais e Penais. Nesta pesquisa é verificada a aplicação da reincidência no Direito Comparado trazendo as diferenças, sendo elas positivas ou negativas. Onde buscase alcançar o Direito Penal garantidor, para se chegar ao Direito Penal do fato, extirpando de vez a aplicação do Direito Penal do autor.

Palavras-chave: Reincidência Criminal; Direitos Fundamentais; Constituição Federal de 1988; Princípios Constitucionais; Princípios Penais; Direito Comparado.

ABSTRACT

This paper aims to recidivism as an aggravating circumstance the penalty and its application as well as the institute is to determine whether recidivism receives treatment because our legislation by following the evolution of Constitutional Principles and the Criminal Law. Search first demonstrate the origin of feathers, his theories and the relationship with recidivism, historical aspects of recurrence, legal nature and its relationship with the Institute of misdemeanors, its classification, and analyze the ning of the sentence for recidivism; shows the evolution of recurrence in Brazilian Penal Law, which aims to understand his theories as justification for their application form, bringing the effects on criminal and procedural sphere. The main objective of this work is to answer the concerns surrounding the Institute of recurrence in the homeland legislation using as reference the Fundamental Rights, the Federal Constitution of 1988, the Criminal and Constitutional Principles. This research is verified the application of recurrence in Comparative Law bringing the differences, in order to detect the positive and negative points for possible application in our legislation, which we seek to achieve the guarantor Criminal Law, to get to the Criminal Law of the fact , instead of excising the application of the Criminal Law of the author.

Keywords: Criminal Recidivism; Fundamental Rights; Federal Constitution of 1988; Constitutional principles; Criminal principles; Comparative Law.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

art.	Artigo
CF/88	Constituição Federal da República
CPC	Código de Processo Civil
CPP	Código de Processo Penal
MP	Ministério Público
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	11
1 OBJETIVOS DO DIREITO PENAL	14
2 O DIREITO PENAL DO AUTOR E O DIREITO PENAL DO FATO	17
3 DAS PENAS	19
3.1 ORIGEM	20
3.2 AS TEORIAS DA PENA	23
3.3 RELAÇÃO DAS TEORIAS DA PENA COM A REINCIDÊNCIA CRIMINAL	32
4 REINCIDÊNCIA CRIMINAL	33
4.1 BREVE HISTÓRICO	33
4.2 CONCEITO	37
4.3 NATUREZA JURÍDICA	40
4.4 REINCIDÊNCIA E CONTRAVENÇÕES	41
4.5 CLASSIFICAÇÕES	44
4.6 ANÁLISE SOBRE O AUMENTO DA PENA PELA REINCIDÊNCIA	46
5 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS E REINCIDÊNCIA	49
5.1 INTRODUÇÃO	49
5.2 REINCIDÊNCIA E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS	51
5.2.1 Terminologia	51
5.2.2 Breve histórico	53
5.2.3 Conceito e características	54
6 FORÇA NORMATIVA DA CONSTITUIÇÃO	56
6.1 A ERA DOS PRINCÍPIOS	56
6.2 OS DIREITOS HUMANOS COMO PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS	58
6.3 REINCIDÊNCIA E O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA	60
6.4 REINCIDÊNCIA E O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE ESTRITA	62
6.5 REINCIDÊNCIA E O PRINCÍPIO DA INTERVENÇÃO MÍNIMA	63
6.6 REINCIDÊNCIA E O PRINCÍPIO DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA	64
6.7 REINCIDÊNCIA E O PRINCÍPIO DA CULPABILIDADE	65
6.8 REINCIDÊNCIA E O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE	67
6.9 REINCIDÊNCIA E O PRINCÍPIO DO <i>NON BIS IN IDEM</i>	69
7 REINCIDÊNCIA NO BRASIL E O DIREITO COMPARADO	73
CONSIDERAÇÕES FINAIS	78
REFERÊNCIAS	80

INTRODUÇÃO

Existem pessoas que mesmo já tendo sofrido os efeitos da pena voltam a delinquir, sendo assim, a estes que tiveram uma reiteração delitiva o Direito Penal resolveu denominá-los de reincidentes.

A origem certa da reincidência é confusa, a sua origem mais conhecida vem do Direito Romano, posteriormente no Direito dos povos franco-germânicos, porém foi com o art. 56 do Código Penal Francês que a noção de reincidência se propagou.

Utilizando o conhecimento vulgar a reincidência tem o mesmo sentido de repetir determinada conduta, de recaída, de teimosia. Na linguagem jurídica, ou seja, no conhecimento técnico-científico, a reincidência criminal é conhecida como a prática de um novo delito, após ter transitado em julgado sentença do delito anterior.

Alcançar um conceito universal de reincidência que seja aplicável em todos os ordenamentos jurídicos é uma tarefa bastante árdua, por que não são todos os países que adotam a reincidência, e entre os que adotam, alguns elementos caracterizadores podem estar presentes e outros não, para o seu enquadramento. Sendo assim, o conceito de reincidência pode variar, de acordo, com os elementos caracterizadores adotados por um determinado ordenamento jurídico.

No nosso país, para que se configure a reincidência existem os seguintes critérios como: a) que tenha ocorrido um delito inicial já com o trânsito em julgado; b) que a sentença definitiva desse primeiro delito seja proferida no Brasil ou no estrangeiro; c) que haja um segundo delito; d) que não tenha transcorrido o lapso temporal de cinco anos do cumprimento ou da extinção da pena do primeiro delito.

Pela complexidade do tema, a presente pesquisa tem por objetivo analisar o instituto da reincidência criminal e sua (des)conformidade com os princípios penais constitucionais.

No primeiro capítulo será abordado os objetivos do Direito Penal, levando em consideração os aspectos históricos e o desenvolvimento da sociedade com suas nuances para disciplinar a vida social.

No capítulo seguinte, será uma abordagem crítica ao Direito Penal do autor e o Direito Penal do fato, o surgimento de ambas as teorias, trazendo para uma discursão temporânea, além de analisar e relacionar o instituto da reincidência criminal e os princípios penais constitucionais com as citadas teorias.

No capítulo três, será apresentada os aspectos históricos do instituto da reincidência criminal, bem como busca mostrar as influências sofridas quanto a sua conceituação, será abordado, para efeito de esclarecimento as divergências apresentadas entre a reincidência criminal e contravenções, além de apresentar a sua classificação. Por fim, será desenvolvida análise sobre o aumento da pena pela reincidência.

No quinto capítulo analisaremos os princípios constitucionais e reincidência, desenvolvido com uma introdução que aborda os aspectos históricos e a influência constitucional dos princípios no instituto da reincidência criminal. Será correlacionado também a reincidência criminal com os direitos fundamentais, onde será demonstrado se o agravamento da pena através do instituto da reincidência é realmente abraçada pelo Direito Penal denominado como garantista.

No sexto e penúltimo capítulo será abordado a força normativa da Constituição e numa busca de compreensão principiológica com a reincidência, faz-se necessário trazer o desenvolvimento dos princípios, assim, discutido como a era dos princípios, será também abordado a relação íntima dos princípios constitucionais com os direitos humanos, bem como com os seguintes princípios constitucionais a o instituto da reincidência criminal: Dignidade da Pessoa Humana, legalidade estrita, intervenção mínima, individualização da pena, culpabilidade, proporcionalidade e o princípio do *non bis in idem*.

Por fim, será analisado a reincidência criminal em outros países, sendo apresentado as características diversas e divergentes com a reincidência criminal no Brasil

A referida pesquisa justifica-se, portanto, sob uma perspectiva social teórica e jurídica, de bastante relevância para o conteúdo de um trabalho científico no âmbito da dogmática do Direito. Justifica-se também em virtude das altas e crescentes taxas de violência, de população carcerária e de reincidência criminal, fazendo se questionar se realmente os fundamentos da pena estão sendo aplicados de modo a possibilitar a diminuição dessas taxas.

Sob uma perspectiva social buscará analisar se o problema e o aumento da pena pela recidiva diminuem a violência, se o aumento da população carcerária tem correlação com o instituto, e se a pena de prisão juntamente com seus fundamentos são aptos para inibir a reincidência

Sob uma perspectiva jurídica o tema escolhido, - a reincidência criminal e a (des)consonância com os princípios penais constitucionais: uma abordagem crítica do instituto - buscará pesquisar se os fundamentos jurídicos daqueles que defendem a reincidência se realmente se coaduna com a nova carga axiológica e normativa que os princípios passaram a ter depois da Constituição Cidadã, e também com o respeito ao Direitos Humanos.

Sob uma perspectiva teórica justifica-se por que se buscará fazer uma análise sistemática do instituto, buscando as origens de sua historicidade, de sua natureza jurídica, as respectivas classificações, para principalmente dar um enfoque nas discussões doutrinárias e jurisprudenciais sobre a aplicação dos seus efeitos, tanto no âmbito nacional, como fazer uma análise com o direito comparado para melhor embasar o conteúdo da pesquisa.

Esta pesquisa então surge com o objetivo de fazer uma análise dos fundamentos da pena com a respectiva relação com a reincidência criminal, bem como fazer a análise do instituto pormenorizada no direito pátrio e no direito comparado, enfocando principalmente as discussões doutrinárias acerca dos seus efeitos, fazendo também uma análise desses com os direitos humanos, buscando defender o nosso ponto de vista garantista acerca do tema, para se possível apresentar soluções para esse problema social e debate doutrinário.

1 OBJETIVOS DO DIREITO PENAL

O Direito sempre foi um dos mecanismos de controle social. A seara Penal como um de suas vertentes não deixa de ter essa função, sendo possível mais se visualizar essa finalidade neste ramo, constituindo assim, em uma importante ferramenta para que esse controle seja exercido efetivamente.

Isto ocorre por que o Direito Penal tem como função definir certas ações ou omissões nocivas ao convívio social, e geralmente pune a sua prática com as sanções tidas como as mais graves dentro de um ordenamento jurídico para alcançar a sua finalidade.

Ocorre também porque este ramo tem como escopo fundamental proteger os bens (valores) mais importantes de um ordenamento jurídico, portanto, tendo uma função preponderante para possibilitar o convívio social.

Esses valores no mundo do Direito são denominados como bens jurídicos. Os bens jurídicos são os valores e os interesses que o Estado escolhe como importantes em um dado momento e espaço, e lhe fornece tutela jurídica.

O bem jurídico penal, sendo assim, pode ser definido segundo Coelho (2009) como um valor ancorado pela Constituição que é objeto de tutela do Direito Penal, sendo que este tem capacidade de relativizar o princípio da liberdade e concomitantemente concretiza a convivência pacífica da sociedade, sendo esta convivência um valor fundamental do princípio da dignidade da pessoa humana.

O objetivo primordial do Direito Penal é a proteção desses bens jurídicos mais importantes de uma sociedade, e sendo assim, a restrição imposta por esse ramo só se legitima quando há alguma violação a esses bens. Assim, ao tratar sobre o tema Greco(2007) diz que esses bens são importantes para a própria sobrevivência da sociedade, e Montt(2001) complementa aduzindo que justamente em virtude dessa função que tem o Direito Penal de protegê-los, este possui legitimidade para impor castigos ou outras medidas de proteção, que ocasionem em restrições às liberdades individuais.

Se a violação de um bem jurídico gera a sanção, em geral, esta sanção também agride o bem jurídico de alguém, e a violência institucional desse ramo do Direito Público ocorre, em grande parte, nos bens mais importantes do ser humano que é a liberdade e a vida. Isso acontece pelo fato que este ramo se preocupa em tutelar os bens jurídicos mais importantes de uma sociedade.

Devido a isso, essa restrição ao bem jurídico liberdade, na maioria das vezes, serve como forma de preservar outros bens jurídicos de igual valor ou mais valiosos, pois são necessários para a sobrevivência do núcleo social, sendo assim, essa violência institucional só deve ser utilizada quando outros meios ou outras sanções de outros ramos do Direito não forem suficientemente eficazes para salvaguardar esses bens.

Segundo Greco (2007), os bens não são imutáveis, e sim variáveis no tempo e no espaço. Um determinado bem jurídico que o Estado fornece a devida tutela nos dias atuais, em outro momento histórico pode não ter sido objeto de proteção, ou simplesmente ter sido protegido de outra forma, importando talvez sua sanção para outro ramo do Direito que não agrida tanto o bem jurídico do réu como o Direito Penal.

Outro aspecto é que os bens jurídicos são variáveis conforme o ordenamento jurídico, podendo ser tutelado em um determinado Estado e não ser objeto de proteção em outro ordenamento ou a sua tutela ocorrer de forma diferente, pois a escolha desses bens, geralmente ocorre, de forma política.

Conforme foi analisado, atualmente, este ramo jurídico preocupa-se com os bens jurídicos mais importantes de um ordenamento, e é por isso que as suas sanções são as mais rígidas que se pode ver em dentro de um ordenamento, devendo ser utilizado como o último instrumento para se proteger um bem jurídico. Sendo ideal que só se utilize o Direito Penal, quando os outros ramos do Direito não forem suficientes para fornecer a tutela necessária.

Existem algumas correntes que não são prevaletentes na nossa doutrina e na nossa jurisprudência que contestam essa finalidade do Direito Penal de

proteger bens jurídicos. Dentre as correntes que questionam essa função, a corrente que mais se destaca é a do Direito Penal do Inimigo.

Os adeptos da corrente do Direito Penal do Inimigo, como Jakobs (2009) enfatizam que a função desse ramo não consiste em proteger os bens jurídicos mais importantes de uma dada sociedade, e sim, proteger a vigência da norma. Portanto se pune um infrator principalmente para demonstrar para a este sujeito a vigência da norma penal.

É certo que a punição pelo Direito Penal serve para esse escopo de demonstrar a vigência da norma. Contudo, nos moldes atuais em que o princípio da dignidade da pessoa humana está no topo da pirâmide hierárquica do nosso ordenamento, a sanção penal não pode ter como finalidade principal a demonstração da vigência da norma penal.

Conclui-se então que o Direito Penal do Inimigo consiste em combater o crime de forma abrupta, especialmente contra indivíduos perigosos, porém não há que se falar em desistência do homem, simplesmente por considerar um ser irrecuperável, e nem se pode descaracteriza-lo como cidadão. A repulsa da sociedade com relação ao criminoso, não pode servir de amparo para um Direito Penal Máximo, pois esse é um retrocesso a diversas conquistas protagonizadas pela evolução dos direitos humanos.

2 O DIREITO PENAL DO AUTOR E O DIREITO PENAL DO FATO

O direito penal do autor é um direito penal em que se busca punir o sujeito pelo que ele é, e não pelo que ele fez. O que se leva em conta na hora de se aplicar uma determinada punição, é o que o sujeito representa. O critério que se leva em conta na hora da punição é a personalidade do infrator, e não o delito cometido por ele. Para Roxin (1997) ocorre o direito penal do autor quando a pena está vinculada a socialidade e personalidade do agente infrator, e é a gradação sobre esse aspecto que influenciará na respectiva sanção.

O objeto da censura legal não é o fato, e sim o autor, pois essa corrente parte do pressuposto, segundo Zaffaroni e Pierangeli (2009) de que o ato é o sintoma de uma personalidade perigosa, que deve ser corrigida do mesmo modo que se conserta uma máquina que funciona mal. Os exemplos no direito brasileiro do direito penal do autor são os antecedentes e a reincidência.

Seguindo em linhas contrárias, o direito penal do fato é um direito penal que visa punir a conduta, e não agente em si. Busca a punição pela prática de um delito, é não pelo que o sujeito representa. A reprimenda do direito penal é a conduta, e não o autor. Sendo assim, segundo Bacigalupo (1996), não se devem considerar elementos ligados a personalidade do infrator, pois esta é anterior ao fato típico, não importando a conduta anti-social do autor antes do fato, e nem a circunstância de ter sido condenado anteriormente.

Portanto o direito penal do fato se busca punir o agente que praticou o delito, pelo que ele fez, e não pelo que ele representa, portanto, a conduta não importará maior culpabilidade.

Em um Estado Democrático de Direito em que se busca o bem comum de todos, promoção social, e conseqüentemente a repulsa a condutas preconceituosas, assim como pretende o Brasil, através de seus preceitos fundamentais designados pela Carta Magna, não se deve admitir um direito penal do autor, pois assim, haveria uma contradição teleológica.

Se permitir um direito penal do autor nessa modalidade de Estado, é punir o agente pelo que ele é, ou seja, pelo sua personalidade criminosa, criando assim

dessa maneira estereótipos para que o Estado possa utilizar o seu *jus puniendi* com fundamento, fazendo com que o Direito Penal seja utilizado como uma ferramenta que possibilita e viabiliza o preconceito.

O direito penal do autor cria estereótipos para se punibilizar o sujeito criminoso que já sofre discriminação, e sua pena, assim, é aumentada conforme o grau de periculosidade traçada devido a sua personalidade.

Em um Estado como o Brasil, que busca coibir todas as formas de preconceitos, segundo os preceitos constitucionais, em que a violência, a marginalidade, tem como principal fator a omissão estatal, principalmente pela falta de políticas públicas e pela corrupção excessiva, não pode haver a implementação, legitimação e nem servir de fundamento para aplicação da pena, um direito penal tão pernicioso e preconceituoso como o direito penal do autor.

