

UNIVERSIDADE DO ESTADO DE MATO GROSSO
CÂMPUS UNIVERSITÁRIO DE PONTES E LACERDA
FACULDADE DE LINGUAGEM, CIÊNCIAS AGRÁRIAS E SOCIAIS APLICADAS
CURSO BACHARELADO EM DIREITO

THIAGO AMIM FRANCO

**A REINCIÊNCIA ENQUANTO CRITÉRIO SUBJETIVO DE ELEVAÇÃO DA
PENA: *BIS IN IDEM*?**

Pontes e Lacerda/MT

2019

Thiago Amim Franco

**A REINCIÊNCIA ENQUANTO CRITÉRIO SUBJETIVO DE ELEVAÇÃO DA PENA:
*BIS IN IDEM?***

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à Banca Avaliadora do Departamento de Direito, da Universidade do Estado de Mato Grosso – UNEMAT, Campus Universitário de Pontes e Lacerda/MT, como requisito parcial para a obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Fernando Henrique Viola de Almeida

Pontes e Lacerda/MT

2019

Thiago Amim Franco

**A REINCIÊNCIA ENQUANTO CRITÉRIO SUBJETIVO DE ELEVAÇÃO DA PENA:
BIS IN IDEM?**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à Banca Avaliadora do Departamento de Direito
– UNEMAT, Campus Universitário de Pontes e Lacerda como requisito parcial para obtenção
do título de Bacharel em Direito.

BANCA EXAMINADORA

Fernando Henrique Viola de Almeida
Professor Orientador
Departamento de Direito
UNEMAT – Campus Universitário de Pontes e Lacerda

Leôncio Pinheiro da Silva Neto
Professor Avaliador
Departamento de Direito
UNEMAT – Campus Universitário de Pontes e Lacerda

Matheus Salomé de Souza
Avaliador
UNEMAT – Campus Universitário de Pontes e Lacerda

Gean Carlos Balduino Junior
Chefe do Departamento de Direito
UNEMAT – Campus Universitário de Pontes e Lacerda

Pontes e Lacerda/MT

2019

A minha família como forma de
agradecimento por todo apoio o amor que me
fora doado.

AGRADECIMENTOS

Primeiramente a Deus, que sempre se fez presente ao meu lado, dando-me forças para que eu pudesse superar minhas dificuldades e seguisse adiante nos meus objetivos.

A minha família, em especial apreço a minha esposa Gabriela, que sempre esteve presente nos momentos difíceis desta jornada, e que pode com paciência colaborar para que objetivo fosse alcançado

Ao prof. Dr. Fernando Viola de Almeida, meu orientador, um professor no sentido profundo da palavra.

A todos os Professores deste curso, uma classe trabalhadora que tanto luta pelo merecido reconhecimento e importância.

RESUMO

FRANCO, Thiago Amim. **A REINCIÊNCIA ENQUANTO CRITÉRIO SUBJETIVO DE ELEVAÇÃO DA PENA: BIS IN IDEM?** 2019. XX f 20. Monografia de Conclusão de Curso – UNEMAT – Universidade do Estado do Mato Grosso.

O presente trabalho de conclusão de curso visa estudar a aplicação da reincidência como critério de elevação da pena aplicado da segunda fase da dosimetria da pena, analisando se isso acarretaria dupla punição pelo mesmo fato delitivo – bis in idem, instituto proibido pela atual legislação brasileira. Utilizamos para tanto estudos bibliográficos, apresentando posições favoráveis e contrárias à aplicação do referido instituto.

Palavras-chave: Direito Penal. Dosimetria da Pena. Reincidência.

