



Fundação Educacional do Município de Assis
Instituto Municipal de Ensino Superior de Assis
Campus "José Santilli Sobrinho"

THIAGO GONÇALVES BERGAMASCO FERRARI

**A REINCIDÊNCIA E O *NE BIS IN IDEM* NO DIREITO PENAL
BRASILEIRO**

ASSIS – SP

2011

THIAGO GONÇALVES BERGAMASCO FERRARI

**A REINCIDÊNCIA E O *NE BIS IN IDEM* NO DIREITO PENAL
BRASILEIRO**

Trabalho de Conclusão de Curso, apresentado ao
Instituto Municipal de Ensino Superior de Assis,
como requisito do Curso de Graduação.

Orientador: Prof.Mse. Cláudio José Palma Sanchez
Área de Concentração: Direito Penal

Assis - SP

2011

FICHA CATALOGRÁFICA

BERGAMASCO FERRARI, Thiago Gonçalves
A reincidência e o *ne bis in idem* no direito penal
brasileiro/Thiago Gonçalves Bergamasco Ferrari.
Fundação Educacional do Município de Assis- -
Assis,2011.
40 p.

Orientador: Prof.Me. Cláudio José Palma Sanchez
Trabalho de Conclusão de Curso - Instituto
Municipal de Ensino Superior de Assis

1.Reincidência. 2. *Ne bis in idem*.

CDD:340
Biblioteca da FEMA

A REINCIDÊNCIA E O *NE BIS IN IDEM* NO DIREITO PENAL BRASILEIRO

THIAGO GONÇALVES BERGAMASCO FERRARI

Trabalho de Conclusão de Curso, apresentado ao
Instituto Municipal de Ensino Superior de Assis,
analisado pela seguinte comissão examinadora:

Orientador: Prof.Mse. Cláudio José Palma Sacherz

Analizador:_____

Assis - SP

2011

DEDICATÓRIA

Dedico este trabalho a meus avós Getulio Bergamasco (in memoriam) e Lourdes G. Bergamasco, pela batalha travada e a vitória alcançada, por todo amor e carinho que nunca me faltou. Sei que as lágrimas fizeram parte do meu caminho, mas sempre irei me lembrar que as lágrimas de vocês regaram os frutos que colherei na minha jornada.

AGRADECIMENTOS

Agradeço a toda minha família e em especial, a minha tia Ana Ferrari, por patrocinar meus estudos e acreditar em mim.

A todos os professores, ao meu orientador e amigo Claudio Sanchez e a meus amigos de sala.

Meus sinceros agradecimentos.

RESUMO

Norteados pelo espírito dinâmico do direito e à luz da melhor doutrina e jurisprudência afirmamos ser o escopo do presente trabalho a análise, debate e conclusão sobre a possibilidade de majoração da pena em virtude da reincidência, bem como de seus efeitos para o Direito penal brasileiro.

Na busca por tal fim, o estudo inicia-se pela abordagem ao princípio do *ne bis in idem*, estabelecendo seu conceito, características e natureza jurídica perante nosso ordenamento.

Em um segundo momento, aprecia-se o princípio da individualização da pena, seu conceito, previsão constitucional, momentos de aplicabilidade e posicionamento dos tribunais na sua aplicação.

Posteriormente, pondera-se sobre o instituto da reincidência, analisando seu conceito, previsão legal, natureza jurídica, espécies, período depurador, a situação dos crimes militares próprios e políticos, bem como, seus efeitos para o direito penal e processual penal.

Por fim, procedeu-se o estudo específico do conflito pregado pela doutrina entre o instituto da reincidência e o princípio do *ne bis in idem*. Pois como se pondera, haveria ofensa a constituição a aplicação da majorante trazida pela reincidência. No entanto, estudaremos com afinco, a sua constitucionalidade, respaldada pelo princípio da individualização da pena. Chegando a conclusão de que, não há qualquer tipo de inconstitucionalidade em sua aplicação.

PALAVRAS-CHAVE: reincidência. *bis in idem*. Individualização da pena.

ABSTRACT

Guided by the dynamic spirit of the law and in the light of doctrine and jurisprudence best claim to be the scope of the present analysis, discussion and conclusion on the possibility to increase the sentence because of recurrence, as well as its effects on the Brazilian criminal law.

In pursuit of this end, the study begins by addressing the principle of *ne bis in idem*, establishing the concept, features and nature before our legal order.

In a second moment, appreciate the principle of individualization of punishment, its concept, constitutional provision, moments of applicability and positioning of the courts in their application.

Later he stood on the institution of recurrence by analyzing the concept, legal provision, legal status, species, time debugger, the situation of their own military and political crimes, as well as its effects on criminal law and criminal procedure.

Finally, we proceeded to the specific study of the conflict between the doctrine preached by the Institute of recurrence and the principle of *ne bis in idem*. For as one ponders, there would be an offense against the application of the constitution brought by upper bound recurrence. However, study hard, its constitutionality, backed by the principle of individualization of punishment. Coming to the conclusion that there is any kind of unconstitutionality in its application.

KEY WORDS: recidivism. *bis in idem*. Individualization of punishment.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	11
2. PRINCÍPIO DO NE BIS IN IDEM	13
2.1. SUPRALEGALIDADE.....	14
3. PRINCÍPIO DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA.....	17
3.1. MOMENTOS DA APLICABILIDADE	18
4. REINCIDÊNCIA	23
4.1. ESPÉCIES DE REINCIDÊNCIA.....	25
4.2. PERÍODO DEPURADOR.....	25
4.3. CONDENAÇÃO ANTERIOR POR CRIME MILITAR PRÓPRIO OU POLÍTICO	27
4.4. EFEITOS DA REINCIDÊNCIA	28
5. REINCIDÊNCIA E O NE BIS IN IDEM.....	30
6. CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	38
REFERÊNCIAS.....	40

1. INTRODUÇÃO

Este trabalho de pesquisa monográfico pretende discutir a constitucionalidade da aplicabilidade da majoração da pena em virtude do reconhecimento da reincidência no Direito Brasileiro, recepcionado pelo Código Penal pátrio e por decisões dos tribunais, como: Supremo Tribunal Federal, contrariando corrente doutrinária que advoga a tese de que a reincidência, como causa obrigatória de agravamento de pena, apresenta ofensa ao princípio do *ne bis in idem* e, conseqüentemente, seria inconstitucional.

No segundo capítulo proceder-se-á ao estudo do princípio do *ne bis in idem*, verificando sua essência, conceito e função no Direito Penal, como: vedação a dupla punição de um crime e no momento da dosimetria da pena como impedimento de se utilizar o mesmo fato em circunstâncias diferentes. Veremos também, o seu significado penal material e processual, como nos ensina Damásio. Posteriormente, apresentaremos sua característica no ordenamento pátrio em virtude de estar positivado no Pacto de São José da Costa Rica, e não na Constituição da República de 1988, apresentando posicionamento do Supremo Tribunal Federal afeto ao tema e doutrinário.

