



CENTRO UNIVERSITÁRIO DR. LEÃO SAMPAIO – UNILEÃO  
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

THIAGO SIMÃO SOUZA

**ANÁLISE DA MAJORAÇÃO DA PENA EM DECORRÊNCIA DA REINCIDÊNCIA  
FRENTE AO PRINCÍPIO NON BIS IN IDEM E AS FINALIDADES DA PENA**

Juazeiro do Norte  
2018

THIAGO SIMÃO SOUZA

**ANÁLISE DA MAJORAÇÃO DA PENA EM DECORRÊNCIA DA REINCIDÊNCIA  
FRENTE AO PRINCÍPIO NON BIS IN IDEM E AS FINALIDADES DA PENA**

Monografia apresentada à Coordenação do Curso de Graduação em Direito do Centro Universitário Dr. Leão Sampaio, como requisito para a obtenção do grau de bacharelado em Direito.

Orientador: José Boaventura Filho

Juazeiro do Norte  
2018



THIAGO SIMÃO SOUZA

**ANÁLISE DA MAJORAÇÃO DA PENA EM DECORRÊNCIA FRENTE AO  
PRINCIPIO NON BIS IN IDEM E AS FINALIDADES DA PENA**

Monografia apresentada à Coordenação do  
Curso de Graduação em Direito do Centro  
Universitário Dr. Leão Sampaio, como  
requisito para a obtenção do grau de  
bacharelado em Direito.

Orientador: José Boaventura Filho

Data de aprovação: \_\_\_/\_\_\_/\_\_\_

Banca Examinadora

---

Prof.(a) José Boaventura Filho  
Orientador(a)

---

Prof.(a) \_\_\_\_\_  
Cristiano Siebra Felício Calou

---

Prof.(a) \_\_\_\_\_  
Iamara Feitosa Furtado Lucena

*A minha mãe que sempre me apoiou e sempre me disse que eu era capaz.*

## AGRADECIMENTOS

Primeiramente a Deus, pois sem a tua força não teria alcançado tantas conquistas e não teria a capacidade de desenvolver a inteligência e sabedoria.

Especialmente a minha amada mãe, que sempre orientou seus três filhos a desenvolverem o interesse pelo estudo e que na medida de suas forças sempre nos proporcionou o melhor.

Carinhosamente as minhas irmãs Yarla e Yascara, que sempre foram guerreiras e sempre buscaram me apoiar nessa caminhada acadêmica.

A meu pai, que mesmo com tantas divergências sempre buscou do seu modo mostrar-me o caminho do bem.

A minha avó Amélia (amor da minha vida), que mesmo doente sempre demonstrou amor com todos os seus netos.

Carinhosamente a meu pequeno sobrinho Álvaro, que mesmo tão pequeno demonstra um afeto grande por mim.

A meu avô João, que segue sua vida nos planos espirituais e que tanto sonhou com um filho graduado em direito, não foi um filho, mas hoje é seu neto quem está se formando.

A minha tia Simone, seu esposo Dedá e meus primos João, Marcos e Júlia que sempre estão presentes no meu cotidiano compartilhando e comemorando nossas vitórias.

A minha Vovó Rita e Pai Joaquim, que sempre me orientam e me conduziram para o melhor caminho e que nunca me deixaram fraquejar mesmo diante dos inúmeros problemas e batalhas no decorrer dessa faculdade.

Aos meus amigos que estiveram presentes e compartilharam essa caminhada acadêmica comigo, Emanuele, Gabi, Estaze, Amanda, Yanini, Vilândia, Cris. Sucesso para todos vocês.

Aos professores que ajudaram a construir o meu conhecimento sobre o Direito e conquistar a minha aprovação na OAB.

## RESUMO

A reincidência entra no meio criminal para uma punição mais severa do agente, e não do crime, como é defeso no Direito Penal. Trata-se de prática do *bis in idem*, pois o jurista vai buscar subsídio em uma conduta já consumada e julgada, tendo como finalidade o aumento da pena, não estando em conformidade com os preceitos constitucionais. É por isso que, para conter o poder de punição exacerbado do estado, é extremamente necessário e importante recorrer aos princípios basilares contidos no nosso ordenamento jurídico para a promoção da justiça, sem ferir os direitos humanos, pois o precário instituto da reincidência quando diante da finalidade da pena, que é a reprovação e prevenção do agente infrator, nota-se que a principal medida que se busca com a majoração da pena em decorrência da reincidência é que não haja mais infrações das leis penais. Mas acaba ocorrendo uma disparidade nessa finalidade, uma vez que, para que crimes deixem de ser praticados, o papel do estado tem que ser preventivo.

**Palavras-chave:** Reincidência. Finalidade da Pena. Non Bis in Idem.

## **ABSTRACT**

Recidivism enters the criminal milieu for a more severe punishment of the agent, and not of the crime, as it is closed in Criminal Law. It is a practice of bis in idem, because the jurist will seek a subsidy in a conduct already consummated and judged, with the purpose of increasing the sentence, not being in conformity with the constitutional precepts. That is why, in order to contain the exacerbated power of punishment of the state, it is extremely necessary and important to resort to the basic principles contained in our legal system for the promotion of justice, without harming human rights, because the precarious institute of recidivism when faced with purpose of punishment, which is the disapproval and prevention of the offender, it is noted that the main measure sought with the increase of the penalty as a result of recidivism is that there are no more violations of criminal law. But a disparity ends up in this end, since, for crimes to cease to be practiced, the role of the state has to be preventive.

**Keywords:** Recidivism. Purpose of the Penalty. Non bis in idem.

## SUMÁRIO

	<b>página</b>
<b>1</b>	<b>INTRODUÇÃO.....10</b>
<b>2</b>	<b>NOÇÕES HISTÓRICAS DA REINCIDÊNCIA ..... 12</b>
2.1	REINCIDÊNCIA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO..... 14
2.2	<i>NON BIS IN IDEM</i> ORIGEM HISTÓRICA ..... 15
2.2.1	<i>Non Bis In Idem No Ordenamento Brasileiro..... 16</i>
2.3	REINCIDÊNCIA E SUAS CONTROVÉRSIAS.....18
<b>3</b>	<b>FINALIDADES DA PENA..... 20</b>
3.1	TEORIA ABSOLUTA .....20
3.2	TEORIAS RELATIVAS .....22
3.3	TEORIA DA PREVENÇÃO ESPECIAL.....23
3.4	FINALIDADES DA PENA NO ORDENAMENTO JURIDICO BRASILEIRO..25
3.5	<i>BIS IN IDEM</i> DIANTE DAS FINALIDADES DA PENA.....27
<b>4</b>	<b>RESSOCIALIZAÇÃO: OFENSA AO PRINCÍPIO DA IGUALDADE..... 29</b>
4.1	A REINCIDÊNCIA: FATOR DE MAJORAÇÃO DE PENA..... 30
4.2	CRIME CULPOSO E A REINCIDÊNCIA.....31
4.3	STF: REINCIDÊNCIA E O PRINCÍPIO NON BIS IN IDEM JULGAMENTO DO RE: 453000.....32
<b>5</b>	<b>CONSIDERAÇÕES FINAIS ..... 35</b>
	<b>REFERÊNCIAS.....37</b>
	<b>ANEXO(S)..... 40</b>

## 1 INTRODUÇÃO

Há tempos que o homem estuda meios de coibir práticas que violam direitos de terceiros, e é com esse intuito que o Direito Penal cria o instituto da reincidência, que aumenta a pena quando um indivíduo volta a cometer prática criminosa anteriormente punida. Assim, no século XIX a reincidência passa a ser objeto de crítica pela Escola Clássica do Direito Penal, visto que eles compreendiam que a conduta criminosa anterior já tinha sido punida anteriormente.

No Brasil a reincidência surge no Código Criminal Imperio de 1830 como reincidência específica, somente no código Penal de 1940 surge a reincidência genérica que ainda hoje é a presente no nosso ordenamento pátrio.

Neste ínterim, a reincidência passa a ser confrontada com o princípio *nom bis in idem*, o qual visa garantir que pessoas já penalizadas por um crime não pode sofrer uma nova sanção penal. O referido princípio está presente em nosso ordenamento jurídico pela Convenção Interamericana sobre Direitos Humanos, Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos da ONU e na legislação infraconstitucional.

Diante disso, ao analisar as teorias sobre a finalidade da pena temos as teorias, absolutas, relativas e teoria da prevenção especial que serão abordadas adiante. No ordenamento penal brasileiro de 1940 a finalidade da pena é a da prevenção especial, o sistema duplo binário da reprovação e prevenção, sendo que a ressocialização ocorreria quando possível caso contrário o delinquente continuaria preso. Em 1984, com o surgimento da Lei de Execução Penal, a execução da pena passa a ter o objetivo de proporcionar ao preso condições harmônicas para sua integração social.

Quando tratamos da ressocialização como uma finalidade da pena, essa também é objeto de controvérsia doutrinária, pois quando se busca ressocializar alguém se leva em consideração que essa pessoa não se encontra nos moldes sociais, é taxado de forma maniqueísta, o que vai contra o princípio da igualdade.

Cabe ainda como objeto do trabalho, uma análise sobre a reincidência e o crime culposos, a qual é defendida por alguns doutrinadores a sua aplicação, pois entendem que é uma reiterada negligência.

Por fim, o trabalho será encerrado com a análise do voto de alguns Ministros do STF acerca do RE 453000, o qual obteve votação unânime acerca da constitucionalidade da reincidência, visto que, reincidir no crime é uma opção do indivíduo sendo que é necessário por parte do Estado impor freios e contrapesos para coibir as condutas delitivas.

De mais a mais, o trabalho tem por objetivo debater um tema de grande controvérsia e de importância para o Direito Penal, com foco na reincidência e o princípio *nom bis in idem*. Sendo este trabalho constituído por uma revisão de literatura e análise documental, o qual é um meio capaz de abrir o leque de debate para tratar questões sociais.

## 2 NOÇÕES HISTÓRICAS DA REINCIDÊNCIA

A reincidência surge no cenário penal com o intuito de agravar a pena ou ocasionar efeitos mais danosos na punição do infrator. Assim, visa coibir de forma mais rigorosa a continuidade delitiva do agente infrator, ou seja, a prevenção e repressão. Desse modo, é conferido ao indivíduo reincidente tratamento diferenciado ao que comete um crime pela primeira vez.

Todavia, o tratamento diferenciado se torna passível de críticas e controvérsias doutrinárias, pois o direito deve estar alicerçado em fundamentos legítimos e princípios que assegurem a dignidade da pessoa humana, visto que, tal instituto quando positivado no Direito Penal gera efeitos na pena, crime, culpabilidade, periculosidade etc.

Assim, no século XIX com o surgimento da Escola Clássica do Direito Penal parte dos seus integrantes manifestaram opinião contrária ao instituto em estudo. Eles defendiam que o delito anterior já tinha sido objeto de punição com a pena anterior, de modo que se esgotou qualquer pretensão punitiva por parte do direito.

Nesse contexto de pena retribucionista Bettiol (1910), defende que:

Um direito penal retributivo, que dá relevância à ação, deve referir-se apenas a ação singular realizada, sem ir além, sem levar em conta ações delituosas já remidas anteriormente, porque isto redundaria em imputar a mesma ação várias vezes contra a pessoa, violando a regra do *ne bis in idem*.(BETTIOL, 1976, p.16)

Bettiol trás, então, um ponto bastante importante, que é o princípio do *ne bis in idem*, o qual tem por defesa não imputar uma nova pena a crime anteriormente já penalizado. No entanto, trazer o princípio para o debate não foi motivo para a Escola Clássica afastar a reincidência, pois a maioria dos penalistas da época se fundamentava na teoria da insuficiência da pena anteriormente aplicada e do alarme social<sup>1</sup>.

