

Centro Universitário do Distrito Federal-UDF

Coordenação do Curso de Direito

CLAUDONILDA FRANCISCA DE PONTES

A (IN) CONSTITUCIONALIDADE DA REINCIDÊNCIA PENAL

Brasília

2012

CLAUDONILDA FRANCISCA DE PONTES

A (IN) CONSTITUCIONALIDADE DA REINCIDÊNCIA PENAL

Monografia apresentada à Banca examinadora do Centro Universitário do Distrito Federal – UDF como exigência parcial para obtenção do grau de bacharelado em Direito sob a orientação do Professor Valdinei Cordeiro Coimbra.

Brasília

2012

FICHA CATALOGRÁFICA

Pontes, Claudonilda Francisca de

A (IN) CONSTITUCIONALIDADE DA REINCIDÊNCIA PENAL / PONTES,
Claudonilda Francisca de

.-- Brasília [S.n], 2012.

Trabalho de Conclusão de Curso do Curso de Direito da UDF apresentado à Coordenação de Direito do Centro Universitário do Distrito Federal - UDF, como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em Direito. Orientador Valdinei Cordeiro Coimbra:

1. Reincidência Penal. A (IN) Constitucionalidade da Reincidência Penal.

CDU – 343.9

CLAUDONILDA FRANCISCA DE PONTES

A (IN) CONSTITUCIONALIDADE DA REINCIDÊNCIA PENAL

Monografia apresentada à Banca examinadora do Centro Universitário do Distrito Federal – UDF, como exigência parcial para obtenção do grau de bacharelado em Direito.

Aprovado pelos membros da banca examinadora em ____/____/____, com menção ____ (_____).

Banca Examinadora

Valdinei Cordeiro Coimbra
Orientador
Centro Universitário do Distrito Federal

xxxxxxxxxxxxxxxxxx
Examinador(a)
Centro Universitário do Distrito Federal

xxxxxxxxxxxxxxxxxx
Examinador (a)
Centro Universitário do Distrito Federal

Dedico este trabalho, primeiramente a Deus por mais esta oportunidade, ao meu esposo que sempre esteve ao meu lado, e à minha família e amigos pela compreensão e apoio concedido.

AGRADECIMENTOS

Sem a menor noção do que defender em minha monografia, tive a grata satisfação de contar com toda a ajuda e apoio do Defensor e companheiro de trabalho Dr. Carlos Henrique Lessa, que me expôs a ideia em defesa da reincidência, espero defender com sucesso e dignidade. Agradeço ainda toda a orientação, paciência e esmero do meu professor e orientador Valdinei Coimbra. Cito, ainda, com muita alegria o apoio, companheirismo e compreensão do meu marido Albano Monte, a quem dedico e agradeço esse passo tão acertado para o sucesso da minha vida. Ademais, um agradecimento especial a todos os amigos que conheceram desde o início minha caminhada e que sempre torceram pelo meu engrandecimento e sucesso. Quero, especialmente, agradecer a minha amiga Josélia Maria Leite, e não poderia jamais esquecer meus pais e minha família. Além de nunca, em nenhuma hipótese, esquecer de mencionar a figura principal de todo esse longo processo, que me mostrou claramente que eu jamais poderia cruzar os braços e deixar de lutar por um ideal “JESUS”.