O capítulo terceiro será destinado a discussões acerca do princípio constitucional da individualização da pena, previsto explicitamente no inciso: XLVI, artigo 5º do Texto Magno brasileiro. Estudaremos seu conceito e utilidade fundamental para o direito penal, abordando pareceres doutrinários e órgãos colegiados, bem como suas fases de aplicação. Sendo a primeira delas, a fase legislativa: no momento em que o legislador descreve o tipo penal e firma suas sanções; posteriormente, passamos a fase judicial: onde é efetivada pelo juiz, com uma certa discricionariedade, no momento da dosimetria da pena. No prisma judicial, encontraremos as quatro repartições apresentadas pela doutrina. E por derradeiro, a etapa executória ou administrativa: consistente no momento de cumprimento da reprimenda.

Passaremos no capítulo quarto deste trabalho ao estudo do instituto da reincidência, sendo esta, na legislação penal pátria causa agravante obrigatória

de pena, como dispõe os artigos 61, inciso I e 63 do Código Penal brasileiro. Abordaremos seu significado semântico e jurídico, seus requisitos para que se configure como tal, suas espécies, sendo: real, ficta, genérica e específica. Ainda tratando da reincidência, discorreremos sobre o prazo chamado de: período depurador; as condenações anteriores por crime político e militar próprio e, por último, sobre seus efeitos.

No final, pretende-se expor os dois posicionamentos doutrinários em relação ao agravamento da pena causado pela configuração de reincidência, em que de um lado é apresentada a tese de que a majoração da pena em razão da reincidência é inconstitucional por ofender o princípio do *ne bis in idem* amparado pelo princípio constitucional da legalidade, pregando que o agente estaria sendo punido duas vezes pelo mesmo fato, uma vez que o delito anterior surtiria efeitos jurídicos na nova condenação agravando obrigatoriamente a pena e, de outro lado, parte da doutrina que afirma não haver ofensa alguma a Constituição e a garantia do *ne bis in idem*, pois o agravamento da pena se dá em virtude de um fato autônomo e independente do anterior e tem seu fundamento no princípio da individualização da pena. Veremos o posicionamento adotado pelos Tribunais brasileiros e ao final defenderemos nossa tese chegando a uma conclusão.

2. PRINCÍPIO DO *NE BIS IN IDEM*

Bis in idem constitui a ocorrência de dois atos sobre uma mesma coisa, do latim: duas vezes a mesma coisa, repetição, traduzindo-se no direito penal como a proibição da dupla valoração fática, em que uma pessoa não pode ser punida duas vezes pelo mesmo fato.

Nos dizeres de André Estefam (2010, p. 122) “o princípio do *ne bis in idem* veda a dupla incriminação. Por isso, ninguém pode ser processado ou condenado mais de uma vez pelo mesmo fato”. Além de proibir a dupla valoração fática, também veda que haja a subsunção a mais de uma norma penal incriminadora o mesmo fato concreto, desta forma, por exemplo, num homicídio cuja vítima é morta por três disparos de arma de fogo num só contexto, sendo o último deles o causador do óbito, não se pode falar em dois crimes de lesão corporal e um homicídio, mas unicamente em homicídio.

Finalmente, no momento da dosimetria da pena, o referido princípio do *ne bis in idem*, impede que o mesmo fato seja levado em consideração por mais de uma vez, seja para agravar ou beneficiar a sanção imposta pelo magistrado, desta forma, como exemplo, em se tratando de ser o réu reincidente, esta não poderá ser levada em consideração como circunstância agravante e ao mesmo tempo como maus antecedentes, como disciplina a Súmula 241 do Superior Tribunal de Justiça: “a reincidência penal não pode ser considerada como circunstância agravante e, simultaneamente, como circunstância judicial.”

Doutrinariamente, sobre o mesmo posicionamento, podemos citar Fernando Capez (2008, p. 479) “a mesma condenação não pode ser utilizada para gerar reincidência e maus antecedentes, podendo assumir, portanto, somente a primeira função (gerar reincidência).”

O jurista Damásio Evangelista de Jesus (2008), estabelece um duplo significado ao *ne bis in idem*, sendo:

- 1) Penal material: onde ninguém possa ser apenado mais de uma vez em virtude do mesmo crime;

2) Processual: sendo vetada a possibilidade de alguém ser processado e julgado duas vezes tendo-se em vista o mesmo delito.

O princípio de *Non Bis in Idem* ou *Ne Bis in Idem* embora não esteja explicitamente em nossa Constituição Federal de 1988, encontra respaldo no princípio da legalidade e está positivado no Pacto de São José da Costa Rica ou Convenção Americana de Direitos Humanos, em seu artigo 8º, parágrafo 12º : “O acusado absolvido por sentença passada em julgado não poderá ser submetido a novo processo pelos mesmos fatos.”

No entanto, constitui conceito subjetivo presente em qualquer ordenamento jurídico de um Estado Democrático de Direito, sendo, pois uma de suas pilastras e corroborando ao garantismo constitucional.

2.1. SUPRALEGALIDADE

Em decorrência de o Brasil ter ratificado o tratado internacional: Pacto de São José da Costa Rica, suas disposições passam a ser utilizadas no ordenamento interno do país. Vejamos o que diz Tércio Sampaio Ferraz Junior (2003,p.214):

Os tratados são fontes cujo centro irradiador é o acordo entre as vontades soberanas dos Estados. As Convenções são celebradas no âmbito dos organismos internacionais que, reconhecidos, vêem seus atos normativos repercutirem no âmbito interno do Estado.

O referido Tratado Internacional, já foi matéria de discussão por nossa Corte Suprema, a respeito de qual seria sua posição no âmbito hierárquico do ordenamento jurídico. Vejamos uma parte na íntegra do voto do Ministro Gilmar Mendes no RE 466.43:

(...) parece mais consistente a interpretação que atribui a característica de supralegalidade aos tratados e convenções de direitos humanos. Em tese pugna pelo argumento de que os tratados sobre direitos humanos seriam infraconstitucionais, porém, diante de seu caráter especial em relação aos demais atos normativos internacionais, também seriam dotados de um atributo de supralegalidade. Em outros termos, os tratados sobre direitos humanos não poderiam afrontar a supremacia da Constituição, mas teriam lugar especial reservado no ordenamento jurídico. Equipará-los à legislação

ordinária seria subestimar o seu valor especial no contexto do sistema de proteção dos direitos da pessoa humana. <http://redir.stf.jus.br/paginador/paginador.jsp?docTP=AC&docID=595444> em 18/03/2010 – 16:40h.

Posteriormente a mesma corte se manifestou sobre o tema em seu informativo, nº 531:

Concluiu-se, assim, que, com a introdução do aludido Pacto no ordenamento jurídico nacional, restaram derogadas as normas estritamente legais definidoras da custódia do depositário infiel. Prevaleceu, no julgamento, por fim, a tese do status de supralegalidade da referida Convenção. <http://www.stf.jus.br//arquivo/informativo/documento/informativo531.htm> em 18/03/2011 - 16:30h.

A emenda constitucional nº 45, acrescentou o parágrafo 3º ao artigo 5º da Constituição Federal, dizendo que:

os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.

Assim, os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos, posteriores a emenda constitucional nº45 e que seguirem tal procedimento - aprovação, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros - entrarão no sistema jurídico brasileiro com força de emenda constitucional.