Com o surgimento da Escola Positiva e com a utilização do método indutivo passa a ter novas concepções sobre os elementos de estudo do direito penal, rompendo com a ideia jurídica abstrata da Escola Clássica. Assim, sugere uma ótica social e humana e focada na individualidade do agente infrator e não no crime.

A pena então converge para um resultado equilibrado quanto à gravidade, no qual visa a recuperação social do indivíduo de modo que observe a periculosidade e o estado pessoal.

---

<sup>1</sup> A prática de um segundo crime revela uma vulnerabilidade ampla em decorrência do bel-prazer do delinquente. BRUNO, Anibal, Direito penal, 1.3, p.114.

Passa-se então a observar a periculosidade do agente para assim analisar o vigor com que seria aplicado na pena.

Como consequência, as sanções mais graves seriam destinadas aos delinquentes mais perigosos. Na ótica positivista, a reincidência sinalizava a maior periculosidade do indivíduo, a qual seria reservada na mesma proporção e ajustada às condições pessoais, também uma medida penal mais grave. (SILVEIRA , 1998 p.28)

A aplicação de uma majoração de pena em virtude da periculosidade não é razoável, pois cada caso deve ser analisado de forma isolada e fragmentada para se extrair o mínimo grau de periculosidade e máximo. Dessarte, quando o grau mínimo de periculosidade não é plausível agravar a pena.

A Escola Positivista associa a reincidência simplesmente ao autor do delito, sendo que estes seriam rotulados de acordo com a periculosidade, de modo que acaba gerando uma insegurança jurídica, pois essa tipologia de autores demanda uma análise individual e categórica de cada autor.

Os positivistas estavam apenas preocupados com a sociedade, é nesse sentido que Rua (2006) na sua tese de doutorado diz:

Os Positivistas italianos desenvolveram várias medidas para assegurar a defesa da sociedade. O fim das penas, nesta Escola, é essencialmente preventivo, as sanções defendidas não visam a recuperação ou a punição do delinquente, mas a protecção da sociedade. (RUA, 2006, p.17)

O caráter preventivo não é suficiente para o combate ao ato criminoso, uma vez que os elementos que ocasionam um crime não se limitam apenas a personalidade e periculosidade do delinquente, pois conforme Rua (2006) na obra supracitada, tais elementos servem apenas de parâmetro para adequar a medida de segurança e não para aferir sua culpa.

Atualmente alguns estudiosos da ciência criminológica ainda seguem um posicionamento conservador, vejamos:

Habita, nesses delinquentes recidivantes empedernidos, uma força compulsiva, um potencial explosivo, endógeno, liberado por um processo verdadeiramente mórbido. Eles são dotados de um poder irreversível de praticar o mal. Neles não existe qualquer traço de simpatia humana, não existe qualquer noção de dever para com a comunidade. O regramento social nada lhes diz. Eles são uns desengajados afetivos, aferrados a um passado indigno e sem pretensões salutares em seu horizonte futuro. São marginais destituídos de consciência, que vivem e gravitam em torno de abjeções e maldades, delinqüindo mais por instinto do que por cálculo. São criminosos por tendência. Forjados no vício, no crime e no cometimento do mal, nenhum impulso pode movê-los em direção ao bem. São portadores de manifesta periculosidade social, e seus desvios já foram sobejamente pesquisados e atestados pelos criminologistas (FERNANDES, 2002, p. 345-346).

Resguardado o respeito ao entendimento do Fernandes, cabe lançar um olhar mais amplo e crítico diante da situação, pois um indivíduo é fruto de um processo social o qual são diversos fatores que contribuem para a sua formação sendo o Estado o detentor de maior responsabilidade para a sua construção social, uma vez que, é de sua competência assegurar a todo cidadão ferramentas e oportunidades para o seu desenvolvimento, assim, a sua marginalização é fruto de uma falha no seu desenvolvimento e seus desvios podem ser resultados da omissão do Estado.

## 2.1 REINCIDÊNCIA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

O instituto da reincidência surgiu no Brasil com Código Criminal do Império de 1830 no artigo 16, §3º como fator agravante para quando determinado indivíduo viesse a cometer um novo crime, desde que fosse o mesmo crime cometido anteriormente, assim era classificada como reincidência específica.

Art. 16. São circunstancias agravantes:

1º Ter o delinquente commettido o crime de noite, ou em lugar ermo.

2º Ter o delinquente commettido o crime com veneno, incendio, ou inundação.

3º Ter o delinquente reincidido em delicto da mesma natureza. [...]

Entende-se por reincidência específica:

[...]quando dois crimes são da mesma natureza. E explica o legislador: “consideram-se crimes da mesma natureza os previstos no mesmo dispositivo legal, bem como os que, embora 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, (PIMENTEL, 1971, p.150)

No Código de 1940 surge a reincidência genérica, a qual institui que os delitos cometidos não necessitam ser da mesma tipicidade: “*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.*”

Já no atual Código Penal brasileiro não se distingue a reincidência genérica e específica. Entretanto o artigo 64 inciso I, do Código Penal traz o sistema da temporariedade estabelecendo que não se configure a reincidência quando decorrer período superior a 05 (cinco) anos entre a data do cumprimento ou extinção da pena e a nova infração.

## 2.2 NON BIS IN IDEM ORIGEM HISTÓRICA

Associa-se a vedação do duplo risco ao direito consuetudinário, mais precisamente à disputa no século XII de Henrique II e o acerbispo Thomas Becket em que foi questionado se os Clérigos condenados estavam isentos de futuras condenações Maia (2005). De modo que a condenação ou absolvição por determinado crime veda qualquer condenação futura para o mesmo crime.

Sua primeira tipificação em um texto legal surge na Constituição francesa de 1791 o qual instituiu que: *“Todo homem absolvido por um júri legalmente constituído não pode mais ser julgado nem acusado de novo em razão do mesmo fato”*.

Já nos Estados Unidos veio ter previsão legal com a 5º emenda em dezembro de 1971 prevendo que: *“[...] nenhuma pessoa deverá sujeitar-se ao risco de sua vida duas vezes, pela mesma violação [...]”*. O seu reconhecimento se dava a partir do teste de Blockburger<sup>2</sup>:

cada uma das ofensas criadas requer a prova de um elemento diferente. Para verificar se o mesmo ato ou transação constitui uma violação de duas provisões estatutárias distintas, o teste a ser aplicado para determinar se há duas ofensas ou somente uma é se cada provisão demanda a prova de um fato que a outra não requer. (MAIA, 2005, p.31)

Todavia, o referido precedente passou por diversas ponderações entre a União e estados-membros, sendo garantida sua aplicação apenas no âmbito federal, posteriormente passando sendo pacificado o entendimento da independência de cada instância federal e estadual.

Em Portugal, a previsão legal da vedação a dupla incriminação veio ocorrer com Constituição de 1976 a qual assegurou: *“ninguém pode ser julgado mais de uma vez pela prática do mesmo crime”* (art. 29º, n. 5).

Dessa forma, o que se compreende é que a preservação a uma dupla penalidade possui inúmeras previsões em legislações pretéritas de nações diversas. Ainda que, possua conteúdos

---

<sup>2</sup> Estabelecido no precedente Blockburger v. United States, 284 U.S. 299, 52 S.Ct. 180, 76L.Ed.2d 306 (1932).

diversos de uma legislação para outra, a essência é uma só, ou seja, a justiça social e respeito a dignidade da pessoa humana.

### 2.2.1 *Non Bis In Idem No Ordenamento Brasileiro*

O princípio *non bis in idem* ele está presente no ordenamento jurídico brasileiro através da Convenção Interamericana sobre Direitos Humanos no artigo 8º, inciso IV, no Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos da ONU, bem como na legislação infraconstitucional.

O artigo 5º, §2º da Constituição Federal brasileira institui que: “*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 a República Federativa do Brasil seja parte*”.

O rol elencado no parágrafo 2º do artigo 5º foi instituído de forma não taxativa, tendo em vista o cenário político em que a Constituição de 1988, ela surgiu visando à superação de um regime ditatorial, pautou os direitos fundamentais de forma ampla e dotados de imediata efetividade, o que doutrinariamente é taxado de cláusula aberta ao princípio da não tipicidade Maia, (2005).

Assim, o Brasil tendo aderido o Tratado Internacional da Convenção americana sobre direitos humanos, o princípio possui valor normativo conforme Valerio de Oliveira no seu livro de Curso de Direito Internacional público:

[...] Uma norma internacional, quando aceita por um Estado, já tem aptidão para ser aplicada no plano de seu Direito interno, sem a necessidade de ser “transformada em norma interna (por ato posterior de um dos poderes constituídos, v.g., o Poder Legislativo). (MAZZUOLI, p. 93, 2013)

Nesse sentido, não é necessário que haja todo o processo de deliberação parlamentar para que a Convenção Interamericana sobre direitos humanos tenha efeitos legais. Destaca-se que com a Emenda Constitucional nº 45/2004, que versa sobre tratados e convenções internacionais os quais o Brasil faz parte, instauram que mesmo quando não tenham obtido o quórum de três quintos das duas casas do congresso nacional em dois turnos, esses tratados e convenções possuem condição de normas supralegais. Vejamos o entendimento do Supremo Tribunal Federal:

[...] No sistema jurídico brasileiro, os tratados ou convenções internacionais estão hierarquicamente subordinados à autoridade normativa da Constituição da República. Em consequência, nenhum valor jurídico terão os tratados internacionais que, incorporados ao sistema de direito positivo interno, transgredirem, formal ou materialmente, o texto da Carta Política. [...] Os tratados ou convenções internacionais, uma vez regularmente incorporados ao direito interno, situam-se, no sistema jurídico brasileiro, nos mesmos planos de validade, de eficácia e de autoridade em que se posicionam as leis ordinárias, havendo, em consequência, entre estas e os atos de direito internacional público, mera relação de paridade normativa. [...] No sistema jurídico brasileiro, os atos internacionais não dispõem de primazia hierárquica sobre as normas de direito interno. A eventual precedência dos tratados ou convenções internacionais sobre as regras infraconstitucionais de direito interno somente se justificará quando a situação de antinomia com o ordenamento doméstico impuser para a solução do conflito, a aplicação alternativa do critério cronológico (*lex posterior derogat priori* ou, quando cabível, do critério da especialidade). [...] (ADIn n. 1.480-DF, STF, Plenário, maioria, Rel. Min. Celso de Mello, *Diário da Justiça* de 18 maio 2001, p. 429).

A controvérsia, porém não se situa na localização da norma no direito interno, pois conforme (BASTOS, 2001) princípio é por essência a base nuclear de um sistema e o seu alicerce, é de sua essência irradiar sobre diversas normas e desse modo servir para a efetiva compreensão das normas.

Assim a controvérsia se encontra na relevância do conteúdo, visto que versa sobre direito fundamental e a sua efetividade está associada ao fato de o parágrafo 2º do artigo 5º da CF ser exemplificativo, e que caso seja pautado de forma taxativa vai de encontro com o posicionamento de Andrade (2000), no qual defende que os direitos fundamentais são somente os direitos básicos e essenciais ao ser humano, assim, minimizando as necessidades e ignorando todo o processo histórico de luta para o respeito aos direitos inerente a todo ser humano.

Quanto ao Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos da ONU, o qual foi aderido pelo Brasil em 1992, sua cláusula 7 do artigo 14 aduz que: “*Ninguém poderá ser processado ou punido por um delito pelo qual já foi absolvido ou condenado por sentença passada em julgado, em conformidade com a lei e com os procedimentos penais de cada país*”.

O Estatuto do Estrangeiro, Lei 13.445 de 2017, no capítulo VIII seção I, artigo 81º, incisos V, que trata da extradição aborda o princípio, vejamos: “Art. 82. *Não se concederá a*

*extradição quando: [...]V - o extraditando estiver respondendo a processo ou já houver sido condenado ou absolvido no Brasil pelo mesmo fato em que se fundar o pedido”.*

O que se pode compreender do dispositivo legal é a preocupação do legislador em respeitar o princípio tanto no âmbito processual, quanto material, dado que veda uma segunda aplicação de pena e um segundo processo.