Agindo de tal forma, estaria desviando o foco de sua omissão para o delinqüente e não para a sua inércia como Estado que deve promover o bem-estar social.

3 DAS PENAS

A pena é o meio utilizado pelo Direito Penal, para que coaja os indivíduos a não transgredirem a norma penal, em que se pune o infrator e em que se busca a sua ressocialização. Sua conceituação é bastante difícil, pois existem diversas teorias que tentam explicar a sua natureza. Entretanto, nenhuma dessas teorias consegue alcançar com exatidão o verdadeiro objetivo da pena.

Ao tratar sobre o tema Muñoz Conde (2001) comenta que a pena é um mal imposto pelo legislador para o sujeito que praticou o delito. Já outros pensam que a pena é um mal, mas esse mal é a retribuição de outro mal causado pelo agente delitivo, e que esse mal (pena), é um mal desejado pela coletividade, pois há uma desaprovação social do mal praticado pelo agente delitivo. Ambos poder estar parcialmente corretos, porém a pena não se resume somente a essa idéia, sendo muito mais abrangente que isso.

Garrido Montt (2001) ao conceituar a pena busca uma definição um pouco mais abrangente que Muñoz Conde (2001), dizendo que a pena é uma privação ou restrição de bens jurídicos, e sua previsão deve estar determinada previamente pela lei, sendo que sua imposição deve ser imposta por um tribunal competente, e eventual restrição de bens jurídicos só pode ocorrer através de uma sentença declarando o sujeito culpado por um fato típico.

O conceito acima exposto é de alta clareza, porém falta introduzir no conceito de pena a sua finalidade. Em virtude disso, é salutar utilizar o conceito do ilustre doutrinador Capez que diz que a pena é:

[...] sanção penal de caráter aflagrante, imposta pelo Estado, em execução de uma sentença, ao culpado pela prática de uma infração penal, consistente na restrição ou privação de um bem jurídico, cuja finalidade é aplicar a retribuição punitiva ao delinqüente, promover a sua readaptação social e prevenir novas transgressões pela intimidação dirigida à coletividade (CAPEZ, 2006, p.357).

Esse conceito que traz com elucidação que a pena pode ser vista como uma sanção imposta pelo Estado, que é restritiva de bens jurídicos, imposta depois de uma sentença, e que tem finalidade retributiva e preventiva, é o conceito que

mais se aproxima de uma idéia de pena, sendo também uma reação jurídica frente ao delito, é a consequência jurídica deste.

Nucci esclarece o caráter da pena:

[...] A sanção imposta pelo Estado, através da ação penal ao criminoso, cuja finalidade é a retribuição ao delito perpetrado e prevenção a novos crimes. O caráter preventivo da pena desdobra-se em dois aspectos, geral e especial, que se subdividem em outros dois. Temos quatro enfoques: a) geral negativo, significando o poder intimidativo que ela representa a toda sociedade, destinatária da norma penal; b) geral positivo, demonstrando e reafirmando a existência e eficiência do Direito Penal; c) especial negativo, significando a intimidação ao autor do delito para que não torne a agir do mesmo modo, recolhendo-o ao cárcere, quando necessário e evitando a prática de outras infrações penais; d) especial positivo, que consiste na proposta de ressocialização do condenado, para que volte ao convívio social, quando finalizada a pena ou quando, por benefícios, a liberdade seja antecipada. (NUCCI, 2011, p. 391)

Para tanto, deve-se analisar a origem da pena primeiramente, para que com mais embasamento, alcançar a compreensão sobre os enfoques apresentados acima.

3.1 ORIGEM

Diversas são as indagações sobre a origem das penas, e difícil é saber a sua verdadeira origem. Sem dúvida alguma, a pena nasceu antes do Direito Penal. Sua provável origem remonta a própria origem das comunidades primitivas.

Nas sociedades primitivas nasceram as primeiras regras e com a conseqüente violação destas, surgiram as primeiras penas. O aparecimento das primeiras penas está umbilicalmente ligadas a uma idéia de vingança frente ao delito, - não que essa idéia tenha desaparecido nos dias atuais -, e ocorriam quando os indivíduos praticavam comportamentos desviantes, segundo Araújo (2009) tais comportamentos não significavam um insulto a uma ordem jurídica, e sim um insulto a alguma divindade ou a uma tribo.

Segundo Marques (2008) nesse passado distante formaram-se diversas sociedades, e essas eram conhecidas como clãs. Com o surgimento desses clãs

surgiram diversas disputas, entre esses diferentes clãs. Qualquer ofensa externa a um clã ocasionava uma punição ao agente externo ofensor, sendo esta pautada na idéia de vingança privada.

Somente com o fortalecimento de um poder central, é que houve uma limitação da autonomia desses grupos, e conseqüentemente essa vingança propagada por esses clãs foram sendo substituídas por outras formas de punição. Assim com o surgimento de um poder central, conforme Marques (2008) a vingança em seu aspecto primitivo foi sendo substituída pelas penas públicas. Entretanto o verdadeiro fundamento dessa mudança, não foi para abrandar a vingança, e sim para manter uma ordem social, para que se pudessem evitar as infundáveis guerras entre os diversos grupos.

Esses primeiros castigos (penas) que surgiram tinham um caráter bastante cruel, pois buscavam castigar diretamente o agente com penas infamantes ou desumanas, com castigos corporais violentos, sendo assim, segundo Nucci (2007), tais castigos já pode ser caracterizados como pena, mesmo que tenham um caráter embrionário comparado com as do Direito Penal atual.

Nessa época o objetivo da pena ainda não estava vinculado à ideia de proporcionalidade, esta tinha como finalidade humilhar ou violentar o agente transgressor. Essa situação perdurou até um marco histórico que foi a Código de Hamurábi ou Lei do Talião, que trouxe consigo uma ideologia de que a pena não poderia ser superior ao mal feito pelo transgressor, devendo assim haver uma proporcionalidade entre o mal proporcionado pelo transgressor e o que lhe seria imposto.

Como visto, com a Lei do Talião, passou a existir uma idéia de proporcionalidade entre pena e delito, e esta perdura até os dias atuais. Porém a proporcionalidade antigamente era uma proporcionalidade exacerbada, onde o bem jurídico afetado pela punição deveria ser de igual teor ao bem jurídico afetado pelo delito.

Nesse período a pena, na maioria dos casos, buscava seus fundamentos na religião. A punição era vista como forma de abrandar a ira dos deuses, em razão da violação de um mandamento divino.

No período medieval, a pena continuou tendo um caráter religioso. A diferença é que no período anterior elas eram vistas como modo de satisfazer as diversas divindades, e nesse período, esse enfoque mudou, pois passou a ser ofensa a um único deus, sendo assim, conforme Marques (2008), a pena era uma espécie de represália pela violação divina, e essa punição objetivava a salvação eterna, confundindo assim a figura do infrator com a do pecador.

No período do séc. XVIII e XIX essa idéia de proporcionalidade exacerbada sofre mitigação, sob a égide dos ideais iluministas, surgindo à idéia de humanidade das penas.

A principal obra nesse período foi a de Beccaria (1997), que buscou trazer uma nova ideal de proporcionalidade das penas, em que se deve humanizá-las, mostrando-se à favor da abolição da pena de morte, defendendo o surgimento de sistemas penais melhores, procurando trocar as penas infames e desumanas.

Sua obra visa privilegiar a paz social, sendo esta fundada na idéia de um contrato social, e com base nesse, permite o Estado punir os cidadãos transgressores. Entretanto para ele essa legitimidade só não configuraria arbítrio, quando uma ação tida como crime tivesse teor suficiente para causar uma desordem social, se a figura estatal não promovesse a referida reprimenda penal.

Porém foi com Bentham (1979) que houve uma sistematização da pena privativa de liberdade, com seu modelo *El Panopticon*. Este defendia que a forma de punição a um crime deveria ser através da limitação da liberdade do indivíduo, e este cria um modelo que deveria ser seguido para que a punição fosse alcançada.

Segundo Nuñez (1999) para Bentham a pena serve para retribuir o mal proporcionado pelo agente, não é reparatória, por que ela surge com uma resposta a ofensa do autor, tendo um caráter retributivo, sendo assim conforme Bicudo (2010), é na verdade uma resposta da sociedade a conduta reprovável do agressor.

A pena conforme a evolução da humanidade, das ciências sócias e também do pensamento jurídico foi adquirindo outras finalidades, surgindo assim outras teorias para justificá-las.

Na visão atual alguns autores como Ferrajoli (2006) que tem uma visão complacente com o ideal humanista, a pena de prisão só deve ser aplicada no último caso, só se justificando na hipótese de o conflito social não puder solucionado por outro meio que não seja o Direito Penal, sendo o respeito aos direitos fundamentais um limite positivo e negativo para esse ramo do direito.

Atualmente alguns autores, como Montt(2001) defendem que o mal proporcionado pelo delito deve ser respondido com uma situação boa, sendo esta situação mais eficaz para combater o delito, sendo assim, o perdão tido como algo mais benéfico do que a punição.

Apesar dessas mudanças demonstradas ao longo da evolução das sociedades, muito se deve mudar ainda, buscando-se alcançar outras finalidades, pois estas diante dos alarmantes índices de violência, não estão sendo suficientes, ou não, estão sendo postas em prática para prevenir condutas criminosas.

Se todos esses ideais humanitários fossem realmente postos em prática, buscando sempre a humanidade das penas, talvez a situação das prisões não estivesse como se encontra nos dias atuais.

Muitos códigos penais e Constituições do mundo, principalmente no mundo ocidental, estabelecem esses ideais humanitários das penas como dogmas a serem cumpridos, porém isso dificilmente acontece. Essa situação normalmente não ocorre muitas vezes por conta da carência de recursos do próprio Estado, e até pelo fato da alta estigmatização que ainda sofre o infrator, impedindo assim um maior investimento do Estado para solucionar tal questão.

3.2 AS TEORIAS DA PENA

Durante um longo período pena foi somente um meio para responder e justificar o crime, porém ao longo da evolução do pensamento jurídico, foram surgindo outras finalidades. Sendo assim, dependendo da finalidade que a pena tenha, pode se verificar quais são as teorias adotadas.

Um estudo sobre a teoria da pena, na verdade, é um estudo sobre a legitimidade desta. E esse estudo da legitimidade, segundo Fernández (2005), nada mais é que um estudo sobre a função que exerce o Direito Penal.

Sendo assim, conforme Coelho (2009), as teorias que justificam ou não a pena, possuem uma elevada importância para a elucidação do sistema penal, sobre os instrumentos utilizáveis por esse ramo do Direito para a devida proteção dos bens jurídicos, bem como sobre qual concepção orienta a construção de um sistema penal de um Estado Democrático de Direito.

As teorias da pena têm por escopo fundamental explicar e justificar a natureza da pena, e se forem somente consideradas as teorias justificadoras, estas podem ser subdivididas em três teorias a) as teorias absolutas; b) as teorias relativas; e c) as teorias mistas.

Para a Teoria absoluta ou da retribuição a pena é um fim em si mesma, a pena tem um valor próprio e independente de toda a finalidade, pois o seu conteúdo se esgota quando a pena imposta ao delinquente compense o mal cometido por ele, o fim da pena é desvinculado de seu efeito social, sendo assim, segundo Araújo (2009), nessa teoria o criminoso deve ser punido apenas por que este cometeu o delito, não havendo preocupações com as respectivas finalidades.

A característica dessa teoria é que considera o crime como circunstância antecedente e de certa forma como medida da pena. Por isso a pena justa será aquela que for maior, tão quanto for pior o mal cometido. Nesta teoria segundo García (1992) o significado da pena encontra justificção na medida em que a culpabilidade do autor é compensada pelo mal ocasionado pelo delito. Nessa teoria existe um nexos entre culpa e punição.

Segundo Rodrigues (2001) estas teorias partem de uma idéia primitiva de justiça, onde a punição do criminoso tem relação em reprimir o mal causado por

este, sendo que só a pena teria o condão de restabelecer a ordem jurídica violada, sendo esta uma consequência lógica do ilícito. A pena é a retribuição do mal injusto, praticado pelo criminoso, pelo mal justo previsto no ordenamento jurídico.

Para a teoria retributiva, há uma divisão em dois parâmetros, que pode ser moral ou jurídico.

No parâmetro do valor moral, esta acontece quando a culpabilidade do autor é compensada mediante a imposição de um mal. No valor jurídico, segundo Ceballos (1999), o delito é a negação da ordem jurídica, e a pena deve ser considerada como uma afirmação desta ordem.

Para Kant (2003), defensor da retribuição como parâmetro de valor moral, a pena é uma retribuição ética, e sua justificativa é dada pelo valor moral da lei moral violada, sendo a pena um imperativo categórico moral incondicional. Para ele a pena não serve como meio de se dissuadir pessoas a não praticarem crimes, a sua função única é retribuir o mal causado com a imposição de outro mal equivalente.

Segundo Hegel (1997) a pena visa uma retribuição jurídica, e sua justificação encontra-se respaldada no juízo de que esta tem que restaurar o direito violado por meio de uma violência. A idéia central parte da utilização da dialética, sendo assim, o delito seria a negação do direito (tese), a pena seria a negação do delito (antítese), e a sua aplicação ocasionaria a restauração do Direito (síntese).

Uma das críticas a teoria retributiva é de que a supressão do mal causado pelo crime com a cominação da pena é apenas uma fantasia, por que na verdade, o mal da pena se soma ao mal do delito.

Outra crítica é que em um Estado Democrático de Direito, a pena não pode ser concebida com total independência da ordem social, e que o ideal de justiça não pode ser defendido hoje como o único e exclusivo fim da pena.

Já as teorias relativas ou da prevenção se pautam numa ideia diferente da teoria absoluta, para esta a pena só é legítima quando se busca algum fim útil,

que é de prevenir delitos. Sendo assim, pena é um mal necessário, pois tem como escopo primordial conferir a utilidade de prevenir delitos.

A função da punição, de acordo com esta teoria, consiste em intimidar e prevenir que se pratiquem novos delitos. Sendo divididas em: i) teoria da prevenção geral (subdivididas em positiva e negativa); e a teoria da prevenção especial (também subdivididas em positiva e negativa).

A teoria da prevenção geral se destina a coletividade, pois visa que a pena seja um meio utilizado com o intuito de afastar os membros da coletividade da prática de delitos.

Já a teoria da prevenção especial, busca justificar a utilidade da pena na ideia de que esta serve para coibir o infrator, para que este não volte a praticar novamente crimes.

A prevenção geral defende a ideia de que a finalidade da pena está na intimidação dos cidadãos, para que estes não venham a cometer delitos. Assim a pena, segundo Yarochwesky(2005), visa criar um temor em possíveis transgressores da norma penal .

Essa teoria seja no seu aspecto positivo ou negativo, se direciona a sociedade, se objetivando coibir o delito através da ameaça.

Sob o aspecto da prevenção geral negativa, a finalidade da pena é exercer uma coação psicológica sobre a comunidade, intimidando os potenciais autores, mediante a ameaça e posterior aplicação da pena, para que se consiga fazer com que os indivíduos do núcleo social desistam de praticar delitos.

Para Feuerbach (1989) a coerção física do Estado não é suficiente para prevenir delitos, sendo que a causa destes reside na sensualidade. Ele afirma que o desejo intenso de praticar delitos impulsiona o ser humano, em virtude disso, deve o Estado através da pena exercer uma coação psicológica para que os indivíduos se abstenham de praticar delitos.

Isso ocorreria, pois a pena teria o condão de reprimir esse impulso de praticar delitos, por que o indivíduo saberia que ao praticar tal conduta haveria uma reprimenda inevitável, e que é mais desagradável do que sensação que surge do impulso contravencional não satisfeito. Assim, conforme Araújo (2009), a pena serve com um contra-impulso ao impulso da conduta criminosa.

Existem diversas críticas a essa teoria, podendo se destacar as críticas, que questiona a capacidade de persuasão pelos membros da coletividade da finalidade da pena proposta pelos adeptos dessa corrente. Pois ainda hoje presumir o conhecimento da lei e o teor desta por todos os membros é algo de difícil ou quiçá impossível de se averiguar.

Outra crítica, segundo Araújo (2009) é que a referida teoria não impõe limites ao *jus puniendi* estatal.

A teoria da prevenção possui também um aspecto positivo. Nessa vertente positiva, se concebe o Direito Penal como um mecanismo que busca viabilizar a manutenção da ordem social. Por ela a pena justa seria aquela que fosse suficiente para confirmar os valores éticos emanados do Direito. Para Coelho (2009, p.30) ao comentar sobre essa teoria “o fundamento da pena é a violação da norma”.

A pena, portanto, é um mecanismo que estabiliza o Direito, pois fortalece o confiança na norma, assim segundo Fernández (2005, p.148), “a função designada a pena pelos partidários da prevenção geral positiva é ratificar as normas que tenham sido vulneradas, reforçando deste modo a confiança geral nas mesmas”.