Sumário

INTRODUÇÃO	8
CAPÍTULO 1. BREVES NOÇÕES A RESPEITO DA DOSIMETRIA DA PENA, REINCIDÊNCIA E <i>BIS IN IDEM</i>.....	10
CAPÍTULO 2. POSIÇÕES FAVORÁVEIS E CONTRÁRIAS À UTILIZAÇÃO DA REINCIDÊNCIA COMO CRITÉRIO SUBJETIVO DE ELEVAÇÃO DA PENA.....	14
CAPÍTULO 3. A APLICAÇÃO DA REINCIDÊNCIA PARA EXASPERAÇÃO DA PENA CONFIGURA BIS IN IDEM?	16
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	19
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	20

INTRODUÇÃO

O atual Código Penal brasileiro definiu como critério de fixação da pena o sistema trifásico, assim, na primeira fase serão analisadas as circunstâncias judiciais estabelecidas no artigo 59, na segunda fase serão consideradas as agravantes e atenuantes elencadas nos artigos 61, 62 e 63, enquanto na terceira fase incidem as causas de aumento e diminuição da pena.

O Código Penal adotou como uma das circunstâncias que agravam a pena, o instituto da reincidência, previsto pelo artigo 63. Desta maneira, cometido novo crime após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória em período inferior a cinco anos, será o agente considerado reincidente e sua pena elevada. Contudo, países como Alemanha e Colômbia já aboliram o instituto por acreditarem que o agente seria punido mais uma vez pelo crime cometido anteriormente.

Então, diante do problema da crise carcerária que assola o país, bem como da criminalidade crescente, a reincidência se torna uma das grandes questões a serem analisadas pelo Poder Público, que busca cada vez mais um sistema penal eficiente, capaz de punir o agente por seus atos, bem como de reinseri-lo no meio social, assim, questiona-se: a elevação da pena, na segunda fase da dosimetria, tendo em vista a reincidência, é justificada pelos critérios de individualização da pena? O cometimento de novo crime merece maior reprovabilidade? Ou apenas se estará punindo o agente duas vezes pelo mesmo fato, recaindo, dessa forma, em “*bis in idem*” (instituto este, proibido pela legislação brasileira)?

O estudo em tela tem como objetivos apresentar, através de análises bibliográficas, as posições favoráveis e contrárias à aplicação da reincidência como agravante da pena, esclarecendo as razões pela qual o instituto foi adotado pela legislação brasileira vigente; analisar se sua aplicação para elevação da pena do agente acarreta *bis in idem*, ou seja, dupla punição pelo mesmo fato delitivo ou, se a nova conduta merece maior reprovabilidade social, devendo a reincidência ser considerada na individualização da pena, legitimando, assim a adoção do instituto, além de analisar as posições de grandes doutrinadores, bem como o entendimento do Supremo Tribunal Federal sobre o tema.

Rogério Greco, em sua obra Curso de Direito Penal – Parte Geral: Volume 1 aduz que “a pena deve reprová-lo pelo mal produzido pela conduta praticada pelo agente, bem como prevenir futuras infrações penais”. (GRECO, 2016, pág. 585), contudo, é notório que a aplicação e cumprimento da pena no Brasil não têm atingido o ideal da prevenção, uma vez que a taxa de reincidência encontra-se em crescente escala.

Por essa razão, o Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (Ipea), a pedido do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), realizou pesquisa no ano de 2013, sendo os resultados divulgados em 2015 e que revela uma taxa de 24,4% de reincidência, ou seja, um a cada quatro condenados retornam às práticas delitivas¹, o estudo em questão, porém, apenas abarcou os casos de reincidência legal, ou seja, aquela em que o agente volta a ser condenado no prazo de até 5 anos após o cumprimento ou extinção da pena anterior e que será considerada como agravante da pena.

Se, por um lado o Direito Penal busca resguardar os bens jurídicos mais importantes da sociedade, por outro busca a justa e eficiente punição do agente, assim, poderíamos considerar como justa a utilização de um crime anteriormente cometido por ele para elevar a sua pena no novo crime?

Para buscarmos a resposta sobre os questionamentos aqui levantados, o presente estudo subdivide-se em três capítulos. No primeiro capítulo abordaremos brevemente a dosimetria da pena e os dois institutos centrais – a reincidência e o *bis in idem*, trazendo seus conceitos e aplicação.

