



**UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO  
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E ECONÔMICAS  
FACULDADE NACIONAL DE DIREITO**

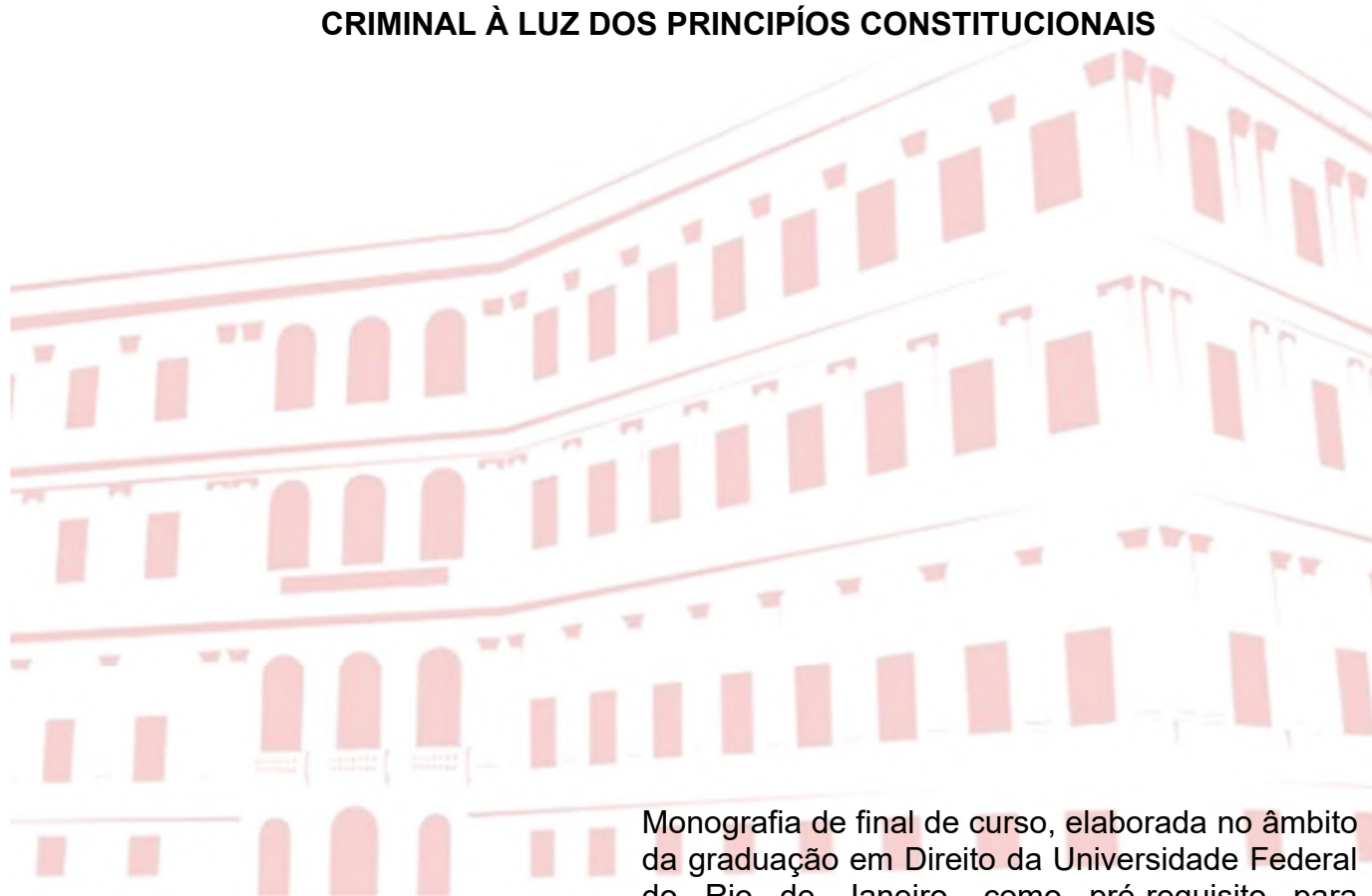
**LUCAS DO RAMO SILVA**

**RIO DE JANEIRO**

**2022**

**LUCAS DO RAMO SILVA**

**UMA ANÁLISE CONTEMPORÂNEA DO INSTITUTO DA REINCIDÊNCIA  
CRIMINAL À LUZ DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS**



Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de Bacharel em Ciências Jurídicas, sob a orientação do Professor Dr. Luiz Eduardo Figueira.

**RIO DE JANEIRO**

**2022**

## CIP - Catalogação na Publicação

D586a DO RAMO SILVA, LUCAS  
UMA ANÁLISE CONTEMPORÂNEA DO INSTITUTO DA  
REINCIDÊNCIA CRIMINAL Á LUZ DOS PRINCÍPIOS  
CONSTITUCIONAIS / LUCAS DO RAMO SILVA. -- Rio de  
Janeiro, 2022.  
62 f.

Orientador: Luiz Eduardo Figueira.  
Coorientador: Rodrigo Machado Gonçalves.  
Trabalho de conclusão de curso (graduação) -  
Universidade Federal do Rio de Janeiro, Faculdade  
Nacional de Direito, Bacharel em Direito, 2022.

1. Reincidência criminal. 2. Princípios  
constitucionais. 3. Inconstitucionalidade. 4.  
Teoria da co-culpabilidade. 5. Crime. I. Eduardo  
Figueira, Luiz , orient. II. Machado Gonçalves,  
Rodrigo, coorient. III. Título.

Elaborado pelo Sistema de Geração Automática da UFRJ com os dados fornecidos  
pelo(a) autor(a), sob a responsabilidade de Miguel Romeu Amorim Neto - CRB-7/6283.

**UMA ANÁLISE CONTEMPORÂNEA DO INSTITUTO DA REINCIDÊNCIA  
CRIMINAL À LUZ DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS**

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de Bacharel em Ciências Jurídicas, sob a orientação do Professor Dr. Luiz Eduardo Figueira.

Data da aprovação \_\_\_\_\_/\_\_\_\_/\_\_\_\_

BANCA EXAMINADORA:

---

Orientador

---

Membro da Banca

---

Membro da Banca

**RIO DE JANEIRO**

**2022**

## **AGRADECIMENTO**

Agradeço a Deus Pai pela saúde, pelas oportunidades, por me dar forças para superar cada obstáculo e realizar conquistas.

Agradeço aos meus pais, Severino do Ramo e Regina Célia por todo esforço e dedicação aos meus estudos. Minha mãe que sempre esteve ao meu lado se dedicando ao máximo, muito obrigado dona Regina, meu amor!

Agradeço meu orientador, o Professor Dr. Luiz Eduardo Figueira e, em especial, meu amigo e professor, o mestre Rodrigo Machado Gonçalves pelos ensinamentos de processo penal constitucional, de profissão e de vida.

Agradeço à Faculdade Nacional de Direito da UFRJ, todo seu corpo docente, aos Professores Carlos Bolonha e Caroline Pizoeiro Gerolimich e toda direção da nossa faculdade, aos técnicos administrativos e terceirizados, trabalhadores da cantina, papelaria e estacionamento. Amigos que fiz para vida!

Agradeço ao Colégio Pedro II por me proporcionar a base de conhecimento necessária para ingressar nas cadeiras da gloriosa Faculdade Nacional de Direito.

Por fim, agradeço aos meus amigos por todo apoio nesses anos de graduação, em especial, nesses tempos difíceis de pandemia do vírus sars-cov-2.

“Essa é a história de Tito  
Um moleque maneiro, jardim de infância  
Ele já era o meu melhor parceiro  
Crescemos juntos nas ruas da Cidade de Deus

Jogava à vera 13 anos ele era o melhor do time  
Era maltratado em casa, mas estava firme  
Com vários planos pro futuro assim como eu

14 anos bem na sala estava eu e Tito estudando  
Olhava na janela e via o bicho pegando  
E a professora pedindo pra todo mundo orar

Aos 16 eu percebi, Tito não ia quase à escola  
Já não soltava pipa não queria jogar bola  
Senti que tinha alguma coisa estranha no ar

Agora é assim  
A lei já não funciona mais com Tito  
Tá sobrevivendo do perigo  
E faz o que bem quiser fazer... iêê  
Pedi desculpa mãe  
Diz pra vó que gosta muito dela  
Mas virou soldado da favela  
E ela tem que defender.”

Mc's Cidinho e Doca

“Um sistema penal de terror se recicla no próprio terror que produz”

Nilo Batista

**ROL DE ABREVIATURAS E SIGLAS**

CRFB	Constituição da República Federativa do Brasil
CP	Código Penal
CPP	Código Processual Penal
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
TJRS	Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul
RE	Recurso Extraordinário
Rel.	Relator
Des.	Desembargador
IBCCRIM	Instituto Brasileiro de Ciências Criminais
CADH	Convenção Americana de Direito Humanos
CNJ	Conselho Nacional de Justiça



## RESUMO

Um dos temas de maior repercussão pública sobre a violência em nosso país é a reincidência criminal. Atualmente, existe uma crise de superlotação no cárcere e reincidência delitiva. Entretanto, o Brasil possui poucos estudos científicos sobre a questão.

O presente trabalho visa analisar o instituto da reincidência criminal, passando pelo seu conceito, historicidade e jurisprudência, observando a sua adequação aos princípios do Texto Republicano de 1988. Para isso, foi realizado um estudo com bases em entendimentos doutrinários em relação ao tema, bem como, pesquisas de julgados do Poder Judiciário brasileiro.

**Palavras-chave:** Reincidência criminal; Princípios constitucionais; Inconstitucionalidade; Teoria da co-cupabilidade;

## ABSTRACT

One of the themes of greatest public repercussion about violence in our country is criminal recidivism. Currently, there is a crisis of overcrowding in prison and criminal recidivism. However, Brazil has few scientific studies on the issue.

The present work aims to analyze the institute of criminal recidivism through its concept, historicity and jurisprudence, observing its adequacy to the principles of the 1988 Constitution. , surveys of judgments of the Brazilian Judiciary.

**Keywords:** Criminal recidivism; Constitutional principles; unconstitutionality; co-occupability theory;

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO.....</b>	<b>12</b>
<b>1. REINCIDÊNCIA CRIMINAL.....</b>	<b>14</b>
<b>1.1. PRINCIPIOLOGIA DO DIREITO PENAL CONSTITUCIONAL.....</b>	<b>14</b>
<b>1.2. CONCEITO DE REINCIDÊNCIA CRIMINAL .....</b>	<b>20</b>
<b>1.3. PERÍODO DEPURADOR.....</b>	<b>24</b>
<b>1.4.HISTORICIDADE DA REINCIDÊNCIA CRIMINAL.....</b>	<b>27</b>
<b>1.5.REINCIDÊNCIA CRIMINAL EM OUTROS PAÍSES.....</b>	<b>32</b>
<b>2. DIFERENTES VISÕES DOUTRINÁRIAS ACERCA DO INSTITUTO.....</b>	<b>40</b>
<b>2.1 TEORIAS DE DEFESA DA REINCIDÊNCIA CRIMINAL .....</b>	<b>40</b>
<b>2.2 TEORIAS CONTRÁRIAS À APLICAÇÃO DA REINCIDÊNCIA.....</b>	<b>42</b>
<b>2.3 TEORIA DA CO-CULPABILIDADE.....</b>	<b>44</b>
<b>3.JULGADOS SOBRE A INCOMPATIBILIDADE DA REINCIDÊNCIA E A CRFB.....</b>	<b>44</b>
<b>3.1.STF E A CONSTITUCIONALIDADE DA REINCIDÊNCIA.....</b>	<b>47</b>
<b>3.2.EFEITOS JUDICIAIS DA REINCIDÊNCIA .....</b>	<b>51</b>
<b>3.3.A INCOMPATIBILIDADE DO INSTITUTO DA REINCIDÊNCIA CRIMINAL NO BRASIL CONTEMPORÂNEO.....</b>	<b>54</b>
<b>CONSIDERAÇÕES FINAIS.....</b>	<b>56</b>
<b>REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICAS.....</b>	<b>57</b>

## INTRODUÇÃO

O Departamento de Pesquisas Jurídicas do Conselho Nacional de Justiça realizou um estudo que apresenta uma taxa de reincidência criminal de aproximadamente 42%<sup>1</sup>. O alto índice de reincidência é um dos principais fatores da superlotação carcerária no Brasil e tem gerado grande insegurança social. O estudo acerca do instituto da reincidência se faz relevante para uma melhor compreensão da referida questão social.

O presente trabalho, intitulado “Uma análise contemporânea do instituto da reincidência criminal à luz dos princípios constitucionais” tem como principal objetivo a análise, o estudo e a reflexão acerca do instituto da reincidência do crime, assim como, a análise da sua relação com a Carta Republicana de 1988. A reincidência está presente na legislação brasileira nos artigos 63, 64 e 67 do Código Penal e gera o agravamento da pena do agente que tenha praticado crime anterior com sentença condenatória transitada em julgado.

A presente monografia tem como seus objetivos específicos listar os principais princípios do direito penal constitucional, assim como, descrever seu conceito, espécies, historicidade e experiências estrangeiras. As teorias de defesa e contrárias ao instituto e sua aplicação na jurisprudência pátria também são pontos abordados no presente trabalho. A partir da análise acerca do instituto da reincidência e sua relação de compatibilidade com os princípios constitucionais, pretende-se compreender se a utilização da reincidência como agravante é capaz de fortalecer as garantias e direitos fundamentais presentes na CRFB.

A presente análise sobre o instituto da reincidência tem como base principal as obras dos professores Nilo Batista, Juarez Cirino dos Santos e Eugenio Raúl Zaffaroni que se dedicaram aos estudos da reincidência. Os autores se empenharam em identificar a relação do instituto com os princípios penais constitucionais como o princípio da dignidade da pessoa humana, o princípio da culpabilidade, o princípio do *ne bis in idem*, princípio do direito penal do autor, entre outros comandos deônticos fundamentais para o Estado democrático de direito.

---

<sup>1</sup>Disponível em <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/03/Panorama-das-Reentradas-no-Sistema-Socioeducativo.pdf> Acessado em 02 de novembro de 2022.