No entanto, o referido tratado – pacto de São José da Costa Rica – é anterior a tal regra, sendo assim admitido de forma supralegal como já vimos acima no voto do Ministro Gilmar Mendes. No mesmo sentido discorre Pedro Lenza ao comentar o julgamento do RE 466.343 :

decidiu que os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos, se não incorporados na forma do artigo 5º, parágrafo 3º (quando teriam natureza de norma constitucional), têm natureza de normas

supralegais, paralisando, assim, a eficácia de todo ordenamento infraconstitucional em sentido contrário.

Logo, o referido princípio do *Ne Bis in Idem* entra em nossa legislação com o caráter de supralegalidade.

3. PRINCÍPIO DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA.

Ao tratarmos desse princípio, cabe-nos, inicialmente, entender o significado de “individualização”, que consiste no ato ou efeito de individualizar o qual, em conformidade com o Dicionário Brasileiro Globo, tal verbete é assim definido: “Individualizar: tornar individual; caracterizar; distinguir; particularizar; especializar; pr. Tornar-se individual; distinguir-se.”

É pelo ato de individualizar que podemos particularizar o que antes era genérico, distinguindo suas características e peculiaridades, tornando individual, uma situação, algo ou alguém. Portanto, cumpre-nos dizer que individualizar é tornar único.

O princípio da individualização da pena é um dos princípios basilares do nosso ordenamento jurídico, estando intimamente ligado ao princípio de justiça segundo o qual se deve atribuir a cada indivíduo o que lhe é merecido, observadas as circunstâncias próprias de seu agir.

A Constituição Federal de 1988 trouxe expressamente em seu corpo a garantia ao referido princípio e destacando sua importância estando explícito entre as cláusulas pétreas da Lei Maior, mais precisamente em seu artigo 5º, no inciso XLVI: “a lei regulará a individualização da pena”

Podemos compreender sua essência, segundo o que nos diz Nelson Hungria (1979, p. 105), em que a individualização da pena deve ser entendida em “retribuir o mal concreto do crime, com o mal concreto da pena, na concreta personalidade do criminoso”.

A pena precisa deve atender às características do crime praticado, bem como a personalidade do condenado. No sentido da palavra “individualizar” seria a aplicação particularizada da pena a cada réu levando-se em consideração tudo aquilo que o diferencia dos demais cidadãos, como: personalidade, maus antecedentes, reincidência, dentre outros. Sendo fundamental para a aplicação da pena os aspectos objetivos e subjetivos do crime e não somente a norma penal em abstrato.

Abordando o tema, Guilherme de Souza Nucci (2007, p. 69), em seu Manual de Direito Penal, discorre a respeito da individualização da pena:

significa que a pena não deve ser padronizada, cabendo a cada delinquente a exata medida punitiva pelo que fez. Não teria sentido igualar os desiguais, sabendo-se, por certo, que a prática de idêntica figura típica não é suficiente para nivelar dois seres humanos. Assim, o justo é fixar a pena de maneira individualizada, seguindo-se os parâmetros legais, mas estabelecendo cada um o que lhe é devido.

Portanto, vemos que para cada delinquente deve ser aplicada uma pena que tenha sido mensurada de acordo com a individualização do criminoso, não se podendo punir de modo igual pessoas diferentes, ou, também de modo diferente pessoas iguais, mas cada pessoa na sua unicidade, sendo assim, recebendo uma quantidade de pena, em que se leve em conta, não apenas a norma penal incriminadora, mas tudo aquilo condizente com as características do autor e do delito.

3.1 MOMENTOS DE APLICABILIDADE

A individualização da pena ocorre, segundo a doutrina, em três momentos distintos: o legislativo; o judicial e o executório ou administrativo.

O primeiro momento é o legislativo, sendo o comando a ser respeitado pelo legislador na elaboração das leis penais e suas sanções, fixando seus limites mínimo e máximo, causas que possam causar agravamento ou atenuação da punição cabível a fim de que o juiz possa aplicar a pena individualizadamente. É neste prisma também, que são previstas as espécies de reprimenda, se aplicadas alternativa, cumulativa ou exclusivamente e se podem ser substituídas.

Em conformidade com Luiz Luisi (2003, p. 52):

Na primeira etapa através da lei, - que fixa para cada tipo penal uma ou mais penas proporcionais a importância do bem tutelado e a gravidade da ofensa. Não se trata de penas com quantitativos certos e fixos. Também prevê de forma alternativa, e mesmo, em outras ocasiões, dispõe a sua aplicação cumulada. Em outros textos normativos viabiliza as substituições da pena, geralmente as mais graves por espécies mais atenuadas.

Na etapa judicial, a sanção penal é efetivamente aplicada pelo juiz, utilizando-se dos instrumentos normativos disponibilizados pela lei para que frente ao caso concreto a pena seja aplicada de acordo com as peculiaridades do fato ocorrido. Nesse momento o magistrado ao realizar a dosimetria da pena vai determinar qual o tipo de pena a ser aplicado, fixar sua quantidade entre o limite mínimo e máximo previsto para o tipo bem como o modo de sua execução.

Nos dizeres de Cleber Masson (2009, p. 29):

A individualização judicial complementa a legislativa, pois aquela não pode ser extremamente detalhista, nem é capaz de prescrever todas as situações da vida concreta que possam aumentar ou diminuir a sanção penal. É efetivada pelo juiz, quando aplica a pena utilizando-se de todos os instrumentais fornecidos pelos autos da ação penal, em obediência ao sistema trifásico delineado pelo art. 68 do Código Penal (pena privativa de liberdade), ou ainda ao sistema bifásico inerente à sanção pecuniária (CP, art. 49).

Nesse sentido, Stefam destaca (2010, p. 337):

(...) individualização judicial, que se reflete justamente no intrincado e rico procedimento de aplicação da pena, (...). Sob esse prisma, é vedado ao julgador impor uma sanção padronizada ou mecanizada, olvidando os aspectos únicos da infração cometida.

Na individualização judicial, mesmo estando previstas em lei as regras que a devam guiar, o magistrado possui uma certa discricionariedade ao mensurar a o quantitativo de pena a ser aplicada mediante a observação de situações do caso concreto com os dispositivos legais. Vemos claramente isso acontecer no momento em que o Juiz verifica as circunstâncias judiciais, previstas no artigo 59 do Código Penal, estando explicitado que:

O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima,

estabelecendo, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime.

Portanto, o juiz sem sair do limite quantitativo imposto pelo legislador, faz uma adequação daquilo culminado no tipo penal, não apenas com as circunstâncias relativas ao fato, mas conjuntamente àquelas condizentes com a pessoa do delinquente e a vítima. O juiz exerce, sem dúvidas, uma parcela de discricionariedade para delimitar a quantidade de pena a ser imposta ao delinquente. O Código Penal Italiano destaca essa faceta da individualização da pena de modo expresso em seu artigo 132, que “nos limites fixados pela lei, o Juiz aplica a lei discricionariamente.”

No entanto, podemos entender essa discricionariedade como nos ensina Luiz Luisi (2003, p. 54):

É de entender-se que na individualização judiciária da sanção penal estamos frente a uma “discricionariedade juridicamente vinculada”. O juiz está preso aos parâmetros que a lei estabelece. Dentro deles o Juiz pode fazer as suas opções, para chegar a uma aplicação justa da lei penal, atento as exigências da espécie concreta, isto é, as suas singularidades, as suas nuances objetivas e principalmente a pessoa a que a sanção se destina. Todavia é forçoso reconhecer estar habitualmente presente nesta atividade do julgador um coeficiente criador, e mesmo irracional, em que, inclusive inconsequentemente, se projetam a personalidade e as concepções da vida e do mundo da Juiz.