No segundo capítulo, trataremos das posições favoráveis e contrárias de grandes doutrinadores, bem como o posicionamento do Supremo Tribunal Federal sobre a aplicação da reincidência como critério de elevação da pena na segunda fase da dosimetria, explicando as razões de sua adoção pelo ordenamento jurídico vigente.

No terceiro capítulo, por sua vez, analisaremos o tema central do estudo, analisando se estaríamos diante da dupla punição pelo mesmo fato delitivo quando a pena for elevada em razão da reincidência do agente.

Por fim, sintetizaremos os resultados da pesquisa em nossas considerações finais, esperançosos de que, por se tratar de assunto tão relevante, possamos ter esclarecido se a elevação da pena de agente reincidente configura, ou não, *bis in idem*.

¹ Pesquisa completa disponível em:
<http://cnj.jus.br/files/conteudo/destaques/arquivo/2015/07/577d8ea3d35e53c27c2ccc265cd62b4e.pdf>.

CAPÍTULO 1. BREVES NOÇÕES A RESPEITO DA DOSIMETRIA DA PENA, REINCIDÊNCIA E *BIS IN IDEM*

De acordo com Eugênio Raúl Zaffaroni e José Henrique Pierangeli (2011, p. 94), a pena tem, como objetivo, a segurança jurídica e a prevenção de novos delitos, ou seja, “a pena deve aspirar a prover a segurança jurídica, pois seu objetivo deve ser a prevenção de futuras condutas delitivas”.

Para Damásio Evangelista de Jesus (2005, p. 457), a pena é a sanção afliitiva imposta pelo Estado ao autor da infração penal, como retribuição de seu ato ilícito, cujo fim é evitar delitos. Assim sendo, pode-se dizer que a pena tem, para o autor, um caráter retributivo e preventivo.

Convém, portanto, destacar como ocorre a cominação da pena nos processos penais brasileiros. Nosso Código Penal adota hoje o sistema trifásico, assim, para a definição de cada pena no caso concreto, deverão ser analisadas e ponderadas algumas circunstâncias. “Com a finalidade de orientar o julgador neste momento tão importante, a lei penal traçou uma série de etapas que, obrigatoriamente, deverão ser observadas” (GRECO, 2016, p. 677), assim, na primeira fase, para aplicar-se a pena-base, o magistrado levará em conta as circunstâncias previstas pelo art. 59 do CP, *ipsis literis*:

Art. 59 - O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e conseqüências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime: (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984) (BRASIL, 1940)

Greco (2016, p. 678) assevera que “cada uma dessas circunstâncias judiciais deve ser analisada e valorada individualmente, não podendo o juiz simplesmente se referir a elas de forma genérica, quando da determinação da pena-base, sob pena de se macular ato decisório”.

Na segunda fase, os critérios a serem observados são as circunstâncias atenuantes e agravantes da pena que “são dados periféricos que gravitam ao redor da figura típica e têm por finalidade diminuir ou aumentar a pena aplicada ao sentenciado” (GRECO, 2016, p. 690). As agravantes estão previstas pelos arts. 61 e 62 e as atenuantes pelo art. 65 que possuem as seguintes redações:

Art. 61 - São circunstâncias que sempre agravam a pena, quando não constituem ou qualificam o crime: (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

I - a reincidência; (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

II - ter o agente cometido o crime: (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

- a) por motivo fútil ou torpe;
- b) para facilitar ou assegurar a execução, a ocultação, a impunidade ou vantagem de outro crime;
- c) à traição, de emboscada, ou mediante dissimulação, ou outro recurso que dificultou ou tornou impossível a defesa do ofendido;
- d) com emprego de veneno, fogo, explosivo, tortura ou outro meio insidioso ou cruel, ou de que podia resultar perigo comum;
- e) contra ascendente, descendente, irmão ou cônjuge;
- f) com abuso de autoridade ou prevalecendo-se de relações domésticas, de coabitação ou de hospitalidade, ou com violência contra a mulher na forma da lei específica; (Redação dada pela Lei nº 11.340, de 2006)
- g) com abuso de poder ou violação de dever inerente a cargo, ofício, ministério ou profissão;
- h) contra criança, maior de 60 (sessenta) anos, enfermo ou mulher grávida; (Redação dada pela Lei nº 10.741, de 2003)
- i) quando o ofendido estava sob a imediata proteção da autoridade;
- j) em ocasião de incêndio, naufrágio, inundação ou qualquer calamidade pública, ou de desgraça particular do ofendido;
- l) em estado de embriaguez preordenada.