Da mesma forma, são analisadas decisões proferidas pelo Poder Judiciário compatíveis e incompatíveis com a aplicação do instituto, buscando demonstrar a fundamentação de ambos os lados e suas diferentes teorias de defesa.

Nessa esteira, o primeiro capítulo será abordado a principiologia penal constitucional utilizada como base de compreensão de todo conteúdo abordado na presente monografia. Tais princípios privilegiam a defesa do indivíduo frente o poder do Estado e direcionam a linha de raciocínio a ser adotada pela legislação criminal e a aplicabilidade do direito. No mesmo capítulo também é abordado o conceito de reincidência que não é declarado pela legislação, mas é apresentado pelos principais doutrinadores do país. A historicidade da reincidência criminal no Brasil e na Europa. As diferentes espécies de reincidência como a genérica, específica, ficta, real, multirreincidência.

No segundo capítulo serão estudadas as principais teorias de defesa e teorias contrárias à aplicação do instituto, assim como a teoria de co-culpabilidade que advém dos ensinamentos do professor Zaffaroni, abordando a legitimidade do Estado como aplicador da reincidência e, ao mesmo tempo coautor do crime em razão de seu fracasso como estado garantidor de direitos fundamentais.

No terceiro capítulo, será abordado diferentes decisões, em especial, o julgamento da constitucionalidade do instituto reincidência proferido pela Suprema Corte brasileira, passando pelo entendimento de cada ministro em relação aos princípios constitucionais penais. Apresenta-se ainda, no presente trabalho, importantes precedentes fixados, nos anos 2000, pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul sob a relatoria do Dr. Amilton Bueno de Carvalho.

Portanto, como demonstrado, o presente trabalho busca compreender a forma de utilização do instituto da reincidência, suas diferentes interpretações e a sua aderência aos princípios constitucionais presentes no Diploma Maior de 88.

## PRINCÍPIOS DO DIREITO PENAL CONSTITUCIONAL

O professor Daniel Sarmiento leciona que “do ponto de vista histórico, a CRFB de 1988 representa o coroamento do processo de transição do regime autoritário em direção à democracia.”<sup>1</sup> A Constituição possui profundo compromisso com os direitos fundamentais e à democracia. Esse compromisso se caracteriza com a presença de direitos de proteção do indivíduo frente o poderio estatal, a aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais, os diversos remédios constitucionais, além do constituinte originário articular proteção interna dos direitos fundamentais com o internacional, através da prevalência dos direitos humanos nas relações internacionais.<sup>2</sup>

O mestre italiano Luigi Ferrajoli nos ensina que cada implicação deontológica, que se compõe o modelo do direito, enuncia uma condição *sine qua non*, isso é, uma garantia jurídica para afirmação da responsabilidade penal e para aplicação da pena.<sup>3</sup>

Desta forma, a Carta Magna apresenta garantias de defesa do indivíduo frente ao poder de punir do Estado, *jus puniendi*. Esses princípios serão analisados e suas relações com o instituto objeto do trabalho.

### Princípio da legalidade

Prevista na Constituição de 1988, bem como no Código Penal vigente, o princípio estabelece que (art. 1º): “Não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena, sem prévia cominação legal”. Juarez Tavares afirma que se trata

---

<sup>1</sup> Souza Neto, Cláudio Pereira de Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho; Cláudio Pereira de Souza Neto, Daniel Sarmiento. – Belo Horizonte : Fórum, 2012. -- 1. ed. -- Belo Horizonte : Fórum, 2012. P. 138

<sup>2</sup> Souza Neto, Cláudio Pereira de Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho; Cláudio Pereira de Souza Neto, Daniel Sarmiento. – Belo Horizonte : Fórum, 2012. -- 1. ed. -- Belo Horizonte : Fórum, 2012. P. 138

<sup>3</sup> Ferrajoli, Luigi

Direito e razão : teoria do garantismo penal / Luigi Ferrajoli. - São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2002. P. 74

de um postulado normativo que não pode ser flexibilizado. Ao tratar sobre o postulado da taxatividade, o autor analisa que a norma criminalizadora, ao definir a conduta criminosa, deve indicar de forma objetiva e precisa os elementos que a compõe, não podendo ser apenas uma definição genérica.<sup>4</sup>

### **Princípio da proporcionalidade da pena**

A pena aplicada não pode ser desproporcional ao dano ou perigo produzido pela conduta do agente criminoso. Desta maneira, no momento da definição dos delitos, o legislador deve exercer uma valoração diversificada das condutas lesivas ou perigos<sup>5</sup>. Não só na seara legislativa, mas também no âmbito judicial, o operador do direito deve buscar uma fixação e aplicação de pena de forma proporcional. “Uma lesão leve não pode ser tratada da mesma forma que uma lesão grave”<sup>6</sup>.

### **Princípio isonomia**

O princípio da isonomia, também conhecido como princípio da igualdade, está previsto no caput do art. 5º da Constituição. O qual declara “Todos são iguais, perante a lei, sem distinção de qualquer natureza”. Destarte, a doutrina entende que há duas vertentes distintas do princípio da igualdade, a igualdade material e a igualdade formal. A vertente relativa à igualdade material é aquela em que a igualdade entre as pessoas humanas recebe um tratamento igual ou desigual, a fim de garantir igualdade do ponto de vista fático. Isso é, tratar iguais de formas iguais e desiguais de forma desigual. Nas palavras do Professor José Joaquim Gomes Canotilho seria a “garantia de igualdade de oportunidades e não apenas de uma certa «justiça de oportunidades. Isto significa o dever de compensação positiva

---

<sup>4</sup> Tavares, Juarez Fundamentos de teoria do delito/ Juarez Tavares. – 1 .ed. – Florianópolis : Empório do Direito, 2018. P 61

<sup>5</sup> Tavares, Juarez Fundamentos de teoria do delito/ Juarez Tavares. – 1 .ed. – Florianópolis : Empório do Direito, 2018. P 79

<sup>6</sup> Tavares, Juarez Fundamentos de teoria do delito/ Juarez Tavares. – 1 .ed. – Florianópolis : Empório do Direito, 2018. P 79

da «desigualdade de oportunidades»<sup>7</sup>. Esse tema tem importante relevância para o entendimento de julgado que será analisado nos capítulos seguintes.

Por sua vez, a vertente que entende o Princípio da Isonomia como igualdade formal é aquela que “interpretar-se-ia no sentido de igualdade formal perante a lei, esquecendo a dimensão da «dignidade social»; este constituiria tão-somente um instrumento de diminuição de desigualdades fácticas.<sup>8</sup>

### **Princípio de presunção de inocência**

O referido princípio está presente no art. 5º, LVII da CRFB com o seguinte texto “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.”. A Convenção Americana de Direito Humanos (CADH) também prevê menção ao princípio da presunção de inocência em seu art. 8, item 2 da forma que se lê “toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente a sua culpa”.

### **Princípio *ne bis in idem***

O princípio do *ne bis in idem* deriva expressamente da norma constitucional prevista no art. 5º, XXXVI o qual se lê “a lei não prejudicará o direito adquirido, ato jurídico perfeito e a coisa julgada”, também conhecido como princípio da proibição da dupla incriminação. O mandamento é uma garantia de defesa da pessoa de que ela não será processada ou penalizada pelo mesmo fato. O referido princípio é utilizado como argumento de defesa da inconstitucionalidade do instituto da reincidência, o tema será abortado em capítulos posteriores.

### **Princípio direito penal do fato**

---

<sup>7</sup> CANOTILHO, J. J. G. / MOREIRA, V. — Constituição da República Portuguesa, Anotada, 3a ed., Coimbra, 1993. P. 480

<sup>8</sup> CANOTILHO, J. J. G. / MOREIRA, V. — Constituição da República Portuguesa, Anotada, 3a ed., Coimbra, 1993.



O direito penal do fato é um princípio adotado, pela CRFB e pelo CP, de forma implícita. Contrapõe-se ao direito penal do autor, que está ligado a teoria do direito penal do inimigo criada pelo professor Gunther Jakobs. O direito penal do fato define que o agente deve ser avaliado pela conduta praticada, isso é, o fato/ato praticado. Cabe ressaltar que parte da doutrina entende que o instituto da reincidência é um exemplo de prática do direito penal do autor, em virtude do reincidente ser punido por entender-se que a pessoa reincidente é pessoa de maior desrespeito ou reprovabilidade à lei, isso o reincidente não é capaz de respeitar os ditames sociais mesmo após ter sido penalizado por crime anterior.

### **Princípio culpabilidade**

O crime, para sua configuração, necessita da presença do elemento dolo ou culpa. Sobre o princípio da culpabilidade o professor Juarez Cirino dos Santos leciona que:

“é o segundo mais importante instrumento de proteção individual no moderno Estado Democrático de Direito porque proíbe punir pessoas sem os requisitos do juízo de reprovação, segundo o estágio atual da teoria da culpabilidade, a saber: a) pessoas incapazes de saber o que fazem (inimputáveis); b) pessoas imputáveis que, realmente, não sabem o que fazem porque estão em situação de erro de proibição inevitável; c) pessoas imputáveis, com conhecimento da proibição do fato, mas sem o poder de não fazer o que fazem porque realizam o tipo de injusto em contextos de anormalidade definíveis como situações de exculpação.”<sup>9</sup>

O princípio também chamado de *nullum crimen, nulla poena sine culpa*. É previsto no artigo 19 do Código Penal da forma em que se lê “Art. 19 - Pelo resultado que agrava especialmente a pena, só responde o agente que o houver causado ao menos culposamente” e apresenta a responsabilidade subjetiva.

---

<sup>9</sup> Santos, Juarez Cirino dos Direito penal : parte geral I Juarez Cirino dos Santos. - 6. ed., ampl. e atual. - Curitiba, PR : ICPC Cursos e Edições, 2014. P. 24

## **Princípio dignidade da pessoa humana**

O princípio da humanidade, pela CRFB consagrado como princípio da dignidade da pessoa humana, está presente no inciso III do art. 1º da Constituição de 1988. O professor Luís Roberto Barroso leciona que “A dignidade humana é um valor fundamental. Valores, sejam políticos ou morais, ingressam no mundo do Direito, assumindo, usualmente, a forma de princípios. A dignidade, portanto, é um princípio jurídico de status constitucional<sup>10</sup>. Vale destacar o posicionamento feito pelo professor Juarez Cirino, sobre a relação do princípio da dignidade da pessoa humana e política criminal brasileira, que profere que: “o todos os direitos não atingidos pela sentença ou pela lei (art. 3º, LEP) - ou seja, a lesão generalizada, intensa e contínua da dignidade humana e dos direitos humanos de homens e mulheres presos nas cadeias públicas e penitenciárias do sistema penal brasileiro não ocorre por falta de princípios e de regras jurídicas.”<sup>11</sup>

## **Princípio da lesividade**

O princípio da lesividade ou também chamado de princípio da ofensividade declara que não haverá crime sem lesão ou ameaça de lesão. Encontra-se no artigo 98, I, da Constituição, tratando sobre crimes de menor potencial ofensivo. Sobre o tema, o professor Nilo Batista destaca que a reincidência não ofende bem jurídico, entretanto, tem força legal para gerar aumento da pena aplicada. Nesse sentido há uma penalização na conduta de vida do agente e não por fato praticado.<sup>12</sup>

---

<sup>10</sup> Barroso, Luís Roberto ; Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo / Luís Roberto Barroso. – 9. ed. – São Paulo : Saraiva Educação, 2020. P. 244

<sup>11</sup> Santos, Juarez Cirino dos Direito penal : parte geral I Juarez Cirino dos Santos. - 6. ed., ampl. e atual. - Curitiba, PR : ICPC Cursos e Edições, 2014. P. 30

<sup>12</sup> BATISTA, Nilo. Introdução crítica ao direito penal brasileiro. Rio de Janeiro: Revan, 1990, p. 95

### **Princípio *ultima ratio***

O princípio da *ultima ratio*, também chamado de princípio da intervenção mínima, impõe que o direito penal só atuará na ausência de outros meios de solucionar a questão, o direito deve buscar outras formas de solução. Desta forma, o direito penal, assim como o direito como um todo, cumpre o papel de proteção dos bens jurídicos. O professor Luis Régis Prado leciona que “o uso excessivo da sanção penal a uma função meramente simbólica e negativa”.<sup>13</sup> Nilo Batista ensina que embora o princípio da intervenção mínima não esteja escrito de forma expressa no texto constitucional ou no código penal, “está presente no ornamento jurídico por sua compatibilidade e conexões lógicas com outros princípios jurídico-penais, dotados de positividade, e com pressupostos políticos do estado de direito democrático”<sup>14</sup>

---

<sup>13</sup> PRADO, Luiz Regis. Elementos de direito penal. V.1. São Paulo: RT,2005. P.29

<sup>14</sup> Batista, Nilo Introdução crítica ao direito penal brasileiro Nilo Batista. Rio de Janeiro: Revan, 11 edição, março de 2007 p. 85

## CONCEITO DE REINCIDÊNCIA CRIMINAL

O termo reincidência compõe-se da junção do prefixo “re”, que gera ideia de refazer, reiterar, repetir, e a palavra “incidência” que significa acontecimento. Desta forma, entende-se reincidência como praticar mesmo ato novamente. O termo advém de *recidere* que é o ato ou efeito de reincidir obstinação, pertinácia ou teimosia segundo o dicionário da língua portuguesa<sup>15</sup>. A reincidência possui um conceito jurídico-positivo pois não se apresenta como estrutura universal isso é aplicável a qualquer ordem jurídica. Fredie Didier Júnior destaca que “o conceito jurídico-positivo é construído a partir da observação de uma determinada realidade normativa e, por isso mesmo, apenas a ela é aplicável” (DIDIER JR., 2012, p. 39).