Nessa teoria a ameaça e o castigo são os instrumentos utilizados para se manter e reparar o que equilíbrio social, também servindo para demonstrar a força do Estado. A pena é aplicada, conforme Boschi (2006), para reforçar a expectativa social, e não tem o intuito primordial de proteção de bens jurídicos.

O maior expoente e defensor dessa teoria é Jakobs (2009), ele defende essa teoria explicando que há uma relação de simbiose entre a pena e o delito. Para ele quem comete o delito tem que sofrer a pena, e chega a compará-las com o

discurso e a réplica, afirmando que a pena se justifica, pois se trata do exercício do reconhecimento da norma.

As principais críticas sobre o tema é que os expoentes dessa corrente acabam por confundir o direito com a moral, segundo Ferrajoli (2006), essa teoria acha que a pena tem a capacidade de estabelecer a confiança coletiva e reforçar a lealdade perante o Estado.

Outra crítica a essa teoria, que se destaca, é a linha de pensamento que questiona que nesse modelo o homem é um ser que vive subjugado ao sistema, ficando assim em segundo plano a defesa dos bens jurídicos.

Já para a teoria da prevenção especial, a aplicação da pena só é justa quando visa evitar a reincidência criminal. A função da pena é a prevenção endereçada ao infrator. A atuação é sobre o autor do crime, aqui também se observa a intimidação, mas essa é dirigida ao criminoso.

Segundo Von Liszt (1994), a pena é vista como um meio que procura alcançar uma finalidade, não negando, que a pena seja uma coação, porém essa é justificável, pois visa proteger bens jurídicos, mesmo que dessa proteção ocorra também uma lesão a outros bens jurídicos.

Para o honorável doutrinador alemão a pena possui três efeitos imediatos, em que atua a prevenção especial, e esses efeitos podem ser delimitados segundo o tipo de criminoso e podem ser: i) correção do delinquente (busca da ressocialização do recluso que tem possibilidade de correção: ii) intimidação (buscar através desse efeito coagir o preso através da aplicação da lei penal e da pena, para que este não pratique mais crime, sendo direcionada ao recluso que não quer se corrigir); e iii) torna inofensivo os delinquentes que não detêm capacidade para se corrigirem.

Na teoria da prevenção especial, também é possível se falar em um duplo aspecto. A vertente negativa tem por escopo fundamental, conforme Ferrajoli (2006) eliminar ou neutralizar o criminoso, impedindo que este venha a praticar novos crimes durante à execução da pena. Já pelo aspecto positivo objetiva-se a

ressocialização do réu, para que este quando for libertado não continue na vida criminosa.

Uma crítica a essa teoria é que o encarceramento do delinquente não tem o condão de afastá-lo da prática criminal, pois este pode continuar delinquindo mesmo dentro do sistema prisional.

Outra crítica se refere ao poder de livre arbítrio do criminoso, pois este é garantia dele emanada pela Carta Magna, não sendo obrigado a se comportar conforme os programas estabelecidos pela ressocialização.

Alguns autores falam sobre outra ideia de prevenção, que se divide em prevenção primária, secundária e terciária. Essa divisão, segundo El Hireche (2004), ela varia a conforme o momento em que se preocupa evitar a ocorrência dos crimes.

Sendo a prevenção primária aquela que atua no embrião do problema da delinquência, e seu escopo é impedir que a conduta criminosa se manifeste. Alguns dos exemplos são investimentos na área de educação, saúde, dentre outras.

A prevenção secundária, segundo Araújo (2009), se manifesta quando o conflito criminal já foi gerado. A preocupação não é mais com a causa da criminalidade, o enfoque é evitar a eclosão desta. Exemplos desta prevenção podem ser visto com o aumento e melhoria da estrutura policial, dentre outras.

Já a prevenção terciária preocupa-se com os indivíduos que já praticaram o delito, buscando-se evitar que haja reiteração da conduta criminosa.

As teorias mistas pode-se dizer que procuram combinar as diversas teorias existentes, segundo Paulo Queiroz (2006), elas buscam superar as antinomias existentes entre as teorias da prevenção geral e especial, sendo o propósito dessa união totalizar as funções da pena, com o objetivo de se alcançar os valores justiça e utilidade.

Por conta disso, essas teorias ecléticas objetivam, segundo Bacigalupo (1996, p.16): “Justificar a pena em sua capacidade de reprimir (retribuição) e

prevenir (proteção) ao mesmo tempo”. “Sendo que a pena só será legítima quando buscar os valores justiça e utilidade”.

O que ocorre é que muitas das funções dessas teorias são conflitantes, pois o fim repressivo e o preventivo em diversas ocasiões podem se apresentar de forma contraditória. Segundo Bacigalupo (1996, p. 16), quando se deparar com um conflito de fins este deve ser resolvido com a sobreposição ou preponderância de um desses fins sobre o outro, sendo que a primeira orientação é a que prepondera a justiça sobre a utilidade, e a segunda orientação é a que deixar o valor utilidade se sobrepor sobre o valor justiça.

Essa teoria unificadora é a que foi acolhida pelo nosso ordenamento jurídico, pois no caput do art.59 do CP, diz que o julgador deve se orientar por critérios necessários e suficientes para reprovação e prevenção do crime.

Dentre as diversas teorias mistas, duas são as teorias que detêm maior notoriedade, que são: i) a teoria dialética unificadora de Roxin; e a ii) teoria garantista de Ferrajoli.

A teoria unificadora dialética de Claus Roxin (1997) parte de uma idéia que repudia qualquer idéia de retribuição da pena, pois para ele a pena possui tão somente a função de prevenção. No seu pensamento o direito penal é instrumento que deve ser utilizado subsidiariamente para prevenir delitos, ou seja, o direito penal só pode se insurgir quando todos os outros meios preventivos e de controle social não lograrem êxito na prevenção dos delitos, pois este ramo do direito tem como finalidade a tutela subsidiária dos bens jurídicos mais relevantes para a sociedade.

Como se denota a preocupação de Roxin (1997) tem uma relação mais estreita com a teoria da prevenção geral, pois o seu pensamento é mais no sentido de dissuadir pessoas para que estas não cometam delito. Porém ele não nega a prevenção especial da pena, apenas a coloca em um segundo plano, devendo ser vista como o último fim da pena.

Além dessa preocupação do direito penal como instrumento subsidiário na resolução dos conflitos sociais, outra preocupação que reside no seu

pensamento é a busca pela criação de limites ao *jus puniendi* estatal, devendo o princípio da culpabilidade servir como um meio para limitar a reprimenda penal.

Outro aspecto que ele enfatiza é que a função do Direito Penal deve estar ligada com a Política Criminal, caminhando em sentido contrário a tese de Von Liszt, pois este defendia que a Política Criminal é uma barreira que causava obstrução para o Direito Penal.

Já a teoria garantista de Luigi Ferrajoli (2006) parte da ideia de que o direito penal é um dos meios, mas não o único para solucionar os conflitos sociais, sendo que o esse ramo do direito penal só deve se insurgir quando as demais formas de tutela jurídica ou extrajurídica não consigam alcançar esse objetivo.

Para Ferrajoli (2006) são os direitos fundamentais que devem limitar o direito penal e o poder punitivo estatal. O Estado não pode como legitimado a exercer o *jus puniendi*, exercê-lo sem um limite, e o limite desse poder punitivo estatal se encontra no respeito as garantias e direitos fundamentais. Segundo Bicudo (2010) ao tratar sobre o tema, os direitos fundamentais é um limite positivo e negativo ao Direito Penal, sendo positivo no sentido em que o Estado tem a função de exercer políticas sociais que possibilitem a realização dos bens individuais e sociais, e sendo negativo no sentido em que apresenta garantias penais e processuais.

Já Juarez Cirino dos Santos (2008, p.491) faz severas críticas a essas teorias mistas, pois:

Os defeitos das outras teorias não desaparecem com a reunião dessas teorias, e utiliza como exemplo que a união entre a teoria retributiva com qualquer das teorias preventivas, faz com que se admita a insuficiência de uma teoria ou disfarça uma teoria sobre a outra (SANTOS, 2008, p. 491).

Além disso, conforme Santos:

A admissão de diferentes funções da pena criminal, [...] significa adotar uma pluralidade de discursos legitimantes capazes de racionalizar qualquer punição pela escolha da teoria mais adequada para o caso concreto (SANTOS, 2008, p.498).

Conclui-se então que as penas devem ter sua finalidade em consonância com os ditames constitucionais, bem como com o Estado Democrático de Direito, ou seja, com a democracia. O Estado deve interceder em última instância, para conservação da ordem jurídica, podendo recorrer a outros ramos do direito.

3.3 RELAÇÃO DAS TEORIAS DA PENA COM A REINCIDÊNCIA CRIMINAL

O instituto da recidiva criminal é normalmente utilizado na fase de aplicação da pena, por isso segundo Ceballos (1999) não se pode dissociar a análise da agravante da reincidência ao tema da individualização da pena, porque os seus efeitos são manifestados nesse setor.

A individualização da pena, por ora, se encontra bastante íntima sobre que função o Direito Penal deve alcançar, sendo que essa função não pode se realizar sem menção sobre a legitimidade desse ramo do Direito, no caso, sobre a teoria da pena. A análise da reincidência deve conjugar com a teoria da pena, por que a sua justificação – a agravação da pena e limitação para o acesso de benefícios penais – dependerá das condições que se entenda que uma pena é legítima.

4 REINCIDÊNCIA CRIMINAL

4.1 BREVE HISTÓRICO

Desde os tempos mais remotos a intimidação sempre foi o fim primordial da pena, e conforme Batarrita (1982) para aqueles que não se intimidavam com a primeira pena e continuavam a delinquir, recebiam punições mais graves em virtude do seu comportamento recidivo.

O instituto da reincidência foi criado, sendo assim, para punir com mais rigor aqueles que mesmo depois de terem sofrido o primeiro castigo tinham certa tendência em continuar na prática delituosa. Entretanto no decorrer da evolução do pensamento jurídico, foram sendo criados outros argumentos para justificar essa figura.

A origem etimológica da palavra reincidência, segundo Armengol y Cornet (2002) deriva do latim das palavras *recidere* ou *iterum cadere*, que significa cair de novo, ter uma recaída.

Em um sentido vulgar, acontece a reincidência quando uma pessoa que já tenha cometido um ilícito volte a praticá-lo novamente. Entretanto a reincidência criminal, nos moldes atuais, pode ter um conceito bem mais restrito do que este apresentado, pois o seu enquadramento, e por conseqüente os seus efeitos irá depender dos critérios estabelecidos pelo legislador de cada ordenamento jurídico. A reincidência não é um instituto recente, desde os primórdios das civilizações, com os adventos dos antigos Códigos, é possível encontrar uma sanção maior para as pessoas taxadas como recidivantes.

Ao tratar sobre o tema, Batarrita (1982), diz que é possível visualizar, mesmo que de modo primitivo e sem os mesmos critérios estabelecidos pelos diversos ordenamentos nos dias atuais, o instituto da reincidência em sua acepção vulgar, no art. 693 do Código de Manu pelo preceito subscrito, *in verbis*:

Art. 693-Que ele faça cortar dois dedos a um cortador de bolsas pelo primeiro furto; na reincidência, um pé e uma das mãos; na terceira vez, que ele o condene à morte.

No nosso ordenamento, só é possível encontrar registros desse instituto a partir das chegadas dos portugueses. Esses transformaram o Brasil em colônia, e sendo assim, aqui começou a se aplicar a mesma lei vigente naquele país naquela época, que no caso eram as Ordenações Filipinas, a figura recidiva pode ser encontrada no Livro V, Título II, conforme preceito, *in verbis*:

Qualquer que arrenegar, descrer, ou pezar de Deus, ou de sua Santa Fé, ou disser outras blasfêmias, pela primeira vez, sendo fidalgo, pague vinte cruzados, e seja degradado hum ano para África.

E sendo cavalleiro, ou escudeiro, pague quatro mil reis, e seja degradado hum ano para África.

E se for peão, deem-lhe trinta açoutes ao pé do Pelourinho com baraço e pregão, e pague dois mil reis.

E pela segunda vez, todos os sobreditos incorram nas mesmas penas em dobro.

E pela terceira vez, além da pena pecuniária, sejam degradados três anos para África, e se for peão, para as Galés.

Esse diploma legal, no que tange a matéria, perdurou por bastante até o advento do Brasil Império, após a Independência do Brasil. A reincidência só veio aparecer a partir da primeira legislação de Direito Penal do país, que foi o Código Criminal do Império de 1830 e que estava previsto em seu art. 16, §3º, que dispõe: Art. 16. São circunstancias agravantes: [...] § 3º Ter o delinqüente reincidido em delicto da mesma natureza.

O diploma normativo de 1830 não trouxe critérios claros para a delimitação da incidência da reincidência, pois não especificou em seus dispositivos, o que poderia ser definido como delitos de mesma natureza, e nem fez referência se havia necessidade de sentença condenatória transitada em julgado, contudo conforme Yarochevsky (2005), na prática essa agravante só era aceita se houvesse sentença condenatória anterior passada em julgado.

Posteriormente, com o advento da República, foi editado um novo diploma normativo, que foi o Código Penal Republicano de 1890. Em seu art. 39, § 19, traz a reincidência como circunstância agravante, e no art. 40 traz os requisitos para a sua configuração, conforme preceito subscrito, *in verbis*:

Art. 39. São circunstâncias agravantes:

[...]

§ 19. Ter o delinqüente reincidido.

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

No referido caso a opção adotada foi a mesma do Código anterior, que é a reincidência específica, pois só se caracterizaria se fossem crimes de mesma natureza. Nesse referido diploma, ao contrário do anterior, o legislador buscou definir o que seria crimes de mesma natureza, definindo estes quando os delitos posteriores fossem do mesmo artigo do primeiro, e não os que ofendessem o mesmo bem jurídico ou crimes previstos no mesmo Título. Trouxe também transcrito em seu artigo a exigência de sentença condenatória transitada em julgado, requisito esse esquecido pelo legislador anterior.

Em 1932, com a Consolidação das Leis Penais, através do Decreto n. 22.213, segundo Yarochevsky (2005), não houve uma mudança significativa com relação ao instituto da reincidência. A única mudança percebida foi a reincidência específica dos crimes eleitorais, que teve uma aceção mais ampla, pois não precisava ser do mesmo artigo, podendo ser reincidente aquele que viesse cometer qualquer crime eleitoral novamente, desde que respeitado os outros critérios para se enquadrar a recidiva.

Posteriormente, foi editado o Código Penal de 1940, que trouxe a figura da reincidência genérica e trouxe uma aceção mais ampla para a configuração da reincidência específica, pois os crimes de mesma natureza, não seriam somente para os crimes do mesmo artigo expandindo a sua figura para delitos que possuem caracteres fundamentais comuns. No art. 44, I a reincidência está disciplinada como circunstância agravante. Já no art. 46 são estabelecidos os critérios para se configurar a reincidência, sendo que nos §§ 1º e 2º traz as distinções entre a reincidência específica e genérica, e o art. 47 disciplina um tratamento mais severo no caso de reincidência específica, conforme transcrito, *in verbis*:

Art. 44. São circunstâncias que sempre agravam a pena, quando não constituem ou qualificam o crime:

I – a reincidência;

[...]

Art. 46. 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.

§ 1º Diz-se a reincidência:

I – genérica, quando os crimes são de natureza diversa;

II – específica, quando os crimes são da mesma natureza.

§ 2º Consideram-se crimes da mesma natureza os previstos no mesmo dispositivo legal, bem como os que, embora previstos em dispositivos diversos, apresentam, pelos fatos que os constituem ou por seus motivos determinantes, caracteres fundamentais comuns.

Art. 47. A reincidência específica importa:

I – a aplicação da pena privativa de liberdade acima da metade da soma do mínimo com o máximo;

II – a aplicação da pena mais grave em qualidade, dentre as cominadas alternativamente, sem prejuízo do disposto no n. I.

Muito tempo depois, com a Lei n.º 6416 de 1977, o Código Penal de 1940 foi modificado, em diversas partes, inclusive com relação à reincidência. Os §§1º e 2º do art. 46 foram revogados, deixando de existir distinção entre a reincidência específica e genérica, acabando assim com a reincidência específica e o seu tratamento mais severo, passando a se admitir somente a reincidência genérica.

A referida Lei, trouxe também, com a inserção do parágrafo único do art. 46, o sistema da temporariedade, fixando um limite temporal de até 5(cinco) anos da data do cumprimento da pena ou a sua extinção para que se caracterize a reincidência, abandonando o sistema da perpetuidade que vigorava antes. Com a nova redação do art. 47, foram excluídos para fins de apreciação da recidiva os crimes propriamente militares e os puramente políticos, conforme disposições, *in verbis*:

Art. 46. 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.

Parágrafo único - Para efeito de reincidência, não prevalece a condenação anterior, se entre a data do cumprimento ou extinção da pena e a infração posterior tiver decorrido período de tempo superior a cinco anos.

Art. 47. Para efeito de reincidência, não se consideram os crimes militares ou puramente políticos.