Já no Código Penal, no artigo 7º, parágrafo 2º, alíneas d e e, que trata extraterritorialidade, são expressas previsões legal do princípio em estudo. Quanto a legislação processual esta consolida o princípio quando trata da coisa julgada e da litispendência. No HC 77.909-3 o STF proferiu decisão que aborda de forma bastante clara e adequada ao objeto de análise:

[...] Só há litispendência enquanto em curso ambas as ações penais que digam respeito ao mesmo réu e pelo mesmo fato a ele imputado, e ela, argüida a exceção de litispendência, se resolve, quando ambos os juízes são competentes, pela prevenção em favor daquele que tiver antecedido ao outro “a prática de algum ato do processo ou de medida a este relativa, ainda que anterior ao oferecimento da denúncia ou da queixa” (artigo 83 do CPP). Quando, porém, em uma dessas ações já há decisão transitada em julgado, deixa de haver litispendência, e, como salienta Eduardo Espínola Filho (Código de Processo Penal brasileiro anotado, vol. II, 5ª-ed., n. 264, p. 301, Editora Rio, Rio de Janeiro, sem data), “em qualquer fase esteja a ação penal, se o juiz verificar que o fato principal foi solucionado por sentença transitada em julgado, no seu próprio juízo, ou em outro, paralisará definitivamente aquele processo, fazendo apensar os respectivos autos aos da outra causa, ou, para isso, os remetendo ao juízo, onde esta ocorreu”. O que implica dizer que, em respeito à coisa julgada, se extingue a ação penal em curso. [...] (HC 77.909-3, STF, 1ª-Turma, unânime, Rel. Min. Moreira Alves, *Diário de Justiça*, 12 nov. 1999).

### 2.3 REINCIDÊNCIA E SUAS CONTROVÉRSIAS

Abordado todo contexto histórico do instituto da reincidência e do princípio *non bis in idem*, o que se pode extrair é que a reincidência é fruto de um processo de estudos que busca o controle social e inibição do crime, de forma que possa inibir a continuidade de condutas criminosas por parte do indivíduo penalizado.

No entanto, a reincidência diante do princípio supracitado é passível de críticas, visto que, a violação não se estreita apenas ao princípio já citado, a Constituição Federal brasileira ao prever no artigo 1º, inciso III a dignidade da pessoa humana, reza que aquele que fere a legislação penal deve ter garantido uma pena justa e proporcional entre o fato e a sanção penal.

Ainda, associa-se que a aplicabilidade de tal majoração está relacionada ao sujeito e não ao fato praticado, conseqüentemente o Estado assume de forma implícita a ineficiência do seu sistema punitivo, dado que a finalidade do sistema é a ressocialização e a prevenção para que o sujeito não cometa novas violações de leis penais.

Diante de tais aspectos, a reincidência é aplicada no sistema jurídico brasileiro visando à segurança e ordem social. No entanto, sua aplicabilidade afasta-se do objetivo previsto no artigo 3º, inciso I da Constituição Federal o qual almeja constituir uma sociedade livre, justa e solidária. Destaca-se ainda que, pode se verificar uma violação a legalidade e proporcionalidade, conforme prevê Rafael Damasceno:

Ainda se pode argumentar nesse sentido com a ofensa aos postulados da legalidade e da proporcionalidade. Tendo em vista que cada infração penal possui em seu tipo o mínimo e o máximo da sanção correspondente, não pode o mesmo delito ser punido várias vezes, ou a sanção de um estender-se ao outro. O princípio da legalidade antes referido não admite, em caso algum, imposição de pena superior ou distinta da prevista e assinalada para o ilícito (ASSIS, 2008, p. 15)

A legitimação do instituto da reincidência deve ser de forma ponderada e quando houver conexão entre os crimes, cabendo ao juiz analisar se é cabível a majoração de pena CERNICCHIARO, 1996, dado que o crime é um fenômeno complexo e dinâmico que deve ser analisado num contexto de forma isolada ao caso concreto.

Em linha contrária entende o Nassif (2001):

Em se tratando de agente punido anteriormente por crime praticado, defendi que a reiteração delituosa vinha marcada por especial carga de censurabilidade [...], pois tinha consciência da ilicitude e das conseqüências de sua conduta, razão por que, até mesmo para distinguilo do réu primário, merecia apenamento mais severo.(NASSIF, 2001, p.114)

O Estado sendo garantidor da ordem social e da segurança jurídica a aplicação de uma majoração de pena em virtude de uma reincidência é um atestado da ineficácia de seu sistema punitivo e preventivo, pois o aumento de pena trata apenas do sujeito e não dos fatores sociais contributivos para o crime.

### 3 FINALIDADES DA PENA

No percurso de tempo do direito penal, muitas foram as teorias sobre a finalidade da pena imposta pelo estado. Tais teorias tem grande relevância, tendo em vista que, quando o estado priva a liberdade de alguém ou limite os seus direitos a pena aplicada não pode ser uma arbitrariedade, deve-se ter uma justificativa para que se torne legítima a sanção. Assim, é indispensável que exista propósito para que o Estado aplique uma penalidade. Dessa forma, a justificativa da finalidade da pena é uma importante elementar para o Direito Penal.

Todavia, para estudar as teorias das finalidades das penas é de suma relevância esclarecer quanto à natureza da pena a sua finalidade. Quando se trata da natureza da pena, ela possui natureza meramente retributiva, ou seja, busca reparar o dano causado com a aplicação da pena. Já ao tratar da finalidade da pena, essa se refere o que se busca alcançar com a sanção penal.

Destaca-se também que, conforme Anjos (2009), cada teoria reflete o cenário histórico em que a sociedade vivia dessa forma, toda ideologia nela contida é fruto da orientação filosófica-jurídica e a ideologia política em que o Estado se encontrava.

#### 3.1 TEORIA ABSOLUTA

A teoria absoluta, também conhecida como a teoria da retribuição, tem como principal característica defender que a pena é um fim em si mesma. A pena é dissociada de qualquer pretensão que vise preservar o meio social, é a punição do mal com o mal. Nesse sentido Anjos (2009) defende que:

“[...] Por essa lógica, a pena não pode nunca fomentar outro bem, seja para o próprio delinquente (prevenção especial)<sup>3</sup>, seja para a sociedade civil (prevenção geral)<sup>4</sup>, mas deve ser imposta tão somente, porque o agente delinuiu, pois o ser humano nunca pode ser usado como meio senão para si mesmo, não podendo ser tratado como objeto na busca de fins alheios à sua

---

<sup>3</sup> A prevenção especial é a teoria relativa que centra a sua atuação na pessoa que cometeu o crime. A posição de tal teoria é diametralmente oposta à teoria da retribuição, sendo o fim da pena dissuadir o ser humano individualmente considerado da prática de outros delitos.

<sup>4</sup> A prevenção geral centra a sua influência na sociedade como um todo, objetivando que a totalidade dos indivíduos do corpo social não pratiquem (ou pratiquem menos) crimes.

existência, sob pena de ser reduzido a uma mera coisa, desprovida de dignidade.” (ANJOS, 2009, p.09)

O seu caráter absoluto se dá em razão dela está desvinculada de qualquer efeito social e não almejar qualquer efeito preventivo, ela é imposta puramente em razão do ato delitivo do agente.

É nesse sentido que entende Alamiro:

A visão retributiva da pena estatal (teoria absoluta da pena) configura a estruturação de um sistema criminal que, quando formatado sob este padrão, visa ao pretérito, ao delito já ocorrido. É uma compensação de culpa de uma resposta estatal ao mal cometido, de modo a restabelecer a ordem dos valores tais como devem ser. À culpabilidade, como categoria evolutiva da simples noção de dano, corresponde a pena. Os dois termos são indissolúveis, binários, sempre necessários e proporcionais, de modo que com a afirmação ou negação de um deles importe na mesma polaridade adstrita ao outro. A pena não vislumbra nenhum fim socialmente útil, postulado a resposta, a expiação do mal cometido, traduzido juridicamente por um injusto culpável. (NETTO, 2009, p. 163)

A teoria absoluta se apresenta de modo que contempla o entendimento do filósofo KANT, que na sua visão a pena é uma mera retribuição desprovida de qualquer finalidade social ou que atinja fins sociais ou ao próprio autor delitivo, conforme Neto (2009). Assim, a pena nessa visão retributiva tem apenas o condão de recompor o bem jurídico lesado.

É importante a visão absoluta da pena do filósofo Friedrich Hegel, no seu entendimento o Direito é uma ferramenta de coação a qual se impõe diante da violência exercida sobre a liberdade diante de algo exterior Neto (2009). Assim, a liberdade passa a ser um objeto de cerceamento diante de um ato de violência ao qual necessita de intervenção do Estado para que o seu cerceamento seja uma resposta a sua atitude lesiva a outrem.

Hegel diferente de Kant não trata o crime como um mal, visto que a pena para ele não tem apenas o caráter retribucionista, mas de justiça. Dessa forma, ele exerga ser possível uma finalidade com a pena, mas o tocante da justiça já deve ter sido superado. Assim é o seu entendimento, vejamos:

Às diversas considerações referentes à pena como fenômeno, à influência que exerce sobre a consciência particular e aos efeitos que tem na representação (intimidação, correção, etc.) ocupam o lugar próprio até mesmo o primeiro lugar desde que se trate da modalidade da pena, mas têm de supor resolvida a questão de se a pena é justa em si e para si. (HEGEL, 1997, p.88-89).

O entendimento de Kant é que a pena é um meio de se alcançar a justiça, sem que tenha qualquer propósito finalístico, pois é uma consequência de seu ato criminoso, tendo relação com o princípio do Talião. A visão de Hegel é que a expiação da pena é uma forma de

restaurar o dano causado, todavia Hegel considera o caráter jurídico e o restabelecimento da ordem jurídica que foi lesada pelo ato criminoso.

### 3.2 TEORIAS RELATIVAS

Às teorias relativas recebem esse nome em razão das necessidades de prevenção ser relativas. Esta visa à prevenção e tem uma visão utilitarista, não sendo mais um fim e sim o meio. Desse modo, as teorias relativas se distanciam totalmente das absolutas, visto que, almeja um objetivo.

A prevenção, desse modo, ao contrário da retribuição, mira no futuro, no sentido de prevenir a ocorrência de futuros delitos, em uma visão que a torna útil à sociedade, pois, além de servir de exemplo (prevenção geral), age de forma direta sobre a individualidade do criminoso, possibilitando o seu “retorno harmônico” ao convívio social (prevenção especial)” (ANJOS, 2009, p.14)

Assim, o foco passa a ser oposto ao da teoria anteriormente citada, pois aqui a sociedade passa a integrar o objeto da pena. Nesse sentido, a pena passa a ter uma visão utilitarista sendo o meio e não o fim, de modo que ao visar o futuro se almeja um retorno harmônico do indivíduo penalizado ao meio social.

A sanção penal passa a ser uma estratégia a qual se utiliza para que não mais se repita o crime. Então surge uma prevenção geral e prevenção especial, que significam:

A prevenção, desse modo, ao contrário da retribuição, mira no futuro, no sentido de prevenir a ocorrência de novos delitos, em uma visão que a torna útil à sociedade, pois, além de servir de exemplo, (prevenção geral), age de forma direta sobre a individualidade do criminoso, possibilitando o seu “retorno harmônico” ao convívio social (prevenção especial). (ANJOS, 2009, p. 14)

Vejamo também em que consiste a prevenção para BENTHAN:

O perigo imediato vem do criminoso; este é o primeiro objeto que se deve acudir, mas ainda resta o perigo que outro qualquer, com os mesmos motivos e mesma facilidade venha fazer o mesmo. Sendo assim, há dois modos de atalhar o perigo: um particular que se aplica ao réu; e outro geral que se aplica a todos os membros da sociedade sem exceção. (BENTHAN, 2002, p.23)

Nesse sentido, o Direito passa a ser o principal mecanismo de atingir coerção social, pois é uma das principais ferramentas do Estado para se potencializar suas determinações, visto que, o direito penal consiste na tipificação de condutas que violam o ordenamento pátrio

e são passíveis de punibilidade. Assim, o Direito Penal conduz as pessoas a obediência das normas em face da ameaça de sua liberdade.