O professor César Roberto Bitencourt define reincidente como “aquele que cometeu um crime após a data do trânsito em julgado da sentença que o condenou por crime anterior, enquanto não transcorrido o prazo de cinco anos, contados a partir do cumprimento ou da extinção da pena.”<sup>16</sup> Já os Professores Artur Gueiros e Carlos Japiassú destacam que “a reincidência consiste na prática de novo crime, após o agente haver sido definitivamente condenado por crime anterior, no País ou no estrangeiro.”<sup>17</sup> Destaca-se ainda a definição do Professor Fernando Capez, “É a situação de quem pratica um fato criminoso após ter sido condenado por crime anterior, em sentença transitada em julgado.”<sup>18</sup> Damásio de Jesus ensina que “verifica-se a reincidência quando o agente comete novo crime, depois de transitar

---

<sup>15</sup> ALMEIDA, Débora de Souza de. Reincidência criminal: reflexões dogmáticas e criminológicas. Curitiba: Juruá, 2012, p.62.

<sup>16</sup> Bitencourt, Cezar Roberto Tratado de direito penal : parte geral v. 1 / Cezar Roberto Bitencourt. – 25. ed. – São Paulo : Saraiva Educação, 2019. P. 1149

<sup>17</sup> Direito penal: volume único / Artur de Brito Gueiros Souza, Carlos Eduardo Adriano Japiassú. São Paulo: Atlas, 2018. P. 627

<sup>18</sup> Curso de direito penal, volume 1, parte geral : / Fernando Capez. – 22. ed. – São Paulo : Saraiva Educação, 2018. P. 809

em julgado a sentença, no país ou no estrangeiro, o tenha condenado por crime anterior.”<sup>19</sup>

O Professor Salo de Carvalho, ao comentar o artigo 63 do Código Penal Brasileiro, leciona que “Não se trata, propriamente, de um conceito, mas tão só da enumeração das condições de sua verificabilidade” (CARVALHO, 2002, p. 62)<sup>20</sup>. Zaffaroni e Pierangeli (2011, p. 720) ensinam quem a reincidência criminal presente no artigo 63 do Código Penal deve decorrer “de uma conduta que também seja típica no Brasil, pois seria absurdo que alguém fosse considerado reincidente, em razão de uma condenação anterior fundada num fato atípico no território nacional”<sup>21</sup>. O Professor Eugenio Raúl Zaffaroni escreve ainda que por conta da diferença entre reincidência genérica e específica, real ou ficta, assim como a sistematizações em ornamentos jurídicos do exterior a institutos próximos como a multirreincidência, habitualidade profissional e por tendência.

Paulo Queiroz aponta que a natureza jurídica da reincidência criminal pode ser definida como uma causa de agravante de pena, isso é, um dado que embora ausente na estrutura do crime é apontado como base para aferir maior culpabilidade do agente<sup>22</sup>. Para Capez, a “natureza jurídica: trata-se de circunstância agravante genérica de caráter subjetivo ou pessoal, de modo que não se comunica aos eventuais partícipes ou co-autores.”<sup>23</sup>

## ESPÉCIES DE REINCIDÊNCIA NA DOUTRINA

<sup>19</sup> JESUS, Damásio Evangelista de. Direito penal – parte geral. V.1. 28.ed. Saraiva: São Paulo, 2007, p.348.

<sup>20</sup> CARVALHO, Salo de. Reincidência e antecedentes criminais: abordagem crítica desde o marco garantista (Comentário de Jurisprudência). Revista de Estudos Criminais n.1,2001, p.112.

<sup>21</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raul; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**: volume 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

<sup>22</sup> QUEIROZ, Paulo. Curso de direito penal – parte geral. v.1. 8.ed. Salvador:Jus Podivm, 2012, p.453. “As circunstâncias agravantes são dados ou fatos acidentais, objetivos ou subjetivos, que, embora não façam parte da estrutura do crime, são importantes para a verificação da maior culpabilidade do agente; e diferentemente das atenuantes, o rol das agravantes é taxativo, motivo pelo qual o juiz não pode admitir outras que não constem da lei, sob pena de ofensa ao princípio da legalidade da pena. Além disso, e à exceção da reincidência, todas são aplicáveis exclusivamente aos crimes dolosos, pois o que se castiga em última análise é atuação qualificada do agente em virtude das variáveis do caso concreto.”

<sup>23</sup> CAPEZ, Fernando. Direito penal – parte geral. v.1. 13.ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p.478.

Reincidência genérica, absoluta, geral ou heterogênea: Segundo Débora de Souza de Almeida, “ocorre quando os crimes praticados pelo agente são previstos em dispositivos legais diversos, configurando natureza distinta.”<sup>24</sup> Desta forma, o agente comete um crime distinto do primeiro crime que havia praticado havendo dois tipos penais diferentes. A referida espécie, reincidência genérica, absoluta, geral ou heterogênea, é adotada no Brasil desde o Código Penal de 1890.

Reincidência específica, especial ou homogênea: A espécie específica da reincidência é o “ato de o agente perpetrar novamente crime da mesma natureza daquele pelo qual foi, anteriormente, condenado por sentença transitada em julgado. Era designada também de reincidência especial”<sup>25</sup>. A espécie mencionada se refere a condenação criminosa precedida de outra condenação criminosa de mesmo tipo legal (lesão corporal e posterior lesão corporal; homicídio culposo e posterior homicídio culposo etc.)

Reincidência ficta ou imprópria: Sobre a reincidência ficta, Guilherme de Souza Nucci declara que “quando o autor comete novo crime depois de ter sido condenado, com trânsito em julgado, mas ainda sem cumprir pena”<sup>26</sup>. Luiz Flávio Gomes informa que a reincidência ficta “requer novo fato punível depois da condenação anterior definitiva”<sup>27</sup>. Na referida espécie de reincidência, ficta, entende-se que o agente praticou novo e mesmo delito, após o transitar em julgado primeira sentença condenatória, porém sem ter percorrido a condenação do crime anteriormente julgado.

Parte da doutrina entende que a condenação possui caráter desestimulante e na condição de reincidência ficta não foi possível atingir o grau de

---

<sup>24</sup> ALMEIDA, Débora de Souza de. Reincidência criminal: reflexões dogmáticas e criminológicas. Curitiba: Juruá, 2012, p.70

<sup>25</sup> DINIZ, Maria Helena. Dicionário jurídico. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p.135.

<sup>26</sup> Nucci, Guilherme de Souza Manual de direito penal / Guilherme de Souza Nucci. – 16. ed. – Rio de Janeiro: Forensse, 2020. P. 653

<sup>27</sup> GOMES, Luiz Flávio. Direito penal: parte geral, p.738

desencorajamento, isso é a sentença condenatória não foi capaz de coibir prática de crime posterior. A corrente defende que o acusado deve receber, posteriormente, um grau maior de punição por conta da insuficiência da condenação em atingir seu objetivo.

Por outro lado, os Professores Eugenio Raul Zaffaroni e José Henrique Pierangeli criticam tal entendimento sustentando que a condenação ou o cumprimento da pena não são capazes de contramotivar o agente a deixar de delinquir novamente. No entendimento dos autores a pena age de forma contrária motivando o agente a praticar novos crimes. Os pensadores destacam seus pensamentos da seguinte forma:

Essa teoria esquece que a mera notificação de uma condenação, sem qualquer cumprimento da pena, não pode contramotivar a ninguém, ressalvada a hipótese de se lhe atribuir efeitos mágicos. Inclusive, nem mesmo numa regulação de reincidência “real”, ou seja, que exija o efetivo cumprimento da pena, pode-se afirmar esta consequência, posto que sabe-se que a pena, mui frequentemente, não é contramotivadora, mas precisamente motivadora, ou seja, condicionante da assunção do rol ou papel desviado do sujeito.<sup>28</sup>

O professor italiano Giuseppe Bettiol caminha no mesmo raciocínio que os professores anteriormente citados. Bettiol comenta a reincidência ficta da legislação penal italiana:

Só quem sentiu realmente a execução da pena pode experimentar estímulos suficientes para correção ou emenda. Não se pode dizer que manifesta determinado grau de incorrigibilidade quem foi condenado, mas não cumpriu ainda ou não iniciou a execução da pena.<sup>29</sup>

Em suma, os autores mencionados têm como principais argumentos o fato de o apenado não ter cumprido o tempo de pena e o fato de não ser possível saber se a primeira pena condenatória foi suficiente para o mesmo não reincidir sem ao menos ter dado início ao cumprimento da sentença condenatória.

---

<sup>28</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. Manual de direito penal brasileiro: parte geral. p. 717

<sup>29</sup> BETTIOL, Giuseppe. Direito penal, p. 21.

Reincidência real, própria ou verdadeira: A chamada reincidência real ocorre quando o apenado pratica crime posterior a sentença condenatória tendo cumprido o fixado em sentença e praticado novo ilícito penal. Nas palavras de Guilherme de Souza Nucci a reincidência real se manifesta “quando o agente comete novo delito depois de já ter efetivamente cumprido pena por crime”.<sup>30</sup>

Reincidência facultativa e obrigatória: A reincidência facultativa ocorre quando o órgão julgador está convencido das condições de reincidência proferido decisão motivada, por sua vez a reincidência obrigatória se faz quando presentes os requisitos legais para a mesma.<sup>31</sup>

Reincidência nacional: Ocorre quando a reincidência é fixada em virtude de sentença condenatória transitada em julgado por conta de ilícito praticado em solo brasileiro.

Reincidência internacional: Ocorre quando o agente criminoso pratica crime em solo nacional e possuindo contra si sentença penal condenatória transitada em julgado no estrangeiro.

### **Período Depurador, reincidência e maus antecedentes**

A legislação penal brasileira, após a confecção da Lei nº 6.416 de 1977, adotou o sistema da temporalidade para reincidência. O inciso I do art. 64 determina que “não prevalece a condenação anterior, se entre a data do cumprimento ou extinção da pena e a infração posterior tiver decorrido período de tempo superior a 5 (cinco) anos, computado o período de prova da suspensão ou do livramento

---

<sup>30</sup> Nucci, Guilherme de Souza Manual de direito penal / Guilherme de Souza Nucci. – 16. ed. – Rio de Janeiro: Forensse, 2020. P. 653

<sup>31</sup> ASSIS, Cássio Chechi de. A solvabilidade constitucional do regime da reincidência criminal. Dissertação de mestrado. Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Out. 2014, p.44.



condicional, se não ocorrer revogação”<sup>32</sup> Desta forma, ficou estabelecido que após 5 (cinco) anos da declaração da extinção da pena não ocorrera incidência da reincidência.

Vale destacar que embora o legislador tenha fixado o período depurador quinquenal para reincidência o mesmo não definiu prazo de aplicabilidade para o de maus antecedentes. Alguns doutrinadores entendem que se o legislador fixou prazo de extinção dos efeitos da reincidência, instituto de maior punição aos réus, e por consequência a agravante de maus antecedentes também deveria ser extinta após cinco anos.

O Supremo Tribunal Federal (STF) vinha entendendo que o prazo quinquenal no instituto da reincidência poderia ser aplicado ao instituto dos maus antecedentes. Proferindo decisões nesse sentido. Destaca-se:

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. PENAL. HABEAS CORPUS. CONDENAÇÃO PRETÉRITA CUMPRIDA OU EXINTA HÁ MAIS DE 5 ANOS. UTILIZAÇÃO COMO MAUS ANTECEDENTES. IMPOSSIBILIDADE. APLICAÇÃO DO ART. 64, I, DO CÓDIGO PENAL. PRECEDENTES DA SEGUNDA TURMA. ORDEM CONCEDIDA. I - **Nos termos da jurisprudência desta Segunda Turma, a existência de condenações pretéritas não podem ser valoradas como maus antecedentes quando o paciente, nos termos do art. 64, I, do Código Penal, não puder mais ser considerado reincidente.** Precedentes. II – Ordem concedida, para determinar ao Juízo da origem que afaste o aumento da pena decorrente da valoração como maus antecedentes de condenação pretérita alcançada pelo período depurador de 5 anos, previsto no art. 64, I, do CP. Decisão A Turma, por votação unânime, concedeu a ordem para determinar ao Juízo da origem que afaste o aumento da pena decorrente da valoração como maus antecedentes de condenação pretérita, alcançada pelo período depurador de 5 anos, previsto no art. 64, I, do Código Penal, nos termos do voto do Relator, com ressalva do Ministro Edson Fachin. HC 138.802. Presidência do Senhor Ministro Gilmar Mendes. 2ª Turma, 25.4.2017.<sup>33</sup>

Em contra partida, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) detém posicionamento contrário entendendo que o prazo quinquenal é exclusivo à reincidência. Veja-se:

<sup>32</sup> Artigo 64 do Código Penal

<sup>33</sup> Disponível em < <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5099258> => Acessado em 11 de novembro de 2022.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. DESCABIMENTO. ROUBO MAJORADO. ANTECEDENTES. TRANSCURSO DO PERÍODO DEPURADOR PREVISTO NO ART. 64, INCISO I, DO CÓDIGO PENAL - CP PARA EFEITO DE REINCIDÊNCIA, QUE NÃO IMPEDE O RECONHECIMENTO DOS MAUS ANTECEDENTES. REGIME INICIAL FECHADO. POSSIBILIDADE. EXISTÊNCIA DE CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO VERIFICADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

1. Diante da hipótese de habeas corpus substitutivo de recurso próprio, a impetração não deve ser conhecida, segundo orientação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal - STF e do próprio Superior Tribunal de Justiça - STJ. Contudo, considerando as alegações expostas na inicial, razoável a análise do feito para verificar a existência de eventual constrangimento ilegal que justifique a concessão da ordem de ofício.

**2. Embora transcorrido o período depurador previsto no art. 64, inciso I, do Código Penal para efeito de reincidência, as condenações anteriores com trânsito em julgado subsistem para o fim de valorar negativamente os antecedentes do agente, exatamente conforme o entendimento jurisprudencial firmado por esta Corte.**

Precedentes. 3. É pacífica nesta Corte Superior a orientação segundo a qual a fixação de regime mais gravoso do que o imposto em razão da pena deve ser feita com base em fundamentação concreta, a partir das circunstâncias judiciais dispostas no art. 59 do Código Penal - CP ou de outro dado concreto que demonstre a extrapolação da normalidade do tipo. No mesmo sentido, são os enunciados n. 440 da Súmula desta Corte e ns. 718 e 719 da Súmula do STF. No caso dos autos, a pena-base foi fixada acima do mínimo legal, tendo em vista a valoração negativa dos antecedentes, bem como em razão da periculosidade concreta do paciente, em perpetrar grave crime, em plena via pública, mediante grave ameaça a pessoa. Não olvidando que a reprimenda corporal tenha sido estabelecida em 5 anos e 4 meses de reclusão, o regime inicial fechado foi fixado nos termos do que dispõe o art. 33, §§ 2º e 3º do Código Penal e em conformidade com a jurisprudência desta Corte. Inaplicável, portanto, os enunciados n. 440 do STJ e n. 718 do STF.