Art. 62 - A pena será ainda agravada em relação ao agente que: (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

I - promove, ou organiza a cooperação no crime ou dirige a atividade dos demais agentes; (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

II - coage ou induz outrem à execução material do crime; (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

III - instiga ou determina a cometer o crime alguém sujeito à sua autoridade ou não-punível em virtude de condição ou qualidade pessoal; (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

IV - executa o crime, ou nele participa, mediante paga ou promessa de recompensa. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

(...)

Art. 65 - São circunstâncias que sempre atenuam a pena: (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

I - ser o agente menor de 21 (vinte e um), na data do fato, ou maior de 70 (setenta) anos, na data da sentença; (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

II - o desconhecimento da lei; (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

III - ter o agente: (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

- a) cometido o crime por motivo de relevante valor social ou moral;
- b) procurado, por sua espontânea vontade e com eficiência, logo após o crime, evitar-lhe ou minorar-lhe as consequências, ou ter, antes do julgamento, reparado o dano;
- c) cometido o crime sob coação a que podia resistir, ou em cumprimento de ordem de autoridade superior, ou sob a influência de violenta emoção, provocada por ato injusto da vítima;
- d) confessado espontaneamente, perante a autoridade, a autoria do crime;
- e) cometido o crime sob a influência de multidão em tumulto, se não o provocou. (grifo nosso) (BRASIL, 1940).

Frise-se que o Códex não fornece a medida para aumento e diminuição da pena nessa fase e, em havendo concurso entre circunstâncias atenuantes e agravantes, “a pena deve aproximar-se do limite indicado pelas circunstâncias preponderantes” (GRECO, 2016, p. 680).

Por fim, no terceiro momento de aplicação da pena, serão observadas as causas de aumento e diminuição da pena.

Vale, nessa oportunidade, fazer a diferença entre as circunstâncias atenuantes e agravantes e as causas de aumento e diminuição da pena. (...) A diferença fundamental entre elas reside no fato de que as circunstâncias agravantes e atenuantes são elencadas na parte geral do Código Penal e o seu *quantum* de redução e de aumento não vem predeterminado pela lei, devendo o juiz, atento ao princípio da razoabilidade, fixá-lo no caso concreto; as causas de aumento e diminuição podem vir previstas tanto na parte geral como na parte especial do Código Penal e seu *quantum* de redução e aumento é sempre fornecido em frações pela lei. (GRECO, 2016, p. 680).

Esclarecido, assim, o sistema trifásico adotado pela legislação brasileira, passamos a analisar o instituto da reincidência.

Para Greco (2016, p. 693), “a reincidência é a prova do fracasso do Estado em sua tarefa ressocializadora”.

O conceito de reincidência nos é dado pela clara redação do art. 63 do CP: “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. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)” (BRASIL, 1940).

Esclarece Greco que este “artigo refere-se a três fatos indispensáveis à caracterização da reincidência: 1º) prática de crime anterior; 2º) trânsito em julgado da sentença condenatória; 3º) prática de novo crime, após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória” (GRECO, 2016, p. 693). Ressalta-se, neste momento que não se considera reincidente o agente cuja infração penal anterior ou posterior consista em contravenção penal.

“Como regra geral, o Código Penal afastou a chamada reincidência específica, sendo suficiente a prática de crime anterior” (GRECO, 2016, p. 694).