Por outro lado, quando a lei não é observada e a conduta de um indivíduo viola direito alheio passível de pena, então se abre espaço para a efetiva aplicação da pena, que consiste no cerceamento da liberdade, patrimônio. Então, a simples ameaça a legislação penal vai de encontro à prevenção geral e a aplicação da pena ao caso concreto resulta na prevenção especial.

Segundo Jescheck (1993) a prevenção possui três requisitos: o primeiro requisito se encontra na possibilidade de um prognóstico suficientemente certo do futuro do comportamento humano. Quanto ao segundo, consiste no que a pena pode acertar com a periculosidade, e assim o resultado da prevenção seja pelo menos previsível. O último requisito consiste em que a criminalidade pode ser ativamente suprimida pelos elementos da intimidação, correção, e segurança que são extraídos da pena, pois a pena pode ser utilizada com um caráter pedagógico na sua execução.

Diante disso, as teorias absolutas se distanciam das relativas, uma vez que, as necessidades de prevenção são relativas e se moldam as circunstâncias. Sendo, portanto, uma ferramenta que visa a redução da violência com a finalidade de prevenir bens jurídicos se pautando no futuro e não tratando a pena como o mal decorrente do crime.

### 3.3 TEORIA DA PREVENÇÃO ESPECIAL

Esta teoria tem por principal característica concentrar sua atuação no indivíduo passível de pena, apoiando-se na periculosidade do indivíduo, de modo que se distancia da teoria absoluta, pois atua na individualidade almejando a não reincidência do indivíduo.

Tem-se quando associada a uma concepção moderna, seu surgimento no século XIX, todavia possui raízes em Platão. Quando no século XIX, diante da revolução industrial e do elevado crescimento da população nas cidades, o Estado enxerga a necessidade de atuação na sociedade com o intuito de proteger seus cidadãos e assegurar o desenvolvimento do Estado.

Temos assim, conforme Anjos (2009) a prevenção especial positiva que consiste em medidas de readaptação do indivíduo a sociedade, e a prevenção especial negativa que consiste na prisão do criminoso e seu segregamento da sociedade.

A escola positivista italiana, que era influenciada pelo positivismo naturalista e defendida por Lombroso (2007) que para ele o criminoso seria uma espécie do gênero

humano, que em virtude de suas características antropológicas, comete crimes. Todavia, sua concepção não encontra respaldo pela ciência moderna, sendo objeto de diversas críticas, as quais não serão objeto do trabalho.

Quando se trata da prevenção especial é indispensável falarmos do grande regulamentador da teoria, Liszt (1998), o qual definiu três formas de atuação da prevenção especial: segregação, intimidação e ressocialização.

A segregação consiste na exclusão do indivíduo criminoso do meio social, garantindo através do encarceramento o meio social. Conseqüentemente o encarceramento ocasiona a intimidação no seio social, uma vez que, a intimidação tem por objetivo o não cometimento de novos delitos. Por fim, temos a ressocialização, a qual visa corrigir e preservar a prática de novos crimes.

Liszt ao desenvolver seu aperfeiçoamento da teoria teve um olhar garantista, visando uma proteção ao delinquente de uma atuação desproporcional e arbitrária do Estado. Assim, é indiscutível que o autor tem um posicionamento sociológico.

Beccaria (2005) possui posicionamento que vai de encontro com o de Liszt, pois defende que é impossível que penas cruéis e infamantes desfaçam o mal do crime. Vejamos em suas palavras:

O fim, portanto, não é outro que o de impedir que o réu cometa novos danos aos seus cidadãos e de demover os outros de fazerem o mesmo. Aquelas penas, portanto, e aquele método de infringi-las, deve ser eleito de tal forma que, observada a proporção mais eficaz e mais durável sobre os ânimos dos homens e a menos tormentosa sobre o corpo do réu. (BECCARIA, 2005, p. 57).

Desse modo, a teoria muda completamente à finalidade da pena quando comparada com as anteriormente comentadas, pois o foco passa a ser o ser humano se preocupando com a sua integração ao meio social quando cumprida a sua pena. Deve-se atentar também ao caráter racional, uma vez que, não se pune simplesmente por punir, mas para se alcançar uma ressocialização do indivíduo.

Nesse sentido Ferrajoli entende que:

Se, realmente, a finalidade a ser alcançada contra a repetição de futuros delitos for somente aquela da máxima segurança sócia, tal fato, por si só, servirá para legitimar, aprioristicamente, os meios máximos, ou seja, as penas mais severas, inclusive aquela de morte, bem como os procedimentos mais antigarantistas, compreendidas a tortura e as medidas policiais mais perversas e não liberais. (FERRAJOLI, 2006, p.243)

A pena não deve ter como função apenas a segurança social, é preciso ir além, é preciso alcançar a ressocialização do individuo, pois caso contrário não irá cumprir com a principal função que é a de preservar a dignidade humana.

Litsz ao dividir a prevenção especial em negativa (intimidação e segregação) e positiva (ressocialização), passa a ser contraditório, pois conforme Vernice (p.49) ora o Litsz defende que a pena é um bem para o condenado ao se tratar da ressocialização e seria um mal quando o segrega em função do corpo social.

Vejamos nas palavras de ANJOS qual o objetivo da teoria especial negativa de Litsz:

A prevenção especial negativa, seguindo a formula de Von Litsz, objetiva intimidar aquele que é intimidável e neutralizar aquele que não o é, preservando o corpo social do seu mebro doente, que deve ser segregado ou mesmo eliminado da sociedade. O que importa para essa teoria é a sociedade, sendo o individuo descartável na medida em que se torna danino ao restante da coletividade, em um claro caráter maniqueísta que divide a sociedade entre “pessoas do bem” [que não cometeram crimes] e “pessoas do mal” [criminosos que devem ser segregados que não são “ressocializáveis”] (ANJOS, 2009, p.40)

O que se absorve da teoria é que a reclusão do individuo o torna um mero instrumento do meio social que pode ser descartado quando não mais apresenta meios de “reparação”. Quanto à intimidação, essa se afasta completamente do intuito garantista do Direito Penal, pois pode ser objeto de mera arbitrariedade do Estado que colateralmente venha ocasionar na reincidência do individuo na busca de se auto afirmação de ser livre das ligações com o Estado.

### 3.4 FINALIDADES DA PENA NO ORDENAMENTO JURIDICO BRASILEIRO

Estudar as finalidades da pena no ordenamento pátrio não é tarefa fácil, pois há doutrinadores que estabelecem diálogos com as teses absolutas, mistas, assim como atribuem características retributiva e preventiva.

No ordenamento jurídico-penal brasileiro nosso legislador (até 1984) não havia se posicionado (de modo explícito e categórico) sobre as finalidades (ou funções) da pena. No âmbito dogmático (teórico), com certa tradição, (quase) sempre nossos doutrinadores mantiveram-se filiados às teorias ecléticas (ou mistas ou de união unitárias), que unificam as ideias de retribuição (ao mal do crime o mal da pena) e prevenção, tanto geral (ameaça a todos para que não venham a delinquir) como especial (evitar que o criminoso volte a delinquir). (GOMES; MOLINA, 2007, p. 702).

A ressocialização se fez presente no ordenamento brasileiro no Código Penal de 1940, antes da reforma de 1984 os institutos do Código Penal possuíam uma presença de destaque da escola positivista italiana, sendo a periculosidade tratada como probabilidade de cometer novos delitos.

A ressocialização era também um dos institutos presentes no Código Penal de 1940, o qual instituía que quando possível o condenado deveria ser ressocializado, no entanto, não se observava a sua individualidade. Desse modo, caso não tivesse êxito deveria continuar preso. Assim, a finalidade da pena até 1940 era permeada na teoria preventiva-especial, sistema duplo binário.

É importante atentar-se ao fato que até 1984 não possuía uma lei de execução penal, sendo a execução da pena condicionada a normas sem nenhum embasamento doutrinário, que geralmente tratavam sobre o sistema carcerário.

Artigo 32 (regulamento das prisões): “Os regulamentos das prisões” devem estabelecer a natureza, as condições e a extensão dos favores gradativos, bem como as restrições ou os castigos disciplinares, que mereça o condenado, mas, em hipótese alguma, podem autorizar medidas que exponham a perigo a saúde ou ofendam a dignidade humana.” (ROIG, 2005, p. 66).

Em 1984 com a alteração, as inconsistências a respeito da finalidade da pena passa a ter no texto da lei, especificamente no artigo 59, o objetivo que se tem com a aplicação da pena, ou seja, a reprovação e reparação do crime, sem descartar a culpabilidade, antecedentes, conduta social, personalidade do agente, motivos, circunstâncias e consequências do crime.

No tocante a execução penal, a Lei de Execução Penal instituiu que a execução da pena visa além de efetivar a sentença, “*proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado*”. Assim, somente em 1984 o Brasil veio garantir através de legislação específica as condições de execução da pena e seu objetivo, integração social.

No ordenamento pátrio a pena não possui somente um objetivo. Entretanto, é necessário que uma legislação penal tenha como base a igualdade entre crime e pena sob o

risco de se tornar uma vingança e ocasionando a marginalização da vítima. Assim entende Klaus:

Na medida em que a demanda por reparação ultrapasse a fronteira da equivalência e se intensifica na forma de transferência de emoção do prejudicado para o delinquente, até se iniciar o círculo de vingança, surge um terceiro poderoso no cenário, que toma para si o papel de único responsável pela vingança e monopoliza todos os meios de violência. O direito de punir é tirado das mãos do prejudicado; o Estado detentor do monopólio da violência e responsável pela punição só pode conservar o seu poder se toma nas próprias mãos a perseguição e punição do crime... A vítima é afastada da perseguição e execução penal, ela é marginalizada. (GUNTHER, 2006, p.161).

Assim, o poder de sanção do estado deve antes de tudo observar a equivalência, devendo se observar a retribuição, mas não se limitar a ela.

### 3.5 *BIS IN IDEM* DIANTE DAS FINALIDADES DA PENA

O *non bis in idem* se assenta no ordenamento pátrio com a finalidade de proteção de direitos fundamentais objetivando também uma segurança jurídica quanto à garantia de que nenhuma pessoa será penalizada duplamente pelo mesmo crime. Assim, efetivando um estado democrático de direitos prezando pela paz social e tranquilidade de seus cidadãos de não serem surpreendidos com a repetição do poder punitivo do estado.

O fato é que as finalidades da pena seja as que buscam o fim em si mesmo ou o caráter preventivo, nenhuma das teorias segue sentido oposto ao princípio em comento. Conforme Maia (2005) entre a liberdade e a segurança quando objeto de elaboração das normas é garantida a liberdade, sendo a aplicabilidade da sanção penal o soldado de reserva.

Em uma votação em que o princípio em estudo fazia parte do julgamento o Min. Ilmar Galvão (2003, p.61) asseverou que:

[...] A incorporação do princípio do *ne bis in idem* ao ordenamento jurídico pátrio, ainda que sem o caráter de preceito constitucional, vem, na realidade, complementar o rol dos direitos e garantias individuais já previstos pela Constituição Federal, cuja interpretação sistemática leva à conclusão de que a Lei Maior impõe a prevalência do direito à liberdade em detrimento do dever de acusar. Nesse contexto, princípios como o devido processo legal e o juízo natural somente podem ser invocados em favor do réu e nunca em seu prejuízo [...] (GALVÃO, 2003, p.61 apud MAIA, 2005, p.61).