4. Habeas corpus não conhecido. HC 477.300.<sup>34</sup>

Nesse cenário, surgiu o Recurso Extraordinário (RE) 593818, com repercussão geral reconhecida (Tema 150) perante o STF, que tratou sobre a aplicação do prazo quinquenal do art.64, I do Código Penal. Em 17 de agosto de 2022, o Supremo Tribunal Federal fixou a tese de que "Não se aplica para o reconhecimento dos maus antecedentes o prazo quinquenal de prescrição da reincidência, previsto no art. 64, I, do Código Penal." Destaca-se o precedente firmado pela Suprema Corte:

<sup>34</sup> Disponível em

[https://processo.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num\\_registro=201802918220&dt\\_publicacao=19/12/2018](https://processo.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201802918220&dt_publicacao=19/12/2018) Acessado em 11 de novembro de 2022.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. EMENTA: DIREITO PENAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM REPERCUSSÃO GERAL. DOSIMETRIA. CONSIDERAÇÃO DOS MAUS ANTECEDENTES AINDA QUE AS CONDENAÇÕES ANTERIORES TENHAM OCORRIDO HÁ MAIS DE CINCO ANOS. POSSIBILIDADE. PARCIAL PROVIMENTO. 1. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal só considera maus antecedentes condenações penais transitadas em julgado que não configurem reincidência. Trata-se, portanto, de institutos distintos, com finalidade diversa na aplicação da pena criminal. 2. Por esse motivo, não se aplica aos maus antecedentes o prazo quinquenal de prescrição previsto para a reincidência (art. 64, I, do Código Penal). 3. Não se pode retirar do julgador a possibilidade de aferir, no caso concreto, informações sobre a vida pregressa do agente, para fins de fixação da pena-base em observância aos princípios constitucionais da isonomia e da individualização da pena. 4. Recurso extraordinário a que se dá parcial provimento, mantida a decisão recorrida por outros fundamentos, fixada a seguinte tese: Não se aplica ao reconhecimento dos maus antecedentes o prazo quinquenal de prescrição da reincidência, previsto no art. 64, I, do Código Penal. A C Ó R D ã O Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Sessão Virtual, na conformidade da ata de julgamento, por maioria de votos, apreciando o Tema 150 da repercussão geral, em dar parcial provimento ao recurso extraordinário e fixar a seguinte tese: "Não se aplica para o reconhecimento dos maus antecedentes o prazo quinquenal de prescrição da reincidência, previsto no art. 64, I, do Código Penal" nos termos do voto do Relator, vencidos os Ministros Ricardo Lewandowski, Marco Aurélio, Gilmar Mendes e Dias Toffoli (Presidente). Não participou deste julgamento o Ministro Celso de Mello. Brasília, 07 a 17 de agosto de 2020. MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - RELATOR<sup>35</sup>

Apesar da adoção do sistema de temporalidade pelo legislador brasileiro, o judiciário parte de uma postura que contraria o aspecto garantista da CRFB, deixando de ter como base para outros institutos o critério de temporalidade da reincidência.

### **Historicidade Da Reincidência**

O jurista Henriques de Souza aponta que o surgimento da reincidência criminal vem do Direito Romano que era aplicado apenas em casos específicos como práticas criminosas reiteradas.

<sup>35</sup> Disponível em <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754448246>. Acessado em 11 de novembro de 2022.

Se nos remontarmos ao Direito Romano, fonte de quase todas as legislações modernas, ahí acharemos, não uma aplicação uniforme e sistemática d'este principio mas o reconhecimento e applicação d'elle a certos e determinados casos. No Digesto e no Codigo encontram-se com efeito vários fragmentos indicando que a repetição do mesmo delicto devia ser mais everamente punida; as todos esses fragmentos estatuem para casos particulares, aos quaes deviam ser estrictamente applicados; nenhum há onde a reincidência seja elevada á categoria de circunstancia aggravante para *todos os crimes*, como no nosso e em todos os mais Codigos modernos<sup>36</sup>.

Roberto Lyra aponta que a reincidência também esteve presente no Direito Canônico:

Circunstância agravante, em crimes como a heresia, o concubinato, o abandono de residência por parte de bispos e cônegos. Em geral, aumentava o rigos da pena, segundo a pertinância e a obstinação no pecado ou no delito<sup>37</sup>

Na Europa, mais exatamente na França, em 1810, com a criação de uma legislação penal, o Código Penal da França de 1810 foi positivado o instituto da reincidência nos artigos 57 e 58<sup>38</sup>.

## O surgimento da reincidência no Brasil

A reincidência inicialmente aparece no Brasil através do direito penal do período colônia através das Ordenações Afonsinas, Manuelinas e Filipinas<sup>39</sup>. O

<sup>36</sup> SOUZA, Braz Florentino Henriques de . *Lições de direito criminal*. Pernambuco: Econômica José Nogueira de Souza, 1872, p. 325.

<sup>37</sup> LYRA, Roberto, op. Cit., p. 316.

<sup>38</sup> SEÇÃO 57. Quem, tendo sido condenado por um crime, tiver cometido uma infracção susceptível de ser punida com pena correcional, será condenado ao máximo da pena imposta por lei, podendo esta pena ser aumentada até ao dobro. SEÇÃO 58. Os culpados condenados a pena de prisão superior a um ano, serão ainda, em caso de reincidência, condenados ao máximo da pena imposta por lei, podendo esta pena ser aumentada para o dobro: serão também submetidos a supervisão do governo por um mínimo de cinco anos e um máximo de dez anos.

<sup>39</sup> 7 As Ordenações Afonsinas, na verdade, não chegaram a ter aplicação por ausência de uma organização estatal adequada, isto é, até 1521, quando de sua revogação, não havia nenhum núcleo colonizador no Brasil. As Manoelinas, publicadas em 1521 foram aplicadas de forma escassa até a substituição pelas Filipinas, publicadas em 1603 e revalidadas por D. João VI em 1604. No Livro V se encontra a codificação penal do Reino que foi aplicada durante o Brasil colonial com toda rigidez. (TOLEDO Francisco de Assis. Princípios básicos de direito penal. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 1994,

instituto da reincidência penal nasce no ordenamento jurídico brasileiro através do advento do Código Criminal do Império de 1830, a primeira legislação genuinamente brasileira chamada por Heleno Fragoso de “o primeiro Código Criminal autônomo da América Latina”<sup>40</sup>, o §3º do art. 16 previa como agravante da pena o caso de reincidência o delito de mesma natureza<sup>41</sup>. Isso é, para a época, tinha-se apenas a reincidência específica como causa de aumento de pena. Cabe destacar que não restou fixado pela referida legislação um lapso temporal que considerasse o indivíduo reincidente, mas tão somente foi fixada a natureza delitiva. A forma de fixação do instituto da reincidência no então ornamento jurídico brasileiro foi alvo de críticas por parte dos operadores do direito da época.<sup>42</sup>

Em 1890 entra em vigor um novo Código Penal Republicano, o que alterou a figura da reincidência criminal em relação ao Código Criminal do Império de 1830. A nova legislação esclareceu que a sentença deveria “passar em julgado” isso é, a sentença condenatória deveria transitar em julgado. Além disto, o Código Penal Republicano de 1890 modificou o ponto que tratava sobre a natureza do delito deixando estritamente delimitado. O indivíduo que cometer o crime de mesma natureza e do mesmo tipo penal, “e como tal entende-se, para os efeitos da lei penal, o que consiste na violação do mesmo artigo (sic)”<sup>43</sup>

O professor Antônio Jose da Costa e Silva defende uma interpretação crítica do art. 40 do Código Penal de 1890, o doutrinador destaca que o referido diploma limitou-se a tratar da reincidência específica e que, para o escritor, os juristas deveriam ter ressalvas com o instituto. Para o autor, trata-se de uma “banalização da reincidência genérica”, pelo qual não importa o delito posterior que o indivíduo

---

p.56). Para Zaffaroni e Pierangeli, as Ordenações Afonsinas exaltam importância em razão do seu pioneirismo e da época em que surgiram, sendo ponto de partida para a evolução do direito português. Representaram um marco fundamental na história do direito português. (ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. Manual de direito penal brasileiro. v.1 – parte geral. 6.ed. São Paulo: RT, 2004, p.174).

<sup>40</sup> FRAGOSO, Heleno Cláudio. Lições de Direito Penal: A Nova Parte Geral. 10ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986, p. 60

<sup>41</sup> Art. 16. São circunstâncias agravantes:

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

<sup>42</sup> CHIQUEZI, Adler. Reincidência criminal e sua atuação como circunstância agravante. 2009. 157 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2009

<sup>43</sup> Art. 40 do Código Penal 1890

rescinde pois em uma visão positivista tanto a reincidência genérica como a reincidência específica podem atestar maior periculosidade ao delinquente.<sup>44</sup>

As concepções de reincidência abordadas no Código Imperial de 1830 e no Código Penal de 1890 reverberam nas condições apresentadas pelo Código Penal de 1940. O professor Heleno Fragoso leciona que o legislador da época buscou inspiração no Código Penal Italiano de 1930 e no Código Penal Suíço de 1937, distanciando-se da influência do regime ditatorial, o então Estado Novo.<sup>45</sup>

Com a vigência do Código Penal de 1940 ocorreu o marco da distinção entre a modalidade específica e da modalidade genérica, diferenciando-se de forma expressa cada espécie<sup>46</sup>. Foram promovidas novas condições para considerar a reincidência. As condenações realizadas no exterior começam a surtir efeitos nas condenações dentro do país para fixação da reincidência, “basta tão somente, a prova idônea de que a condenação foi proferida por juiz ou tribunal estrangeiro e, obviamente, que passou em julgado”.<sup>47</sup> O § 1º, do art. 46 determinou um tratamento de maior rigor para circunstâncias que demonstrassem reincidência específica. Cabe salientar que o referido diploma oficial trouxe o sistema da perpetuidade dos efeitos<sup>48</sup>.

Ainda que a legislação de 1940 tenha trazido inovações para o ornamento jurídico não houve consenso na doutrina, o professor Roberto Lyra destaca que “A doutrina não conseguiu unanimidade, sequer, para a inclusão da reincidência entre as agravantes.”<sup>49</sup>

O Código Penal de 1940 assim destacava:

<sup>44</sup> SILVA, Antonio Jose da Costa e. Código penal dos Estados Unidos do Brasil comentado. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial: Superior Tribunal de Justiça, 2004. Página 366.

<sup>45</sup> FRAGOSO, Heleno Cláudio. Lições de Direito Penal: A nova parte geral. Rio de Janeiro: Forense, 1986, p. 66

<sup>46</sup> ALMEIDA, Débora de Souza de. **Reincidência criminal: reflexões dogmáticas e criminológicas**. Curitiba: Juruá, 2012.

<sup>47</sup> Curso de Direito Penal: Parte Geral, Volume 1, Artur Souza, Carlos Eduardo Japiassú Elsevier Brasil, 2013 página 411

<sup>48</sup> PRADO, Luiz Regis, Curso de Direito Penal brasileiro, 2013

<sup>49</sup> LYRA, Roberto. Comentários ao Código Penal. 2ª ed. vol. II. Rio de Janeiro: Forense, 1955, p. 317.

Art. 46. Verifica-se a reincidência quando o agente comete novo crime, depois de transitar em julgado a sentença que, no país ou no estrangeiro, o tenha condenado por crime anterior. § 1º - Diz-se a reincidência: I – genérica, quando os crimes são de natureza diversa; II – específica, quando os crimes são da mesma natureza. § 2º - Consideram-se crimes da mesma natureza os previstos no mesmo dispositivo legal, bem como os que, embora previstos em dispositivos diversos, apresentam, pelos fatos que o constituem ou por seus motivos determinantes, caracteres fundamentais comuns.

Com a criação da Lei nº 6.416 de 1977 ficou instaurado o marco temporal que limita a reincidência, o parágrafo único do artigo 46 determinou que passados cinco anos do cumprimento ou extinção da pena, assim como do ilícito posterior, a condenação transitada em julgado anterior não provocaria a reincidência, pondo fim ao sistema da perpetuidade dos efeitos<sup>50</sup>

A Lei nº 7.209/84 instituiu a nova Parte Geral do Código Penal de 1940 reformulando critérios e alterando a reincidência criminal de forma a humanizar as sanções penais e adotando penas alternativas à prisão<sup>51</sup>.

---

<sup>50</sup> CHIQUEZI, Adler. Reincidência criminal e sua atuação como circunstância agravante. 2009. 157 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2009

<sup>51</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de direito penal: parte geral. v.1. 11.ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p.47

## REINCIDÊNCIA CRIMINAL EM OUTROS PAÍSES

O instituto da reincidência vem sendo utilizado em outros países e uma análise de direito comparado mostra-se de grande relevância para o ornamento jurídico pátrio de modo a constatar novas formas de pensar e trabalhar o instituto da reincidência. Analisamos países de relevância para o ornamento jurídico brasileiro.

### Itália

O Código Penal Italiano, que possui vigor desde 1930, também conhecido como Código Rocco, em homenagem a seu criador, o Ministro de Justiça italiano Alfredo Rocco<sup>52</sup> tem a presença da reincidência em seu “Livro I – Dei reati in generale, Título IV – Del reo e dela persona offesa dal reato”. Assim destaca o artigo 99 do referido diploma legal:

#### Artigo 99 - Reincidência

Quem, depois de condenado por um crime não culposos, cometer outro, pode ser sujeito a um aumento de um terço da pena a aplicar pelo novo crime não culposos.

A pena pode ser aumentada até um terço:

- 1) se o novo crime não culposos for da mesma natureza ( 101 cp);
- 2) se o novo crime não culposos tiver sido cometido nos cinco anos seguintes à pena anterior;
- 3) se o novo crime não culposos tiver sido cometido durante ou após a execução da pena, ou durante o tempo em que o agente evadir-se voluntariamente à execução da pena.