O art. 64 do CP estabelece, ainda que:

Art. 64 - Para efeito de reincidência: (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)
 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; (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)
 II - não se consideram os crimes militares próprios e políticos. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984) (BRASIL, 1940).

Deste modo, a redação do inciso I do referido artigo elimina do nosso sistema penal “a perpetuidade dos efeitos da condenação anterior” (GRECO, 2016, p. 695), limitando os efeitos da reincidência nos cinco anos posteriores a data de cumprimento ou de extinção da pena.

O STJ, através da Súmula nº 214, entendeu que “a reincidência penal não pode ser considerada como agravante e, simultaneamente, como circunstância judicial”, afastando, assim, a configuração de *bis in idem*, instituto que passamos a estudar nesse momento.

Bis in idem é uma expressão em latim que significa “duas vezes o mesmo”, assim, no âmbito do direito penal, significaria uma dupla punição pelo mesmo fato criminoso. Um dos princípios do Direito Penal é o do *non bis in idem*, ou seja, proíbe-se aqui que o agente seja punido duas vezes pelo mesmo crime.

O princípio em comento estabelece, em primeiro plano, que ninguém poderá ser punido mais de uma vez por uma mesma infração penal. Mas não é só. A partir de uma compreensão mais ampla deste princípio, desenvolveu-se o gradativo aumento da sua importância. Hodiernamente, uma das suas mais relevantes funções é a de balizar a operação de dosimetria (cálculo) da pena, realizada pelo magistrado. (JORIO, 2006).

Superados e esclarecidos os temas centrais da presente monografia, passemos, então, às posições doutrinárias favoráveis e opositoras à aplicação da reincidência como circunstância agravante da pena.

CAPÍTULO 2. POSIÇÕES FAVORÁVEIS E CONTRÁRIAS À UTILIZAÇÃO DA REINCIDÊNCIA COMO CRITÉRIO SUBJETIVO DE ELEVAÇÃO DA PENA

Aduz Greco (2016, p. 587) que

Por meio da prevenção geral negativa ou prevenção por intimidação, o Estado se vale da pena por ele aplicada a fim de demonstrar à população, que ainda não delinuiu, que se não forem observadas as normas editadas, esse também será o seu fim. Dessa forma, o exemplo dado pela condenação daquele que praticou a infração penal é dirigido aos demais membros da sociedade.

A aplicação da reincidência enquanto critério subjetivo para elevação da pena é questão controversa no mundo jurídico desde sua criação, dividindo as opiniões de doutrinadores e estudiosos. Contudo, trata-se de assunto já decidido pelo STF, no julgamento do Recurso Extraordinário 453000, interposto contra Acórdão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, de relatoria do Ministro Marco Aurélio, com julgamento ocorrido em 04 de abril de 2013, entendeu, por unanimidade, pela constitucionalidade da aplicação da reincidência para agravar a pena do agente.

AGRAVANTE – REINCIDÊNCIA – CONSTITUCIONALIDADE – Surge harmônico com a Constituição Federal o inciso I do artigo 61 do Código Penal, no que prevê, como agravante, a reincidência. (STF - RE: 453000 RS, Relator: Min. MARCO AURÉLIO, Data de Julgamento: 04/04/2013, Tribunal Pleno, Data de Publicação: ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-194 DIVULG 02-10-2013 PUBLIC 03-10-2013).

O Relator do referido julgamento, ministro Marco Aurélio, asseverou que a reincidência não se trata de marca eterna do agente, uma vez que possui prazo determinado por lei, qual seja, 5 anos e, portanto, se não poderia desmontar o sistema vigente em nome do “garantismo penal”.

A Escola Positiva, que surgiu e se destacou no final do século XX, pregava que a agravação da pena em razão da reincidência se mostra necessária para a defesa da sociedade, uma vez que o agente reincidente demonstra maior grau de periculosidade, além do total desprezo pelas normas penais.