Em período ulterior, com a edição da Lei 7.209 de 1984, que reformou a parte geral do Código Penal, no que tange a reincidência, a única mudança significativa foi a possibilidade de concessão de suspensão condicional da pena, para os reincidentes em crimes culposos, esta medida foi inserida pela nova redação do art.77, I do Código Penal, antes o reincidente, mesmo que em crime culposos, não poderia gozar desse benefício, conforme disposição, *in verbis*:

Art. 77 - A execução da pena privativa de liberdade, não superior a 2 (dois) anos, poderá ser suspensa, por 2 (dois) a 4 (quatro) anos, desde que:
I - o condenado não seja reincidente em crime doloso;
[...]

4.2 CONCEITO

É uma tarefa bastante difícil trazer um conceito único e universal para a reincidência, pois os diversos ordenamentos utilizam diferentes critérios para a sua caracterização, sendo mais fácil apresentar os pressupostos para a sua configuração no nosso ordenamento jurídico.

No nosso direito pátrio a reincidência é um instituto que agrava a pena, e que está prevista nos arts. 63 e 64 do Código Penal Brasileiro e no art. 7º da Lei de Contravenções Penais. Sua natureza jurídica, segundo Capez (2006), é de circunstância agravante genérica de caráter pessoal, sendo assim, não se comunica com o partícipe ou coautor.

Alguns afirmam que esta não pode ser considerada circunstância, pois a sua relação não é com o delito, e sim com o infrator, assim conforme Yarochevsky (2005), a sua apreciação é uma questão de direito e não de fato, que é saber se o criminoso já foi condenado anteriormente por uma sentença transitada em julgado.

O seu conceito parcial está no art. 63 do CP, que diz que essa se verifica quando o agente comete novo crime, depois de transitar em julgado a sentença que, no País ou no estrangeiro, tenha o condenado por crime anterior.

Desse conceito se extraem três premissas que são imperativas para que a reincidência se configure: i) a prática de um crime anterior; ii) trânsito em julgado da sentença condenatória pelo crime anterior; iii) cometimento de um novo delito, após a sentença condenatória do crime anterior.

Do art. 64, I do CP se extrai outra premissa, que é que para efeito da reincidência, em nosso ordenamento esta não prevalece se entre a data do cumprimento ou extinção da pena e a infração posterior, tiver decorrido tempo superior a cinco anos, e não havendo revogação do sursis ou do livramento condicional esse período também é computado.

Analisando o art. 7º da Lei de Contravenções Penais, se extrai outra premissa, sendo que só pode ocorrer a reincidência, quando o primeiro delito for crime e o segundo crime, quando o primeiro delito for crime e o segundo contravenção ou quando o primeiro delito for contravenção e o segundo contravenção. Nunca provocará a reincidência se o primeiro delito for contravenção e o segundo for crime, por falta de previsão legal.

Diante da explicação sobre contravenção e crime, no que diz respeito a reincidência, faz-se necessário conceituar réu primário. Entendia-se que primário era o indivíduo que não havia sido julgado por sentença transitada em julgado, porém o supremo entendeu que não era primário aquele que já tinha sido condenado pela primeira vez. Devido ao entendimento do supremo, os juristas poderão diante do caso concreto negar benefícios a réus primários. Vale salientar, que o Código Penal, não se refere mais a réu primário, e sim, a réu não reincidente.

Extrai-se da linha de raciocínio de Áureo Natal de Paula (2003), em seu artigo Efeitos da reincidência de acordo com a doutrina, comenta que alguns distinguem que temos três tipos de réu, quanto a reincidência: a) estritamente primário; b) aqueles que não são reincidentes, mas possuem maus antecedentes, chamados de tecnicamente primários; c) réus reincidentes.

No que diz respeito à reincidência e aos antecedentes, há uma diferença quanto ao momento. A reincidência é analisada pelos juízes na fixação da pena e os antecedentes criminais é analisado no momento do cálculo da pena, logo depois da fixação da pena base. Após o esclarecimento necessário do momento da aplicação da reincidência e dos antecedentes criminais, esse último apresenta um rol de consequências e efeitos, vejamos as previstas na parte geral do Código Penal, segundo Paula (2003):

- a) agrava a pena privativa de liberdade em quantidade indeterminada dentro dos limites da cominação pertinente (art. 61, I, do CP);
- b) prepondera no concurso de circunstâncias agravantes e atenuantes (art. 67, última parte, do CP);
- c) impede a concessão da suspensão condicional da execução da pena (sursis) na hipótese de crime doloso (art. 77, I, do CP);
- d) impede a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos na hipótese de crime doloso (art. 44, II, do CP), a não ser que a reincidência seja genérica e a substituição socialmente recomendável (art. 44, § 3º, do CP);

- e) impede a substituição da pena privativa de liberdade por multa (art. 60, § 2º);
- f) aumenta de um terço para metade o prazo de efetiva privação da liberdade para a obtenção do livramento condicional, se se tratar de crime doloso (art. 83, II);
- g) impede a concessão do livramento condicional quando se trata de reincidência específica em crimes hediondos, tráfico ilícito de entorpecentes, terrorismo e tortura (art. 83, V, do CP parte final, a contrário senso, e do art. 5º da Lei 8072/90);
- h) impõe ao agente o regime fechado para início de cumprimento de pena de reclusão (art. 33, § 2º, b e c do CP);
- i) impõe ao agente o regime semi-aberto para início de cumprimento de pena de detenção (art. 33, § 2, c, do CP);
- j) produz a revogação obrigatória do *sursis* em condenação por crime doloso (art. 81, I, do CP);
- k) produz a revogação facultativa do *sursis*, na hipótese de condenação por crime culposos ou contravenção (art. 81, § 1º, do CP);
- l) acarreta a revogação obrigatória do livramento condicional, sobrevivendo condenação a pena privativa de liberdade por crime cometido durante a vigência do benefício (art. 86, I, do CP);
- m) acarreta a revogação obrigatória do livramento condicional, sobrevivendo condenação a pena privativa de liberdade por crime cometido anteriormente à vigência do benefício (art. 86, II, do CP);
- n) acarreta a revogação facultativa do livramento condicional, sobrevivendo condenação por crime ou contravenção, se imposta pena privativa de liberdade (art. 87, do CP);
- o) revoga a reabilitação, quando sobrevier condenação a pena que não seja de multa (art. 95 do CP);
- p) aumenta de um terço o prazo prescricional da pretensão executória (art. 110, caput, do CP);
- q) interrompe a prescrição da prescrição executória (art. 117, VI, do CP)

Também encontra-se consequências e efeitos na parte especial do código

Penal:

1.- Impedimento de benefícios:

- a) perdão judicial no crime de apropriação indébita previdenciária (art. 168.A, § 3º, do CP);
- b) aplicação de pena de multa no crime de apropriação indébita previdenciária (art. 168.A, § 3º, do CP);
- c) perdão judicial no crime de sonegação de contribuição previdenciária (art. 337.A, § 2º, do CP);
- d) aplicação de pena de multa no crime de sonegação de contribuição previdenciária (art. 337.A, § 2º, do CP).
- e) perdão judicial no caso de receptação culposa privilegiada (art. 180, §§ 3º e 5º primeira parte, do CP);

2.- Impedimento do reconhecimento de causas de diminuição de pena:

- f) furto privilegiado (art. 155, § 2º, do CP), porém não impede a aplicação do princípio da insignificância (RJDTCrimSP 38/121);
- g) estelionato privilegiado (art. 171, § 1º, do CP);
- h) fraude no comércio privilegiada (art. 175, § 2º, do CP);
- i) receptação dolosa privilegiada (art. 180, "caput" e § 5º parte final, do CP)

Interessante analisar o rol acima, pois os antecedentes criminais tem o condão de perpetuidade de seus efeitos, por não existir previsão legal para a limitação temporal para a sua cessação.

Outro aspecto interessante é a multirreincidência, este conceituado quando um indivíduo tem mais de uma condenação criminal, depois de ter sido condenado por outro crime. Vale ressaltar que no Brasil não existe previsão legal para a multirreincidência, pois não há distinção entre reincidência e multirreincidência, não obstante poderá ser analisado a multirreincidência no momento da dosimetria da pena podendo o juiz aumentar exacerbadamente a pena quando o sujeito tem uma reiteridade delitiva alta, pois o aumento da pena pela reincidência é um critério discricionário feito pelo juiz dentro dos limites permitidos em lei, podendo assim, interferir e variar devido aos números de condenações criminais, ou seja, a majoração da pena poderá ser maior, quando há a multirreincidência, mesmo que esta não seja prevista legalmente no nosso ordenamento.

4.3 NATUREZA JURÍDICA

A natureza jurídica da reincidência é da circunstância agravante genérica, e por não se comunicar aos partícipes ou co-autores, é de caráter subjetivo, conforme preceitua o art.30 do CP.

Vale salientar que a reincidência não é caracterizada simplesmente por anexar os antecedentes do réu ao processo. É necessário comprovar por meio da certidão da sentença condenatória transitada em julgado, constando a data do trânsito. O agravante concretizará se o novo delito for sido praticado em data anterior à do trânsito em julgado.

Marques (1956) explica que o Código Penal inseriu a reincidência como um agravante, porém afirma que a recidiva não é a concretização de uma característica agravante da nova infração, e sim uma agravação de caráter nitidamente subjetivo, já que a dosimetria da pena será analisada no momento da qualificação do réu como reincidente para assim graduar a sanção a ser imposta.

Para melhor compreensão da natureza jurídica da reincidência criminal é necessário explicar as teorias relacionadas. A primeira teria acerca da natureza jurídica da reincidência criminal determina a alteração da imputação, ou seja, é suficiente para o reconhecimento dessa agravante a condenação anterior, existe a circunstância intrínseca. A outra teoria relacionada à natureza jurídica da reincidência faz a relação da circunstância intrínseca com a pena, e como consequência exige o cumprimento, total ou parcial, da pena anterior.

A doutrina majoritária entende que a natureza jurídica da reincidência é de estado subjetivo do réu, pois lhe trará uma consequência desfavorável, tanto no âmbito penal, como também no processual.

4.4 REINCIDÊNCIA E CONTRAVENÇÕES

A contravenção é espécie distinta de crime, porém não existe uma diferença substancial entre os dois, ou seja, só diferenciam pelas suas penas, conforme determina o art. 1º da Lei de Introdução ao Código Penal e da Lei de Contravenções Penais.

Nucci esclarece no seu Manual de Direito Penal:

O direito penal estabeleceu diferença entre crime (ou delito) e contravenção penal, espécies de infração penal. Entretanto, essa diferença não é ontológica ou essencial, **situando-se, tão somente, no campo da pena.** (grifo nosso) (NUCCI, 2011, p.172)

Leandro Prado (2010) em outra ótica demonstra em quadro as principais diferenças entre Crime e Contravenção Penal, vejamos:

	CRIME	CONTRAVENÇÃO
AÇÃO PENAL	Pública ou privada (art. 100, CP)	Pública incondicionada (art. 17, LCP)
COMPETÊNCIA	Justiça Estadual ou Federal	Só Justiça Estadual , exceto se réu tem foro por prerrogativa de função na Justiça Federal
TENTATIVA	É punível (art. 14, parágrafo único, CP)	Não é punível (art. 4º, LCP)
EXTRATERRITORIALIDADE	Possível (art. 7º, CP)	Lei brasileira não alcança contravenções ocorridas no exterior (art. 2º, LCP)
PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE	Reclusão ou detenção (art. 33, CP)	Prisão simples (art. 6º, LCP)
LIMITE TEMPORAL DA PENA	30 anos (art. 75, CP)	5 anos (art. 10, LCP)
SURDIS	2 a 4 anos (art. 77, CP)	1 a 3 anos (art. 11, LCP)

Quanto à competência, as contravenções penais pertencem aos Juizados Especiais Criminais, conforme preceitua os arts. 60 e 61, da Lei nº 9.099/95:

Art.60 – O Juizado Especial Criminal, provido por juízes togados ou togados e leigos, tem competência para a conciliação, o julgamento e a execução das infrações penais de menor potencial ofensivo, respeitadas as regras de conexão e continência

[...]

Art.61 – Consideram-se infrações penais de menor potencial ofensivo, para efeitos desta Lei, as contravenções penais e os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a 2 (dois) anos, cumulada ou não com multa.

Vê-se na legislação brasileira que a reincidência é regulamentada tanto no Código Penal, como na Lei das Contravenções Penais.

Vejamos na integra:

Art.63-Código Penal – 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.

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

Entende-se que ao falar de contravenção, aplica-se o art.7º da Lei de Contravenções Penais, não se aplicando o Código Penal. Visualizamos agora algumas hipóteses de reincidência, pelo Código Penal e pela Lei de Contravenções Penais.

Reincidência com base no art.63 do CP.

1º Agente comete *crime* no Brasil e, após o trânsito em julgado da sentença condenatória, pratica outro *crime* no Brasil.

2º Agente comete *crime* no exterior e, após o trânsito em julgado da sentença condenatória, pratica novo *crime* no Brasil.

3º Agente comete *crime* no exterior e, após o trânsito em julgado da sentença condenatória, pratica novo *crime* no exterior.

Reincidência com base no art.7º da Lei de Contravenções Penais.

1º Agente comete *crime* e, após o trânsito em julgado da sentença condenatória, pratica uma *contravenção penal*.

2º Agente comete *contravenção* e, após o trânsito em julgado da sentença condenatória, pratica *contravenção*.

Vale salientar que houve uma omissão do Código Penal e da Lei de Contravenções Penais, por simples inobservância do legislador, quando se trata apenas de reincidência no caso de prática de contravenção, depois do trânsito em julgado de crime ou contravenção e não regulou a hipótese da prática de um crime após o trânsito em julgado de uma contravenção.

Há visível uma incoerência, pois considera reincidente o agente que comete primeiro um crime e depois uma contravenção, mas não é aplicada a reincidência quando um agente comete uma contravenção e, após o transitado e julgado, um crime. Questiona-se, assim, qual a verdadeira finalidade do instituto, pois para um infrator que comete a segunda infração mais leve que a primeira sofre os efeitos da reincidência, mais para no caso mencionado, o infrator que comete a segunda infração mais grave que a primeira, os efeitos da recidiva não é aplicada.

4.5 CLASSIFICAÇÕES

O instituto da reincidência criminal, não possui um conceito único e universal, pois conforme anteriormente citado, depende dos critérios estabelecidos pelos ordenamentos jurídicos para a sua caracterização, sendo talvez impossível se conseguir um conceito lógico-jurídico para esta figura, só podendo alcançar no momento um conceito jurídico-positivo.

Para alcançar sobre o conceito jurídico-positivo que nosso ordenamento traçou, primeiramente, devemos conhecer os diferentes critérios estabelecidos em torno dessa figura, para assim podê-la classifica-la e conceitua-la.

Os diversos critérios estabelecidos em diferentes ordenamentos jurídicos ajudam a classificar em que categoria se enquadra reincidência. Segundo Yarochevsky (2005) existem diversos modos de se classificar esta figura, e destas classificações podem ser extraídas as espécies de reincidência. A sua classificação pode ser dividida em três grupos que são: a) quanto ao pressuposto para a configuração; b) quanto a identidade dos fatos; c) quanto à temporariedade.

Com relação ao pressuposto para configuração, podem ser visualizadas duas espécies de reincidência: a) a reincidência real ou própria; e b) reincidência ficta ou imprópria.

A reincidência real ocorre quando o réu que cumpriu totalmente ou parcialmente a pena que lhe foi imposta pelo primeiro fato, comete outra infração. Já a reincidência ficta ocorre quando o réu já tiver sido condenado por uma sentença transitado em julgado, comete um novo crime.

Já se tratando do modo de classificação quanto à identidade dos fatos, a reincidência possui duas espécies: a) reincidência genérica ou heterogênea; e b) reincidência específica ou homogênea.

A reincidência genérica, segundo Fernández (2005) e García (1992), também chamada de reiteração pela doutrina espanhola se caracteriza quando o segundo delito que configura a reincidência não precisa ser da mesma natureza que o primeiro delito, ou seja, não precisa ser o segundo delito do mesmo dispositivo que o primeiro e nem precisa ter ofendido o mesmo bem jurídico.

Já a reincidência específica se caracteriza quando o delito que foi cometido posteriormente para a configuração da reincidência tenha violado o mesmo dispositivo de lei ou que tenha ofendido o mesmo bem jurídico.

Quando o modo de classificação for quanto à temporariedade, é possível visualizar três espécies de reincidência, que são: a) a reincidência temporária; b) a reincidência perpétua; e c) a reincidência mista.

A reincidência temporária é aquela em que só pode ser configurada durante um determinado lapso temporal. Já a reincidência perpétua é aquela que se configura a qualquer tempo, bastando que o agente delituoso que já foi julgado culpado ou que já tenha cumprido a pena, volte a cometer um novo delito. Com relação a reincidência mista, se verifica uma figura híbrida, pois segundo Yarochevsky (2005), nesse caso, a agravação da pena será menor quanto maior for o tempo transcorrido entre a condenação anterior e a ocorrência do segundo delito.

Ao analisar os arts. 63 e 64, I do Código Penal pode-se verificar como se classifica a reincidência no Brasil, *in verbis*:

Art. 63 - Verifica-se a reincidência quando o agente comete novo crime, depois de transitar em julgado a sentença que, no País ou no estrangeiro, o tenha condenado por crime anterior.