Se houver mais circunstâncias do que as indicadas no segundo parágrafo, o aumento da pena é de metade.

Se o reincidente cometer outro crime não culposos, o aumento da pena, no caso referido no primeiro parágrafo, é de metade e, nos casos previstos no segundo parágrafo, de dois terços.

No caso de um dos crimes indicados na alínea a) do n.º 2 do artigo 407.º do Código de Processo Penal, a majoração da pena para a reincidência é obrigatória e, nos casos indicados no n.º 2, não pode ser menos de um terço da pena a ser imposta pelo novo crime. Em nenhum caso a majoração da pena por reincidência poderá exceder a

<sup>52</sup> Revista da EMERJ, v. 12, nº 46, 2009 Disponível em [https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj\\_online/edicoes/revista46/Revista46\\_279.pdf](https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista46/Revista46_279.pdf) acessado em 31/10/2022.



acumulação de penas resultante das penas anteriores à prática do novo crime não culposo.<sup>53</sup>

A legislação penal italiana, através do artigo 99, adotou a reincidência ficta, desta forma, é desnecessário o cumprimento parcial ou total da pena de sentença penal fixada anterior pra configuração da reincidência. O sistema de perpetuidades e a reincidência específica também foram adotados pelo legislador italiano.<sup>54</sup>

Há três formas de reincidência da Itália:

- a) Simples: aumenta de um sexto a pena posterior se o réu pratica crime após a condenação criminal definitiva;
- b) Agravada: cometimento de um novo crime da mesma natureza ou quando cometido o crime dentro de cinco anos após a condenação anterior. E, ainda, quando é cometido novo crime no decorrer da execução da pena por delito anterior ou em período de fuga, aumenta-se, então a pena em um terço; se concorrer mais de uma dessas circunstâncias será de metade o aumento da pena.
- c) Reiterada: quando o réu que cometeu o crime já era considerado reincidente, aumentando-se a pena de até metade se reincidente simples e até dois terços se agravada e, ainda de um terço a dois terços quando reincidente em período de execução de pena ou fuga, conforme artigo 99, parte final do Código Penal italiano.<sup>5556</sup>

---

#### 53 Articolo 99 - Recidiva

Chi, dopo essere stato condannato per un delitto non colposo, ne commette un altro, può essere sottoposto ad un aumento di un terzo della pena da infliggere per il nuovo delitto non colposo. La pena può essere aumentata fino ad un terzo:

- 1) se il nuovo delitto non colposo è della stessa indole (101 c.p.);
- 2) se il nuovo delitto non colposo è stato commesso nei cinque anni dalla condanna precedente;
- 3) se il nuovo delitto non colposo è stato commesso durante o dopo l'esecuzione della pena, ovvero durante il tempo in cui il condannato si sottrae volontariamente all'esecuzione della pena. Qualora concorrano più circostanze fra quelle indicate al secondo comma, l'aumento di pena è della metà.

Se il recidivo commette un altro delitto non colposo, l'aumento della pena, nel caso di cui al primo comma, è della metà e, nei casi previsti dal secondo comma, è di due terzi. Se si tratta di uno dei delitti indicati all'articolo 407, comma 2, lettera a), del codice di procedura penale, l'aumento della pena per la recidiva è obbligatorio e, nei casi indicati al secondo comma, non può essere inferiore ad un terzo della pena da infliggere per il nuovo delitto. In nessun caso l'aumento di pena per effetto della recidiva può superare il cumulo delle pene risultante dalle condanne precedenti alla commissione del nuovo delitto non colposo.<  
[https://www.dirittoweb.com/codice\\_penale1.html#libro1titolo4codicepenale](https://www.dirittoweb.com/codice_penale1.html#libro1titolo4codicepenale)>

<sup>54</sup> JESUS, Damásio Evangelista de. Direito penal – parte geral. V.1. 28.ed. Saraiva: São Paulo, 2007, p.570.

<sup>55</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. Individualização da pena. 2.ed. São Paulo: RT, 2007, p.219.

<sup>56</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. Individualização da pena. 2.ed. São Paulo: RT, 2007, p.213

O critério utilizado na Itália possui caráter de maior rigor<sup>57</sup> se comparado a outros países, isso porque utiliza-se o sistema de perpetuidades dos efeitos da condenação anterior, além de fazer uso da reincidência simples, reincidência agravada e da reincidência reiterada com pressupostos diferenciados e penalidades aumentadas.

## **Alemanha**

O ornamento jurídico alemão retirou o instituto da reincidência no ano de 1986<sup>58</sup> sob o entendimento de ferir o princípio da culpabilidade. Entretanto, ainda que extinto, cabe salientar que a reincidência influencia a dosimetria da pena devendo-se observar a vida pregressa do agente delituoso.<sup>59</sup>

## **Argentina**

A legislação penal argentina destaca a reincidência a partir dos artigos 50,51,52 e 53 do Código Penal argentino. Assim destaca seu artigo 50:

ARTIGO 50. - Haverá reincidência desde que quem tenha cumprido, total ou parcialmente, pena privativa de liberdade imposta por tribunal do país cometa novo crime também punível com aquela espécie de pena. A pena sofrida no exterior será considerada por reincidência se tiver sido pronunciada por um crime que possa, segundo a lei argentina, ensejar a extradição. Não ensejará reincidência a pena cumprida por crimes políticos, previstos exclusivamente no Código de Justiça Militar, anistia ou cometidos por menores de dezoito anos. A pena sofrida não será tida em conta para efeitos de reincidência quando tiver decorrido desde o seu cumprimento um prazo igual àquele para que foi imposta, que nunca poderá ser superior a dez nem inferior a cinco anos.<sup>60</sup>

<sup>57</sup> ANTOLISEI, Francesco. Manual de derecho penal. Buenos Aires: UTEHA, 1960, p. 482.

<sup>58</sup> ASSIS, Rafael Damaceno de. Análise crítica do instituto da reincidência criminal. Revista CEF, Brasília, ano XII, nº 40, 2018. P. 76.

<sup>59</sup> DECOMAIN, Pedro Roberto. O Código Penal alemão: tradução, comparação e notas. Porto Alegre, RS: Núria Fabis, 2014, p.175.

<sup>60</sup> Disponível em <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/15000-19999/16546/texact.htm#9> Acessado em 01/11/2022

O país adotou o sistema de temporalidade, dessa forma, não ocorrerá reincidência após o tempo da pena fixada. Utiliza-se o tempo mínimo de (5) cinco anos e o máximo de (10) dez anos.<sup>61</sup> Da mesma forma, a Argentina pratica o critério de reincidência real, isso é, o autor de um crime quando praticar novo ilícito penal, passível de prisão, após cumprido, parcial ou total, pena privativa de liberdade. O crime praticado do estrangeiro também é utilizado para caracterização da reincidência.

Os crimes de caráter, próprio, anistiado, político, militar e exercido por menor de 18(dezoitos) anos de idade não serão caracterizados à reincidência.

Por derradeiro, cabe destacar que reincidência foi analisado pela Corte Suprema de Justicia de la Nación acerca da constitucionalidade do instituto. A reincidência foi declarada compatível com os ditames da Constituição da Argentina, tendo apenas um voto de divergência do Ministro Zaffaroni.<sup>62</sup>

## Colômbia

---

“ARTICULO 50.- Habrá reincidencia siempre que quien hubiera cumplido, total o parcialmente, pena privativa de libertad impuesta por un tribunal del país cometiere un nuevo delito punible también con esa clase de pena.”

La condena sufrida en el extranjero se tendrá en cuenta para la reincidencia si ha sido pronunciada por razón de un delito que pueda, según la ley argentina, dar lugar a extradición.

No dará lugar a reincidencia la pena cumplida por delitos políticos, los previstos exclusivamente en el Código de Justicia Militar, los amnistiados o los cometidos por menores de dieciocho años de edad. La pena sufrida no se tendrá en cuenta a los efectos de la reincidencia cuando desde su cumplimiento hubiera transcurrido un término igual a aquél por la que fuera impuesta, que nunca excederá de diez ni será inferior a cinco años.

<sup>61</sup> CÓDIGO PENAL COMENTADO Y ANOTADO – parte general (artigo1º ao 78). Director: Andrés José D'Alessio, Coordinador: Mauro A. Divito. Buenos Aires: La Ley, 2005. <http://todosderecho.com/recopilacion/Tratados%20y%20Manuales%20Basicos/Penal%20Parte%20General%20y%20Especial/CODIGO%20PENAL%20COMENTADO%20Y%20ANOTADO%20-%20PARTE%20GENERAL%20-%20ANDRES%20J.%20DALESSIO%20-%20TOMO%20I.pdf>

Acessado em 01/11/2022.

<sup>62</sup> TEIXEIRA, Adriano. Teoria da aplicação da pena: fundamentos de uma determinação judicial da pena proporcional ao fato. São Paulo: Marcial Pons, 2015, p.154. Nota: Recurso de Hecho, causa 6457/2009, j.05-02-2013.

Em 1980 a reincidência foi abolida da legislação pela colombiana<sup>63</sup>. O fundamento principal para exclusão do instituto da lei penal do país foi a lesão ao princípio do *ne bis in idem*.

Cabe ressaltar que a Parte Especial do Código Penal da Colômbia, em seu artigo 319, prevê a possibilidade de um aumento da metade até três quartos da pena do reincidente para o crime de contrabando<sup>64</sup>. Embora presente no diploma penal colombiano o instituto não vem sendo utilizado e a doutrina colombiana vem defendendo a ideia de que há uma evidente afronta ao princípio da legalidade presente no artigo 6<sup>65</sup> do Código Penal da Colômbia e do artigo 29<sup>66</sup> da Constituição da Colômbia.

## Cuba

A reincidência no Código Penal de Cuba está prevista em seu artigo 55. Reincidente é aquele que possui sentença penal condenatória advinda de crime doloso e pratica novo ilícito penal, no território cubano ou em território exterior. O país adotou o critério de reincidência própria. Há uma diferenciação da reincidência simples e da multireincidência, sendo esta quando o agente delituoso praticar ato

<sup>63</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. Manual de direito penal brasileiro. v.1 – parte geral. 6.ed. São Paulo: RT, 2004, p.716.

<sup>64</sup>“Las penas previstas en el presente artículo se aumentarán de la mitad a las tres cuartas (3/4) partes cuando se demuestre que el sujeto activo de la conducta es reincidente” [https://www.oas.org/dil/esp/codigo\\_penal\\_colombia.pdf](https://www.oas.org/dil/esp/codigo_penal_colombia.pdf) Acessado em 02/11/2022

<sup>65</sup> Artículo 6°. Legalidad. Nadie podrá ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante el juez o tribunal competente y con la observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio. La preexistencia de la norma también se aplica para el reenvío en materia de tipos penales en blanco. [https://www.oas.org/dil/esp/codigo\\_penal\\_colombia.pdf](https://www.oas.org/dil/esp/codigo_penal_colombia.pdf) Acessado em 02/11/2022

<sup>66</sup> Artículo 29. El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas. Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio. En materia penal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable. Toda persona se presume inocente mientras no se la haya declarado judicialmente culpable. Quien sea sindicado tiene derecho a la defensa y a la asistencia de un abogado escogido por él, o de oficio, durante la investigación y el juzgamiento; a un debido proceso público sin dilaciones injustificadas; a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra; a impugnar la sentencia condenatoria, y a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho. Es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso. Acessado em 02/11/2022. [https://siteal.iiep.unesco.org/sites/default/files/sit\\_accion\\_files/siteal\\_colombia\\_2000.pdf](https://siteal.iiep.unesco.org/sites/default/files/sit_accion_files/siteal_colombia_2000.pdf)

ilícito posterior a duas ou mais sentenças penais cumpridas por crimes dolosos. Assim destaca:

Artículo 82.1. Se manifiesta la reincidencia cuando al delinquir, el responsable ya había sido sancionado por otro delito intencional, siempre que la sentencia por la que fue sancionado haya adquirido firmeza con anterioridad. 2. Existe multirreincidencia cuando al delinquir, el responsable ya había sido sancionado con anterioridad por dos o más delitos intencionales, siempre que las sentencias por las que fue sancionado hayan adquirido firmeza.<sup>67</sup>

A multireincidência, como destaca o professor Damásio de Jesus, é aquela à qual o agente criminoso teve mais de três condenações sendo reconhecida a reincidência.

Sobre a multireincidência, Rene Garraud leciona que:

Deverá a lei tomar em conta a multiplicidade dos reincidentes agravando, á medida que eles aumentam, também a repressão? Este sistema não pode ser admitido numa maneira absoluta, pois que colidiu com impossibilidades de facto e com um exagero de penalidade conduziria a uma extrema complicação na aplicação das penas. Mas um agravamento progressivo dos castigos em caso de reincidencia analogo ao admitido pela legislação inglesa, poderia ser empregado até o dia em que o numero ou a gravidade das condemnações anteriores fossem tais que a reincidencia constituisse o indicio característico, e unico legitimo dessa incorrigibilidade absoluta que pode motivar o emprego de medidas excessivas contra o delinquente.<sup>68</sup>

## Portugal

O Código Penal português de 1982 foi alterado pelo Decreto-Lei nº 48 de 15 de março de 1995. O país adotou requisitos para configuração da reincidência ficta, como apenas para crimes dolosos com pena de prisão superior a seis meses. O órgão julgador deverá avaliar se a sentença penal anterior foi capaz de advertir o apenado em relação a práticas criminosas posteriores, não há, de forma objetiva,

<sup>67</sup>Código Penal de Cuba. Disponível em [https://www.gacetaoficial.gob.cu/sites/default/files/goc-2022-o93\\_0.pdf](https://www.gacetaoficial.gob.cu/sites/default/files/goc-2022-o93_0.pdf)

<sup>68</sup> GARRAUD, René. Compendio de direito criminal. Lisboa: Clássica, 1915, p. 530.

aplicação automática da reincidência devendo-se analisar cada caso concreto. Da mesma forma, o país adotou o critério de temporalidade dos efeitos da condenação anterior, isso é, se passados (5) cinco anos após o crime cometido anteriormente não haverá incidência de reincidência no caso.