Assim, deve prevalecer sempre a liberdade, visto que, a acusação do estado é subsidiária à liberdade sendo garantido ao acusado as suas garantias individuais, ressalvado

ainda que a finalidade da pena quando de frente ao *non bis in idem* deve ser encarada como um fim quando ocorrer à coisa julgada, sendo vedada qualquer aplicação de pena em decorrência de fato anteriormente penalizado.

#### 4 RESSOCIALIZAÇÃO: OFENSA AO PRINCÍPIO DA IGUALDADE

Quando falamos em ressocialização somos remetidos a pensar em alguém que fugiu do padrão social, alguém que foi marginalizado por algum motivo. Assim, numa concepção limitada a ressocialização consiste em uma melhoria do condenado.

Na visão de Hassemer a ressocialização consiste em:

Ressocialização na execução penal não é apenas ajuda, mas sim primeiramente, coação, ela é intervenção. Para o indivíduo atingido, o caráter coercitivo da ressocialização na execução penal até passaria ao primeiro plano. O tempo que ele necessita para a sua melhora lhe será retirado contra a sua vontade por força da execução penal conduzida pelo estado. Na maioria dos casos, o condenado poderia querer empregar seu tempo de outra maneira que não no tratamento para sua cura no sistema penitenciário. (HASSEMER, 2008, pp. 234-235).

Mesmo o autor tratando da ressocialização penal na fase da execução da pena, o que se compreende é que ela se trata de uma coação do estado, que não se limita a uma ajuda, mas sim intervenção para a melhoria social no tocante a moral do sujeito apenado.

No tocante ao princípio da igualdade, este consiste que todos são iguais perante a lei, mas quando tratamos da ressocialização o condenado é colocado com alguém diferente, alguém que sofre de uma “patologia social” que é ter cometido um crime. Todavia, vale ressaltar que essa taxatividade maniqueísta, na qual dividimos uma sociedade como se fosse produtos bons e maus é algo retrógrado, pois todo mundo é um criminoso em potencial.

Vejamos o que diz Fernando Venice:

Um dos maiores problemas da sociedade é o caráter diferenciador das relações pessoais e institucionais. O mencionado binômio “cidadão do bem” e “cidadão do mal”, que no seu limite já justificou genocídios, ainda impregna a nossa realidade, fornecendo amparo ao ideal ressocializador. Dessa feita, a ressocialização indubitavelmente cria um caráter diferenciador entre os cidadãos, taxando alguns de “dessocializados” e, com isso, separando-os do restante da sociedade dita “de bem”, ferindo de morte o princípio da igualdade entre as pessoas, que possui assento constitucional (art.5º, “caput”, da Constituição Federal), (ANJOS, 2009, p.74).

Infelizmente ainda vivemos em uma sociedade de rótulos, a qual de maneira cruel acaba descartando até mesmo pessoas e ignorando princípios da nossa carta mãe. É necessário observar a nossa sociedade, pois ela é plurima e as relações advindas dela devem ser equilibradas e respeitadas, e antes de tudo à equidade.

É nesse sentido, que Miguel Reale Junior (2004) defende ser necessário abandonar a ideia de ressocialização, pois o único responsável pelo delito não é apenas o condenado, o delito é uma associação de circunstâncias, de uma sociedade com caráter criminológico, que

instiga desejos superficiais e que não propaga a solidariedade, dando maior importância a sucesso, fama e riqueza desprezando virtudes de cunho moral.

#### 4.1 A REINCIDÊNCIA: FATOR DE MAJORAÇÃO DE PENA

O legislador na busca de coibir a criminalidade no artigo 61, inciso I do Código Penal institui a reincidência como fator que agrava a pena passando assim a criminalizar não apenas a conduta, mas também o autor o que se constitui como um *tipo legal criminológico*<sup>5</sup>. Desse modo, nota-se um desvio na finalidade da pena a qual tem por função punir, prevenir novos delitos e a ressocialização, todavia a majoração de pena apenas ocasiona na exclusão do agente criminoso do corpo social.

Destaca-se que a para preservar a dignidade humana a pena deve visar a ressocialização, todavia o aumento de tempo em decorrência da reincidência faz com que o agente delitivo passe mais tempo recluso em ambiente prisional, e assim dificultando o processo de reintegração social. As prisões não dispõem de um ambiente de conforto e harmonia para que assim se possa contribuir para reestruturação do sujeito infrator e devolvê-lo para sociedade.

“É praticamente impossível a ressocialização do homem que se encontra preso, quando vive em uma comunidade cujos valores são totalmente distintos daqueles a que, em liberdade, deverá obedecer”. Isso sem falar nas deficiências intrínsecas ou eventuais do encarceramento, como “a superpopulação, os atentados sexuais, a falta de ensino e de profissionalização e a carência de funcionários especializados”. (MIRABETE, 2012, p.23)

Nesse contexto, se caracteriza então uma aplicabilidade dupla de sanção penal em razão de fato anteriormente punido, não predominando a necessidade de recuperação do sujeito ativo do tipo penal. Assim ocorre uma necessária união entre o direito penal e a criminologia visando um conjunto de medidas educativas, sociológicas, psicológicas e

---

<sup>5</sup> Qualificação jurídica subjetiva, que acarreta uma agravação da pena, porque a inclinação ao crime, que existe no ânimo do réu, requer uma expiação particular com a pena que não considera mais, a não ser ocasionalmente, o novo crime praticado porquanto leva em conta determinado modo de ser do agente. A ideia de retribuição não é violada além da esfera de influência da ação delituosa singular. Pode dizer-se que quem, pela primeira vez furta, é punido porque furto; no caso da reincidência, é punido porque é larápio.

métodos científicos para modelar a personalidade do indivíduo criminoso propiciando a sua não reincidência quando vier a ser reinserido socialmente.

Vale destacar que uma das características da pena é a proporcionalidade entre a conduta delitativa e a sanção penal. Devendo conforme Mirabete (2012) “[...] *haver, ainda, proporcionalidade entre o crime e a pena; cada crime deve ser reprimido com uma sanção proporcional ao mal por ele causado*”. Dito isso, a majoração de pena derivada da reincidência está relacionada à pessoa que comete o crime e se desvincula do fato que deu causa ao novo crime.

O legislador ao se deparar com o embate entre liberdade e a segurança é inevitável que se analise os diversos fatores que visão garantir uma segurança jurídica, visto que, a liberdade do indivíduo deve ser garantida diante de um duplo sancionamento ou a renovação da pena de modo permanente.

#### 4.2 CRIME CULPOSO E A REINCIDÊNCIA

O crime culposo é o gênero no qual possui três espécies, são elas: imprudência, negligência e imperícia. O que se tem no crime culposo é que o resultado do crime não foi objeto da conduta do agente.

O artigo 18, inciso II, do Código Penal define o crime culposo como sendo aquele que o agente deu causa mediante a imprudência, negligência e imperícia. Assim, quando o agente deixa de utilizar o devido cuidado diante da obrigação e circunstâncias, o resultado de sua ação ou omissão não era previsto, ou ainda, quando previsto acreditou que não seria possível se concretizar ou que conseguiria evitá-lo. Todavia, aprofundar-se no tema é algo dispensável diante da finalidade do trabalho.

Tratando da reincidência no crime culposo, conforme Pedro Vergara (1948) é completamente compatível à reincidência com o crime culposo, uma vez que, existe uma necessidade de punir mais quando se trata de um delito culposo. No entanto, há opiniões divergentes quando se lança olhos para os clássicos da doutrina, Nicolini e Roberti (1971 apud PIMENTEL, 1971), entendem que só existe aplicabilidade da reincidência em crimes dolosos, que se fundamenta na perversidade do criminoso, a qual a repetição legitima a aplicabilidade, o que não se caracteriza com o crime culposo, pois este é isento da intenção do criminoso.

O entendimento de Pimentel (1971) é que:

Se o que justifica o reconhecimento da reincidência em crimes culposos é a reiterada negligência, imprudência ou imperícia do agente após uma primeira condenação, causando novo resultado danoso, o que importa é considerar não o resultado causado mas a conduta causadora. [...] O fulcro desse reconhecimento, portanto, não está no resultado, mas no fato de conservar-se o agente em um estado, situação ou posição de imprudência, negligência, ou imperícia, capaz de causar novo evento danoso. (PIMENTEL, 1971, p.156)

O entendimento do autor citado é que a se ao aplicar a reincidência no crime culposos se almejava coibir a repetição de um crime por negligência, imprudência ou imperícia, que são fatores que se o agente empregar maior cuidado, atenção ou clareza diante da situação poderia ser evitado, pois esses fatores foram o motivo determinante para o resultado do delito.

#### 4.3 STF: REINCIDÊNCIA E O PRINCÍPIO NON BIS IN IDEM JULGAMENTO DO RE: 453000

No julgamento do RE 453000, a tese adotada pelo autor de que a reincidência caracterizava o *bis in idem*, para tal, a Defensoria Pública representada pelo Defensor Público federal Afonso Carlos Roberto do Prado usou como parâmetro de comparação o cometimento de dois crimes de trânsito não resultaria na reincidência.

O agravamento pela reincidência traz a clara situação de penalizar outra vez o mesmo delito, a mesma situação com a projeção de uma pena já cumprida sobre a outra, afirmou. De acordo com o defensor, a regra também contraria o princípio constitucional da individualização da pena, estigmatiza e cria obstáculos para o réu a uma série de benefícios legais. (PRADO, 2013).

Já no entendimento do Ministério Público Federal, há constitucionalidade na reincidência, vez que o Direito Penal pátrio adota a dupla finalidade da pena, que é a reprovação e prevenção do crime, visando penalidade mais grave aquele que, já apenado em crime anterior, reincide na prática delituosa, sendo a penalidade aplicada por fatos distintos.

Vejamos nas palavras do relator Ministro Marco Aurélio o porquê da reincidência ser constitucional:

Saliento, então, a inviabilidade de dar-se o mesmo peso, em termos de gravame de ato de constrição a alcançar a liberdade de ir e vir, presentes os interesses da sociedade, a caso concreto em que envolvido réu primário e a outro em que o Estado se defronta com quem fora condenado antes e voltou a trilhar o caminho glosado penalmente, deixando de abraçar a almejada correção de rumos, de alcançar a ressocialização. (AURÉLIO, 2013, p.08)

É necessário lançar olhos além da reincidência para que possivelmente se compreenda o fato de um determinado indivíduo se mantenha com condutas delinquentes. Os interesses da sociedade vão além de punir, pois se o Estado se limita ao fator punitivo da pena a finalidade da pena se esvazia, pois vivemos em um país de grande desigualdade social e que é papel do Estado garantir a todos os indivíduos o acesso às mesmas oportunidades e de integração social daqueles que foram inseridos em ambientes carcerários.

O Recurso Extraordinário em comento mantém a linha de defesa do Habeas Corpus impetrados em anos anteriores no STF, vejamos alguns:

“A pena agravada pela reincidência não configura bis in idem. O recrudescimento da pena imposta ao paciente resulta de sua opção por continuar a delinquir.” (HC 94.816/RS – 2ª Turma – Rel. Min. Eros Grau – un. - j. 04.8.2009)

“O aumento da pena, em função da reincidência, expressamente prevista no art. 61, I, do Código Penal, não constitui bis in idem quando não utilizada como circunstância judicial para a fixação da pena-base.” (HC 94.846/RS – 1ª Turma do STF – Rel. Min. Ricardo Lewandowski – un. - j. 07.10.2008)

“Este Supremo Tribunal Federal sempre reputou válida a fixação da circunstância agravante da reincidência, não entendendo haver ilegalidade ou inconstitucionalidade a ser reconhecida.” (HC 93.969/RS – 1ª Turma – Rel. Min. Carmen Lúcia – un. - j. 22.4.2009)

“A pena agravada em função da reincidência não representa bis in idem.” (HC 73.394/SP – 1ª Turma – Rel. Min. Moreira Alves – por maioria - j. 19.3.1996).