RESUMO

A presente monografia objetiva analisar a aplicabilidade do instituto da reincidência penal frente aos princípios constitucionais da secularização e do *non bis in idem*, visando identificar sua inconstitucionalidade ou não. Para alcançar o objetivo proposto, e melhor elucidar o entendimento sobre a agravante da reincidência, foi necessário utilizar uma abordagem sobre como surgiu à função punitiva e protetiva do Estado em relação à sociedade e seus indivíduos. O método de abordagem utilizado foi o dedutivo, e o método de procedimento consiste no monográfico, enquanto que a técnica de pesquisa empregada foi eminentemente teórica, baseada em fontes doutrinárias e jurisprudenciais. Na busca pela proteção aos bens jurídicos tutelados, cabe ao Direito Penal regular o convívio social e aplicar as regras positivadas àqueles que agirem contrários à lei. Entretanto, para que a intervenção estatal não ultrapasse a esfera de proteção do Direito, fez-se necessário a observância de uma série de requisitos previstos nos princípios norteadores do Estado Democrático de Direito. E é no momento da aplicação da pena que o instituto da reincidência surge como um motivo de questionamento doutrinário e jurisprudencial, pois é entendido por uns como sendo perfeitamente compatível com o sistema jurídico penal brasileiro e, por outros, como uma afronta aos princípios constitucionais e aos preceitos garantidores dos direitos humanos.

Palavras-Chave: Reincidência penal. Circunstâncias agravantes. Efeitos. Inconstitucionalidade. Consequências.

ABSTRACT

This thesis aims to analyze the applicability of the Institute of recidivism compared to the constitutional principles of secularism and non bis in idem in order to identify its unconstitutionality or not. To achieve the proposed objective and further elucidate our understanding of the aggravating circumstance of recidivism, an approach was needed about how did the punitive function and protective of the state in relation to society and its individuals. The method of deductive approach was used and the method of procedure consists in the monograph, while the search technique used was essentially theoretical, based on doctrinal sources and case. In search of protection to legally protected interests, it is the Criminal Law regular social contact and apply the rules positivist those who act contrary to law. However, that state intervention does not exceed the sphere of protection of the law, it was necessary for compliance with a number of requirements under the guiding principles of a democratic state. And this is the time of application of the penalty, the Office of recurrence appears as a matter of doctrinal and jurisprudential question, for it is perceived by some as being perfectly compatible with the Brazilian criminal justice system and by others as an affront to the constitutional principles and guarantors of human rights precepts.

Keywords: recidivism. Aggravating circumstances. Effects. Unconstitutional. Consequences.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	11
2 REINCIDÊNCIA PENAL	13
2.1. CONCEITO	13
2.2. HISTÓRICO	14
2.3. FUNDAMENTOS.....	16
2.4. NATUREZA JURÍDICA.....	17
2.5. PRESSUPOSTOS.....	18
2.6. ESPÉCIES	21
2.7. PRAZO DEPURADOR PARA EFEITO DE REINCIDÊNCIA.....	22
3 OS EFEITOS DA REINCIDENCIA PENAL.....	25
3.1. NA APLICAÇÃO DA PENA.....	25
3.2. NA FIXAÇÃO DA PENA BASE	28
3.3. NA FIXAÇÃO DO REGIME.....	31
3.4. NA CONVERSÃO DA PENA	33
3.5. NA EXECUÇÃO DA PENA	35
3.5.1. <i>Na Progressão de Regime.....</i>	<i>36</i>
3.5.2. <i>Nas Saídas Temporárias</i>	<i>38</i>
3.5.3. <i>No Livramento Condicional.....</i>	<i>40</i>
3.6. NA EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE E DA EXTINÇÃO DA PENA.....	43
3.6.1. <i>Na Graça/Indulto/Comutação</i>	<i>44</i>
3.6.2. <i>Na Prescrição</i>	<i>46</i>
3.7. NA REABILITAÇÃO	48
3.8. A REINCIDÊNCIA NA LEI 11.343/06 (LEI DE DROGAS)	49
3.9. OUTROS EFEITOS	50
4 CONSTITUCIONALIDADE X INCONSTITUCIONALIDADE DA REINCIDÊNCIA PENAL	51
4.1. AS CONSEQUÊNCIAS DO JULGAMENTO DO RE 591.563/RS	56
5 CONCLUSÃO	59
REFERÊNCIAS.....	61

1 INTRODUÇÃO

O presente estudo consiste em apresentar um tema bastante controverso, que ainda não possui concepção unânime e pacífica: a constitucionalidade ou não do instituto da reincidência penal.