## DIFERENTES VISÕES DOUTRINÁRIAS ACERCA DO INSTITUTO

### Teorias de defesa da Reincidência

O instituto da reincidência possui diversos argumentos dentro da doutrina que defendem a manutenção da mesma no ornamento jurídico brasileiro. Como já abordado, anteriormente, a reincidência está presente no solo brasileiro desde suas origens, havendo apenas modificações no modelo de utilização do instituto.

Um primeiro fundamento para manutenção da reincidência no ornamento jurídico pátrio é que a condenação penal anterior a recidiva não foi suficiente para impedir que o agente condenado deixasse de delinquir novamente, legitimando o reforço do rigor da reincidência. Isso ficou definido na doutrina alemão como “Teoria ou modelo de alerta” (Warnungsmodell). “A culpabilidade elevada teria por base a superação do poder inibitório das penas anteriormente impostas; verificar-se-ia, portanto, uma energia criminal intensa por parte do réu.”<sup>6970</sup>O professor Eugenio Raul Zaffaroni rebate o referido argumento aduzindo que uma primeira condenação não é capaz de conscientizar o agente criminoso e por consequência evitar a prática recidiva, assim como a pena não é possui função reintegradora. Nesse interim, o professor entende que:

Esta teoria esquece que a mera notificação de uma condenação, sem qualquer cumprimento de pena, não pode contramotivar ninguém, ressalvada a hipótese de se lhe atribuir efeitos mágicos. Inclusive, nem mesmo uma regulação da reincidência “real”, ou seja, que exija o efetivo cumprimento da pena, pode-se afirmar esta consequência, posto que sabe-se que a pena, mui frequentemente, não é contramotivadora, mas precisamente motivadora, ou seja, condicionante da assunção do rol ou papel desviado do sujeito.<sup>71</sup>

<sup>69</sup> TEIXEIRA, Adriano. Teoria da aplicação da pena: fundamentos de uma determinação judicial da pena proporcional ao fato. São Paulo: Marcial Pons, 2015, p.159.

<sup>70</sup> Disponível em

<http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/8ee368931c2cf857802584b800441766?OpenDocument> Acessado em 02/11/2022

<sup>71</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. Op Cit, p. 793

Outro fundamento de defesa da reincidência é que o reincidente é um agente criminoso de maior periculosidade, aquele que tem práticas e costumes associados à criminalidade. O que leva ao entendimento de que o Estado deve defender a sociedade de um criminoso com tais características. O professor Zaffaroni rebate tal fundamento sustentando que há um processo de coisificação do sujeito, aniquilando a sua qualidade de pessoa e a sua condição de sujeito de direitos, assim como, continua o professor, há uma falsa concepção de periculosidade, uma presunção de que o agente infrator realizará novas práticas ilícitas. Nesse sentido assim leciona o jurista:

Nada faz presumir ser mais provável que venha a praticar um delito de emissão de cheque sem provisão de fundos, quem antes causou um homicídio culposo com o seu veículo, do que aquele que nada fez até então. Por outro canto, tampouco se compreende ser mais provável que alguém venha a cometer um delito, porque foi intimado, dias antes, de uma sentença condenatória definitiva, quando, por qualquer inconveniente burocrático poderia vir a ser intimado uns dias após, e, portanto, não tivesse transitado em julgado essa sentença, quando da prática do segundo delito<sup>72</sup>

Desta forma, como foi destacado, é possível verificar-se que os argumentos de defesa da reincidência são questionáveis e divergentes ao direito penal de garantias.

### **Teorias contrárias a aplicação da reincidência**

O professor Nélon Hungria sinaliza certa inconsistência do instituto na política criminal do Brasil, o professor leciona que para alguns casos de crimes dolosos a aplicação da pena se mostra insuficiente, uma vez que após cumprido pena condenatória o agente infrator volta a praticar novos atos ilícitos. Não ocorrendo o objetivo esperado da pena.<sup>73</sup> Salo de Carvalho<sup>74</sup> destaca que a teoria

---

<sup>72</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. Op Cit, p. 793

<sup>73</sup> HUNGRIA, Nelson. Comentários ao Código Penal. v.III.4.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1959, p.110  
< <https://www.gnsc.adv.br/wp-content/uploads/2020/11/Comentarios-ao-Codigo-Penal-Volume3-Nelson-Hungria.pdf>>



criminológica derivada do positivismo é a teoria base do modelo que fundamenta a reincidência no Brasil.

Eugenio Raúl Zaffaroni<sup>75</sup>, o maior crítico do instituto, sustenta que a reincidência viola o princípio do *ne bis in idem* e por consequência o violaria coisa julgada. O autor critica a parte da doutrina que defende a reincidência com base na teoria psicológica da culpabilidade, “decisão de vontade do autor mais forte ou dotada de maior permanência”. Aduz que não existe relação de vontade entre duas ações criminosas, na ocasião de crimes distintos, o que contraria a ideia de reforço de vontade. O professor acredita que o Estado e o sistema penal são responsáveis e devem suportar o ônus da reincidência, vez que não foram capazes de ressocializar o agente criminoso não criando condições de torna-lo apto ao cotidiano social. Zaffaroni também disserta sobre a relação do princípio do *ne bis in idem* e a reincidência, de modo que o agente infrator é penalizado de forma mais rigorosa por conta de uma sentença penal anterior a qual já foi julgado e condenado. Desta forma, por não haver fundamento que a legitime e evidente violação de princípio constitucional o instituto deve ser descartado da legislação penal.

Por fim, mas não menos importante, o professor Luigi Ferrajoli<sup>76</sup> nos ensina que a pena cancela e extingue o delito, restaurando ao apenado a condição de inocência, dessa forma não se poderia penalizar o cidadão por delito que já tenha cumprido na sua integralidade.

## **Teoria da Co-Culpabilidade**

---

<sup>74</sup> CARVALHO, Salo de. Reincidência e antecedentes criminais: abordagem crítica desde o marco garantista (Comentário de Jurisprudência). Revista de Estudo Criminais n.1, 2001, p.113-114

<sup>75</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. Op Cit, p. 793

<sup>76</sup> 1 FERRAJOLI, Luigi. Op. Cit. p. 53

De início, cabe destacar que ao longo do século XVIII surgiram ideias marxistas com o objetivo de formar uma análise crítica do Estado Liberal, assim como, derrubar as desigualdades econômicas presentes entre a burguesia e o proletariado. Muitos intelectuais criticaram o direito, afirmando ser uma superestrutura ideológica que fortalece as bases de manutenção do Estado Capitalista.<sup>77</sup>

O professor Grégore Moreira de Moura leciona que o conceito de coculpabilidade é visto por parte da doutrina como originariamente no direito socialista. No Direito Penal socialista há um esforço para igualdade formal e material. Já no Estado Liberal o conceito de coculpabilidade confronta as ideias iluministas. Segundo a ideia contratualista, o delito representa quebra do contrato social, nesse sentido o Estado é responsável pela quebra do contrato social ao deixar de garantir condições dignas de vida as pessoas humanas. O Estado ao quebrar o acordo social mostra-se inadimplente o que fundamenta a coculpabilidade estatal.

No Brasil, o Estado detém o poder da persecução penal e da punição ao agente infrator, o chamado *jus puniendi*. Assim como, o Estado detém o dever de garantir condições mínimas para a dignidade da pessoa humana. Cabe destacar, que o Brasil, atualmente, possui uma grande desigualdade social o que se demonstra com os índices de desemprego, pobreza, analfabetismo funcional e fome. Ainda que em um olhar mais radical, há quem defenda que “os indivíduos marginalizados da sociedade, que não possuem seus direitos fundamentais garantidos, não são obrigados a respeitar a lei, nem suscetíveis às suas sanções”.<sup>78</sup>

---

77 MOURA, Grégore Moreira de. Do Princípio da Co-culpabilidade no Direito Penal. 2. Reimp. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2016.

78 BAYER, Diego Augusto. Coculpabilidade e responsabilização do estado. [2013]. Disponível em: <<https://diegobayer.jusbrasil.com.br/artigos/121943231/co-culpabilidade-e-responsabilizacao-do-estado>>. Acesso em: 04 11 2022.

O professor Nilo Batista ao lecionar sobre o conceito de coculpabilidade destaca que:

Tratar-se de considerar, no juízo de reprovabilidade que é a essência da culpabilidade, a concreta experiência social dos réus, as oportunidades que se lhes depararam e a assistência que lhes foi ministrada, correlacionado sua própria responsabilidade a uma responsabilidade geral do estado que vai impor-lhes a pena; em certa medida a co-culpabilidade faz, sentar no banco dos réus, ao lado dos mesmos réus, a sociedade que os produziu [...] <sup>79</sup>

Já o professor Juarez Cirino dos Santos analisa a coculpabilidade como uma “valoração compensatória da responsabilidade de indivíduos inferiorizados por condições sociais adversas”.<sup>80</sup> Frente as desigualdades sociais presentes na sociedade o professor Zaffaroni declara que:

Se a sociedade não oferece a todos possibilidades iguais, resulta que existe uma diferença de possibilidades que se oferecem a uns e se negam a outros, portanto, quando a infração é cometida por alguém a quem foi negado algumas possibilidades que a sociedade deu a outros, a igualdade acontecerá quando a parte da responsabilidade pelo fato que corresponda a essas negociações seja suportada pela mesma sociedade que nessa medida foi injusta. Ao lado do homem culpado por seu fato, existe uma coculpabilidade, ou seja, há uma parte de culpabilidade – da reprovação pelo fato – com a qual a sociedade deve arcar em razão das possibilidades, que assuma a parcela de responsabilidade que lhe incumbe pelas possibilidades que negou ao infrator, em comparação com as que proporcionou a outros. O infrator apenas será culpável em razão das possibilidades sociais que se lhe ofereceram”<sup>81</sup>

Como destacado, é possível compreender-se que há uma parcela considerável da sociedade que não detém a garantia mínima da efetivação de seus direitos essenciais. A adoção do conceito da coculpabilidade, pelo do Judiciário, coaduna com os preceitos garantistas da legislação pátria. Entretanto, é pacificado na jurisprudência pátria a inaplicabilidade da teoria da co-culpabilidade, como destacado:

<sup>79</sup> BATISTA, Nilo. Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro. 11. ed, Rio de Janeiro: Revan, 2007.

<sup>80</sup> SANTOS, Juarez Cirino dos. A moderna teoria do fato punível. 2ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002, p. 231

<sup>81</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Política criminal latinoamericana. Buenos Aires: Hammurabi, 1982, p. 167-168

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. FURTO. CERCEAMENTO DE DEFESA. INEXISTÊNCIA. CONFISSÃO. NÃO RECONHECIMENTO. TEORIA DA CO-CULPABILIDADE DO ESTADO. NÃO CONFIGURAÇÃO. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. INAPLICABILIDADE, IN CASU. RECURSO DESPROVIDO.

1. A jurisprudência desta Corte é firme no sentido de que não se acolhe alegação de nulidade por cerceamento de defesa, em função do indeferimento de diligências requeridas pela defesa, porquanto o magistrado é o destinatário final da prova, logo, compete a ele, de maneira fundamentada e com base no arcabouço probatório, analisar a pertinência, relevância e necessidade da realização da atividade probatória pleiteada.

2. In casu, o magistrado sentenciante indeferiu o pedido de exame toxicológico ao concluir pela inexistência de qualquer elemento indiciativo de que o recorrente fosse usuário de drogas.

3. Não há que se falar em confissão, isso porque consta dos autos que o recorrente, em nenhum momento, reconheceu que praticara o delito.

4. Quanto à tese de concorrência de culpa, vale registrar que esta Corte Superior não tem admitido a aplicação da teoria da co-culpabilidade do Estado como justificativa para a prática de delitos. A propósito: HC 187.132/MG, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, Sexta Turma, DJe 18/02/2013.

5. Também não há que se falar em aplicação do princípio da insignificância, porquanto, como bem destacado no acórdão recorrido à e-STJ fl. 563, "o apelante possui um extenso histórico de crimes, sendo reincidente em delitos contra o patrimônio, incluindo receptação, furto qualificado e furto simples".

6. Agravo regimental não provido.<sup>82</sup>

O conceito tem relevância no presente trabalho frente a sua necessidade de aplicação no momento da fixação da pena do reincidente que por vezes encontra-se em posição de vulnerabilidade social, torna-se cada vez mais propenso a reincidir.

## **JULGADOS SOBRE A INCOMPATIBILIDADE DA REINCIDÊNCIA E A CRFB**

Em 11 de agosto de 1999, através do julgamento da Apelação Criminal de número 669.291.050 pela Quinta Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul (TJRS), sob a relatoria do Desembargador Dr. Amilton

<sup>82</sup> AgRg no AREsp 1318170 / PR AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL 2018/0154969-6 SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA Disponível em <https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp> Acessado em 10/11/2022.

Bueno de Carvalho, foi fixado o entendimento de que a aplicação do instituto da reincidência criminal, no caso analisado, afrontaria os princípios da CRFB/88. Desta forma, inaplicável o instituto ao caso concreto.

Na referida Apelação Criminal o Relator concordou com os fundamentos apresentados pelo *juízo aquo* utilizando-se de suas razões na decisão. “Esclareço que não operei com a circunstância da reincidência, pois entendo que ela não tem aplicação, no caso, porque afronta a Constituição Federal.”