Art. 64 - Para efeito de reincidência:

I - não prevalece a condenação anterior, se entre a data do cumprimento ou extinção da pena e a infração posterior tiver decorrido período de tempo superior a 5 (cinco) anos, computado o período de prova da suspensão ou do livramento condicional, se não ocorrer revogação; [...]

Observa-se no art. 63 a exigência do trânsito em julgado da sentença condenatória, constatando-se que se trata de reincidência ficta.

Já no art. 64, I, estabelece um período de cinco anos da data do cumprimento ou da extinção da pena, se o delito vier a ser cometido após esse período, não será caracterizada a reincidência, portanto, trata-se de reincidência temporária.

E desses artigos, acima mencionados, observa-se que o legislador preferiu utilizar o termo “comete novo crime”, e não termos como “delitos de mesma natureza” ou “delitos do mesmo artigo”, em virtude disso, pode-se dizer que a reincidência no Brasil é genérica.

Sendo assim, em linhas gerais, o modelo de reincidência adotado pelo Código Penal do Brasil classifica-se como genérica, temporária, e ficta, apesar que para alguns benefícios penais no caso crime de hediondo é vedado no caso de reincidência específica.

4.6 ANÁLISE SOBRE O AUMENTO DA PENA PELA REINCIDÊNCIA

Na maioria das legislações penais, inclusive a do Brasil, a reincidência sempre teve como efeito principal a exacerbação da pena do segundo delito. Conforme, ressalta Fernández (2009), a doutrina e a jurisprudência sempre buscou trazer argumentos que justificassem essa exacerbação da pena no caso de reincidência.

Diversos autores, como Lerma (1994), Fernández (2009), Zaffaroni e Pierangeli (2009) e Enrique Agudo Fernández (2005), apontam diversos argumentos sustentados na doutrina para justificar a reincidência, o que leva a constatação da dificuldade encontrada para justificar essa circunstância agravante. Dentre os argumentos se destacam:

i) o primeiro argumento é o da insuficiência da primeira pena imposta. Para os que defendem esse argumento sustentam, que a pena do delito anterior foi

ineficaz, não produzindo o efeito esperado pelo legislador, que era evitar a nova prática delitiva. Nota-se nessa tese uma opção pela teoria preventiva da pena, pois se defende que a primeira pena deveria evitar futuros delitos, fato que não aconteceu com o sujeito reincidente. Pelo fato da pena ordinária ser insuficientemente para evitar o novo delito, a pena desse novo delito deve ser mais rigorosa, para evitar novamente a prática de delitos no futuro.

ii) outro argumento diz respeito a maior periculosidade do réu, se fundamentando a exacerbação da pena pelo fato de reincidente se mais perigoso, em virtude de sua tendência em delinqüir.

iii) um terceiro argumento seria a da maior culpabilidade. Nesse caso defende-se que a reincidência justifica-se, pois com o cometimento do segundo delito, verifica-se um desprezo das normas de convivência social por parte do reincidente. Portanto, a exacerbação da pena ocorre em virtude do desprezo a Lei.

iv) Quarto argumento é uma causa do agravamento do injusto. Por essa posição a pena é agravada pela reincidência, pois o injusto possui uma gravidade maior. Sendo assim, a exasperação da pena justifica-se, pois o reincidente com ao cometer um novo delito, demonstra que despreza e rebela-se aos valores jurídicos que teve condição de conhecer ao ser condenado pela primeira vez.

v) Quinto argumento é o maior alarme social. Que nada mais é a capacidade de provocar a conduta de quem já foi advertido com uma sentença condenatória. Reporta-se a este argumento. Vale salientar que a sociedade tem na pena a segurança de cumprimento da prevenção, da punição e de ressocialização, além de ser afirmadas pela teoria da pena.

vi) Sexto argumento é o do hábito de delinquir. Este é entendido por Marin Espinola Ceballos (1999) que o fundamento do aumento da pena em relação ao reincidente reside no hábito de delinquir. Verifica-se que a figura do reincidente exige-se os mesmos requisitos do delinquente habitual, ou seja, a existência de uma anterior sentença condenatória de delitos semelhantes. Este mesmo autor entende que: “As anteriores condenações que revelam o início do hábito não afetam a gravidade do fato, considerando-se que, em definitivo, não resta legitimado o

aumento da pena ante o cometimento de um novo delito, já que a gravidade do fato não pode fazer-se depender das circunstâncias pessoais do autor.

vii) Sétimo e último argumento é tomada de posição. Percebe-se aqui que mesmo que a segurança ficando abalada pela prática de vários delitos cometida pelo mesmo agente produz sim um alarme social, por se só não se sustenta o argumento, por ser insuficiente para motivar o agravamento da pena pela reincidência. Ao analisar o referido argumento, entende-se que quando a punição é mais severa ao reincidente, o faz somente pelo fato do agente ser reincidente e não para cumprir com a tríplice finalidade da pena que é de prevenir, punir e ressocializar, a responsabilização recair no agente (direito penal do autor), ou seja, o agente passa a ser etiquetado, estigmatizado. Indo de contra ao direito penal garantista, pois só existe lugar para o direito penal do fato do agente.

5 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS E REINCIDÊNCIA

5.1 INTRODUÇÃO

A Constituição, em um sentido amplo, pode ser definida como a Lei Fundamental de um Estado, sendo assim, todo Estado politicamente organizado independente da época analisada teve uma Constituição. Segundo Bulos (2012), mesmo nas épocas mais primitivas as Constituições poderiam ser visualizadas como normas supremas que norteavam a vida em comunidade.

Do mesmo modo entende Cunha Junior que diz:

[...] desde a Antiguidade já se constatava que entre as leis, pelo menos uma delas se destaca em face de seu propósito de organizar o próprio poder, fixando os seus órgãos, estabelecendo suas atribuições e seus limites [...] (CUNHA JÚNIOR, 2013, p.75).

Muitos constitucionalistas discordam ou ignoram, entendendo que as Constituições só passaram a existir com o advento dos movimentos revolucionários da França e Estados Unidos, que instituíram as suas Constituições escritas e rígidas, no final do século XVIII. Porém discordamos desse posicionamento, e compartilhamos do entendimento dos partidários contrários a essa linha de pensamento que fazem uma sistematização indicando os vários períodos do movimento constitucionalista.

Sendo assim, entendemos que o constitucionalismo pode ser visualizado em dois sentidos, conforme propõe Bulos (2012), que os divide em sentido amplo e estrito.

No sentido amplo, se refere ao fato de que todos os Estados em todas as épocas de evolução da humanidade, possuíram uma Constituição, pouco importando se fora produzido através da escrita ou consuetudinária, o interesse estava em se visualizar a existência de um conjunto de princípios, que ordenavam com supremacia e coercitividade, a vida social.

No sentido estrito, visualiza-se o constitucionalismo, conforme Bulos (2012) trata-se de:

Técnica jurídica de tutela das liberdades [...] que possibilitou aos cidadãos exercerem, com base em constituições escritas, os seus direitos e garantias fundamentais, sem que o Estado lhes pudesse oprimir pelo uso da força [...], esse sentido veio do movimento constitucionalista (BULOS, 2012, p.10).

Esse movimento eclodiu com as revoluções francesa e americana, que após essas revoluções começaram a propagar a idéia de que todos os Estados deveriam possuir constituições escritas, pois possibilitariam assegurar os direitos e garantias fundamentais do povo.

Sendo assim, a Constituição no sentido atribuído nos dias atuais pode ser atribuída, segundo Cunha Jr. como:

[...] um conjunto de normas jurídicas supremas que estabelecem os fundamentos de organização do Estado e da Sociedade, dispondo e regulando a forma de Estado, a forma e o sistema de governo, o seu regime político, seus objetivos fundamentais, o modo de aquisição e exercício do poder, a composição, as competências e o funcionamento de seus órgãos, os limites de sua atuação e a responsabilidade de seus dirigentes, e **fixando uma declaração de direitos e garantias fundamentais** e as principais regras de convivência social. (grifo nosso) (CUNHA JÚNIOR, 2013, p.75).

O constitucionalismo moderno, que surgiu no final do século XVIII, teve como objetivo primordial limitar o poder do Estado através da positivação de direitos e garantias fundamentais, declarados através de um documento escrito. Tal movimento trouxe um novo formato para a Lex Legum, transformando-a em escrita e rígida, estruturando assim o Estado e limitando o seu poder por intermédio do princípio da separação dos poderes e da declaração de direitos fundamentais. Sendo assim, concebendo mais garantias para os cidadãos.

As características desse modelo podem ser sintetizadas no pensamento de Tavares, que diz:

[...] Com a consagração de textos escritos, adota-se um modelo que, obviamente, caracteriza-se: a) pela publicidade, permitindo o amplo

conhecimento da estrutura do poder e garantia de direitos; b) pela clareza, por ser um documento unificado, que afasta as incertezas e dúvidas sobre os direitos e os limites do poder; c) pela segurança, justamente por proporcionar a clareza necessária à compreensão do poder (TAVARES, 2006, p.32).

Cabe ressaltar que a grande contribuição desse movimento não foi a limitação do poder, e sim, o surgimento da imposição de um limite ao poder, já era visualizada entre os hebreus, e posteriormente, com os ingleses – através da concessão da Magna Carta, da Petition of Rights e Bill of Rights - , limitações ao poder político.

5.2 REINCIDÊNCIA E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS

5.2.1 Terminologia

O termo “direitos fundamentais” não é consenso na doutrina. Alguns autores preferem denominar de direitos naturais do homem, outros preferem utilizar o termo direitos humanos fundamentais ou direitos humanos.

Contudo cabe ressaltar que esses termos não têm significados equivalentes. Concordamos com o posicionamento de Perez Luño (2007) e Sarlet (2011) que ressaltam que os direitos naturais, os direitos humanos e os direitos fundamentais, apesar de ter um liame que os une, não podem ser designados como sinônimos.

Os direitos naturais do homem são direitos que cujo conteúdo é estabelecido pela natureza do homem, que é expressão de sua racionalidade, sendo direitos que surgem da condição de “ser humano”, independente de outros fatores.

Já os direitos humanos podem ser considerados os direitos naturais que foram reconhecidos sob uma perspectiva internacional, através de declarações e convenções internacionais.

E os direitos fundamentais, conforme Perez Luño (2007) podem ser considerados como fruto do processo evolutivo mais avançado dos direitos naturais do homem que ocorreu com a sua positivação no âmbito interno dos Estados, e isso ocorre normalmente através das Constituições, possuindo assim, uma maior tutela jurídica.

Eles se caracterizam e alcançam a sua plenitude, conforme Gregório Peces-Barba (apud Perez Luño (2007) quando: a) é reconhecido por uma norma jurídica positiva; b) de tais normas podem ser extraídas faculdade e direitos subjetivos; e c) os titulares desses direitos podem contar com proteção desses direitos através do Estado.

Conforme demonstrado, apesar de haver um liame axiológico material, entre os direitos naturais do homem, os direitos humanos e os direitos fundamentais, estes não se confundem, pois podem ser diferenciados, conforme o grau de reconhecimento que lhes são dados.

Pode-se dizer, portanto, que os direitos humanos são direitos naturais do homem, mas nem todos direitos naturais do homem são direitos humanos, pois tem certos direitos naturais do homem que não obtiveram o reconhecimento internacional.

Já os direitos fundamentais, segundo Perez Luño (2007), trata-se de direitos humanos que foram garantidos por um ordenamento jurídico através de sua positivação, sendo, portanto, os direitos humanos considerados como uma categoria de direitos que legitima e informa os direitos fundamentais.

Sendo assim, a diferença entre essas três categorias de direito, podem ser visualizadas através de seu grau de reconhecimento, e conforme haja um maior grau de reconhecimento, é possível visualizar também um maior grau de tutela de uma categoria para a outra.

5.2.2 Breve Histórico

A história dos direitos fundamentais é bastante divergente na doutrina, podendo ser vista sobre diferentes enfoques. A maioria da doutrina entende que os direitos fundamentais só podem ser visualizados, a partir das revoluções americanas e francesas, com o advento do constitucionalismo moderno, já outros entendem que os direitos fundamentais surgiram em período anterior.

Segundo Mendes, Coelho e Branco (2009) para os que entendem que os direitos fundamentais surgiram em um período anterior ao constitucionalismo moderno, o ponto central da distinção é a evolução do conceito de liberdade, dividindo-se em dois enfoques: clássico e moderno.

No enfoque clássico, a liberdade estava vinculada a idéia de faculdade do exercício dos direitos políticos. Já no enfoque moderno, a liberdade esta intimamente mais relacionada com a idéia de realização da vida pessoal.

Ao abordar sobre o tema, Sarlet (2011), apesar de concordar em certo aspecto, com os que vinculam o estudo da história dos direitos fundamentais, com a história de limitação do poder, acaba defende que a história dos direitos fundamentais deve ser estudada através de três fases: a) uma pré-histórica, que se estende até o século XVI (onde se pode visualizar as contribuições da religião e filosofia para a doutrina dos direitos fundamentais); b) uma intermediária, que pode ser compreendida como a fase de organização e formação da doutrina jusnaturalista; c) a da constitucionalização, que ocorreu com a positivação dos direitos fundamentais, através das declarações de direitos nas Constituições escritas, tendo como marco inicial a declaração de direitos

Conforme se denota, não há um consenso na doutrina sobre a história dos direitos fundamentais, o próprio Sarlet (2011), ao falar sobre os direitos concedidos pela Magna Carta em 1215, os designam como direitos fundamentais, porém distingue-os dos direitos fundamentais da forma que se encontra nos dias atuais, por lhe faltar a fundamentalidade formal (estar positivado em uma Constituição escrita).

Devido a isso, damos razão a Gregorio Peces-Barba (apud Perez Luño (2007), pois para ele os direitos fundamentais, alcançam a sua plenitude quando se encontram positivados em um determinado ordenamento jurídico através de uma lei ou como norma constitucional, sendo assim, quando for norma constitucional o seu grau de efetividade e coação deve ser maior, em virtude de estar transcrito na Lei Fundamental, contudo, só por que alguns direitos não estão transcritos na Lex Legum é errado não designá-los como fundamentais, pois de tais normas se extrai faculdade e direitos subjetivos, sendo assim, o Estado oferece meios coativos para garantir tais direitos.

5.2.3 Conceito e características

Os direitos fundamentais, conforme Dimoulis e Martins(2007), são direitos público subjetivos, que se encontram em normas de caráter constitucional, que tem por finalidade limitar o poder do Estado em face da liberdade individual.

Na doutrina não há um consenso sobre a definição dos direitos fundamentais, muitos dos doutrinadores que tentam conceituar os direitos fundamentais, acabam fazendo de forma incompleta.

Em virtude disso, preferimos apenas designar as suas características, que conforme Vallejo Fuster(1992), os direitos fundamentais são:

i) Jurídicos: por que possuem força de Lei, portanto não são meros ideais ou aspirações, se podendo ingressar com uma ação judicial quando determinados direitos são violados.

ii) Constitucionais: são assim, pois são reconhecidos na Constituição, e em virtude disso, detêm maior hierarquia perante outras leis.

iii) Pessoais: pois são direitos que as pessoas têm simplesmente por deter a condição humana, pelo simples fato de ser uma pessoa.

iv) Podem ser oponíveis contra o Estado ou contra o particular que violar tais direitos

v) Vitais: pois são de suma importância para a vida e convivência humana. Esses direitos existem para garantir a inviolabilidade da dignidade humana, pois a plenitude da vida somente pode ser alcançada se o ser humano é capaz de usufruir de seus direitos fundamentais.

vi) Não são absolutos: pois deve ser exercitado devendo-se observar que não transgrida direitos fundamentais de outrem, o seu exercício deve respeitar os direitos fundamentais de outros indivíduos e o bem estar da comunidade. Tais direitos são harmônicos e colidentes entre si. São harmônicos, pois, a vigência de um direito fundamental não irá retirar a vigência de outro. Entretanto, são colidentes, pois muitas vezes, não é possível a plena realização de dois ou mais direitos fundamentais, devido a isso, se utiliza a técnica de ponderação de interesses e bens.

6 FORÇA NORMATIVA DA CONSTITUIÇÃO

A grande contribuição das Constituições escritas foi a limitação do poder através da transcrição dos direitos fundamentais em seus respectivos textos. Contudo, essa não foi a única contribuição, tiveram outras com relevância importância, dentre elas se destaca o aparecimento do princípio da força normativa da constituição.

Por este princípio é possível se visualizar que a Constituição goza de uma força jurídica interna distinta dos outros diplomas legislativos, podendo assim, segundo Bulos (2012) se extrair três aspectos: a) a supremacia da constituição perante os outros diplomas legislativos; b) o princípio da efetividade plena das disposições constitucionais; e c) a função promocional das Constituições escritas.