A Ministra Rosa Weber defende que não há inconstitucionalidade, visto que não se trata de Direito Penal do autor, pois se majora a pena em virtude de uma conduta anteriormente cometida. Vejamos em suas palavras:

Não se trata de Direito Penal do Autor. O reconhecimento da reincidência não representa a criminalização ou estigmatização do agente pelo que ele é. Aqui não se trata, como o repudiado Direito Penal do Autor, próprio de regimes totalitários ou autoritários, de punir alguém por ser judeu, negro, homossexual, comunista, cristão ou muçulmano, para ficar em alguns exemplos tristes da história mundial. Na reincidência, o que é valorado negativamente, para fins de exasperação da pena é uma conduta criminal pretérita, ou seja, o que o agente fez, e não uma condição pessoal dele. (WEBER, 2013, p.14).

Quando se valora uma conduta criminal pretérita se configura o *bis in idem*, pois é justamente a punição de uma conduta anteriormente já punida que o principio visa assegurar que não volte a ser motivo de uma nova penalidade.

Então ela continua:

Não se trata de dupla punição pelo mesmo fato, ou *bis in idem*. Argumento da espécie confunde, em geral, dois momentos diferenciados da condenação criminal. Em um primeiro momento, cabe ao magistrado sentenciante proferir o juízo sobre a ocorrência do crime e sobre a responsabilidade do acusado sobre ele. Se efetuado o juízo condenatório, cabe, em um segundo momento, a fixação da pena. Para os crimes em geral, submetidos à competência do magistrado monocrático, esses dois momentos por vezes são confundidos, pois reunidos em uma mesma peça, a sentença. No entanto, tomando-se como exemplo os julgamentos do Tribunal do Júri, a distinção fica clara, com o veredicto competindo ao Conselho de Sentença e a fixação da pena, em sentença, ao Juiz Presidente. A reincidência não tem lugar no primeiro momento, ou seja, quando se profere o juízo condenatório ou o veredicto. O fato de o acusado possuir condenações criminais pretéritas é irrelevante nesse momento de cognição e decisão. Apenas após a conclusão pela responsabilidade criminal do acusado, passando-se à fase de fixação da pena na sentença, é que pode a reincidência ser invocada para fins de exasperação da pena. (WEBER, 2013, p. 14).

Resgardado o respeito ao entendimento da Ministra, cabe lançar um olhar crítico as suas palavras, pois a divisão da condenação em dois momentos não afasta a aplicação de uma pena maior quando o indivíduo é reincidente. Talvez, a divisão do juízo condenatório e a fixação da pena deixam ainda mais claro que o indivíduo está sofrendo uma segunda punição por fato anteriormente penalizado.

O Ministro Luiz Fux na parte inicial do seu voto cita Lombroso, o qual afirmava a existência de um criminoso nato, e assim tenta isentar o Estado de seu fracasso com o sistema carcerário, de modo que, alega que falta capacidade para verificar se essa imputação cabe ao Estado.

Os demais votos dos Ministros acompanham o do relator do caso e todos negaram provimento ao recurso sob argumento de que é razoável a reincidência e necessários freios e contrapesos para que ocorra a inibição da reincidência. Todavia, diante da problemática e sabendo que o direito é mutável e se ajusta aos conceitos éticos e morais de seu meio social, cabe aguardar de nossos futuros legisladores, em um futuro provavelmente distante, um posicionamento diverso do que hoje prevalece na corte suprema.

## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O trabalho desenvolvido foi fruto de uma investigação acerca da razoabilidade da majoração da pena em decorrência da reincidência diante do princípio *nom bis in idem* e as finalidades da pena. A partir da discussão acerca da constitucionalidade da reincidência se buscou analisar as finalidades da pena para então se concluir ou não se a majoração é razoável. Para o desenvolvimento deste trabalho se utilizou de uma metodologia qualitativa, bibliográfica, documental e exploratória, que foi possível extrair que a majoração da pena se afasta das teorias da finalidade da pena, bem como da lei de execução penal brasileira.

Os conteúdos dos capítulos foram dispostos de modo que facilitasse a compreensão de quais são as finalidades da pena e a reincidência, bem como o que prega o princípio *non bis in idem*, e para assim verificar a efetividade dos preceitos constitucionais no que pese uma sociedade justa, livre e igual.

Como foi debatido no trabalho, a reincidência é objeto de grande controvérsia, sendo necessária a sua discussão para que se possa garantir igualdade e justiça social para com aqueles que violam leis penais e venham a reincidir em condutas delitivas, principalmente quando vivemos uma forte crise nas diversas instituições do país. Dessa forma, tudo que fora discutido no trabalho é de suma importância para a ciência jurídica para que esse tema seja dialogado com a sociedade e gere debates e reflexões sobre ele.

Igualmente, os resultados extraídos das diversas fontes que resultou no trabalho indicam que a reincidência no ordenamento jurídico brasileiro é um mecanismo de coerção e controle da reincidência criminal, visto que, o Estado precisa de mecanismos que imponham pesos e contrapesos para inibir o crime. Todavia, o crime não é um fator isolado e sua responsabilidade não pode ser atribuída apenas ao condenado, pois as causas do crime consistem numa associação de circunstâncias de uma sociedade cruel que por anos opta apenas pela punição e não pela reeducação.

Assim, o presente trabalho contribui para uma reflexão a cerca do tema e para que debates e reflexões possam ser instigados no meio social e assim possa desenvolver-mos mecanismos e meios de prevenir, controlar e em ultima instância punir condutas reincidentes no crime.

Por fim, é dever exclusivo do Estado à proteção aos interesses coletivos e a segurança para a sociedade, de forma que seja assegurado interesses individuais do acusado, sendo também respeitada a sua dignidade, liberdade, intangibilidade, ampla defesa, presunção de

inocência e demais direitos e garantias fundamentais, para que assim o Direito passe a caminhar em linha paralela com a justiça e ao Estado Democrático de Direito.

## REFERÊNCIAS

- ANJOS, Fernando Vernice dos. **Análise crítica da finalidade da pena na execução penal: ressocialização e o direito penal brasileiro.** Tese (Doutorado em Direito). Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009.
- ASSIS, Rafael Damaceno de. Análise crítica do instituto da reincidência criminal. **Revista CEJ**, p. 73-80, 2008.
- AURÉLIO, Marco. In: SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Recurso Extraordinário 453.000 Rio Grande do Sul. **Acórdão**. Brasília, 2013. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=4614110>> . Acesso em: 01 nov. 2018.
- BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Trad. Alexis Augusto Couto de Brito. São Paulo: Editora Quartier Latin. 2005.
- BENTHAN , Jeremy. **Teoria das penas legais e tratado dos sofismas políticos**. Tradução Roselene Cristina dos Santos Oliveira. Leme-SP: Edijur, 2002.
- BETTIOL, Giuseppe. **Direito penal**. V.3 8 ed., Trad. Paulo José da Costa Jr. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1976.
- BRASIL. Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Dispõe sobre aplicação da lei penal. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm)>. Acesso em: 12 out. 2018.
- \_\_\_\_\_. Ementa ação direta de constitucionalidade. Convenção nº 158/oit - Proteção do trabalhador contra a despedida arbitrária ou sem justa causa. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarementa.asp?S1=000018406&base=baseacordaos>>. Acesso em: 12 out. 2018.
- \_\_\_\_\_. Decreto nº 592, de 6 de julho de 1992. Dispõe sobre atos internacionais, pacto internacional sobre direitos civis e políticos, promulgação. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1990-1994/d0592.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm)>. Acesso em: 14 out. 2018.
- \_\_\_\_\_. Ementa “Habeas corpus”. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000110044&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 10 out. 2018.
- \_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal: STF declara constitucionalidade da reincidência como agravante de pena. Brasília – DF, 2013. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=235084>>. Acesso em: 26 out. 2018.
- CERNICCHIARO, Luiz Vicente. Reincidência. **Revista Consulex**, São Paulo, jan./dez. 1996.

FERNANDES, Newton; FERNANDES, Valter. **Criminologia integrada**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão*. Trad. Ana Paula Zomer Sica. et. al. 2º ed. São Paulo: RT, 2006.

GOMES, Luiz Flávio; GARCIA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. **Direito penal**: parte geral. V. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 702.

GUNTHER, Klaus. Crítica da pena I. Tradução Flávia Portella Puschel. In: **Revista Direito GV**, V2. Nº2. São Paulo: jul. – dez., 2006.

HASSEMER, Winfried. **Direito penal**: fundamentos, estrutura, política. 2008.

HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. **Princípios da filosofia do direito**. Trad. Orlando Vitorino. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

JESHECK, Hans Heinrich. **Tratado de derecho penal**: parte general. 4 ed. Trad. José Luiz Manzanares Samaniego. Granada: Comares, 1993.

KANT, Emmanuel. **Doutrina do direito**. Trad. Edson Bini. 3 ed. São Paulo: Ícone, 1993.

LISZT, Franz Von. **La Idea Del fin en el Derecho Penal**. Trad. Carlos Pérez Del Valle. Bogotá: Temis, 1998.

LOMBROSO, Cesare. **O homem delinquente**. Trad. Sebastião José Roque. São Paulo: Ícone, 2007.

MAIA, Rodolfo Tigre. "O princípio do ne bis in idem e a Constituição brasileira de 1988. Boletim científico, Escola Superior do Ministério Público da União: Brasília, a (2005): 11-75.

MARQUES, Oswaldo Henrique Duek. **Fundamentos da pena**. 2 ed. São Paulo: Martins fontes, 2008.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de direito internacional público**. 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de direito penal**. v. 1, São Paulo: Atlas, 2012.

PIMENTEL, Manoel Pedro. Reincidência específica e crime culposos. **Revista da Faculdade de Direito**, Universidade de São Paulo, v. 66, p. 149-160, 1971.

NASSIF, Aramis. Reincidência: necessidade de um novo paradigma. **Revista Ibero-Americana de Ciências Penais**, n. 4, p. 19-31, 2001.

NETTO, Salvador; VELLUDO, Alamiro. **Finalidades da pena, conceito material de delito e sistema penal integral**. Tese (Doutorado em Direito). Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009.

PIMENTEL, Manoel Pedro. Reincidência específica e crime culposos. **Revista da Faculdade de Direito**, Universidade de São Paulo, v. 66, p. 149-160, 1971.

*PORTUGAL. Da Constituição da República Portuguesa anotada. Coimbra: Coimbra Ed., 1993.*

REALLE JUNIOR, Miguel. **Instituições de direito penal**. V. 1 e 2. 2º ed. São Paulo: Forense, 2004.

ROIG, Rodrigo Duque Estrada, **Direito e pratica Histórica da Execução Penal no Brasil**. Rio de Janeiro: Revan 2005, passim.

RUA, Filipa. **A avaliação da personalidade em contexto penal:**(des) comunicações criminológicas entre Direito e Psicologia. 2006. (Dissertação) Dissertação de Mestrado apresentada à Faculdade de Psicologia e de Ciências da Educação da Universidade do Porto.

SILVEIRA, Fabiano Augusto Martins. Fundamentos técnicos-jurídicos da reincidência no moderno direito penal. **Revista do Centro Acadêmico Afonso Pena**, v. 3, n. 1, 1998.

VERGARA, Pedro. **Das circunstancias agravante**. Rio de Janeiro: Ed. Rev. Forense, 1948.

WEBER, Rosa. In: SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Recurso Extraordinário 453.000 Rio Grande do Sul. **Acórdão**. Brasília, 2013. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=4614110>> . Acesso em: 01 nov. 2018.

**ANEXO****RECURSO EXTRAORDINÁRIO 453.000 RIO GRANDE DO SUL****VOTO**

**O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI** – Senhor Presidente, inicialmente eu queria agradecer ao ilustre Defensor Público, Dr. Afonso Carlos Roberto do Prado, as palavras que ele dirigiu, e aqui, de público agora, no Plenário do Supremo Tribunal Federal, cumprimentar, mais uma vez, a Defensoria Pública da União, que completou 18 anos de sua criação.