Na decisão objeto de recurso o juiz Mauro Evely Vieira de Borda destaca que:

Conforme lição do sempre brilhante LENIO LUIZ STRECK (Tribunal do Júri - Símbolos & Rituais, Porto Alegre : Livraria do Advogado Editora, 3ª ed., pp. 63 a 68, 1998), 'o Direito Penal hoje - em face da instituição do Estado Democrático de Direito em nossa Constituição - não pode (mais) ser visto, como uma mera racionalidade instrumental. 'Para tanto, há que se perquirir os critérios que fundamentam o estabelecimento dos bens jurídicos tutelados pelo Direito Penal, isto porque não é livre o 'legislador' para estabelecer tipos penais e penas e das exigências fundamentais inseridas na Constituição, inferem-se os limites traçados, por ela, para o Direito Penal' (CARVALHO, Márcia Dometila Lima de. Fundamentação Constitucional do Direito Penal, Porto Alegre : Fabris, 1992, p. 44). O Direito Penal e também Processual Penal devem ser interpretados, assim, não mais sob a óptica de um modo liberal-individualista-normativista de produção de direito, com sua faceta hobbesianaordenadora, mas sim, sob a óptica de um Estado Social e Democrático de Direito, de cunho intervencionista-promovedor-transformador. Por isso, a parte especial do Código Penal deve ser revista, repensando-se os seus bens jurídicos, à vista da matriz constitucional

No mesmo sentido, o Desembargador Amílton Bueno de Carvalho ao se manifestar citou palavras do professor Luigi Ferrajoli:

Para tanto, há que se fazer toda uma filtragem das normas anteriores à Constituição, para compatibilizá-las com a nova ordem constitucional. Isto porque, como bem ilustra LUIGI FERRAJOLI (FERRAJOLI, Luigi. O direito como sistema de garantias, in O novo em Direito e Política, Porto Alegre : Livraria do Advogado, 1997, p. 97), em uma perspectiva 'garantista' do Direito, 'todos os direitos fundamentais - e não só os direitos sociais e os deveres positivos por eles impostos ao Estado, mas também os direitos de

liberdade e as correspondentes proibições negativas que limitam a intervenção daquele - equivalem a vínculos de substâncias e não de forma, que condicionam a validade substancial das normas produzidas e exprimem, ao mesmo tempo, os fins para que está orientado esse moderno artifício que é o Estado Constitucional de Direito'. A partir desta óptica garantista, explica FERRAJOLI, o Juiz está sujeito somente à lei enquanto válida, isto é, coerente com a Constituição: 'A interpretação judicial da lei é sempre um juízo sobre a própria lei, relativamente à qual o Juiz tem o dever e a responsabilidade de escolher somente os significados válidos, ou seja, (os significados que são) compatíveis com as normas substanciais e com os direitos fundamentais por ela estabelecidos'. Fazer isto, segundo o mestre italiano, é fazer 'uma interpretação da lei conforme a Constituição, e quando a contradição é insanável, é dever do Juiz (ou do Tribunal) declará-la inconstitucional'.

Deste modo, na jurisprudência pátria, surgiu a possibilidade de um novo embasamento por parte dos operadores do direito com fundamento oriundo de institutos coerentes com o Estado de Direito, se abrindo margem para uma interpretação de toda ordem infraconstitucional a luz dos ditames constitucionais.

Após o julgamento da apelação criminal supramencionada foram proferidas novas decisões no mesmo sentido. Destaca-se:

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. RESP – Penal – Processual – Agravante – Reincidência – Prova – Certidão de Trânsito em Julgado. A reincidência está incluída no rol das circunstâncias agravantes [...]. Ademais, o instituto da reincidência não se esgota, porém, em dado meramente cronológico: crime praticado depois de condenação por crime anterior, com trânsito em julgado. Impõe-se, além disso, examinar se a repetição do agente evidencia tendência genérica, ou específica para a criminalidade, aferindo, assim, a personalidade do autor (SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. 1ª Turma. RESP nº 158045/BA. Relator: Luiz Vicente Cernicchiaro. Data do julgamento: 17.02.99).

A reincidência, além de agravar a pena do novo delito, constitui-se em fator obstaculizante de uma série de benefícios legais, tais como a suspensão condicional da pena, o alongamento do prazo para o deferimento da liberdade condicional, a concessão do privilégio do furto de pequeno valor, só para citar alguns. Esse duplo gravame da reincidência é antiguarantista, sendo, à evidência, incompatível com o Estado Democrático de Direito [...] (TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL. 5ª Câmara Criminal. AC nº 699.291.050. Relator: Amilton Bueno de Carvalho. Data do julgamento: 11.8. 1999.)

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. EMBARGOS INFRINGENTES. AGRAVAÇÃO DA PENA PELA REINCIDÊNCIA. A agravação obrigatória da pena pela reincidência

caracteriza bis in idem. Um mesmo fato não pode ser tomado em consideração duplamente porque possibilita uma inadmissível reiteração no exercício do jus puniendi do Estado. Embargos acolhidos para que prevaleça o voto minoritário que afasta o acréscimo da pena pela reincidência. Predominância dos votos mais favoráveis em razão do empate. (TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL. 3º Grupo Criminal. EI n.º 70000916106. Data do julgamento: 13.11.00).

Como é possível visualizar-se ainda que em número reduzido e em decisões anteriores a manifestação do Supremo Tribunal Federal, o desuso do instituto da reincidência já foi utilizado em tribunais superiores do fim da década de 90.

### **Supremo Tribunal Federal e a constitucionalidade da Reincidência**

Em 4 de abril de 2013, o Supremo Tribunal Federal, através do Recurso Extraordinário nº 453.000/RS, em sede de repercussão geral, proferiu entendimento com unanimidade pela constitucionalidade do instituto da reincidência.

O referido recurso foi interposto pela Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul em face de acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, que utilizou o instituto da reincidência no momento da dosimetria da pena e entendeu pela manutenção da condenação do Sr. Volvei da Silva Leal pelo crime de extorsão, na forma do *caput* do artigo 158 do Código Penal brasileiro.

A Defensoria Pública recorreu, em apertada síntese, aduzindo que ocorreu violação do princípio do ne bis in idem, o princípio da individualização da pena, assim como, prejuízos na ressocialização do apenado e sua estigmatização.

O Ministério Público Federal destacou que o sistema jurídico brasileiro utiliza a pena com duas funções a reprovação e prevenção do crime e com isso surge a constitucionalidade do instituto.

O Instituto Brasileiro de Ciências Criminais solicitou inclusão nos autos na figura de *amicus curie* da corte, o pleito foi indeferido e o Instituto, posteriormente, emitiu nota posicionando-se pela inconstitucionalidade da reincidência.

Os ministros emitiram as seguintes interpretações sobre o caso:

I – Ministro Relator Marco Aurélio:

(i) a reincidência criminal combate à delinquência; (ii) possui caráter de razoabilidade pois leva em consideração o perfil do réu; (iii) a inconstitucionalidade levaria ao desmonte do sistema criminal; (iv) O instituto detém proporcionalidade tendo em vista a política criminal adotada.

O tema ainda suscita amplo debate doutrinário, no qual a questão mostra-se polarizada entre a corrente que sustenta a inconstitucionalidade do agravamento da pena pela reincidência, frente ao modelo estatal garantista, representada por Alberto Silva Franco, Eugenio Raul Zaffaroni, José Henrique Pierangeli, René Ariel Dotti, Cirino dos Santos, e aquela que afirma a adequação do instituto à Constituição Federal, porquanto atende ao princípio da individualização da pena, defendida por Reale Júnior, Guilherme de Souza Nucci, Ivanir Nogueira Itajiba e Celso Delmanto. Embora reconheça a importância acadêmica da discussão, é certo que a jurisprudência do Supremo tem revelado óptica semelhante à da segunda

II – Ministra Rosa Weber:

(i) Não se trata de direito penal do autor; (ii) O maior juízo de censura decorre da opção do agente por continuar a delinquir e justifica a exasperação da pena na nova condenação. (iii) O princípio da individualização da pena não trata da reincidência, mas sim remete ao legislador a tarefa de estabelecer as penas cabíveis a cada crime. (iv) A reincidência faz parte da tradição do direito brasileiro e prevista no direito comparado além de sua inconstitucionalidade gerar impacto na legislação brasileira.

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.

(III) – Ministro Luiz Fux:

- (i) A tese de inconstitucionalidade da reincidência escapa do âmbito jurídico, pois é uma tese bio-psicológica: saber se o Estado teleológico, que tem a finalidade recuperar o imputado. (ii) A reincidência demonstra que a sentença condenatória não foi capaz de realizar seu efeito preventivo. (iii) Se o Poder Executivo não realiza políticas criminais eficientes, o Poder Judiciário não pode deixar de punir com base na falta de atuação do Estado.

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

(IV) – Ministro Dias Toffoli:

- (i) Acompanhou o voto do Ministro Relator.

(V) – Ministra Cármen Lúcia:

- (i) A reincidência trata iguais, como iguais e desiguais como desiguais não ocorrendo afronta a CRFB.

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

(VI) – Ministro Ricardo Lewandowski:

(i) Segundo Aníbal Bruno, “Hoje se pode justificar a exacerbação da pena, ao segundo crime, pela maior culpabilidade do agente, pela maior reprovabilidade que sobre ele recai”

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

(VII) – Ministro Gilmar Mendes: (i) O debate acerca da reincidência apresenta á falência do próprio modelo penal prisional; (ii) Medidas positivas são necessárias para reinserção social do apenado;

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.

(VIII) – Ministro Joaquim Barbosa:

(i) Não violação do princípio do bis in idem (ii) a pena condenatória não cumpriu sua finalidade preventiva quando o agente volta a delinquir;

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.

O Julgamento do Recurso Extraordinário nº 453.000/RS trouxe ao debate a questão da reincidência criminal, assim como outras questões de relevância para a sociedade brasileira. Entretanto, o Poder Judiciário ainda apresenta um pensamento preso a suas raízes incapaz de demonstrar mecanismos eficientes à reincidência.

### **Efeitos jurídicos da Reincidência**

No ordenamento jurídico brasileiro, temos já majoração da pena como a principal consequência do instituto da reincidência. Prevista no inciso I do artigo 61 do Código Penal brasileiro, o instituto é uma circunstância agravante no momento da dosimetria da pena. Destarte, existem outros efeitos legais decorrentes da fixação recidiva, seja por natureza material ou processual.

A reincidência possui o efeito de impedir que no caso da pena aplicada para crime posterior, seja estabelecido o regime aberto ou semi-aberto, de início, exceto para o caso de detenção na forma do art. 33/CP. Veja-se:

Art. 33 - A pena de reclusão deve ser cumprida em regime fechado, semi-aberto ou aberto. A de detenção, em regime semi-aberto, ou aberto, salvo necessidade de transferência a regime fechado.

§ 2º - As penas privativas de liberdade deverão ser executadas em forma progressiva, segundo o mérito do condenado, observados os seguintes critérios e ressalvadas as hipóteses de transferência a regime mais rigoroso:

b) o condenado não reincidente, cuja pena seja superior a 4 (quatro) anos e não exceda a 8 (oito), poderá, desde o princípio, cumpri-la em regime semi-aberto;

c) o condenado não reincidente, cuja pena seja igual ou inferior a 4 (quatro) anos, poderá, desde o início, cumpri-la em regime aberto.

Do mesmo modo, também é possível verificar-se outro efeito jurídico da reincidência a partir do art. 44 e do art. 60 do CP. Trata-se de um impedimento à concessão da substituição da pena privativa de liberdade por pena restritiva de direito ou multa, no caso de crime doloso. Observa-se:

Art. 44. As penas restritivas de direitos são autônomas e substituem as privativas de liberdade, quando:

II – o réu não for reincidente em crime doloso;

Art. 60 - Na fixação da pena de multa o juiz deve atender, principalmente, à situação econômica do réu.

§ 2º - A pena privativa de liberdade aplicada, não superior a 6 (seis) meses, pode ser substituída pela de multa, observados os critérios dos incisos II e III do art. 44 deste Código.

O art. 67 do Código Penal determina que para caso de mais de duas ou mais circunstâncias agravantes ou atenuantes, a relativa a reincidência prepondera-se sobre as outras. Leia-se:

Art. 67 - No concurso de agravantes e atenuantes, a pena deve aproximar-se do limite indicado pelas circunstâncias preponderantes, entendendo-se como tais as que resultam dos motivos determinantes do crime, da personalidade do agente e da reincidência.

Outro efeito da reincidência está previsto no art. 77, I do CP. No caso a concessão da suspensão condicional da pena. Destaca-se:

Art. 77 - A execução da pena privativa de liberdade, não superior a 2 (dois) anos, poderá ser suspensa, por 2 (dois) a 4 (quatro) anos, desde que:

I - o condenado não seja reincidente em crime doloso;

O §1º do art. 81 do CP apresenta mais um efeito da reincidência. A revogação do *sursis* no caso de condenação por crime doloso. Assim destaca o art. 81:

Art. 81 - A suspensão será revogada se, no curso do prazo, o beneficiário:

I - é condenado, em sentença irrecorrível, por crime doloso;

§ 1º - A suspensão poderá ser revogada se o condenado descumpre qualquer outra condição imposta ou é irrecorrivelmente condenado, por crime culposo ou por contravenção, a pena privativa de liberdade ou restritiva de direitos.

O artigo 83 incisos I e II tratam do aumento de prazo de cumprimento de pena para obtenção de livramento condicional, que apresenta mais um efeito jurídico do instituto objeto da pesquisa. Observa-se:

Art. 83 - O juiz poderá conceder livramento condicional ao condenado a pena privativa de liberdade igual ou superior a 2 (dois) anos, desde que:

I - cumprida mais de um terço da pena se o condenado não for reincidente em crime doloso e tiver bons antecedentes;

II - cumprida mais da metade se o condenado for reincidente em crime doloso

Os artigos 86, I e 87 do CP destacam a revogação obrigatória do livramento condicional para caso de condenação em pena privativa de liberdade.

Art. 86 - Revoga-se o livramento, se o liberado vem a ser condenado a pena privativa de liberdade, em sentença irrecorrível:

I - por crime cometido durante a vigência do benefício;

Art. 87 - O juiz poderá, também, revogar o livramento, se o liberado deixar de cumprir qualquer das obrigações constantes da sentença, ou for irrecorrivelmente condenado, por crime ou contravenção, a pena que não seja privativa de liberdade

A revogação da reabilitação está positivada no artigo 95 de Código Penal para o caso de reincidência.

Art. 95 - A reabilitação será revogada, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, se o reabilitado for condenado, como reincidente, por decisão definitiva, a pena que não seja de multa.

O instituto da reincidência também gera efeitos jurídicos-processuais. Como o impedimento à concessão de fiança, em caso de condenação por delito doloso (art. 323, III do CPP; possibilidade de decretação da prisão preventiva (art. 313, III, CPP); impedimento de liberdade provisória para apelar (art. 594, do CPP); e impedimento do direito de aguardar o julgamento pelo Tribunal do Júri em liberdade (art. 408, § 2º, do CPP).