Desses três aspectos pode se extrair diversas idéias, como que o fundamento de validade dos outros diplomas legislativos é o respeito as normas constitucionais, sendo assim, uma norma não pode contrariar os preceitos constitucionais, pois será considerada inválida. Também pode se extrair a idéia de que a existência de normas constitucionais serve para condicionar a realidade de seu tempo, e de seu caráter promocional, podendo se deduzir que estas normas visam acompanhar as transformações graduais e progressivas das relações sociais e do Direito.

6.1 A ERA DOS PRINCÍPIOS

Conforme foi salientado em linhas anteriores, a grande contribuição do constitucionalismo moderno foi a positivação dos direitos fundamentais nos textos constitucionais, conferindo a estes direitos o status de norma constitucional, de onde se depreende, que tais direito em virtude da supremacia das normas constitucionais, gozam de força jurídica maior do que outras normas de outros diplomas normativos.

As normas constitucionais podem ser visualizadas sobre dois prismas: a) as normas-regras; e as B) as normas-princípios.

Os critérios de distinção entre essas duas figuras normativas são diversos, entretanto Alexy (2008) e Cunha Jr. (2013), apontam alguns critérios utilizados pela doutrina para distingui-los como:

i) a generalidade: os princípios possuem uma generalidade maior do que as regras, pois normalmente transmitem valores fundamentais que se lastreia pelo sistema jurídico;

ii) natureza normogenética: os princípios muitas vezes são razões de existência das regras, razões que inspiram a sua criação;

iii) a indeterminabilidade: os princípios por serem normas de texto aberto, tanto no antecedente como no conseqüente, possuem um grau de indeterminação maior do que as regras que possuem um texto fechado.

As regras e os princípios são espécies do gênero norma constitucional, contudo, a grande distinção, segundo Alexy:

[...] princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Os princípios podem ser cumpridos de diversas formas e de diferentes graus, e o seu devido cumprimento depende das possibilidades jurídicas e fáticas existentes (ALEXY, 2011, p.90).

Alexy (2008, p.91) ainda define regras, como: “[...] possuem determinações no âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível”. Ela pode ser cumprida, como também pode não ocorrer o seu cumprimento.

Portanto a distinção entre norma-regra e norma-princípio é estabelecida qualitativamente, e não por grau. Em um conflito entre normas-regras, a solução dar-se-á mediante os critérios da especialidade ou cronológico ou se uma das regras tiver sido tida como inválida.

A existência de um conflito entre normas-princípios – categoria em que se situa os direitos fundamentais -, a sua solução se dar de outro modo. O critério utilizado é a utilização do princípio da proporcionalidade. Este princípio é subdividido

em três princípios: a) princípio da adequação; b) princípio da necessidade; e c) princípio da proporcionalidade em sentido estrito.

6.2 OS DIREITOS HUMANOS COMO PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

Os direitos humanos devem ser vistos por duas óticas. Primeiramente trata-se dos fundamentos dos referidos direitos, sendo abordado intensamente pelas ciências, por ser um tema de grande relevância. Na segunda ótica, a abordagem é jurídica, pois está diretamente relacionado às leis e a convenções e tratados, todos utilizados como objeto garantidor dos direitos fundamentais da pessoa humana. Portanto, conclui-se que os direitos humanos são direitos fundamentais que o homem possui ao nascer, ou seja, pela sua natureza, bem como pela sua dignidade.

Vale ressaltar que os direitos humanos são oriundos de lutas políticas, e são influenciados pelos fatores históricos e sociais. Entende-se que os direitos humanos devem ser analisados sob uma perspectiva interdisciplinar.

São vários os sinais de violência apontada pelo mundo, que muitas vezes fazem parte de uma retórica política, e nessa mesma linha a doutrina levanta o questionamento de quem pode violar os direitos humanos.

A Constituição Brasileira dispõe que:

Art.5º - Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, os termos seguintes:

[...]

§2º - Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que República Federativa do Brasil seja parte.

§3º - 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.

Numa interpretação clara, percebe-se que à posição hierárquica dos tratados referentes a direitos humanos no ordenamento jurídico brasileiro são subordinados a CF/88, sendo o tratado ratificado pela EC nº45/2004, equivalem a

emenda constitucional se aprovados conforme determina o art.5º, §3º da CF/88, somente após essa tramitação alcançará o mesmo nível hierárquico da norma constitucional.

Vale salientar que existe entendimento defendido por renomados doutrinadores como: Luiz Flávio Gomes, Ada Pellegrine Grinover, Flávia Piovesan e outros, que o § 2º do art.5º da CF/88 sempre reconheceu os tratados internacionais de proteção dos direitos humanos no mesmo grau hierárquico das normas constitucionais (GOMES, 2008, p.33).

O Ministro Celso de Mello se posiciona quanto a nível hierárquico dos tratados de direitos humanos HC 90.450-5/MG, que diz: a) os tratados internacionais de direitos humanos celebrados pelo Brasil, e regularmente incorporados à ordem interna antes da promulgação da Constituição de 1988, revertem-se de índole constitucional, porque foram formalmente recebidos, nessa condição, pelo §2º do art. 5º da Carta Magna; b) os tratados internacionais de direitos humanos celebrados após a entrada em vigor da EC nº45/2004, só terão paridade hierárquica com a norma constitucional se observarem a inter procedimental estabelecido pelo §3º do art.5º da CF/88; e c) os tratados internacionais de direitos humanos incorporados ao ordenamento jurídico brasileiro após a promulgação da CF/88, e antes da entrada em vigor da EC nº 45/2004, são materialmente constitucional, em razão do exposto no §2º do art. 5º da Carta Magna.

Contudo, somente no caso do Recurso Extraordinário 466.343/2008 foi que a Suprema Corte Brasileira consolidou a sua posição acerca dos tratados internacionais sobre os direitos humanos, sendo que nos dias atuais posição majoritária no Pretório Excelso, conferindo status supralegal a esses tratados que foram inseridos no nosso ordenamento jurídico, sem a observância do art. 5º § 3º da CF/88. Conforme salienta Napoleão Casado Filho (2012):

A análise sobre a posição dos tratados internacionais de Direitos Humanos chegou ao Supremo por meio do Recurso Extraordinário n.466.343/2008.[...] Na decisão ficou célebre o voto do Ministro Gilmar Mendes que defendeu a tese da supralegalidade dos tratados internacionais sobre direitos humanos aprovados anteriormente à Emenda n.45/2004. Para o Supremo, portanto, tais normas estariam acima das leis federais, mas abaixo das normas constitucionais. (CASADO FILHO, p.93, 2012)

Um dos instrumentos utilizados para ratificar e consagrar o reconhecimento internacional dos direitos humanos, são os princípios, destacando aqui o princípio do *ne bis in idem*, limita a as diversas formas de intervenção estatal, garantindo a segurança jurídica. O princípio do *ne bis in idem*, evita as contradições entre várias ações, ajuizadas pela mesma conduta.

Por essa razão o princípio em comento é considerado um princípio geral do direito internacional, tendo sido outorgado pelo Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, o caráter de princípio universal, estabelecido em seu art.14.7 que expressa: “ninguém poderá ser julgado ou punido novamente por um delito pelo qual já tenha sido absolvido ou condenado por sentença transitada em julgado, de acordo com a lei e o processo de cada país”, estando também consubstanciado no art. 9 da Convenção Americana sobre Direito Humanos, incorporada pelo nosso ordenamento jurídico, através do Decreto n.678/1992.

6.3 REINCIDÊNCIA E O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

O princípio da dignidade da pessoa humana é o princípio norteador de todo texto constitucional, bem como norteia todo ordenamento jurídico brasileiro, os penalistas costumam denominar o princípio da dignidade da pessoa humana como “princípio da humanidade”. Sabe-se que a constituição brasileira aponta o princípio da dignidade da pessoa humana como princípio mais relevante.

Entende-se que a escolha do legislador por apontar o princípio da dignidade da pessoa humana como princípio basilar do ordenamento jurídico brasileiro fora em resposta às crueldades e atrocidades cometidas no período da ditadura militar. Cezar Bitencourt explana sobre esse período:

A proposição de penas cruéis e infamantes, a proibição de tortura e maus-tratos, nos interrogatórios policiais e a obrigação imposta ao Estado de dotar sua infra-estrutura carcerária de meios e recursos que impeçam a degradação e a dessocialização dos condenados são corolários do princípio da humanidade (BITENCOURT, 2003, p.15).

Quanto ao princípio da dignidade da pessoa humana ou “princípio da humanidade” o doutrinador Bitencourt diz:

O princípio da humanidade recomenda que seja reinterpretado o que se pretende com “reeducação e reinserção social”, uma vez que se forem determinados coativamente implicarão atentado contra a pessoa como ser social (BITENCOURT, 2003, p. 15).

Ao interpretar as palavras do doutrinador Bitencourt fica claro que a Constituição brasileira determina a pessoa humana como o sujeito de direito legitimado pelo ordenamento jurídico, não mais sendo vistos como supérfluos e sim como valor máximo no Estado Democrático de Direito.

Celso Lafer na sua obra *Reconstrução dos Direitos Humanos* aborda com propriedade a questão dos seres humanos serem vistos como supérfluos e descartáveis:

A convicção, explicitamente assumida pelo totalitarismo, de que os seres humanos são supérfluos e descartáveis, representa uma contestação frontal à idéia do valor da pessoa humana enquanto ‘valor-fonte’ de todos os valores políticos, sociais e econômicos e, destarte, o fundamento último da legitimidade da ordem jurídica, tal como formulada pela tradição, seja no âmbito do paradigma do Direito Natural, seja no da Filosofia do Direito. O valor da pessoa humana enquanto ‘valor-fonte’ da ordem de vida em sociedade encontra a sua expressão jurídica nos direitos fundamentais do homem. (LAFER, 1988, p. 19 e 20).

E é por esse motivo que não se pode conceber em nosso ordenamento jurídico o entendimento outrora na antiguidade clássica, que o indivíduo não é digno. Sarlet considera:

A qualidade que, por ser inerente ao ser humano, o distinguia das demais criaturas, no sentido de que todos os seres humanos são dotados da mesma dignidade, noção esta que se encontra, por sua vez, intimamente ligada à noção da liberdade pessoal de cada indivíduo, (o Homem como ser livre e responsável por seus atos e seu destino) bem como à idéia de que todos os seres humanos, no que diz com sua natureza, são iguais em dignidade. (SARLET, 2011, p. 30)

A ideia de dignidade da pessoa humana é oriunda de um direito natural, ou seja, é um direito comum a todos. Sendo assim, é impossível deixar de

reconhecer a um criminoso, devido a sua qualidade de ser humano. O valor da dignidade é de todos os seres humanos, independente de seu status jurídico (delinquente, não delinquente, reincidente ou primário).

6.4 REINCIDÊNCIA E O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE ESTRITA

O princípio da legalidade visto pelo Direito Penal está disposto no artigo no art.5º, XXXIX, da CF/88, bem como no Código Penal no artigo 1º. Vale ressaltar que faz parte das cláusulas pétreas conforme artigo 60, §4º, IV da CF/88.

Quanto aos aspectos históricos do princípio da legalidade numa visão penalista, muitas foram as divergências sobre seu surgimento. Sabe-se que com a teoria do contrato social em 1762, criado por Rousseau (2006) que defendia que o cidadão para viver em sociedade teria que ter o mínimo de garantia contra as arbitrariedades do Estado, especificamente, prevendo regras relativas às punições objetivas e impessoais, visão a legalidade estrita. Rousseau influenciou também Beccária em 1764 em sua obra *Dos delitos e das penas*, onde afirmava que somente as leis poderiam determinar as penas e os delitos, claro através dos legisladores. Nos anos seguintes ratificados pela Declaração de Direitos do Homem.

No Brasil o princípio em comento foi recepcionado pela Constituição Imperial de 1824 até a atual no artigo 5º, XXXIX do CF/88.

A normal penal tem como característica a taxatividade, por tanto é extremamente vedada a analogia como forma de criação de uma norma penal incriminadora.

Cernicchiaro esclarece que:

O princípio da legalidade veda por completo o emprego da analogia em matéria de norma penal incriminadora, encontrando-se esta delimitada pelo tipo legal a que corresponde. Em consequência, até por imperativo lógico, do princípio da reserva legal, resulta a proibição da analogia. Evidentemente, a analogia *in malam partem*, que, por semelhança, amplia o rol das infrações penais e das penas. Não alcança, por isso, a analogia *in bonam partem*. Ao contrário da anterior, favorece o direito a liberdade, seja com a exclusão da criminalidade, seja pelo tratamento mais favorável ao réu. (CERNICCHIARO, 1995, p.20)

Permite-se no Direito Penal a aplicação da analogia somente para beneficiar o agente, pois no contrário seria ferir o princípio da legalidade estrita.

Seguindo o tema faz-se necessário trazer a conceituação de Norberto Bobbio:

Analogia é o procedimento pelo qual se atribui a um caso não regulamentado a mesma disciplina que a um caso regulamentado semelhante. Para fazer a atribuição ao caso não regulamentado semelhante, é preciso que entre os dois casos exista não uma semelhança qualquer, mas uma semelhança relevante; é preciso ascender dos dois casos uma qualidade comum a ambos, que seja ao mesmo tempo a razão suficiente pela qual ao caso regulamentado foram atribuídas aquelas e não outras consequências. (BOBBIO, 1982, p. 13)

A compreensão que se apreende é que tal princípio é o limite do exercício do *jus puniendi*, sendo o magistrado adstrito aos preceitos legais. Por tanto não se admite afronta ao princípio da legalidade estrita num Estado Democrático de Direito. Assim, também deve-se ser vista nos casos da reincidência criminal.

Expressa Leonardo Issac Yarochevsky:

Por fim, importa novamente lembrar que, ao contrário das demais circunstâncias agravantes que se referem ao delito cometido e que constituem objeto de julgamento em relação à reincidência, o fato anteriormente cometido é o que é levado em consideração para a determinação do aumento da pena. (YAROCHEVSKY, 2005, p. 136)

No caso da reincidência, por estar previsto como circunstância agravante, não quer dizer que não haja violação do princípio da legalidade estrita.

6.5 REINCIDÊNCIA E O PRINCÍPIO DA INTERVENÇÃO MÍNIMA

O princípio da intervenção mínima não se encontra expresso na nossa Carta Magna e nem no Código Penal, porém, é compatível com outros princípios jurídicos-penais, dotados de positividade.

O princípio da intervenção mínima também limita o Estado, na seara penal, o Estado só irá intervir quando for exclusivamente para tutela dos bens fundamentais, e só quando não existir outros mecanismos de proteção, ou seja, o Estado só estará legitimado quando for estritamente necessária sua intervenção.

Assim explica Leonardo Yarochevsky:

Deste princípio decorre ser o direito penal um remédio sancionador extremo que, portanto, só deve ser utilizado como *ultima ratio* e quando esgotadas as formas de proteção dos bens jurídicos previstos por outros ramos do direito [...](YAROCHEWSKY, 2005, p. 137)

O princípio mencionado, com o status de princípio político do Estado Democrático de Direito, também tem como atribuição, limitar o poder legislativo, derivando assim, dois caracteres: Subsidiário e o fragmentário.

Leonardo Yarochevsky reitera na sua obra reincidência criminal a questão da reincidência quanto ao princípio da intervenção mínima:

[...] na reincidência não há ofensa nenhum bem jurídico e o reincidente é tratado com maior rigor, pela simples razão de ser reincidente, ou seja, por aquilo que é.

Assim, ao prevê o agravamento obrigatório da pena para o reincidente, bem como a restrição de uma serie de benefícios, a lei estará, alarmantemente, fazendo uma presunção *juris et de jure* de que o reincidente é mais perigoso e, portanto, merecedor de um mais severo tratamento. (YAROCHEWSKY, 2005, p. 138)

Não se admite no Direito Penal, que é comprometido com as garantias fundamentais da pessoa humana, a punição só deverá ser aplicada pelo que o agente faz e não pelo que ele é ou deixa de ser.

6.6 REINCIDÊNCIA E O PRINCÍPIO DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA

O princípio da individualização da pena é consagrado pela Constituição Federal de 1988 no seu art.5º, XLVI. Este princípio determina que a pena não deva passar da pessoa do condenado, isso quer dizer que não deve acontecer a padronização da pena, ou seja a pena varia conforme a culpabilidade, os antecedentes, à conduta social, à personalidade, o motivo e consequências do crime, precedentes dispostos também no artigo 5º da Lei nº 7.210/84 – Lei de Execuções Penais.

O princípio da individualização da pena é compreendido em três momentos: legislativo, judicial e executivo.

Também no princípio da individualização da pena Leonardo Isaac Yarochevsky relata:

Ao princípio de individualização da pena refere-se a individualização judicial, o que equivale dizer que ao aplicá-la deve o juiz considerar a pessoa, o individuo concretamente. Individualizar é particularizar, distinguir, especificar, caracterizar, diferenciar. Agravando a pena, em razão de um fato (condenação anterior), não estará o juiz definitivamente comprometido com o ser, com a pessoa, com o individuo ao qual ela se destina. É obvio, no entanto, que quando se adverte que o juiz precisa considerar a pessoa, o individuo, e que pena deve ser aplicada levando-o em consideração não se pode deixar de associar tal individuo ao fato, pois caso contrário resta configurado estar diante do já criticado direito penal do autor. (YAROCHEWSKY, 2005, p.122)

É cediço que o princípio da individualização da pena encontra-se consubstanciado no art.5º, XLVI da CF/88, entretanto, a individualização da pena não ficaria prejudicada com a exclusão do nosso ordenamento os antecedentes e a reincidência, pois diversos outros critérios para que a pena seja individualizada permanecem, e estes critérios sim possuem consonância com os ditames constitucionais, pois se ligam normalmente ao fato delitivo, ao contrário dos critérios acima mencionados, que se ligam a personalidade do agente.