Para Mirabete e Fabbrini:

A agravante da reincidência, prevista no art. 61, inciso I, é contestada por alguns doutrinadores que veem na hipótese um bis in idem, ou seja, um agravamento na pena de um crime pela ocorrência de um crime anterior, já reprimido por uma sanção penal. Entretanto, a exacerbação da pena justifica-se plenamente para aquele que, punido, anteriormente, voltou a delinquir, demonstrando com sua conduta

criminosa que a sanção normalmente aplicada se mostrou insuficiente para intimidá-lo ou recuperá-lo. Há, inclusive, um índice maior de censurabilidade na conduta do agente que reincide (MIRABETE e FABBRINI, 2013, p. 294).

Alguns doutrinadores como Guilherme Souza Nucci, André Estefam, Silvio Ranieri, Vincenzo Manzini, entre outros, trilham no mesmo sentido, enquanto outros como Eugenio Raul Zaffaroni e José Henrique Perangeli possuem ideias divergentes, alegando que a consideração da reincidência para fins de elevação da pena implicaria em dupla penalização pelo mesmo fato criminoso, “*bis in idem*”.

Desde a penalização liberal do século XIX se observou que a agravação da pena por um delito anterior é uma nova pena pelo mesmo delito, que viola a proibição da dupla punição. [...] Quando se invoca a reincidência para impor uma pena superior ao mínimo, o plus punitivo superior ao mínimo não tem nada a ver com o segundo delito, mas senão que é uma pena para o primeiro. (ZAFFARONI, 2011, p. 266)

Alguns doutrinadores brasileiros, como Fragoso (1987) e Jesus (1985), defendem que a exasperação da pena em razão da reincidência deveria ser facultativa e não obrigatória. Em razão das divergências doutrinárias apresentadas, o presente estudo se mostra importante como meio de formulação de respostas às perguntas levantadas de modo a esclarecer o assunto, embora este tenha sido pacificado pelo STF em sentido favorável, por que teriam outros países abolido a figura de seus ordenamentos?

CAPÍTULO 3. A APLICAÇÃO DA REINCIDÊNCIA PARA EXASPERAÇÃO DA PENA CONFIGURA BIS IN IDEM?

Embora o Princípio do *non bis in idem*, não esteja expressamente previsto pelo texto constitucional, ele está presente no sistema jurídico-penal de qualquer Estado Democrático de Direito. Seu incremento se deve ao respeito à dignidade da pessoa humana e à concretização de um Sistema Penal que se preocupa com fato delituoso e não indivíduo que o cometeu.

Vale ressaltar que o sistema penal vigente assevera que a pena possui tripla função, qual seja: retribuição, prevenção e ressocialização. Através do presente estudo, podemos notar, entretanto, que a pena de prisão não tem atingido nem a função preventiva, nem a de ressocialização, tendo em vista a crescente escala de reincidência, como demonstra o Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (Ipea) que, a pedido do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), realizou pesquisa no ano de 2013, sendo os resultados divulgados em 2015 e que revela uma taxa de 24,4% de reincidência, ou seja, um a cada quatro condenados retornam às práticas delitivas², o estudo em questão, porém, apenas abarcou os casos de reincidência legal, ou seja, aquela em que o agente volta a ser condenado no prazo de até 5 anos após o cumprimento ou extinção da pena anterior e que será considerada como agravante da pena.

Diversas são as razões de pelas quais essas finalidades não são atingidas, dentre elas, as condições desumanas sob quais vivem os detentos e a estigmatização social do condenado, especialmente, através do instituto da reincidência.

Conforme resta cristalino, até o presente momento, não tratamos aqui de assunto pacificado, mas duramente criticado por diversos doutrinadores, embora o STF já tenha decidido em sentido favorável à exasperação da pena do agente em razão da reincidência.

Se nosso ordenamento jurídico proíbe de forma tão veemente a dupla punição pelo mesmo fato delitivo, a simples reincidência não poderia ser valorada como forma de aumentar-se a pena do condenado.