Para estudar a reincidência criminal profundamente é necessário, realizarmos um estudo preliminar, ainda que superficial, sobre os antecedentes. A reincidência é tida como uma espécie de gênero de antecedentes, já que ambos levam em consideração a vida pretérita do indivíduo.

No Supremo Tribunal Federal há uma discussão sobre a constitucionalidade da reincidência penal. A discussão versa sobre a não recepção do instituto da reincidência penal pela Constituição Federal de 1988. E esse impasse encontra-se até a presente data pendente de julgamento pelo STF no Recurso Extraordinário nº RE 591.563/RS.

O presente trabalho irá demonstrar aspectos constitucionais e também infraconstitucionais, apontando as controversas acerca do sistema abraçado pelo direito penal brasileiro, que adotou para caracterizar o crime, o direito penal do fato. Todavia, para a fixação da pena, o regime de cumprimento da pena, a espécie de sanção, entre outros, utiliza-se o direito penal do autor (CP, art. 29) que leva em conta a personalidade do agente para majorar sua pena em caso de cometimento de novo delito, violando com isso os princípios penais da proporcionalidade e da ofensividade, bem como os princípios constitucionais do *non bis in idem*, da *legalidade*, da dignidade da pessoa humana, entre outros.

O princípio do *non bis in idem*, que se encontra fundamentado no artigo 8º, inciso IV da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, ensina: “O acusado absolvido por sentença passada em julgado não poderá ser submetido a novo processo pelos mesmos fatos”. Portanto, o referido princípio, preceito internacional de conteúdo intrinsecamente ligado aos Direitos Humanos, ingressa no ordenamento jurídico brasileiro assumindo lugar de destaque. Após a adesão manifestada pelo Brasil, em 1992, à Convenção Americana sobre Direitos Humanos, foi dado o status normativo supralegal e, desta forma, o princípio do *non bis in idem* foi trazido em seu texto.

Diante de tal panorama, o presente feito é importante para tentar encontrar soluções que ainda não foram resolvidas, principalmente por envolver princípios constitucionais, visto que a reincidência é um instrumento utilizado costumeiramente para agravar a pena dos condenados que voltam a delinquir e, com isso, fica demonstrada claramente a restrição ao direito de liberdade, constitucionalmente assegurado.

A presente monografia tem como foco a discussão doutrinária e jurisprudencial acerca da aplicação do instituto da reincidência penal para o agravamento da pena e sua violação aos princípios acima mencionados.

O método abordado será o método dedutivo, uma vez que, o tema sairá de uma premissa geral, pois a reincidência encontra-se vigente no ordenamento jurídico nacional. Pretende-se chegar a uma premissa específica, demonstrando que a reincidência, apesar de ser uma norma vigente, não é válida.

O método de procedimento será o teleológico, pois buscar-se-á a finalidade dos princípios, como os freios constitucionais, através do procedimento jurídico monográfico.

A técnica de pesquisa utilizada será a de fontes secundárias, pois o trabalho se baseia em bibliografias gerais e específicas. E o marco teórico básico seguido é o Garantismo Penal.

No primeiro capítulo tem-se a Introdução, com o objetivo do trabalho e o método. No segundo capítulo analisa-se o instituto criminal da reincidência, através de um breve histórico, de sua conceituação e algumas classificações mais relevantes.

Já no segundo capítulo, estuda-se os princípios limitadores do poder punitivo estatal. Primeiramente conceitua-se o termo princípio de forma mais genérica para então ocorrer a análise de cada princípio. Isto se torna necessário para que se possa melhor fundamentar o ponto de vista sobre a constitucionalidade do instituto criminal da reincidência. Contudo, o foco desse trabalho é o estudo do princípio da secularização.

No terceiro capítulo serão apresentados os estudos sobre os efeitos da reincidência penal. E no quarto capítulo há a análise da constitucionalidade e inconstitucionalidade da reincidência penal.

2 REINCIDÊNCIA PENAL

Antes de adentrar no conceito de reincidência penal, faz-se necessário diferenciar o que vem a ser réu primário e réu reincidente.