6.7 REINCIDÊNCIA E O PRINCÍPIO DA CULPABILIDADE

O princípio da culpabilidade é um princípio constitucional, conhecido como princípio garantista, vai de contra a responsabilidade objetiva, ou seja,

responsabilidade pelo resultado, possui duas funções, a de fundamento da pena e a de limitador da intervenção punitiva do Estado (PALAZZO, 1989, p.52).

Palazzo complementa o raciocínio:

[...] projeta o sistema penal numa perspectiva eticizante, no centro do qual está o homem, como sujeito de responsabilidade moral, entendido, pois, em sua característica capacidade de auto-determinação, para o **mal** e para o **bem** [...] faz penetrar suas raízes constitucionais no super-ordenado princípio da intangibilidade da dignidade humana (Grifos do autor) (PALAZZO, 1989, p.52)

Na nossa carta magna o princípio da culpabilidade está implícito e abrigado a outros princípios constitucionais como, por exemplo, o princípio da dignidade da pessoa humana – art.1º, III.

Yarochewsky explana sobre a importância do princípio da culpabilidade:

Entende-se ainda que na atual concepção do direito penal, comprometido com os valores fundamentais da pessoa humana, que tem o homem como fim em si mesmo no Estado Democrático de Direito, não existe razão para negar que os princípios de um direito penal garantista estejam, de forma implícita ou explícita, assegurados na Constituição Federal Brasileira. (YAROCHEWSKY, 2005, p.110)

Faz-se necessário adentrar a verificação da compatibilidade do agravamento da pena pela reincidência diante do mencionado princípio da culpabilidade.

No direito penal moderno e atual a responsabilidade pelos fatos, seja ele comissivo ou omissivo, distancia-se completamente do modo de ser do agente, ou seja, em seu modo de ser ou em seu caráter, que denomina-se (direito penal do autor) somente podendo ser punido pela sua conduta, a punição jamais deverá ser pelo o que o agente é ou deixa de ser.

E seguindo essa linha de raciocínio, na culpabilidade pelo fato, o agente não poderá ser desconsiderado, pois não deve haver o desligamento do fato. Assim,

haverá o comprometimento verdadeiro com a dignidade da pessoa humana e com o Estado Democrático de Direito.

Entende-se então, que o direito penal do fato para estar em consonância com o direito penal moderno deve estar também comprometido com a dignidade do ser humano e com o Estado Democrático de Direito, ou seja, deve estar constituído sobre o fato do agente e não sobre o agente do fato.

O princípio da culpabilidade que é consagrado pela Constituição Federal, que descarta o Direito Penal do autor. Ademais, em razão do princípio da culpabilidade é inaceitável que seja levado em consideração na aplicação de uma pena, e para fins de agravamento uma condenação anterior.

Na reincidência não existe ligação entre o fato e o agente. Quanto ao agravamento da pena se dá em razão do caráter subjetivo do sentenciado, portanto, deve-se verificar se o agente já foi sentenciado com condenação anterior. Ou seja, o agravamento de pena pela reincidência está diretamente relacionado com o direito penal do autor, onde se tira a conclusão de que leva-se em consideração a pessoa do autor, do agente delitivo.

6.8 REINCIDÊNCIA E O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE DA PENA

Faz-se necessário primeiramente esclarecer quanto a nomenclatura do princípio da proporcionalidade, pois tanto a doutrina, quanto a jurisprudência, dão o mesmo tratamento ao princípio da razoabilidade. Sabe-se que os dois princípios trazem a mesma essência, qual seja, a de buscar um equilíbrio entre o exercício do poder e a preservação dos direitos cidadãos.

Vislumbra-se o princípio da proporcionalidade, desde a época da Lei de Talião, quando já se questionava quanto a qualidade e a quantidade da pena a ser prevista, aplicada a cada espécie de crime.

O princípio da proporcionalidade da pena atua na esfera dos direitos fundamentais, tem sua essência no Estado Democrático de Direito, que impõe a

proteção do indivíduo contra intervenções estatais, quando sua aplicabilidade é desnecessárias ou excessivas.

Entende-se que onde se constata um interesse geral, que possa se resolvido somente na esfera privada do indivíduo, esta o princípio da proporcionalidade do direito atuando.

Em relação ao Direito Penal o princípio da proporcionalidade não é expresso constitucionalmente no Brasil, porém não há que ser visto de forma excludente e sim, de forma complementar por diversas óticas, basta invocarmos o disposto no §2º do art.5º Constituição que diz: “[...]os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados[...]”.

Yarochewsky defende quanto a operação do princípio da proporcionalidade:

[...] o princípio da proporcionalidade das penas opera em duplo âmbito: no legislativo (mandato dirigido ao legislador para que as penas abstratamente cominadas sejam proporcionais à gravidade dos delitos), e no judicial (mandato dirigido aos membros do Poder Judiciário para que as penas concretamente impostas aos autores dos delitos guardam também proporcionalidade com a gravidade dos fatos no caso concreto) (YAROCHEWSKY, 2005, p.124)

Observa-se que para haver uma proporcionalidade é imprescindível que seja levado em consideração o fato praticado pelo agente, bem como que na reincidência não se leve em conta o novo delito praticado. Verifica-se também que o princípio da proporcionalidade deve ser leal aos dois momentos distintos: cominação da pena pelo legislador e aplicação da pena pelo juiz ou pelo tribunal.

Yarochewsky (2005) diz: “O fato de ser o agente reincidente não agrava em nada o delito por ele praticado e o crime, qualquer que seja não se torna mais grave, se for cometido por um reincidente”.

Ratifica assim, o entendimento de que há realmente uma agressão ao princípio da proporcionalidade devido a exacerbação da pena em razão da reincidência.

6.9 REINCIDÊNCIA E O PRINCÍPIO DO *NON BIS IN IDEM*

O princípio do *ne bis in idem* não está expressamente consagrado na nossa Constituição, porém tem sua essência no Estado Democrático de Direito, e assim, garante sua presença no arcabouço penal. Este princípio se apoia no Direito Penal principalmente do fato delituoso, deixando de lado um pouco a questão da perseguição do indivíduo (*criminoso*), ou seja, deixa de lado o Direito Penal do autor.

A característica principal do princípio do *ne bis in idem*, é que ele reza que ninguém poderá ser punido por uma mesma infração penal mais de uma vez, sua importância se amplia mais quando o assunto a dosimetria da pena, entende-se que orienta o juiz no momento do cálculo da pena. Essa compreensão é trazida pela composição do sistema trifásico, que é disposto no art. 68 do Código Penal.

Inclusive, nos dias atuais, já é pacificado pelo STF pela Súmula 241 quando expressa, que uma condenação penal transitada em julgado que se presta à caracterização da reincidência, não pode funcionar, na fase da fixação da pena-base, como maus antecedentes (JORIO, 2006)

Outra súmula que busca evitar o bis in idem é a súmula nº444/2010 STJ, que veda utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena-base, que se consolida no art. 5º, inc.LVII da CF/88, para um melhor entendimento, caso venha ocorrer procedimentos criminais instaurados, não encerrados, estes não podem aumentar a pena-base para prejudicar o réu.

O surgimento do princípio *ne bis in idem*, conforme Villalba(1998), para a maioria da doutrina está no direito romano, originário do instituto da coisa julgada, detectado na fase do *litis contestatio*. Já para a doutrina minoritária o princípio *ne bis in idem* teve seu surgimento no direito grego, no período da *Retórica do Áticos* .

Seguindo a linha de raciocínio da doutrina majoritária, onde afirma que o princípio *ne bis in idem*, surgiu no direito romano, há relatos que afirmam que a consagração do princípio em comento ocorreu no direito romano imperial, na *Lex Repetundarum*, época marcante, pois aqui, nessa época, ficou determinado que a

sentença finalizava o processo, e não se admitia nova ação pelos mesmos fatos. Vale salientar, que nessa época, o procedimento *Repetundem* não alcançava a esfera penal, sendo eminentemente civil.

O princípio *ne bis in idem*, se manteve originalmente, até o surgimento do novo modelo de processo: o inquisitivo, que aconteceu após a queda do Império Romano. No período inquisitivo o princípio *ne bis in idem* não teve eficácia prática, pois no sistema inquisitivo, uma das suas características mais importantes era a busca da verdade material, nesse caso, o juiz fundamentava sua decisão em sua própria investigação e não só, em fatos imputados, caso não houvesse provas suficientes, o processo era finalizado, ou seja, provisoriamente absolvía-se na instância, admitia-se na dúvida, reabrir uma nova investigação pelo mesmo fato, caso surgisse, novos elementos. Entende-se que aqui ocorria uma mitigação do princípio *ne bis in idem*.

O princípio *ne bis in idem* só voltou a ter relevância com o advento da Revolução Francesa, quando as sentenças penais deixaram de ter validade parcial, consolidado constitucionalmente, no art.9º, da Constituição Francesa de 1791, em respeito a coisa julgada. Reconhecido também pelos Códigos *Code des d'etis et des peines* e *Code d'Instruction Criminelle* de 1808. Outro fato marcante foi em 1887, foi também o reconhecimento do princípio *ne bis in idem* pela Constituição dos Estados Unidos da América através da 5ª Emenda, que dispõe que ninguém será julgado duas vezes pela mesma ofensa.

Vale salientar que foi a partir do século XX que o princípio *ne bis in idem*, os países, progressivamente, incorporaram aos seus textos legislativos, vê-se aqui a garantia internacional.

Exemplo é o Direito Português, que dispõe do princípio *ne bis in idem*, no seu art.29, 5, da Constituição da República Portuguesa: "Ninguém pode ser julgado mais do que mais vez pela prática do mesmo crime".

Canotilho expressa sobre o princípio *ne bis in idem*:

Como direito subjectivo fundamental garante ao cidadão o direito de não ser julgado mais de uma vez pelo mesmo facto, conferindo-lhe, ao mesmo

tempo, a possibilidade de se defender, contra actos estatais violadores deste direito... A constituição proíbe rigorosamente o duplo julgamento e não a dupla penalização, mas parece obvio que a proibição do duplo julgamento pretende evitar a aplicação renovada de sanções jurídico-penais pela prática do mesmo crime (CANOTILHO, 1999, p.222).

Adentrado ao Estado Democrático de Direito, não podemos deixar de citar que o nosso legislador no ano de 1992 ratificou dois tratados importantes o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e a Convenção Americana Sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica).

Diante do comprometimento do legislador brasileiro devemos entender que deve ser atribuído ao princípio *ne bis in idem*, uma hierarquia especial e diferenciada, de norma constitucional ou no mínimo supralegal, e essa interpretação não é ousada, e sim real, quando remontamos aos direitos basilares do homem como também ao disposto no §2º do art.5º, da CF/88, o qual entre o seu rol estão os direitos e garantias protegidos constitucionalmente oriundos de tratados internacionais. Assim, entende-se que a nossa Carta Magna consagrou de forma imediata os tratados internacionais que versam sobre direitos humanos em que a Republica Federativa do Brasil seja parte conforme artigo e parágrafo supracitado.

Flavia Piovesan(2013) ratifica seu entendimento na sua obra Direitos Humanos e Direito Constitucional Internacional onde ela aduz:

Assim, a novidade do art. 5º (2) da Constituição de 1988 consiste no acréscimo, por proposta que avancei, ao elenco dos direitos constitucionalmente consagrados, dos direitos e garantias expressos em tratados internacionais sobre proteção internacional dos direitos humanos em que o Brasil é parte. Observe-se que os direitos se fazem acompanhar necessariamente das garantias. É alentador que as conquistas do Direito Internacional em favor da proteção do ser humano venham a projetar-se no Direito Constitucional, enriquecendo-o, e demonstrando que a busca de proteção cada vez mais eficaz da pessoa humana encontra guarida nas raízes do pensamento tanto internacionalista quanto constitucionalista. (PIOVESAN, 2013, p.131)

O princípio *ne bis in idem* é uma garantia constitucional, além de ser um direito fundamental da defesa, no direito penal e no processo penal brasileiro. Esse reconhecimento vem em decorrência do desenvolvimento das relações jurídicas,

bem como aos direitos fundamentais do homem. Vê-se claramente, uma ampliação do princípio em comento, tomando assim, dois sentidos:

- a) Processual, inadmissibilidade de múltipla persecução penal, simultânea ou sucessivamente, pelos mesmos fatos, vinculando-se à garantia constitucional da coisa julgada;
- b) Material, limites jurídico-constitucionais da acumulação de sanções penais e administrativas pelos mesmos fatos e mesmos fundamentos, ainda que impostos em ordens sancionadoras diversas.

Sendo assim, o STF, conforme Luiz Flávio Gomes (2013), errou ao julgar a reincidência como constitucional no Recurso Extraordinário - RE 453.000, pois contrariou a própria jurisprudência do Pretório Excelso que já confirmou o status supralegal dos tratados de direitos humanos, conforme se depreendeu da análise da decisão do Recurso Extraordinário 466.343/2008.

Além da Suprema Corte brasileira contrariar o art. 14.7 do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, o art. 8º.4 do Pacto de São José da Costa Rica, também contrariou a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos, que já decidiu (Caso Fermín Ramírez contra Guatemala, sentença de 20.06.2005) que a reincidência é instituto contrário aos preceitos instituídos pela Convenção Americana sobre Direitos Humanos, possibilitando assim, talvez um futura demanda contra o Brasil na CIDH na questão atinente a reincidência criminal, podendo o Brasil sofrer algumas sanções como sofreu no caso Caso Damião Ximenes Lopes.

Constatamos assim que o poder estatal pode reagir, apenas uma vez, pelos mesmos fatos e mesmos fundamentos.

Quanto a reincidência não se sustentam os argumentos que disponibilize a recidiva como fundamento que ludibrie a objeção fundada no fato de a gravação da pena pela reincidência violar o princípio do *ne bis in idem*.

7 REINCIDÊNCIA NO BRASIL E NO DIREITO COMPARADO

No Brasil a reincidência foi sempre tratada como circunstância de agravamento de pena, porém verifica-se que observância veio através do Livro V das Ordenações Filipinas, pois tempo depois influenciou o direito penal brasileiro, em alguns crimes a pena era aumentada para os criminosos que reiterassem na mesma conduta delituosa, tratava-se de reincidência específica, só aplicava-se para a mesma conduta delituosa tinha apenas uma característica atípica, não era necessário condenação anterior definitiva.

Com a Independência do Brasil, o Livro V das Ordenações Filipinas fora substituído pelo Constituição do Imperial de 1824. Que trouxe valores humanistas, bem como vislumbrou a necessidade de um Código Penal, sendo então, promulgado em 1930 o Código Criminal do Império de 1830. Vale salientar que à época o Código Criminal em comento foi elogiado e serviu para orientar Códigos de outros países. Porém no que diz respeito à reincidência, tratou-a de forma imperfeita, pois dispunha ainda a configuração da reincidência por crimes da mesma natureza, assim como circunstância agravante, não tendo lapso temporal, ou seja, não era exigido a condenação definitiva. Outro aspecto negativo foi a determinação da conceituação referente a crimes na mesma natureza, criando uma certa confusão da área jurídica, principalmente para os operadores do direito.

O fim da escravatura em 1888 e a Proclamação da República em 1889 houve a necessidade de mudanças no Instituto Penal. Foi promulgado então o novo Código Penal que tratou da reincidência dispendo:

Art.39 – São circunstância agravante:

[...]

§19 –Ter o delinquente reincidido.

Art.40 – A reincidência verifica-se quando o criminoso, depois de passado em julgado sentença condenatória, comete outro crime da mesma natureza e como tal entende-se, para os efeitos da lei penal, o que consiste na violação do mesmo artigo.

Percebe-se o quanto inovou em relação ao Código anterior, essa inovação consiste em introduzir a sentença anterior transitada em julgado para a configuração da reincidência. Houve também uma limitação, pois para a

configuração da reincidência teria que conduta delituosa esta ligada aos crimes que o mesmo artigo trazia. Entende-se aqui que há uma inviabilização da sua aplicação. Ainda no Código Penal de 1890 verifica-se que houve descaracterização da reincidência, transformando a reincidência de circunstância agravante da pena para qualificadora no crime de homicídio.

Algumas décadas já passadas reconheceu que com a promulgação de muitas leis especiais que complementaram o Código Penal de 1890, situação que criou muita confusão e dificuldade para consultar, assim passou a vigorar a Consolidação das Leis Penais de 1932.

A partir do ano de 1940 passou a vigorar o Código Penal de 1940, revogando a Consolidação das Leis Penais.