Temos que a disposição legal autoriza o agravamento da pena em razão da reincidência, é indevido e, na verdade, acaba por agente apenar em duplicidade um único fato delitivo: num primeiro momento, pelo cumprimento da primeira condenação, e, num segundo, quando sua nova pena é exasperada por outro crime, que nenhuma relação possui com o

² Pesquisa completa disponível em:
<http://cnj.jus.br/files/conteudo/destaques/arquivo/2015/07/577d8ea3d35e53c27c2ccc265cd62b4e.pdf>.

segundo, posição que revela um sistema pautado no julgamento do homem e não de sua conduta.(JUNIOR,2015)

A elevação da pena por essa circunstância se mostra incompatível com o Direito Penal sob a ótica Constitucional vigente, aumentando, aqui, a estigmatização social do indivíduo que. Talvez se possa pensar que a reincidência seja, de alguma forma e algum momento, considerado pelo ordenamento. Talvez possamos falar até mesmo que ela influa na cominação da pena do agente, não rechaçando completamente este fator,mas sendo intolerável a obrigatoriedade de sua valoração, uma vez que genérica. (JÓRIO 2006)

Jório (2006) exemplifica a injustiça trazida pelo reconhecimento da reincidência enquanto agravante genérica para elevação da pena da seguinte forma:

Para demonstrar o quanto pode ser injusto o obrigatório incremento da pena por conta do reconhecimento desta agravante genérica, visualizemos a seguinte hipótese: uma pessoa pratica um crime de injúria simples (art. 140, caput, CP). Por este (ínfimo e questionável) delito é condenada a uma pena de 1 (um) mês de detenção. Um ano após o cumprimento da sua pena, essa pessoa cometeu uma lesão corporal culposa na direção de veículo automotor (art. 303 da Lei 9.503/97). Da pena de 6 meses a 2 anos que lhe poderia ser imposta, recebeu uma condenação a 2 anos de detenção. No segundo estágio do sistema de determinação ou dosimetria da pena (fase das agravantes e atenuantes), o juiz, ao reconhecer a reincidência, deve operar o respectivo aumento da pena (que, preferencialmente, deve girar em torno de 1/6, conforme coesa orientação doutrinária). Note-se: pelo crime de injúria (que fundamenta a reincidência), o agente recebeu uma pena de 1 (um) mês de detenção; pelo reconhecimento da reincidência em si (apesar de o crime anteriormente praticado ser de menor potencial ofensivo), a pena foi aumentada em 4 (quatro) meses de detenção (!). O aumento da pena determinado pela reincidência supera a pena total aplicada ao delito anteriormente cometido. A hipótese aventada não é de improvável acontecimento, mas, sim, de fácil configuração. Aliás, na maioria das vezes em que alguém cometer um delito menos grave (como um crime culposos) e, depois, cometer uma infração mais reprovável (como um crime doloso), a punição pela reincidência suplantar a pena total atribuída pela primeira transgressão. É possível não enxergar a injustiça? O mesmo fato (cometimento de crime e condenação) gera duas sanções penais: uma direta (pena total pelo primeiro crime) e uma indireta (aumento da pena na segunda condenação). Se pelo primeiro crime, em si, se impôs uma pena de 1 mês de detenção, como conceber que, pela reincidência, seja imposta uma pena quatro vezes mais elevada? E há uma importante observação a realizar: justamente por conta dessa reincidência, a pena, que seria cumprida no regime aberto, deverá ser cumprida em regime semiaberto. E o que é pior: para os mais rigorosos, não adotantes da interpretação determinadora da prevalência do caput do art. 33 (que não prevê regime inicialmente fechado para a detenção) sobre o seu § 2º (que estabelece que somente o não-reincidente poderá cumprir a pena em regime semiaberto ou aberto), a reincidência levará, por fim, ao início do cumprimento da pena em regime fechado. Assim, o fato pretérito (injúria), pelo qual o agente já cumpriu pena, não só contribui para o aumento da intensidade da nova punição que lhe é dirigida em termos quantitativos (valor da pena privativa da liberdade), mas também qualitativos (o cumprimento da pena se dará, inicialmente, em regime mais severo).