Há quatro sistemas conhecidos para a individualização judiciária da sanção:

- a) O da pena estanque; situação onde há uma determinação legislativa quantitativa do montante de pena, retirando do magistrado qualquer ato de discricionariedade no momento de sua aplicação;
- b) Pena totalmente indeterminada; admitindo ao magistrado a fixação do *quantum* penal como bem entender;
- c) Pena relativamente indeterminada; consistindo numa fixação legislativa quanto ao máximo permitido para o tipo penal, porém não se faz menção quanto ao mínimo, ou ainda, quando tanto os limites máximo e mínimo possam ser modificados;

d) Sistema misto; neste caso, o legislador estabelece um patamar mínimo e máximo, em que o juiz pode exercer sua discricionariedade, porém só pode ultrapassar tais limites se estiver diante de causas de aumento ou diminuição de pena. Este é o sistema adotado atualmente pelo Código Penal.

Por derradeiro, a etapa administrativa ou executória da pena, sendo o momento posterior a aplicação da pena, sendo o momento que esta - como diz Anibal Bruno, (Direito Penal, vol. 3, p. 158) “começa verdadeiramente a atuar sobre o delinquente, que se mostrou insensível a ameaça contida na cominação”

Nessa fase, o Estado vai disciplinar a execução da pena para cada condenado, de modo que se possa atingir a finalidade que se busca com a punição estatal, sendo o caráter retributivo ou de reinserção social, como discorre Luiz Luisi (2003, p. 55-56):

Visto a luz de um perfil histórico pode-se afirmar estarem presentes na individualização da pena instâncias objetivas e subjetivas. De um lado, o objetivismo da Escola Clássica que entendia dever ser a resposta penal adequada a importância do bem jurídico ofendido e a intensidade dessa ofensa. Neste processo individualizador objetivo se insere o princípio da proporcionalidade. A graduação da sanção penal se faz tendo como parâmetro a relevância do bem jurídico tutelado e a gravidade da ofensa contra ele dirigida e deve ser fixada, pois, tanto na espécie e no quantitativo que lhe sejam proporcionais. De outro lado se revela atuante o subjetivismo criminológico, posto que na individualização judiciária, e na executória, o concreto da pessoa do delinquente tem importância fundamental na sanção efetivamente aplicada e no seu modo de execução.

Corroborando com tal forma de individualizar a execução penal, nossa Constituição Federal de 1988, trouxe expressamente em seu texto vários dispositivos garantidores desse princípio, como: artigo 5º, inciso: XLVIII; “a pena será cumprida em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado;”, o inciso XLIX, do mesmo artigo: “é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral;” e também o inciso L: “às presidiárias serão asseguradas as condições para que possam permanecer com seus filhos durante o período de amamentação;”

No que condiz com tal princípio, é de grande valia o posicionamento do Ministro Ayres Britto, no julgamento do Habeas Corpus 97256 / RS - RIO GRANDE DO SUL, o qual visava a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direito no delito de tráfico de drogas:

(...) O processo de individualização da pena é um caminhar no rumo da personalização da resposta punitiva do Estado, desenvolvendo-se em três momentos individuados e complementares: o legislativo, o judicial e o executivo. Logo, a lei comum não tem a força de subtrair do juiz sentenciante o poder-dever de impor ao delinqüente a sanção criminal que a ele, juiz, afigurar-se como expressão de um concreto balanceamento ou de uma empírica ponderação de circunstâncias objetivas com protagonizações subjetivas do fato-tipo. Implicando essa ponderação em concreto a opção jurídico-positiva pela prevalência do razoável sobre o racional; ditada pelo permanente esforço do julgador para conciliar segurança jurídica e justiça material (...).

4. REINCIDÊNCIA

Reincidência é um substantivo feminino que deriva de *recidere*, cujo significado consiste em: recair, repetir o ato. Segundo o dicionário Aurélio, reincidência “é o ato ou efeito de reincidir”, ou seja, repetir determinado comportamento. No direito penal, reincidir significa repetir a prática do crime.

A reincidência, como nos ensina Nucci: “é o cometimento de uma infração penal após já ter sido o agente condenado definitivamente, no Brasil ou no exterior por crime anterior”.

Na legislação penal pátria, a reincidência e causa de agravante obrigatória da pena, como dispõe os artigos 61, inciso I e 63 do Código Penal.

Artigo 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”

Ao analisarmos o presente artigo, podemos verificar a existência de três requisitos para que se configure:

- a) crime praticado no Brasil ou no estrangeiro;
- b) condenação com trânsito em julgado;
- c) cometimento de novo crime.

Sendo assim, a reincidência necessita do cometimento de dois crimes: um anterior, onde tenha sido proferida sentença com trânsito em julgado, e outro posterior ao trânsito em julgado da sentença do primeiro. Sobrevindo a prática desse novo crime, seu autor será visto como reincidente.

Mister, observar que o cometimento do novo crime deverá ser posterior ao trânsito em julgado da sentença para ocorrer a reincidência, pois se for na data do trânsito em julgado ou anterior, tal caso não poderá ser enquadrado com configurador da reincidência.

A condenação no estrangeiro leva a reincidência, contudo não há a necessidade de homologação da sentença pelo Superior Tribunal de Justiça, sendo a homologação apenas obrigatória para a sua execução na Brasil.

Podemos esquematizar as possibilidades que geram reincidência da seguinte maneira:

DELITO ANTERIOR	DELITO POSTERIOR	RESULTADO
CONTRAVENÇÃO	CONTRAVENÇÃO	REINCIDÊNCIA
CRIME	CRIME	REINCIDÊNCIA
CRIME	CONTRAVENÇÃO	REINCIDÊNCIA
CONTRAVENÇÃO	CRIME	NÃO REINCIDÊNCIA

Tabela 1 - Possibilidades que geram reincidência

A Lei das Contravenções penais dispõe em seu artigo 7º que será considerado como reincidente aquele que cometa contravenção penal depois de ter sido condenado por sentença transitada em julgado, no Brasil ou no estrangeiro por qualquer crime ou, por contravenção penal no Brasil. Deste modo, somado ao artigo supracitado concluímos com o quadro exposto.

Nota-se a existência de uma lacuna no ordenamento jurídico, visto que não há previsão legal para gerar reincidência quando o delito anterior for uma contravenção penal. Desta maneira, aquele que irremediavelmente tiver sido condenado por contravenção e venha a cometer um crime não será reincidente, ao passo que, se cometesse uma nova contravenção penal, delito de menor grávida em relação ao crime, será tido como reincidente. A partir do exposto, nota-se a discrepância jurídica que emana da ausência normativa.

A reincidência se comprova documentalmente por certidão de sentença condenatória transitada em julgado com sua respectiva data, não se admitindo sua comprovação por outro meio que não este, até mesmo por confissão. Assim Fernando Capez (2008, p. 474):

Só se prova mediante a certidão da sentença condenatória transitada em julgado, com a data do trânsito. Não bastam, desse modo, meras informações a respeito da vida pregressa ou a simples juntada da folha de antecedentes do agente para a comprovação da agravante. Nem mesmo a confissão do réu é meio apto a provar a reincidência.