Eu também, antes de proferir meu voto, quero cumprimentar o Ministro Marco Aurélio, que esgotou o assunto de forma objetiva, trazendo doutrina, jurisprudência, o Direito Intertemporal, e eu estou acompanhando integralmente Sua Excelência.

Já me pronunciei nesse sentido no *Habeas Corpus* 94.020, do Rio Grande do Sul, ocasião em que trouxe à colação, inclusive, um escólio doutrinário de Aníbal Bruno, que já, à sua época - ele é sabidamente um dos maiores penalistas brasileiros - dizia o seguinte - eu me permito reproduzir esse pequeno trecho que estava no meu voto, e que vem no mesmo sentido da manifestação do eminente Ministro Relator. Então, dizia Aníbal Bruno o seguinte:

Hoje se pode justificar a exacerbação da pena, ao segundo crime, pela maior culpabilidade do agente, pela maior reprovabilidade que sobre ele recai, em razão de sua vontade rebelde, particularmente interior e persistente, que resistiu à ação inibidora da ameaça da sanção penal e mesmo da advertência pessoal, mais severa, da condenação infligida, que, para um homem, normalmente ajustável à ordem do Direito, isto é, de temperamento e vontade menos decisivamente adversos aos impeditivos da norma, seria estímulo suficiente para afastá-lo da prática de um novo crime.

Portanto, acompanho o Relator, considerando constitucional esse dispositivo.

**VOTO**

**O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES** - Senhor Presidente, também eu acompanho o eminente Relator e o cumprimento pelo voto.

Sem dúvida nenhuma, esse debate está instaurado na própria doutrina, e há países que estão fazendo a própria revisão do modelo. A Alemanha, a partir de 1986, faz uma reforma entendendo que aqui significava, talvez, conceber-se novamente a responsabilidade ou o

reflexo sobre a culpabilidade. Outros consideram, e aí a Alemanha é inclusa, inclusive no que diz respeito à eventual liberdade condicional.

No nosso caso, que me parece que a discussão é importante, e suscita, diante dos índices que se indicam de reincidência, é a falência do próprio modelo penal prisional. Essa é a questão que eu acho que o debate suscita, destaca e chama atenção. Acho que é importante que se discuta e que se considere que, em princípio, as nossas instituições prisionais, elas não dispõem de condições minimamente adequadas de ressocialização. E, por isso, nós temos, em alguns Estados, segundo índices que talvez não sejam precisos, um grau de reincidência que chega até 80%, segundo dados que correm por aí. Certamente, há uma imprecisão em relação a isso, mas, de qualquer sorte, esse é um dado extremamente preocupante.

De modo que, eu acho que o debate é importante nessa quadra – uma quadra inclusive que o Ministro Marco Aurélio destacou – de preocupação imensa da comunidade com o quadro de insegurança pública. O debate é extremamente importante para chamar a atenção no que concerne à falência do modelo repressivo e da necessidade, talvez, de se repensar. Há medidas positivas nesse sentido, a questão da formação, escolarização, formação profissional, mas é necessário que isso seja, de fato, universalizado e que haja, também, programas – tanto quanto possível – amplos de reinserção social para afetar a reincidência.

No CNJ, certamente, Vossa Excelência tem tido essa experiência. Os técnicos que trabalham com esse tema, especialmente que acabam tendo contato com o Exterior, sempre recebem essa pergunta: o que vocês estão fazendo no plano da reincidência? E, em geral, nós temos respostas pouco satisfatórias.

De modo que, acho que o debate, no atual estágio, é importante para que nós pensemos criticamente a questão da efetividade ou da inefetividade do modelo repressivo prisional.

Acompanho o Relator.

## VOTO

**O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA (PRESIDENTE)** Também eu, a exemplo do eminente Relator e de todos os que o acompanharam, mantenho-me aliado ao entendimento de que a pena agravada, em discussão da reincidência, não significa **bis in idem**. Todos nós sabemos, a pena possui diversas finalidades: finalidade ressocializadora, finalidade retributiva, preventiva geral, preventiva específica. De modo que o condenado que

reincide, que volta a cometer novo crime, demonstra que não preenche, não é, a pena. No seu caso, não cumpriu nenhuma dessas finalidades, não cumpriu a sua missão.

Por essas e as demais razões já expostas no voto do Relator, eu acompanho Sua Excelência para negar provimento ao recurso.

### **VOTO**

**A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA** - Senhor Presidente, eu também acompanho o Ministro Marco Aurélio pelo brilhantíssimo voto e, desta vez, não é para discordar, Ministro. Vossa Excelência que sempre chama a atenção que, quando se elogia o voto, é para discordar. Não, estou elogiando para acompanhar exatamente nos termos.

Tenho para mim que não há inconstitucionalidade, Presidente, como já foi acentuado aqui, e que é uma forma de se tratar igualmente os iguais, deixando a desigualdade para os desiguais, não - como o Ministro acentuou - como se fosse um carimbo desumano para sempre, mas para que se garanta àquele que cometeu um delito, que ele pense sobre isso e não venha a reincidir.

Por essa razão, Senhor Presidente, eu acompanho o Ministro para negar provimento ao recurso.

### **VOTO**

**O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI** - Senhor Presidente, inicialmente eu queria agradecer ao ilustre Defensor Público, Dr. Afonso Carlos Roberto do Prado, as palavras que ele dirigiu, e aqui, de público agora, no Plenário do Supremo Tribunal Federal, cumprimentar, mais uma vez, a Defensoria Pública da União, que completou 18 anos de sua criação. Eu também, antes de proferir meu voto, quero cumprimentar o Ministro Marco Aurélio, que esgotou o assunto de forma objetiva, trazendo doutrina, jurisprudência, o Direito Intertemporal, e eu estou acompanhando integralmente Sua Excelência.

Já me pronunciei nesse sentido no *Habeas Corpus* 94.020, do Rio Grande do Sul, ocasião em que trouxe à colação, inclusive, um escólio doutrinário de Aníbal Bruno, que já, à sua época - ele é sabidamente um dos maiores penalistas brasileiros - dizia o seguinte - eu me permito reproduzir esse pequeno trecho que estava no meu voto, e que vem no mesmo sentido da manifestação do eminente Ministro Relator.

Então, dizia Aníbal Bruno o seguinte:

Hoje se pode justificar a exacerbação da pena, ao segundo crime, pela maior culpabilidade do agente, pela maior reprovabilidade que sobre ele recai, em razão de sua vontade rebelde, particularmente interior e persistente, que resistiu à ação inibidora da ameaça da sanção penal e mesmo da advertência pessoal, mais severa, da condenação infligida, que, para um homem, normalmente ajustável à ordem do Direito, isto é, de temperamento e vontade menos decisivamente adversos aos impeditivos da norma, seria estímulo suficiente para afastá-lo da prática de um novo crime.

Portanto, acompanho o Relator, considerando constitucional esse dispositivo.

## VOTO

**O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES** - Senhor Presidente, também eu acompanho o eminente Relator e o cumprimento pelo voto.

Sem dúvida nenhuma, esse debate está instaurado na própria doutrina, e há países que estão fazendo a própria revisão do modelo. A Alemanha, a partir de 1986, faz uma reforma entendendo que aqui significava, talvez, conceber-se novamente a responsabilidade ou o reflexo sobre a culpabilidade. Outros consideram, e aí a Alemanha é inclusa, inclusive no que diz respeito à eventual liberdade condicional.

No nosso caso, que me parece que a discussão é importante, e suscita, diante dos índices que se indicam de reincidência, é a falência do próprio modelo penal prisional. Essa é a questão que eu acho que o debate suscita, destaca e chama atenção. Acho que é importante que se discuta e que se considere que, em princípio, as nossas instituições prisionais, elas não dispõem de condições minimamente adequadas de ressocialização. E, por isso, nós temos, em alguns Estados, segundo índices que talvez não sejam precisos, um grau de reincidência que chega até 80%, segundo dados que correm por aí. Certamente, há uma imprecisão em relação a isso, mas, de qualquer sorte, esse é um dado extremamente preocupante.

De modo que, eu acho que o debate é importante nessa quadra – uma quadra inclusive que o Ministro Marco Aurélio destacou – de preocupação imensa da comunidade com o quadro de insegurança pública. O debate é extremamente importante para chamar a atenção no que concerne à falência do modelo repressivo e da necessidade, talvez, de se repensar. Há

medidas positivas nesse sentido, a questão da formação, escolarização, formação profissional, mas é necessário que isso seja, de fato, universalizado e que haja, também, programas – tanto quanto possível – amplos de reinserção social para afetar a reincidência.

No CNJ, certamente, Vossa Excelência tem tido essa experiência. Os técnicos que trabalham com esse tema, especialmente que acabam tendo contato com o Exterior, sempre recebem essa pergunta: o que vocês estão fazendo no plano da reincidência? E, em geral, nós temos respostas pouco satisfatórias.

De modo que, acho que o debate, no atual estágio, é importante para que nós pensemos criticamente a questão da efetividade ou da inefetividade do modelo repressivo prisional.

Acompanho o Relator.

### VOTO

**A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER** - O presente caso envolve a discussão da constitucionalidade da consideração da reincidência como agravante para a exasperação da pena.

O ora Recorrente, Volnei da Silva Leal, foi condenado pelo crime de extorsão (art. 158, caput, do Código Penal). A pena-base, de quatro anos, sofreu incremento de seis meses em decorrência da agravante da reincidência, pois o acusado possuía condenação criminal anterior transitada em julgado.

Alega o Recorrente, em suas razões, que a consideração da reincidência como agravante configuraria bis in idem, contrariando o princípio da individualização da pena (art. 5º, XLVI, da Constituição Federal) e violação da proteção constitucional à coisa julgada (art. 5º, XXXVI, da Constituição Federal).

O Ministério Público opinou pelo improvimento.

Foi reconhecida a repercussão geral da questão constitucional.

Não há precedentes desta Suprema Corte, quer do Pleno, quer das Turmas, no sentido de que o agravamento da pena pela reincidência configure inconstitucionalidade.

Há, é certo, alguns julgados nos quais é reconhecido o bis in idem, mas somente quando a condenação criminal pretérita é empregada como vetorial negativa para o incremento da pena-base na primeira fase de fixação da pena, do art. 59 do Código Penal, e

também para o acréscimo como agravante na segunda fase de fixação da pena, do art. 61, I, do Código Penal (v.g. HC 94.692/SP, 2ª Turma, Rel. Min. Joaquim Barbosa, un., j. 14.9.2010).

Quando o tema foi enfrentado diretamente, ou seja, a questão da constitucionalidade da reincidência, por si só, como agravante da pena, a arguição foi rejeitada.

A esse respeito, transcrevo os seguintes precedentes a título exemplificativo:

“A pena agravada pela reincidência não configura bis in idem. O recrudescimento da pena imposta ao paciente resulta de sua opção por continuar a delinquir.” (HC 94.816/RS – 2ª Turma – Rel. Min. Eros Grau – un. - j. 04.8.2009)

“O aumento da pena, em função da reincidência, expressamente prevista no art. 61, I, do Código Penal, não constitui bis in idem quando não utilizada como circunstância judicial para a fixação da pena-base.” (HC 94.846/RS – 1ª Turma do STF – Rel. Min. Ricardo Lewandowski – un. - j. 07.10.2008)

“Este Supremo Tribunal Federal sempre reputou válida a fixação da circunstância agravante da reincidência, não entendendo haver ilegalidade ou inconstitucionalidade a ser reconhecida.” (HC 93.969/RS – 1ª Turma – Rel. Min. Carmen Lúcia – un. - j. 22.4.2009)

“A pena agravada em função da reincidência não representa bis in idem.” (HC 73.394/SP – 1ª Turma – Rel. Min. Moreira Alves – por maioria - j. 19.3.1996)

Na esteira desses precedentes, entendo que a impugnação da constitucionalidade da consideração da reincidência como agravante não tem procedência.