### **A incompatibilidade do instituto da Reincidência Criminal no Brasil contemporâneo**

De acordo com Alessandro Baratta, o Estado ao criar normas que valoram a reincidência introduzem um critério de seleção penal, o que gera uma diferenciação entre o reincidente e o não reincidente. Há uma criminalização do reincidente na produção do estigma, isso é, uma estigmatização do reincidente.<sup>83</sup> Desta forma, o professor Cirino destaca que:

“O rotulo criminal, principal elemento de identificação do criminoso, produz as seguintes consequências: assimilação das características do rotulo pelo rotulado, expectativa social de comportamento do rotulado conforme as características do rotulo, perpetuação do comportamento criminoso

---

<sup>83</sup> BARATTA, Alessandro, *Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: Introdução à Sociologia do Direito Penal*, Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1999. P. 180

mediante formação de características criminosas e criação de subculturas criminosas através da aproximação recíproca de indivíduos estigmatizados.

Para Bissoli Filho, o agente que reincide é alocado em um grupo específico, esse grupo é considerado como os perigosos, representantes do mal, o que legitima um tratamento processual específico.<sup>84</sup> Desta forma, é possível compreender que o instituto da reincidência, no Brasil contemporâneo, distancia-se do que é previsto pela CRFB.

Cria-se um ambiente de desigualdades entre os apenados, assim como no momento de reinserção desses indivíduos, reincidentes e não reincidentes, na sociedade. A criação do estigma no agente distancia a aplicação da pena da ideia de direito penal do fato, pois pune o reincidente por acreditar ser um “representante do mal”.

Ao longo do estudo resta claro que o instituto objeto da pesquisa não tutela nenhum bem jurídico específico, mas demonstra que a reincidência é um instrumento de legitimação de uma punição desproporcional na qual acredita-se que o agente é digno de tamanha violação. Desta forma, há uma incompatibilidade entre a utilização do instituto da reincidência criminal em um sistema jurídico brasileiro.

## Considerações Finais

Ao longo da presente monografia, através de uma perspectiva contemporânea, é possível compreender os diferentes conceitos de reincidência, assim como suas distintas espécies, em especial a específica e a genérica. Espécies essas adotadas pelo ornamento jurídico brasileiro. Também são destacados os princípios constitucionais penais que garantem à proteção do indivíduo frente ao jus puniendi estatal.

A irradiação dos princípios contemporâneos, elencados ao longo do trabalho, determinam uma postural estatal que privilegie a defesa do indivíduo. Os demais capítulos demonstram que o Estado brasileiro apresenta um perfil muito distinto do que é determinado pela Carta Republicana de 1988.

Destarte, a doutrina tradicional e os Tribunais Superiores têm interpretado a compatibilidade do instituto da reincidência criminal com base no Princípio da Igualdade material, entretanto, como demonstrado, a utilização do instituto apresenta uma clara e evidente violação dos princípios constitucionais penais como o Princípio do ne bis in idem, o Princípio proporcionalidade, o Princípio do Direito Penal do Fato e outros demais princípios analisados ao longo do presente trabalho.

Cabe salientar, como exposto ao longo da presente monografia, que a Escola Garantista entende que a reincidência já está presente nas circunstâncias de análise da pena base, dessa forma, a utilização da reincidência na fase das agravantes já representa uma dupla punição do agente reincidente. Destaca-se também a violação ao Princípio da Culpabilidade, em virtude da agravante da reincidência, por si só, não, fere qualquer bem jurídico. Nessa ideia, aumenta-se a punição do indivíduo não por um ato criminoso, mas sim pelo seu perfil. Na mesma esteira, há uma flagrante violação ao Princípio do Direito Penal do Fato, pois o indivíduo tem sua pena majorada por entender-se que é pessoa incapaz de respeitar as leis pátrias.

A presente monografia acadêmica se adequa a perspectiva crítica dos Professores Eugênio Raúl Zaffaroni, Nilo Batista e Juarez Cirino dos Santos ao interpretar a reincidência como um instrumento de segregação e justificativa para maior punição de um grupo específico da sociedade.



Como demonstrado anteriormente, o professor Nilo Batista narra a incapacidade estatal de garantir o mínimo para sociedade brasileira ter os seus direitos efetivados. O direito à saúde, à moradia, ao saneamento básico, à educação, todos não garantidos pelo Estado brasileiro. A falta da efetivação de direitos contraria a legitimidade do Estado para punir e por consequência sua legitimidade de utilização do instituto da reincidência. Nesse pensamento, como presente em capítulos passados, caminha a teoria da co-culpabilidade que vê o Estado co-autor do crime.

Muito embora, o poder judiciário brasileiro tenha um perfil muito preso a sua tradição, o presente trabalho traz para análise precedentes, dos anos 2000, fixados pelo Desembargador Amílton Bueno de Carvalho, do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, que de fato apresentam uma visão constitucional do instituto da reincidência. Os precedentes, embora de entendimento minoritário, afastam a incidência da reincidência por entender a violação do Princípio vedação à dupla incriminação. Entendimento que orienta o Judiciário ao pensamento do constituinte originário.

Ao realizar uma análise contemporânea do instituto da reincidência criminal à luz dos princípios constitucionais, é possível compreender que há uma incompatibilidade do instituto em relação aos ditames da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, sendo necessário a retirada do instituto do ordenamento jurídico pátrio. Ademais, a reincidência é usada como instrumento de segregação de parte da sociedade e como instrumento controle a fim de que tais indivíduos não contrariem os interesses das classes dominantes.

A reincidência cria uma estigmatização do indivíduo, caracterizando-o como uma pessoa ruim e indisciplinada, diferenciando dos demais agentes criminosos. A segregação e o estigma mostram-se incompatíveis com os princípios fundamentais da CRFB.

O Poder Judiciário, através de suas decisões, demonstra uma postura próxima das raízes históricas do direito brasileiro. O aumento da punição não se fundamenta pelo ilícito praticado ou por violação um determinado bem jurídico, mas pela estigmatização do reincidente. Dessa forma, conclui-se que o instituto, que foi

introduzido no direito como critério de seleção social, cumpre um papel primordialmente segregacionista, incompatível com os princípios do Texto Republicano de 88.

## REFERÊNCIAS

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

**ASSIS, Cássio Chechi de.** A solvabilidade constitucional do regime da reincidência criminal. Dissertação de mestrado. Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Out. 2014.

**ASSIS, Rafael Damaceno de.** Análise crítica do instituto da reincidência criminal. Revista CEF, Brasília, ano XII, nº 40, 2018.

**ANTOLISEI, Francesco.** Manual de derecho penal. Buenos Aires: UTEHA, 1960.

**BATISTA, Nilo.** Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro. 11. ed, Rio de Janeiro: Revan, 2007.

**BETTIOL, Giuseppe.** Direito penal, Vol-1.

**Batista, Nilo** Introdução crítica ao direito penal brasileiro Nilo Batista. Rio de Janeiro: Revan, 11 edição, março de 2007.

**BARROSO, Luís Roberto** ; Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo / Luís Roberto Barroso. – 9. ed. – São Paulo : Saraiva Educação, 2020. P. 244

**Bitencourt, Cezar Roberto** Tratado de direito penal : parte geral v. 1 / Cezar Roberto Bitencourt. – 25. ed. – São Paulo : Saraiva Educação, 2019. P. 1149

**BARATTA, Alessandro**, Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: Introdução à Sociologia do Direito Penal, Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1999.

**CANOTILHO, J. J. G. / MOREIRA, V.** — Constituição da República Portuguesa, Anotada, 3a ed., Coimbra, 1993.

**CAPEZ, Fernando**. Curso de direito penal, volume 1, parte geral : / Fernando Capez. – 22. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

**CARVALHO, Salo de**. Reincidência e antecedentes criminais: abordagem crítica desde o marco garantista (Comentário de Jurisprudência). Revista de Estudo Criminais n.1, 2001.

**CAPEZ, Fernando**. Direito penal – parte geral. v.1. 13.ed. São Paulo: Saraiva, 2009

**CHIQUEZI, Adler**. Reincidência criminal e sua atuação como circunstância agravante. 2009. 157 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2009.

**CNJ. Conselho Nacional De Justiça;** <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/03/Panorama-das-Reentradas-no-Sistema-Socioeducativo.pdf>

**DECOMAIN, Pedro Roberto**. O Código Penal alemão: tradução, comparação e notas. Porto Alegre, RS: Núria Fabis, 2014.

**DINIZ, Maria Helena**. Dicionário jurídico. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

**FERRAJOLI, LUIGI** Direito e razão : teoria do garantismo penal / Luigi Ferrajoli. - São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2002.

**FRAGOSO, Heleno Cláudio**. Lições de Direito Penal: A Nova Parte Geral. 10ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986.

**GARRAUD, René.** Compendio de direito criminal. Lisboa: Clássica, 1915.

**GOMES, Luiz Flávio.** Direito penal: parte geral.

**HUNGRIA, Nelson.** Comentários ao Código Penal. v.III.4.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1959.

**JESUS, Damásio Evangelista de.** Direito penal – parte geral. V.1. 28.ed. Saraiva: São Paulo, 2007.

**LYRA, Roberto.** Comentários ao Código Penal. 2ª ed. vol. II. Rio de Janeiro: Forense, 1955.

**MOURA, Grégore Moreira de.** Do Princípio da Co-culpabilidade no Direito Penal. 2. Reimp. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2016.

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

**Nucci, Guilherme de Souza** Manual de direito penal / Guilherme de Souza Nucci. – 16. ed. – Rio de Janeiro: Forensse, 2020.

**PRADO, Luiz Regis.** Elementos de direito penal. V.1. São Paulo: RT,2005.

**PRADO, Luiz Regis.** Curso de Direito Penal brasileiro, 2013.

**QUEIROZ, Paulo.** Curso de direito penal – parte geral. v.1. 8.ed. Salvador:Jus Podivm, 2012

**SANTOS, Juarez Cirino dos.** A moderna teoria do fato punível. 2ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002.

**SOUZA, Braz Florentino Henriques de** . *Lições de direito criminal*. Pernambuco: Econômica José Nogueira de Souza, 1872.

**SILVA, Antônio Jose da Costa e**. Código penal dos Estados Unidos do Brasil comentado. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial: Superior Tribunal de Justiça, 2004.

**SANTOS, JUAREZ CIRINO DOS** Direito penal : parte geral I Juarez Cirino dos Santos. - 6. ed., ampl. e atual. - Curitiba, PR : ICPC Cursos e Edições, 2014. P. 24

**SOUZA NETO, CLÁUDIO PEREIRA. DANIEL SARMENTO** Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho; Cláudio Pereira de Souza Neto, Daniel Sarmento. – Belo Horizonte : Fórum, 2012. -- 1. ed. -- Belo Horizonte : Fórum, 2012.

**Souza, Artur de Brito Gueiros. Japiassú, Carlos Eduardo Adriano**. Direito penal: volume único São Paulo: Atlas, 2018.

**TEIXEIRA, Adriano**. Teoria da aplicação da pena: fundamentos de uma determinação judicial da pena proporcional ao fato. São Paulo: Marcial Pons, 2015.

**TAVARES, JUAREZ** Fundamentos de teoria do delito/ Juarez Tavares. – 1 .ed. – Florianópolis : Empório do Direito, 2018.

**SOUZA, Artur de Brito Gueiros. JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano**. Direito penal: volume único São Paulo: Atlas, 2018.

**ZAFFARONI, Eugenio Raul; PIERANGELI, José Henrique**. Manual de direito penal brasileiro: volume 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

**ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique.** Manual de direito penal brasileiro: parte geral.

**SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, STF.** HC 138.802. Min. Rel. Ricardo Lewandowski <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5099258>)=

**SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, STJ.** HC 477.300 Min. Rel. Joel Ilan Paciornik [https://processo.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num\\_registro=201802918220&dt\\_publicacao=19/12/2018](https://processo.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201802918220&dt_publicacao=19/12/2018)

**SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, STF.** RE 593.818 Min. Rel. Roberto Barroso <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754448246>

**Revista da EMERJ**, v. 12, nº 46, 2009

[https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj\\_online/edicoes/revista46/Revista46\\_279.pdf](https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista46/Revista46_279.pdf)

#### **CÓDIGO PENAL DA ARGENTINA**

<http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/15000-19999/16546/texact.htm#9>

#### **CÓDIGO PENAL DO**

<http://todosxderecho.com/recopilacion/Tratados%20y%20Manuales%20Basicos/Penal%20Parte%20General%20y%20Especial/CODIGO%20PENAL%20COMENTADO%20Y%20ANOTADO%20-%20PARTE%20GENERAL%20-%20ANDRES%20J.%20DALESSIO%20-%20TOMO%20I.pdf>

#### **CÓDIGO PENAL ITALIANO**

[https://www.dirittoweb.com/codice\\_penale1.html#libro1titolo4codicepenale](https://www.dirittoweb.com/codice_penale1.html#libro1titolo4codicepenale)

<http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/15000-19999/16546/texact.htm#9>

**CÓDIGO PENAL****COLOMBIANO** [https://www.oas.org/dil/esp/codigo\\_penal\\_colombia.pdf](https://www.oas.org/dil/esp/codigo_penal_colombia.pdf)**CONSTITUIÇÃO****COLOMBIANA**[https://siteal.iiep.unesco.org/sites/default/files/sit\\_accion\\_files/siteal\\_colombia\\_2000.pdf](https://siteal.iiep.unesco.org/sites/default/files/sit_accion_files/siteal_colombia_2000.pdf)**CÓDIGO PENAL CUBANO**[https://www.gacetaoficial.gob.cu/sites/default/files/goc-2022-o93\\_0.pdf](https://www.gacetaoficial.gob.cu/sites/default/files/goc-2022-o93_0.pdf)**ACÓRDÃO STJ**<http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/8ee368931c2cf857802584b800441766?OpenDocument>**COMENTÁRIOS AO CÓDIGO PENAL** <https://www.gnsc.adv.br/wp-content/uploads/2020/11/Comentarios-ao-Codigo-Penal-Volume3-Nelson-Hungria.pdf>