A recidiva é uma agravante genérica de caráter subjetivo, pois se relaciona a figura do criminoso, deste modo é incomunicável em se tratando de concurso de agentes.

4.1. ESPÉCIES DE REINCIDÊNCIA

São quatro as espécies de reincidência:

- a) Real: o agente comete novo crime após ter cumprido de modo efetivo a pena imposta em virtude do crime anterior. Neste sentido Damásio (2008, p. 563): “ocorre quando o sujeito pratica a nova infração após cumprir, total ou parcialmente, a pena imposta em face do crime anterior”
- b) Ficta: o agente pratica novo crime após sentença penal condenatória transitada em julgado, no entanto não cumpriu a pena imposta. Nucci (2007, p. 457), tratando sobre o tema estabelece que: “quando o autor comete novo crime depois de ter sido condenado, com trânsito em julgado, mas ainda sem cumprir pena”

No Brasil adotou-se a reincidência ficta, como se pode notar no artigo 63 do Código Penal, visto que não requer, para configurar a reincidência, o efetivo cumprimento da pena imposta em face do delito anteriormente praticado.

- c) Genérica: ocorre quando os crimes praticados pelo delinqüente encontram-se em tipos penais diversos;
- d) Específica: os delitos perpetrados pelo agente estão definidos no mesmo tipo penal.

4.2. PERÍODO DEPURADOR

Surge a questão quanto à eficácia da condenação anterior para efeito de reincidência, onde a condenação irrecorrível projetaria seus efeitos perpetuamente sobre a vida do apenado ou se apenas teria validade dentro de um lapso de tempo determinado posterior a condenação.

Mediante o questionamento, a doutrina apresenta três sistemas a respeito da eficácia temporal da reincidência:

Perpetuidade: neste plano, não importa a quantidade de tempo entre a condenação definitiva e o advento do novo crime, pois, a condenação projeta seus efeitos perpetuamente sobre a vida do delinqüente.

Temporiedade: para este sistema a eficácia da sentença penal irrecorrível somente persiste entre um lapso temporal determinado. Desta maneira só existe reincidência se o delito posterior ocorrer dentro desse período estabelecido, contado do termo *a quo* e a sua prática.

Misto: nesta perspectiva, a agravação da segunda pena é mitigada em virtude do decurso do tempo entre a condenação e o novo crime, assim, quanto maior o espaço temporal menor será a agravação da pena imposta em face do novo delito.

No Brasil o sistema adotado foi o da temporiedade, como se pode observar com a leitura do artigo 64, inciso I, do Código Penal:

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

Esse período de 5 (cinco) anos, também chamado de quinquídio depurador, deve ser contado entre a data do cumprimento ou extinção da pena derivada do delito anterior e a data da prática da nova infração penal, dando-se início da contagem com o efetivo cumprimento ou a definitiva extinção da pena. Desta forma, a eficácia da condenação anterior para gerar reincidência somente projetará seus efeitos dentro desse interstício de 5 (cinco) anos. Logo se o agente vier a cometer novo crime dentro do período depurador será considerado reincidente, porém se o delito ocorrer fora deste quinquídio, a condenação anterior não tem mais eficácia para causar a reincidência, e o agente não será considerado como reincidente. No mesmo sentido Nucci (2007, p. 459):

Para efeito de gerar reincidência, a condenação definitiva, anteriormente aplicada, cuja pena foi extinta ou cumprida, tem o prazo de 5 anos para perder força (art. 64, I, CP). Portanto, decorrido o quinquídio, não é mais possível, caso haja o cometimento de um novo delito, surgir a reincidência. Não se trata de decair a reincidência, mas sim a condenação: afinal quem é condenado apenas uma vez na vida não é reincidente, mas sim primário.

Por determinação legal, como podemos visualizar no artigo retro mencionado, deve-se computar no prazo de cinco anos o período de prova do *sursis* e do livramento condicional, caso não tenha advindo sua revogação.

Vejamos o que discorre Cleber Massom (2009, p. 605):

computa-se nesse prazo de 5 (cinco) anos o período de prova da suspensão ou livramento condicional, se não ocorrer revogação. Nessas hipóteses, o prazo é contado do início do período de prova, que flui a partir da audiência admonitória, e não da extinção da pena, que somente se opera com o fim do período de prova.

Para que haja o computo do período de prova da suspensão da pena ou do livramento condicional no quinquídio depurador é fundamental que não ocorra sua revogação, caso contrário não será computado tal período. Salutar também frisar que o termo *a quo* para a contagem do quinquídio é a audiência admonitória, onde principia o benefício.

4.3. CONDENAÇÃO ANTERIOR POR CRIME MILITAR PRÓPRIO OU POLÍTICO.

Como dispõe o artigo 64, inciso II, do Diploma Penal: “para efeito de reincidência, não se considera os crimes militares próprios ou políticos”.

Os crimes militares próprios estão tipificados de modo exclusivo no Código Penal Militar, (decreto-lei 1.001/69), podendo ser somente praticados por aqueles que se enquadram na qualidade específica de militar, e ainda não sendo considerados seus efeitos para gerar reincidência, desde modo, se a prática delituosa anterior fora de crime militar próprio e posteriormente o mesmo agente cometa crime comum não será considerado reincidente. Todavia, se a condenação anterior se deu por crime comum e o agente cometa

crime militar próprio, será considerado reincidente diante ao Código Penal Militar como nos ensina Fernando Capez (2008, p. 477):

se a condenação definitiva anterior for por crime militar próprio, a prática de crime comum não leva à reincidência. Se o agente, porém, pratica crime militar próprio, após ter sido definitivamente condenado pela prática de crime comum, será reincidente perante o CPM, pois este não tem norma equivalente.

Os crimes políticos, de igual modo não induzem a reincidência, sendo eles: próprio ou impróprio.

4.4 EFEITOS DA REINCIDÊNCIA.

- a) Constitui uma agravante que sobressai em relação a outras circunstâncias legais (art. 67, CP);
- b) Agrava a pena privativa de liberdade (art. 61,I, CP);
- c) Quando ocorrer reincidência em crime doloso impede a substituição por pena restritiva de direitos (44,II, CP);
- d) Veda a substituição da pena restritiva de direitos por pena de multa (60, par. 2º, CP);
- e) Se em crime doloso, impede a concessão da suspensão do cumprimento da pena (art. 77,I, CP);
- f) Aumenta o prazo de cumprimento de pena para a concessão do livramento condicional (art. 83,II, CP);
- g) Em se tratando de Crime Hediondo, veda a obtenção do livramento condicional, quando específica (art. 5 da lei 8072/90);
- h) No caso do cometimento de crime doloso é causa obrigatória de revogação do *sursis* e facultativa no caso do cometimento de crime culposo ou contravenção penal, sendo pena restritiva de direitos ou privativa de liberdade (art. 81, I, e par. 1º do CP);
- i) No caso de condenação a pena privativa de liberdade constitui causa de revogação obrigatória do livramento condicional e operando facultativamente no caso de condenação por crime ou contravenção a pena que não privativa de liberdade (art. 86 e 87 do CP);

- j) No caso do réu ser reincidente em crime doloso, autoriza a decretação da prisão preventiva,(art. 313, II, do CPP);
- k) Interrompe a prescrição da pretensão executória (art. 117, VI, do CP);
- l) Alarga o prazo da prescrição pretensão executória (art. 110, do CP);
- m) Na pena de reclusão o agente é obrigado a iniciar o cumprimento no regime fechado (art. 33, par. 2º, b e c, do CP);
- n) Na pena de detenção o agente é obrigado a iniciar o cumprimento no regime semi-aberto (art. 33, 2ª parte, par 2º, c, do CP);
- o) Veda a incidência de algumas causas de diminuição de pena (art. 155, par 2º, e 171, par 1º, do CP);
- p) Quando o agente for condenado a pena que não for de multa revoga a reabilitação (art. 95, do CP).