Não se trata de Direito Penal do Autor. O reconhecimento da reincidência não representa a criminalização ou estigmatização do agente pelo que ele é. Aqui não se trata, como o repudiado Direito Penal do Autor, próprio de regimes totalitários ou autoritários, de punir alguém por ser judeu, negro, homossexual, comunista, cristão ou muçulmano, para ficar em alguns exemplos tristes da história mundial. Na reincidência, o que é valorado negativamente, para fins de exasperação da pena é uma conduta criminal pretérita, ou seja, o que o agente fez, e não uma condição pessoal dele.

Não se trata de dupla punição pelo mesmo fato, ou bis in idem. Argumento da espécie confunde, em geral, dois momentos diferenciados da condenação criminal. Em um primeiro momento, cabe ao magistrado sentenciante proferir o juízo sobre a ocorrência do crime e sobre a responsabilidade do acusado sobre ele. Se efetuado o juízo condenatório, cabe, em um segundo momento, a fixação da pena. Para os crimes em geral, submetidos à competência do magistrado monocrático, esses dois momentos por vezes são confundidos pois reunidos em uma mesma peça, a sentença. No entanto, tomando-se como exemplo os julgamentos do

Tribunal do Júri, a distinção fica clara, com o veredicto competindo ao Conselho de Sentença e a fixação da pena, em sentença, ao Juiz Presidente.

A reincidência não tem lugar no primeiro momento, ou seja, quando se profere o juízo condenatório ou o veredicto. O fato do acusado possuir condenações criminais pretéritas é irrelevante nesse momento de cognição e decisão. Apenas após a conclusão pela responsabilidade criminal do acusado, passando-se à fase de fixação da pena na sentença, é que pode a reincidência ser invocada para fins de exasperação da pena.

Haveria eventualmente que se reconhecer bis in idem caso a reincidência tivesse alguma influência para o momento do juízo condenatório pelo novo crime, mas isso, como visto, não ocorre.

Em outras palavras, o agente não está sendo punido pela reincidência, mas sim pela nova conduta delitativa, objeto da nova condenação, sendo a reincidência apenas invocada como fator de exasperação da pena.

Por outro lado, a consideração da reincidência como agravante não representa nova punição em relação ao crime pretérito.

Trata-se apenas de valorar negativamente a escolha efetuada pelo agente em voltar a delinquir, do que resulta maior juízo de censura em relação a nova conduta praticada, e não uma nova punição em relação ao crime pretérito.

O maior juízo de censura decorre da opção do agente por continuar a delinquir e justifica a exasperação da pena na nova condenação. Merece maior censura, na fase de fixação da pena, o agente que já praticou anteriormente outro crime, já que o fato revela maior propensão à prática delitativa e o apenamento anterior não foi suficiente para prevenir e reprimir o crime.

Não se vislumbra com facilidade como a agravante da reincidência poderia violar o princípio da individualização da pena como alega o Recorrente (art. 5º, XLVI, da Constituição Federal). O dispositivo constitucional não trata do tema em questão e remete ao legislador a tarefa de estabelecer as penas cabíveis a cada crime. O legislador cumpriu essa tarefa, elencando a reincidência como critério de exasperação da pena (art. 61, I, e art. 63 do Código Penal). É certo que tal remissão ao legislador é condicionada pelos limites constitucionais impostos pela própria norma constitucional, mas nada nela se vislumbra a respeito de eventual vedação à consideração da reincidência como fator de exasperação da pena.

Melhor sorte não merece a alegação de violação da proteção constitucional da coisa julgada (art. 5º, XXXVI, da Constituição Federal). A norma constitucional em questão veda a edição de leis retroativas que afetem a coisa julgada, o direito adquirido e o ato jurídico perfeito. O art. 61, I, e o art. 63 do Código Penal remontam a 1984, quando foi editada a Lei nº 7.209, de 11.7.1984, que reformulou a parte geral do Código Penal. O caso concreto refere-se à condenação criminal por fato havido em 2001, muito posterior a 1984. Não está em questão, portanto, qualquer lei retroativa que tenha alterado ou pretendido imprimir efeitos à coisa julgada.

Destaque-se, aliás, que a reincidência já estava prevista como agravante na redação originária da parte geral do Código Penal de 1940, mesmo antes da reforma de 1984 (art. 44, I, Código Penal).

Aliás, a reincidência, embora específica, já era considerada como agravante para a fixação da pena no Código Criminal de 1830 (art. 16, 3º, “ter o delinquente reincidido em delicto da mesma natureza”), sendo longa, portanto, a tradição no Direito brasileiro em extrair da reincidência tais efeitos.

A consideração da reincidência como agravante da pena não faz parte apenas da tradição do Direito brasileiro. Em rápido exame do Direito Comparado, observo que a existência de condenações pretéritas é considerada como fator que agrava a pena pela legislação dos mais diferentes países, como Reino Unido (section 143.2 do Criminal Justice Act 2003), França (artigos 132-5 e 132-10 do Código Penal Francês) e Portugal (arts. 75 e 76 do Código Penal Português).

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

Então, tendo presente, em síntese, que a consideração da reincidência como agravante da pena não viola qualquer norma constitucional, especialmente as invocadas pelo Recorrente, que a invocação da reincidência não se confunde com o repudiado Direito Penal do Autor, que não representa bis in idem ou dupla punição pelo mesmo fato, que a consideração da reincidência como agravante faz parte da tradição do Direito brasileiro, remontando pelo menos a 1830, que a legislação dos mais diversos países também considera a reincidência como agravante das penas, e que, caso reputada inconstitucional a extração de efeitos jurídicos da reincidência, haveria significativo impacto na legislação brasileira, não há como acolher a pretensão do Recorrente.

Reputo, portanto, constitucional a consideração da reincidência como circunstância agravante e, por conseguinte, válidas as normas do arts. 61, I, 63 e 64 do Código Penal.

Portanto, voto para negar provimento ao Recurso Extraordinário.

## VOTO

**O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX** - Senhor Presidente, egrégia Corte, ilustre representante do Ministério Público, Senhores Advogados, ilustre Defensor Público da União que, no exercício do seu munus e da sua função precípua, suscitou aqui uma questão deveras instigante.

A matéria, aqui, senhor Presidente, no meu modo de ver, foi muito bem colocada tanto pelo Relator quanto pelo Ministério Público. Ela é uma matéria principiológica, quer dizer, vai-se ao princípio específico da individualização da pena, olvidando-se o princípio maior: a promessa constitucional é a de criar uma sociedade justa e, além de justa, uma sociedade igualitária.

Bom, se a sociedade é justa, a defesa da sociedade prepondera sobre eventuais direitos reflexos do imputado, em primeiro lugar.

Em segundo lugar, se é uma sociedade igualitária, não se pode, como destacou o Ministro Marco Aurélio, colocar, na mesma vala comum, o reincidente e aquele que atendeu aos reclamos dos antecedentes das virtualidades da lei e não cometeu mais nenhum crime, sinalizado que lhe foi, que a reincidência poderia torná-lo, digamos assim, um criminoso numa situação mais prejudicial.

E exatamente porque a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, depois de 1988, tem bases axiológicas é que, por exemplo, muito recentemente, a Primeira Turma decidiu que "a reincidência revela que a condenação transitada em julgado restou ineficaz como efeito preventivo no agente, por isso merece maior carga de reprovação". Foi assim que decidiu unanimemente a Primeira Turma, da qual faço parte, com muita honra, juntamente com o Ministro Dias Toffoli, com o Ministro Marco Aurélio e com a Ministra Rosa Weber, no Recurso de Habeas Corpus nº 111.454.

Por outro lado, fico um pouco à vontade, porque tive o grande prazer de conviver com o Professor Juarez Cirino, o pioneiro que capitaneou essa tese na PUC do Rio de Janeiro, antes de ele se transferir para o Paraná. É um estudioso de escol, um homem com profundos conhecimentos. A obra dele obedece a uma metodologia completamente diferente de todas as obras de Direito Penal, mas, com a devida vênia, a tese jurídica sustentada por Sua Excelência é uma tese que escapa ao âmbito jurídico, é uma tese bio-psicológica: saber se o Estado teleológico, que tem a finalidade de recuperar o imputado, ele fracassa nessa sua promessa, em razão de o acusado ter delinquido.

Nós não temos condições de saber da personalidade do agente, o porquê ele voltou a delinquir, se isso pode ser efetivamente imputável ao sistema carcerário. Nós não podemos esquecer que Lombroso, de há muito, afirmava a existência, é certo, do criminoso nato. Então, nós não temos capacidade institucional para verificarmos se efetivamente isso é uma imputação diretamente vinculada ao Estado, pelo seu fracasso do sistema carcerário.

Como destacou o Ministro Marco Aurélio: é preciso que o condenado tenha freios de inibição para saber que, se reincidir, há várias repercussões daquela sua atitude, daquela sua atuação. E, como o Ministro Marco Aurélio aqui citou, a anciania da reincidência, que já foi extremamente mitigada, até com o decurso desse lapso temporal, para se considerar reincidência.

E eu observo que, mais recentemente, 10 anos depois da Constituição Federal, em 1998, inseriu-se, no Código Penal, no artigo 44, a possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade e restritiva de direitos para condenados reincidentes; quer dizer, 10 anos depois da Constituição, tanto se entendeu constitucional esse instituto, que procurou-se mitigar talvez com aquela virtude mediana de nem abarcar a tese de que a incidência viola a Constituição Federal, e também nem desconsiderar que não se pode dar tratamento igual ao criminoso que reincide àquele cuja exemplaridade da pena cumpre o seu escopo.

E exatamente, nesse segmento da anciania, o Professor Magalhães Noronha assentava que o fato do reincidente ser punido mais gravemente do que o primário é justificável, não havendo nenhuma violação à Constituição da República e a garantia do non bis in idem, isto é, de que ninguém pode ser punido duas vezes pelo mesmo fato. Com efeito, se é certo que ao cumprir integralmente a pena imposta pela prática de determinado delito o condenado, em razão desse fato, não pode ser punido novamente, a valoração da reincidência para fins de aumento de pena em relação a um novo crime cometido pelo sujeito, em prazo inferior a 5 anos - naquela época -, não tendo sido ele reabilitado, diz em nosso entendimento, com a maior reprovabilidade da sua conduta em relação a um novo crime. E aqui, então, discorro mais intensamente.

Por outro lado, Senhor Presidente, o próprio Código Penal faz uma distinção entre reiteração criminosa e reincidência. Na reiteração criminosa, não há reincidência, porque dá-se ao acusado o denominado período de probation, para ele refletir sobre a sua atitude e não voltar a reincidir no cometimento da prática de delito.

Em recentíssima decisão, também da Primeira Turma, foi destacada que essa reincidência revela que a condenação transitada em julgado restou ineficaz no seu efeito preventivo.

Trago também, ainda, à colação, Senhor Presidente, da relatoria da eminente Ministra Cármen Lúcia, um aresto emblemático sobre o tema no sentido de que o Supremo Tribunal Federal sempre reputou válida a fixação das circunstâncias agravantes da reincidência, não entendendo haver ilegalidade ou inconstitucionalidade a ser reconhecida. Essa decisão foi lavrada no Habeas Corpus nº 93.969, onde Sua Excelência enfrenta exatamente essa questão do fracasso teleológico do Estado, que não conseguiu recuperar e, por isso, a culpa é sua pela reincidência e, nesse segmento, a incidência seria inconstitucional.

De sorte que, me agregando a todos os fundamentos que aqui foram suscitados pelo Ministro Marco Aurélio - parabenizando-o mais uma vez pelo voto -, eu o acompanho integralmente.