No Código Penal de 1940 a reincidência teve enfim a atenção merecida, pois tinha na reincidência um problema sério e que necessita de combate, sendo um dos objetivos do Código Penal. Também aqui a reincidência foi introduzida como circunstância agravante da pena, disposto no art.44, inciso I. A conceituação da reincidência veio no art. 46, nos §1º e §2º traz as reincidências genérica e específica, sendo a primeira tratada com mais severidade devido a previsão do art.47. Vale ressaltar que não trouxe restrições em espécie de crimes praticados.

Em 1941 foi promulgada a Lei de Contravenções Penais que dispôs em seu art.7º a reincidência criminal nos casos em que o sujeito pratica contravenção penal após transitado em julgado da sentença condenatória. Porém sua conjugação com o Código Penal acarreta a inexistência da reincidência nos casos em que o sujeito pratica uma contravenção penal depois um crime, assim o código penal exige que seja praticado anteriormente um crime e não contravenção penal.

O Código Penal de 1940 foi substituído pelo Código Penal de 1969 que manteve a mesma conceituação do código de 1940 em seu art.56, inc. I, bem como trouxe a reincidência como circunstancia de agravamento de pena. O código penal de 1969 retirou das espécies de reincidência genérica e específica. O §1º do art. 57 do código em comento trouxe a cessação dos efeitos da reincidência após cinco anos do cumprimento ou extinção da pena ou outro crime.

Passado anos sem nenhuma alteração, em 1977 veio a Lei 6.416/77, já em 1984 veio a reforma penal, em 1990 a Lei nº8.072, em 1998 a Lei nº 9714 e por fim em 2000 o projeto da reforma penal que esta parado desde 2003.

A reincidência é reconhecida em vários ordenamentos jurídicos acompanhando os tempos modernos, porém nem todos os países dão o mesmo tratamento que o Brasil, uns com maior rigor. A verificação do tratamento da reincidência em outros países é de suma importância para que haja uma constatação das diversidades e os parâmetros que envolvem o tema, além de detectar os requisitos que podem ser utilizados para evolução da nossa lei penal.

A Espanha trata apenas da reincidência específica prevista no Código Penal no seu art. 22º, “8ª”, traz a reincidência como circunstância de agravamento de pena, porém os crimes devem constar no mesmo título e devem possuir a mesma natureza.

José Cerezo Mir diz que:

Que a combinação do critério formal (mesmo título do Código Penal) com a material (mesma natureza) pode levar à situação de que crimes da mesma natureza, previstos em leis especiais, não gerarem reincidência se essa lei não previr expressamente essa hipótese (MIR, 2008,p.888)

Assim como na nossa legislação penal, o Código Penal da Espanha também não adotou a exigência do cumprimento total ou parcial da condenação anterior, bem como assim como é no Brasil a reincidência não é perpetua.

Na França também assim como o Brasil não exige o cumprimento da condenação anterior, também não exige que os crimes sejam da mesma espécie para o seu reconhecimento. Diferente do Brasil a legislação francesa prevê aumentos diferentes para os reincidentes, conforme a pena privativa de liberdade no primeiro crime e a pena máxima aplicada a segunda infração penal, sendo que nos crimes mais graves é aplicada a perpetuidade dos efeitos da condenação anterior para efeito de reincidência, no caso da precedência de um crime igual ou superior a dez anos e o crime posterior tiver a pena a partir de 15 anos a lei da França não prevê cessação.

Na Itália reincidência é tratada com maior rigor que no Brasil, no Código Rocco como é chamado, não é necessário assim como no Brasil, não é necessário o cumprimento total e parcial da pena imposta no crime anterior. No aspecto mais rigoroso o Código Italiano é dado ao reincidente o tratamento de perpetuidade nos efeitos da condenação anterior para sua configuração. Além de adotar três formas de reincidência: simples, agravada e reiterada. A simples ocorre quando há prática de novo crime depois de ter sofrido condenação definitiva, acarretando aumento de até um sexto na pena posterior, não prevendo limite temporal. Já na reincidência agravada só se configura quando ocorrer o cometimento de novo crime da mesma espécie, bem como se o novo crime acontecer durante ou depois da execução da primeira pena imposta. Sendo o aumento de um terço, caso ocorra duas ou mais circunstancia pode chegar até a metade de aumento. Na reiterada acontece quando novo crime pelo individuo que já é qualificado como reincidente, ou seja, recidiva múltipla. Aumenta a pena até a metade se for constatado reincidência simples, nos casos da reincidência agravada a pena pode ser aumentada até dois terços, ou um a dois terços no caso de se tratar de reincidência em período de execução ou fuga.

Em Portugal o código penal é mais restrito do que o nosso, pois só prevê a reincidência quando cometido crimes dolosos p unidos com pena de prisão superior a seis meses, desde que seja condenado por crime anterior. Adota também o Código Português o critério de temporariedade dos efeitos da condenação anterior, se decorrido cinco anos entre os crimes anterior e posterior, não configurará reincidência. Prevê também aumento de um terço no limite mínimo da pena aplicável.

Na Argentina o Código Penal prevê que a reincidência real, para a sua configuração deve haver o cometimento de novo crime, passível de prisão, devendo ser cumprido total ou parcial, pena privativa de liberdade. Se for aplicada pena de multa não configurará reincidência. O Código Argentino prevê também a temporariedade, onde respeita o limite de cinco anos e máximo de dez anos. Caso haja reincidência múltipla, é adotado o sistema de duplo binário.

O Uruguai prevê no seu Código Penal a reincidência como circunstancia agravante da pena, adota como o Brasil o prazo de cessação de cinco anos para os

efeitos da reincidência. Adota também a reincidência ficta, sem si importa se o criminoso cumpriu ou não a pena imposta pela condenação anterior.

A Colômbia não adota a reincidência no seu ordenamento penal, também não há consequências gravosas para quem pratica uma nova infração penal. Desde 1980 o instituto da reincidência foi abolido da lei penal colombiana.

A Cuba prevê no seu Código penal a reincidência, para quem praticou crime doloso e prática outro crime. O critério é da reincidência própria, ao contrário da do Brasil que é ficta. Existe em cuba duas diferenciação de reincidência: simples e a multireincidente. Acolhe também a reincidência genérica e específica.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

É sabido que o crime tornou-se uma constante preocupação para a sociedade. Ainda mais quando há o retorno a ilicitude, a problemática é de maior dificuldade de solucionar, situação enfrentada pela sociedade moderna.

A reincidência criminal tem sua origem no Direito Romano. No Brasil sabe-se que sua origem veio das Ordenações Filipinas. A reincidência fora reconhecida em todos os nossos Códigos Penais, porém teve requisitos diferenciados em cada um dos Códigos, sofrendo alterações por duas vezes através da Lei nº 6416/77 e da Lei nº7209/84.

Há para a reincidência criminal uma previsão legal de acordo com cada país, onde se apresenta com requisitos e características próprias. No Código Penal brasileiro está disposto no art.63.

No Brasil a reincidência é classificada como ficta e genérica, bem como é reconhecida a reincidência internacional, além de seus efeitos temporários, podendo em outros países também ter classificação real e específica, não podendo ter efeitos sem determinação temporal. É importante observar que os efeitos da reincidência não se limita só na agravação da pena do réu, mais também no aumento de prazo na prescrição da pretensão executória, na aplicação mais severa do regime prisional, na negação de benefícios do réu.

A reincidência está disposta no art.61, I do Código Penal brasileiro como a primeira circunstancia agravante da pena. Os pressupostos da reincidência são uma nova infração penal e o transitado em julgado de sentença penal condenatória, sendo indispensável a prova documental.

Há desde 2000 um Projeto de Lei nº 3472 que traz alterações importantes para a reincidência, retirando da circunstancia agravante obrigatória da pena, colocando-a no rol das circunstancia judiciais, dando ao juiz o poder de reconhecer ou não a reincidência. Este projeto está parado desde 2003.

No Direito Comparado a reincidência determina circunstancia gravosas tanto no Direito Penal, quanto no Direito Processual Penal. Vale salientar que é só na Colômbia que não se reconhece o instituto da reincidência.

Diante dos princípios constitucionais da culpabilidade, proporcionalidade da pena, individualização da pena e o princípio do *non bis in idem*, é plausível o questionamento a aplicação do aumento obrigatório da pena. Pois não justifica a aplicação do agravamento da sanção penal pela personalidade do autor.

Propõe-se que a reincidência seja excluída do nosso ordenamento, não sendo possível, que seja aplicada facultativamente, bem como só incida se as infrações perpetradas forem apenadas com pena privativa de liberdade, que os crimes culposos não sejam reconhecidos para a ocorrência da reincidência, que seja admitida prazos diferenciados para seu término conforme a pena imposta e por fim seja legalmente estipulado percentual para o aumento da sanção penal.

É visível a falta de apoio tanto da sociedade como do Estado ao egresso para que aconteça efetivamente a reinserção social, retornando e sendo aceito o indivíduo ao convívio social, experimentando da liberdade e recomeçando sua nova vida honestamente, sem sofrer preconceitos.

REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.
- ARAÚJO, Fábio Roque. *O princípio da proporcionalidade referido ao legislador penal*. Dissertação de mestrado apresentada em 2009.
- ARMENGOL Y CORNET, Pedro. *La reincidência*. Pamplona, Espanha: Analecta Editorial, 2002.
- BACIGALUPO, Enrique. *Manual de derecho penal: parte general*. 3ª reimpressão. Bogotá, Colômbia: Editorial Temis, 1996.
- BATARRITA, Adela Asua. *La reincidência: Su evolución legal, doctrinal y jurisprudencial em los códigos penales españoles del siglo XIX*. Bilbao: Editora Universidad de Deusto, 1982.
- BECCARIA, Cesare. *Dos Delitos e das Penas*. Tradutor(es): Lúcia Guidicini e Alessandro Herti Contessa. São Paulo: WMF Martins Fontes, 1997.
- BENTHAM, Jeremy. *El Panóptico*. Ediciones de la Piqueta: Madrid, 1979
- BICUDO, Tatiana Viggiani. *Por que punir? – teoria geral da pena*. São Paulo: Saraiva, 2010.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal: parte geral volume I*, 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003.
- BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. Brasília: Editora UnB, 1982.
- BOSCHI, José Antonio Paganella. *Das penas e seus critérios de aplicação*. 4 ed. rev. Atual. - Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2006.
- BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de Direito Constitucional*. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1999.
- CASADO FILHO, Napoleão. *Direitos Humanos e Fundamentais*. (Coleção Saberes do Direito : 57). São Paulo: Saraiva, 2012.
- CAPEZ, Fernando. *Curso de direito penal, volume 1: parte geral(arts. 1º a 120)*. 10ª ed. ver. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006.
- CEBALLOS, Elena B. Marins de Espinosa. *La reincidencia: Tratamiento dogmático y alternativas político criminales*. Granada (España): Editorial Comares, 1999.

CERNICCHIARO, Luiz Vicente; COSTA JR., Paulo José da. *Direito penal na Constituição*. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

COELHO, Yuri Carneiro. *Introdução ao Direito Penal: conceito, teorias da pena, direito penal constitucional, hermenêutica, aplicação da lei penal*. Salvador: Editora Jus Podivm, 2009.

CONDE, Francisco Muñoz. *Introducción al derecho penal*. 2ª ed. Buenos Aires, Argentina: Editorial B de F, 2001.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Curso de Direito Constitucional*. 7ª ed. rev., amp e atual. Salvador: Editora Juspodivm, 2013.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

EL HIRECHE, Gamil Föppel. *A função da pena na visão de Claus Roxin*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2004

FERNÁNDEZ, Antonia Monge. *La circunstancia agravante de reincidência desde los fundamentos y fines de la pena*. Barcelona: Editora Bosch, 2009.

FERNÁNDEZ, Enrique Agudo. *Principio de culpabilidad y reincidencia em el Derecho español*. Tesis doctoral apresentada em 2005. Capturada em 11 de abril de 2010 <http://digibug.ugr.es/bitstream/10481/605/1/15463266.pdf>.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: teoria do garantismo penal*. 2ª ed. rev. e ampl. Tradução: Ana Paula Zomer Sica, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares, Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Editora RT, 2006.

FEUERBACH, Paul Johann Anselm Ritter Von. *Tratado de Derecho Penal. Criminalistas perenes*. Buenos Aires: Editorial Hamurabi, 1989.

GARCÍA, Luis M. *Reincidencia y punibilidad: Aspectos constitucionales y dogmática penal desde la teoría de la pena*. Buenos Aires (Argentina): Editorial Astrea, 1992.

GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal, vol. I: parte geral (arts. 1º a 120)*. 12ª ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Impetus, 2007.

GOMES, Luiz Flávio. *Estado constitucional de direito e a nova pirâmide jurídica* / Luiz Flávio Gomes. – São Paulo: Premier Máxima, 2008. – (Coleção de direito e ciências afins; v.1 / direção Luiz Flávio Gomes e Alice Bianchini)

----- . *Reincidência como agravante da pena: STF ignora jurisprudência da corte interamericana* (2013). Disponível em: <http://professorlfg.jusbrasil.com.br/artigos/121931572/reincidencia-como-agravante-da-pena-stf-ignora-jurisprudencia-da-corte-interamericana>. Acesso em: 21 de dez. 2013.

HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. *Princípios da Filosofia do Direito*. Tradução: Orlando Vitorino. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. *Direito Penal do Inimigo: noções e críticas*. 4ª ed. atual e ampl. Tradução: André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

JORIO, Israel Domingos. *Princípio do "non bis in idem": uma releitura à luz do direito penal constitucionalizado*. In: Jus Navigandi. Teresina, ano 10, n. 1161. 5 set. 2006.

KANT, Immanuel. *A metafísica dos costumes: A doutrina do Direito e a doutrina da Virtude*. Tradução: Edson Bini. Bauru: EDIPRO, 2003.

LAFER, Celso. *A Reconstrução dos Direitos Humanos*. São Paulo: Companhia das Letras, 1988.

LEÓN VILLALBA, Francisco Javier. *Acumulación de Sanciones Penales y Administrativas*. Sentido y alcance del principio ne bis in idem. Barcelona: Bosch, 1998.

LERMA, Cristina Guisasola. *Reincidencia y Delinquencia Habitual*. Valencia, Espanha : Tirant lo Blanch, 2008.

MARQUES. José Frederico. *Curso de Direito Penal – v. III*. São Paulo: Saraiva, 1956.

MARQUES, Oswaldo Henrique Duek. *Fundamentos da pena*. 2ª ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2008. – (justiça e direito)

MENDES, Gilmas; COELHO, Inocêncio Mártires; e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 4ª ed, rev e atual. São Paulo: Saraiva, 2009.

MIR, José Cerezo. *Derecho penal: parte general*. Montevideo: J.C. Faira, 2008.

MONTT, Mario Garrido. *Derecho Penal: parte general, tomo I*. Santiago, Chile: Editorial Jurídica de Cjile, 2001.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Individualização da pena*. 2ª. ed. rev. atual, ampl. São Paulo: RT, 2007.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de direito penal*. 7ªed. São Paulo: RT, 2011.

NUÑEZ, Ricardo C. *Manual de derecho penal: parte general*. 4ª ed. actual. Córdoba, Argentina: Marcos Lerner Editora Córdoba, 1999.

PAULA, Aúreo Natal de Paula. *Efeitos da reincidência de acordo com a doutrina* (2003). Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/4009/efeitos-da-reincidencia-de-acordo-com-a-doutrina/2>. Acesso em :19 de ago. 2013.

PALAZZO, Francesco C. *Valores Constitucionais e Direito Penal*. Trad. Gérson Pereira dos Santos. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1989.

PEREZ LUÑO, Antonio E. *Los Derechos Fundamentales*. 9ª ed. Madrid: Tecnos, 2007.

PRADO, Leandro Cadenas. *Resumo de direito penal*, parte geral. 4. ed., rev. e atual. Niterói, RJ: Impetus, 2010.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o direito constitucional internacional*. 14 ed., rev e atual. São Paulo: Saraiva, 2013.

QUEIROZ, Paulo. *Direito Penal: parte geral*. 3ª ed. rev. e aum. São Paulo: Saraiva, 2006.

RODRIGUES, Maria Stella Villela Souto Lopes. *ABC do Direito Penal*. 13ª ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Do Contrato Social*. São Paulo: Martin Claret, 2006.

ROXIN, Claus. *Derecho Penal: Parte General*, tomo I. Traducción y notas: Diego – Manuel Luzón Pena, et. al. 2 ed. Madrid: Editorial Civitas, 1997

SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito Penal: Parte Geral*. 3 ed. Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2008.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 9. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. 4ª ed, rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006.

VALLEJO FUSTER, Blanca Martínez de. “*Los Derechos Fundamentales: del análisis del carácter fundamental de los derechos humanos a la distinción conceptual*”. En : *Derechos Humanos: concepto, fundamento, sujetos*. Jesús Ballestros (coord.). Madrid : Tecnos, 1992.

VON LISZT, Franz. *La idea de fin en el derecho penal*. Ciudad Universitaria: Instituto de investigaciones jurídicas, 1994.

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

ZAFFARONI, Eugênio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual De Direito Penal Brasileiro: Parte Geral*. São Paulo: RT, 2009.