5. REINCIDÊNCIA E O *NE BIS IN IDEM*

Muito se tem discutido sobre a constitucionalidade da aplicação da reincidência como fator agravante da pena a ser imposta, uma vez que, o crime anterior estaria projetando seus efeitos perante o novo delito e desta forma estar-se-ia punindo o agente duas vezes pelo mesmo fato. Onde o condenado teria sua pena agravada no segundo delito em virtude do primeiro, destarte, sofrendo um ônus em virtude da primeira condenção, sendo punido novamente por aquilo que já tenha pago. Neste diapasão podemos citar Luiz Flávio Gomes e Antonio García-Pablos de Molina (2007, p. 741):

quando se aumenta a pena pela reincidência, não há dúvida que o agente está sendo apenado mais gravemente também pelo fato anterior. Nisso pode-se vislumbrar uma segunda punição pelo mesmo crime. Há, portanto, na reincidência uma espécie de *bis in idem*.

Doutrinariamente o tema não é nada pacífico, pois vários autores advogam a tese de que a agravante trazida pela reincidência fere a Constituição Federal, atingindo o garantismo penal e o princípio da legalidade, pois haveria o agravamento obrigatório da pena a ser imposta ao tipo penal, decorrente da condenação anterior, aplicando-se uma punição maior de que a prevista para o delito e de certo modo o Estado estaria exercendo repetidamente o *jus puniendi*, conforme Alberto Silva Franco e Rui Stoco (2007, p. 36):

correta, portanto, a conclusão de que o princípio da legalidade não admite, em caso algum, a imposição de pena superior ou distinta da prevista e assinada para o crime e que a agravação da punição, pela reincidência, faz, no fundo com que o delito anterior surta efeitos jurídicos duas vezes.

É pregado que sem sombra de dúvidas a pena aumentada do segundo delito é puramente reflexo do delito anterior, pois a primeira condenação tem efeito obrigatório para o segundo crime, agravando a pena deste e assim estar-se-ia punindo o delinquente novamente pelo crime anterior, configurando *bis in idem*.

Pois o agente que já teve sentença penal condenatória transitada em julgado por um delito anterior, comete novo crime, dentro do período depurador de cinco anos e, no entanto, no momento da dosimetria da pena do segundo delito obrigatoriamente agrava-se a pena a ser fixada, logo, o primeiro delito estaria produzindo efeito jurídico perante a nova dosimetria penal, assim, aquilo que já foi discutido juridicamente entra em cena novamente, tornando a figura da reincidência carecedora de constitucionalidade.

Como defensores desta corrente podemos citar Eugenio Raul Zafarroni e José Henrique Pierangeli (2001, p. 840):

(...) em toda agravação de pena pela reincidência existe uma violação do princípio *nom bis in idem*. A pena maior que se impõe na condenação pelo segundo delito decorre do primeiro, pelo qual a pessoa já havia sido julgada e condenada. Pode-se argumentar que a maior pena do segundo delito não tem seu fundamento no primeiro, e sim na condenação anterior, mas isto não passa de um jogo de palavras, uma vez que a condenação anterior decorre de um delito, e é uma consequência jurídica do mesmo. E ao obrigar a produzir seus efeitos num novo julgamento, de alguma maneira se estará modificando as consequências jurídicas de um delito anterior.

No mesmo sentido também Alberto Silva Franco e Rui Stoco (2007, p. 367 e 368):

o acusado praticou o fato anterior: foi julgado, condenado e apenado. O mesmo acusado realiza um segundo fato criminoso e, em razão do primeiro fato, sofre uma agravação punitiva e, não está sendo, de novo, considerada? Como entender que a pena agravada no segundo processo, nada tem a ver com o primeiro? Como afastar a idéia de que a maior gravidade da pena do segundo delito é um plus de gravidade por causa do primeiro. E se é a mesma pessoa e o mesmo fato que, de novo, são aferidos judicialmente, não se trata de ofensa ao *ne bis in idem*?

Ainda, a maior reprimenda trazida pela reincidência operaria um julgamento sobre a pessoa do condenado, sendo este apenado de modo mais gravoso não pelo fato que cometeu, mas sim por sua personalidade, desrespeitando-se o princípio da legalidade que funda-se sobre fatos e não na personalidade do delincente.

Alberto Silva Franco e Rui Stoco discorrem (2007, p. 368):

a agravação obrigatória da pena não fere apenas o princípio constitucional do *ne bis in idem*. Lesiona também o princípio da legalidade na medida em que tal princípio constitucional exclui, por serem arbitrárias e discriminatórias, as regras penais referidas não a fatos mas diretamente a pessoas. {...} Destarte, como expressão do direito penal do autor a reincidência transgride flagrantemente o princípio da legalidade que se arrima no fato praticado e não na personalidade de seu autor.

E ainda Zaffaroni e Pierangeli (2001, p. 841): “na realidade, a reincidência decorre de um interesse estatal de classificar as pessoas em disciplinadas e indisciplinadas, e, é óbvio, não ser esta função do direito penal garantidor”

Essa corrente doutrinária defende veementemente a inconstitucionalidade da reincidência em nosso direito Pátrio conforme os argumentos acima expostos.

No entanto, no nosso entender, e em posicionamento doutrinário e jurisprudencial símile, tal tese não deve prosperar, uma vez que a maior reprimenda em virtude da recidiva não configura a dupla valoração fática – *bis in idem* – pois decorre de um fato posterior e autônomo, assim, aquele que cometeu um crime e recebeu condenação penal irremediável, não significa que será reincidente no futuro. Para que se configure a situação apontada – reincidência – o autor daquele delito julgado e condenado deverá voltar a delinquir, aí sim, com a reiteração da conduta delitativa, num período não superior a cinco anos, se estabelece a reincidência.

André Estefam (2010, p. 369 e370) apregoa que:

há quem advogue a tese de que a consideração da reincidência como fator de agravamento da pena configuraria *bis in idem*, uma vez que o agente sofreria novo gravame por fato que já fora condenado e, eventualmente, já cumprira pena. Semelhante crítica não pode prosperar. A elevação do patamar punitivo por conta da recidiva não importa em dupla apenação pelo mesmo fato – não há falar em *bis in idem*. Em primeiro lugar, o fato de ser reincidente não determinará a segunda condenação; vale dizer, esta se deu por conta de um fato autônomo e independente do anterior.

A agravante obrigatória trazida pela reincidência é imposta em razão do novo delito praticado. Assim, aquele agente já condenado definitivamente pela prática de um ilícito penal que comete novo crime, terá sua pena com maior reprimenda em ocorrência do segundo crime, e não em função do primeiro. Logo, o que causa a elevação punitiva é o novo delito praticado e não o delito anterior, portando, não se está punindo o primeiro crime novamente.