Note-se, portanto que, por se tratar de circunstância genérica, deverá ser aplicada em qualquer caso em que haja o cometimento de novo crime posterior ao transitado em julgado da

sentença penal condenatória e, qualquer cidadão pode acabar incorrendo em uma prática delituosa, como no exemplo trazido por Jório.

De outra banda, é cristalino que o criminoso contumaz, aquele que por várias vezes se insubordinou ao cumprimento e manutenção ordem social e, por diversas vezes esteve presente no sistema prisional, poderia, eventualmente, fazer jus a um tratamento mais rigoroso, considerando-se, então, a reincidência, pois, a pessoa que passa várias vezes pelo encarceramento no sistema prisional e, decide manter seu comportamento delituoso, ferindo os bens jurídicos resguardados pelo Direito Penal, revela comportamento mais grave e antissocial. É, em primeira análise, merecedora de resposta penal mais severa, como defendem alguns doutrinadores.(JORIO,2006)

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Tendo em vistas os variados posicionamentos doutrinários aqui apresentados, bem como os princípios penais-constitucionais que regem o ordenamento jurídico brasileiro, podemos concluir que a utilização da reincidência enquanto critério subjetivo para exasperação da pena fere o princípio do *non bis in idem* e, conseqüentemente, mostra-se inconstitucional, sendo, portanto, uma verdadeira afronta à dignidade da pessoa humana, uma vez que busca estigmatizar o indivíduo.

Não sendo a pena e o encarceramento capazes de atingir as funções por elas declaradas, vemos o país na mais profunda crise carcerária e, comumente, quando o discurso jurídico-penal é utilizado como maneira de disfarçar os graves problemas sociais vividos, tenta-se encontrar uma solução com base em casos específicos que são escolhidos como exemplo de qualquer maneira pelo sistema penal.

Assim, no intento de transmitir à população segurança jurídica, criamos uma simples equação: agente delitivo + reincidência = aumento de pena. Com isso, a sociedade crê que, quanto mais elevada a pena, melhor será o exemplo repassado, evitando-se o cometimento de novos crimes, o que não acontece no caso concreto, pois como vimos, 1 em cada 4 indivíduos voltar a cometer delitos.

Deste modo, não deveria o sistema penal buscar formas de atingir a finalidade de ressocialização por ele apresentado ao invés de criar mecanismos de estigmatização como se tem feito? Não vemos políticas públicas voltas à reinserção do apenado no mundo social, mas cada vez mais, vemos formas de mantê-lo em um submundo, onde a sociedade possa ignorar sua existência e esse submundo revela-se como prisões.

Se proibimos a dupla punição, sob hipótese alguma poderia a reincidência ser considerada para elevar a nova pena, pois, não possui qualquer relação com o crime anterior. Devemos, portanto, buscar a máxima do Direito Penal do Fato e não do autor, aplicando-lhe sanções justas, aumentando-a ou diminuindo-a de acordo com as circunstâncias elementares do crime e não as subjetivas de seu autor.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARATTA, Alessandro. Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: introdução à sociologia do direito penal. 3ª Ed. Rio de Janeiro: Editora Revan. Rio de Janeiro. 2002.

ESTEFAM, André. Direito Penal. Volume 1. São Paulo: Saraiva, 2010.

GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal – Parte Geral. Volume 1. 18ª Ed. Rio de Janeiro: Editora Impetus, 2016.

Lei nº 2.848 de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em 30/04/2019.

MIRABETE, Julio Fabbrini, FABBRINI, Renato N. Manual de Direito Penal. Volume I. 29ª. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

NUCCI, Guilherme de Souza. Leis Penais e Processuais Penais Comentadas. 11ª edição, vol1, rev., atual. eamp. São Paulo, 2018: Editora Revista dos Tribunais.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIRANGELI, José Henrique. Manual de Direito Penal Brasileiro: volume 1: parte geral. 9ª ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.