O autor de um crime recebe pelo crime que cometeu uma condenação criminal aplicando-lhe uma pena a ser cumprida, como forma de reprimenda pelo comportamento ilícito ora exercido, no entanto, passado determinado período, não superior ao quinquídio depurador pregado no inciso I do artigo 64, do CP, o mesmo autor demonstra que a pena a ele imposta não obteve êxito em retribuir-lhe o mal emergente da prática criminal, e comete novo crime, mostrando que aquela pena aplicada não fora suficiente como reprimenda e capaz de ressocializá-lo. Ficando tal situação explicitada com a reiteração da conduta criminoso. O autor mediante a sua nova conduta assume e suporta o dissabor de sofrer mais uma vez a reprimenda estatal, seja na privação de sua liberdade ou de seus bens. Sendo assim, o indivíduo já foi punido pelo delito anterior, o que para ele não serviu de nada, e mesmo assim insiste na conduta de delinquir, portanto a pena do segundo crime deverá ser agravada, afim de que, desta vez, possa atingir sua finalidade.

Vejamos o que expõe Cleber Masson (2009, p. 599):

a prática de uma nova infração penal, com a caracterização da reincidência (também chamada de recidiva), revela o não cumprimento da pena quanto às suas finalidades. Falhou na tarefa retributiva, pois o condenado não se atemorizou suficientemente com o castigo, ao ponto de descumprir novamente a lei penal, suportando o risco de ser mais uma vez privado de sua liberdade ou de seus bens, agora mais grave. Por esse motivo, não se pode falar em dupla punição pelo mesmo fato. O reincidente não é punido duas vezes pelo mesmo fato. Ao contrário, já foi apenado pelo crime anterior, pressuposto da reincidência, e posteriormente pelo novo delito, com a pena agravada. Trata-se, isso sim, de punição mais rigorosa daquele que novamente demonstra não se intimidar com a autoridade estatal.

O agente que insiste em continuar delinquindo, reiterando sua atividade criminosa, desprezando os valores éticos e morais do meio social em que vive, deve sofrer uma reprimenda mais severa, devido a maior reprovabilidade de sua conduta em razão do segundo crime, sem que haja qualquer tipo de ofensa ao *ne bis in idem*. O grau de reprovabilidade é, sem sombra de dúvidas, notoriamente dilargado para aquele que repete na prática do crime, portando nada mais justo de que, no momento da dosimetria da pena do segundo crime realizado, a punição imposta seja mais gravosa, não em virtude do primeiro delito, mas sim pela maior censurabilidade da conduta daquele que se mostra contumaz em violar a lei. O que se pune, mas severamente é a conduta por reiterar a violação ao ordenamento penalístico e não o agente por sua personalidade, pois não se concebe o direito penal do autor. Assim Julio Fabbrini Mirabete (1999, p. 359):

havendo maior índice de censurabilidade na conduta do agente que reitera na prática do crime, prevê a lei a reincidência como circunstância agravante do delito. Por ser circunstância pessoal referente ao delito praticado, não incide na categoria do *bis in idem*, como por vezes já se tem afirmado.

A reincidência se estabelece por uma questão de justiça, pois não seria justo punir um primário de igual modo pelo mesmo tipo penal em relação àquele que mostrou maior nível de reprovabilidade de sua conduta ao tornar ao crime. Imaginemos o autor que nunca teve qualquer desvio em sua conduta, porém por um infortúnio comete um ilícito penal recebendo uma pena idêntica daquele que já mostrou ser merecedor de uma reprimenda mais acentuada, pois continua a delinquir.

Acerca dessa temática convém citar Celso Delmanto (2007, p. 207) que magistralmente elucida:

o fato do reincidente ser punido mais gravemente do que o primário é, a nosso ver, justificável, não havendo violação à Constituição da República e à garantia do *ne bis in idem*, isto é, de que ninguém pode ser punido duas vezes pelo mesmo fato.

E prossegue:

(...) a valoração da reincidência para fins de aumento de pena em relação a um novo crime cometido pelo sujeito, em prazo inferior a cinco anos (CP, art 64) e não tendo sido ele reabilitado (CP, arts. 93 e94), diz, em nosso entendimento, com a maior reprovabilidade de sua conduta em relação ao novo crime, já que reiteradamente vem desprezando os valores essenciais da sociedade em que vive (a vida, a liberdade etc.). O agravamento da pena em razão da reincidência, portanto, não se confunde com dupla punição em relação ao crime anterior e, tampouco, com maior juízo de periculosidade do sujeito. Há, sim, uma maior reprovabilidade de sua conduta ao violar a lei de forma reiterada. Pelo contrário, até por uma questão de justiça, não seria proporcional que o criminoso primário receba, pelo mesmo fato, idêntica pena em relação àquele que é contumaz violador da lei penal. Não vemos, assim a reincidência como sendo um instituto não recepcionado pela Constituição da República de 1988; (...).

Tal situação é facilmente resolvida pelo princípio da individualização da pena adotado em nossa Carta Magna de 1988, precisamente no inciso XLVI do artigo 5º, pois, a imposição estatal deve atender a necessidade de cada um, sob o prisma de sua individualidade, assim, para pessoas diferentes, penas diferentes, ainda que tenha infringido o mesmo tipo penal.

A individualização da pena é de suma importância, para que a reprimenda estatal surta o efeito para o qual se destina, portando deve ser aplicada em conformidade com as características e necessidade de cada agente, levando-se em conta as peculiaridades objetivas e subjetivas do crime. Logo, aquele primário não pode, por uma questão de justiça, receber pena idêntica ao criminoso contumaz que reiteradamente desrespeita a legislação penal. Não é justo puni-los da mesma forma, uma vez que nítida é a diferença do comportamento de um e de outro. O reincidente encontra-se num contexto diferenciado em relação ao primário, haja vista, já ter sido processado e condenado com sentença transitada em julgado pelo cometimento de um delito, logo seu comportamento em infringir a lei novamente, não pode ser desprezado. Destarte, fundamental é a individualização da pena, sendo que, é por meio deste princípio que o Estado aplica de modo singular a reprimenda, mensurando todos os aspectos objetivos e subjetivos do crime e seu autor.

No mesmo entendimento, nossos Tribunais vêm posicionando-se sobre a constitucionalidade da reincidência, como podemos verificar no voto da desembargadora Elba Aparecida Nicolli Bastos do Tribunal de Justiça do Rio Grande do sul:

A reincidência é agravante prevista no artigo 61 do Código Penal que se legitima no próprio princípio constitucional de individualização da pena, artigo 5º, inciso XLVI, da CF. Assente que não se pode tratar igualmente apenados com condutas desiguais, embora o tipo penal seja o mesmo. Réu reincidente “paga mais” pelo novo crime cometido e não novamente como sustenta a defesa. acórdão nº 70027029305, de 18 de Dezembro de 2008: <http://www1.tjrs.jus.br> 03/08/2011 : 13:04h.

O Superior Tribunal de Justiça também tem adotado o mesmo entendimento no sentido de não se tratar de *bis in idem* a majorante operada pela reincidência:

é pacífico o entendimento desta Corte de que, sendo o réu reincidente, a agravante prevista no art. 61, I, do Código Penal, é de aplicação obrigatória. A reincidência, fruto da maior periculosidade do condenado, faz com que haja um agravamento da sanção, não se estando a punir o mesmo comportamento duas vezes, reconhecendo, sim, que a reiteração delituosa é reveladora da necessidade de um apenamento mais rigoroso. AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 1.017.755 - RS (2007/0303714-1) MINISTRO PAULO GALLOTTI - - <http://www.stj.jus.br/SCON/> 03/08/2011; 13:41h.

E mais:

é uníssono o entendimento desta Corte de que a agravante da reincidência deve ser valorada no momento a individualização da pena, por se constituir em elemento que representa maior reprovação da conduta. - AgRg no REsp nº 989.737/RS, Relator o Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA - <http://www.stj.jus.br/SCON/> 03/08/2011; 13:41h.

Como pronunciamento máximo sobre o tema, veremos o parecer do Supremo Tribunal Federal no julgamento do *Habes Corpus*: 92.626-6, do Rio Grande do Sul, que teve como relator o Ministro Ricardo Lewandowski:

(...) a respeito de outro argumento agitado no presente *writ*, qual seja, a impossibilidade de ser a pena majorada em virtude da reincidência, por tratar-se de verdadeiro *bis in idem*. Tal alegação igualmente não procede. Isto porque é de presumir-se que o reincidente, ao voltar a delinquir, demonstra que não foi sensível à sanção criminal anteriormente imposta. Sua conduta mostra-se, portanto, mais reprovável do que a daquele que, uma vez punido, passa a respeitar as regras de convivência social. Essa é a razão pela qual o art. 60, I, do Código Penal, arrola a reincidência dentre as circunstâncias que sempre agravam a pena. Não há, destarte, no aumento de pena em razão da recidiva, a punição do reincidente por fato pretérito, mas apenas a valoração de elementos subjetivos da personalidade do agente revelados pela reincidência. - <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp> 03/08/2011; 13:43

Vemos que a corrente doutrinária que tem pregado a inconstitucionalidade da reincidência não tem encontrado respaldo no posicionamento dos nossos tribunais.

Mediante todo o exposto, chegamos a conclusão de que não há que se falar em inconstitucionalidade da reincidência por ofensa ao princípio do *ne bis in idem*.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Este presente trabalho monográfico teve por escopo defender a constitucionalidade do instituto da reincidência, previsto no inciso I do artigo 61 do Código Penal, criando uma circunstância agravante preponderante de caráter obrigatório, frente ao posicionamento doutrinário que advoga por sua inconstitucionalidade.

Com o reconhecimento da reincidência e sua aplicação ao caso concreto, a pena é elevada, de modo obrigatório, a um patamar mais alto, punindo o autor do crime com uma pena agravada. Tal situação, não constitui ofensa ao princípio do *ne bis in idem*, onde se estaria punindo o agente duplamente, pois como vimos, a reincidência decorre de um fato posterior e autônomo em relação ao primeiro crime. Logo não se pode falar em dupla punição, pois, o agravamento da reprimenda é decorrente unicamente do delito posterior e não em virtude do delito anterior. Portanto, não se pode dizer que o delito anterior estaria servindo para agravar a pena, e conseqüentemente, causando *bis in idem*.

Além de que, há maior reprovabilidade na conduta do agente que uma vez condenado por determinado crime, recebe uma punição imposta pelo Estado, a fim de que não volte a delinquir. Entretanto, despreza a reprimenda, demonstrando que esta o foi insuficiente e volta a violar a lei. E por força dessa maior reprovabilidade de sua conduta, a pena desta vez há de ser majorada para que atinja a finalidade a qual se destina, visto que o agente mostra ser contumaz na prática do crime, portanto precisa ser apenado de modo mais severo.

E não é só, a reincidência se aplica também por uma questão de justiça fundamentada no princípio constitucional da individualização da pena, previsto no inciso XLVI, do artigo 5º, da Constituição da República de 1988. Segundo este a pena deve ser individualizada, aplicada de forma individual para cada condenado. Logo, deve-se proceder a análise de todas as circunstâncias objetivas e subjetivas relacionadas ao crime e seu agente, para que aplique-se

uma pena proporcional e que atenda as necessidade peculiares do apenado, visando, deste modo a busca pela otimização de suas finalidades. Sendo assim, a pena aplicada no segundo delito de forma agravada tem total respaldo no processo de individualizar a pena.

Destarte, não podemos punir de igual modo pessoas distintas ou igualmente pessoas diferentes. Em virtude disso, aquele que mostrou maior censurabilidade de sua conduta ao reiterar a prática delituosa, deve receber a pena agravada, em relação àquele que comete um crime pela primeira vez.

Este posicionamento é amparado por alguns doutrinadores, como observamos no capítulo anterior, e tem sido mantido como entendimento dominante por nossos Órgãos Colegiados, como: Tribunais de Justiça; Superior tribunal de Justiça e por nossa corte máxima: Supremo Tribunal Federal.

Deste modo, concluímos nossa abordagem ao tema, afirmando pela constitucionalidade da reincidência, não havendo em sua aplicabilidade qualquer tipo de afronta ao ordenamento jurídico brasileiro.

REFERÊNCIAS

BRUNO, Aníbal, Direito penal – Parte geral. Rio de Janeiro: Forense, 1978. t I e II.

CAPEZ, Fernando, Curso de direito penal: parte geral. 12ª . ed. São Paulo: Saraiva, 2008. v. 1.

DELMANTO, Celso. Código penal comentado. 7ª. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio, Introdução ao Estudo do Direito: Técnica, decisão, dominação. 4ª ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2003

GOMES, Luis Flávio; PABLOS DE MOLINA, Antonio García. Direito penal: parte geral. 1ª.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. v. 2.

HUNGRIA, Nélson. Novas questões jurídico-penais. Rio de Janeiro: Nacional de direito, 1945.

JESUS, Damásio, Direito penal. Parte geral. 29ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. v. 1.

LENZA, Pedro. Direito constitucional esquematizado. 15ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

LUISI, Luiz. Os princípios constitucionais penais. 2ª. ed. Porto Alegre: Sergio Fabris, 2003.

MASSON, Cleber. Direito penal esquematizado. Parte geral. 2ª. ed. São Paulo: Metodo, 2009.

MIRABETE, Julio Fabrinni. Código penal interpretado. São Paulo: Atlas, 1999.

NUCCI, Guilherme de souza. Manual de direito penal. Parte geral e especial. 3ª. ed. 2ª. tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

_____. Individualização da pena. 2ª. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

SILVA FRANCO, Alberto; STOCO, Rui. Código Penal e sua interpretação jurisprudencial. 8ª. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

STEFAM, André. Direito penal. Parte geral. São Paulo: Saraiva, 2010.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELLI, José Henrique. Manual de direito penal brasileiro. 3ª . ed. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2001

Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul
<http://www1.tjrs.jus.br> acesso em: 03/08/2011 : 13:04h.

Superior Tribunal de Justiça
<http://www.stj.jus.br/SCON/> acesso em: 03/08/2011
13:41h.

Supremo Tribunal Federal
<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp> acesso
em: 03/08/2011; 13:43h

[http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/sanjos
e.htm](http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/sanjos
e.htm) 15/02/2011 – 15:55h