Conforme Damásio de Jesus (2006, p. 565), o criminoso primário é não só o que foi condenado pela primeira vez, como também o que foi condenado diversas vezes, sem ser reincidente.

Chama-se primário aquele que jamais sofreu qualquer condenação irrecorrível. E denomina-se reincidente 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 (BITENCOURT, 2009, p.191).

2.1. CONCEITO

Segundo o artigo 63 do Código Penal Brasileiro, 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.

Para a Lei de Contravenções Penais, em seu art. 7.º, a reincidência acontece quando o agente pratica uma contravenção depois de passar em julgado a sentença que o tenha condenado, no Brasil ou no estrangeiro, por qualquer crime; ou, no Brasil por motivo de contravenção.

Desta forma, reincidente é quem pratica um crime após ter transitado em julgado sentença que, no país ou no estrangeiro, condenou-o por crime anterior, enquanto não houver transcorrido cinco anos do cumprimento ou da extinção da pena (BITENCOURT, 2009, p.190).

Para Rogério Greco (2006, p. 611), a reincidência é a prova do fracasso do Estado na sua tarefa ressocializadora.

Segundo Damásio de Jesus (2006, p. 564), reincidência deriva de *recidere*, que significa recair, repetir o ato. Reincidência é, em termos comuns, repetir a prática do crime.

A reincidência específica, que logicamente pressupõe a reincidência geral (CP art. 63), ocorre quando o agente comete novo crime hediondo ou assemelhado depois de transitar em julgado sentença que, no país ou no estrangeiro, o tenha condenado por crime hediondo anterior (PAULO QUEIROZ, 2008, p. 406).

Por força do princípio constitucional da presunção de inocência (CF, art. 5º, LVII: ninguém será culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória), só pode ser considerado reincidente quem cometer novo crime depois de transitar em julgado sentença penal condenatória que o tenha condenado por crime anterior (CP, art. 63) (PAULO QUEIROZ, 2008, p. 340).

2.2. HISTÓRICO

No direito romano, a reincidência era contemplada, exclusivamente, em relação a determinados crimes para agravar a pena ordinária, comutá-la para espécie mais grave ou imprimir, por si só, caráter delituoso a certos fatos. (LYRA, 1958, p. 329).

Primitivamente, a sua eficácia circunscrevia-se ao mesmo gênero de atos puníveis — *in eiusdem sceleribus*¹. Foi, mesmo, regra que somente operasse a reincidência específica. Pelo menos o direito romano clássico não parece ter conhecido a agravante da reincidência genérica, mas esta privava de benefícios. No direito imperial, impedia a clemência (LYRA, 1958, p. 329).

A reincidência específica era, muitas vezes, confundida com a reiteração e, em regra, atuava como agravante discricionária justificada pela perseverança *in eadem temeritate propositi*². Sua verificação sujeitava a penas os autores de fatos punidos com sanções policiais ou disciplinares (LYRA, 1958, p. 329).

1 Os mesmos crimes.

2 A mesma imprudência proposta

O chamado direito bárbaro desconheceu o problema, que voltou a ser mais caracteristicamente enfrentado sob LIUTPRANDO. Assim, no 14º ano de seu reinado (726), cominou-se pena mais severa para o segundo furto, então exarcebada no terceiro ato delitivo e continuava até o banimento (LYRA, 1958, p. 329).

As capitulares de CARLOS MAGNO puniam o primeiro furto com a perda de um olho; o segundo, com a perda do nariz, e o terceiro, com a morte, (LYRA, 1958, p. 329).

A Constituição carolíngia considerava a reincidência no furto e sancionava o terceiro furto com a morte, vislumbrando-se a reincidência também no perjúrio (LYRA, 1958, p. 329).

No direito canônico, em relação ao foro interno, a penitenciária era, a princípio, negada ao reincidente, mas depois, estendeu-se a absolvição aos casos mais ostensivos de arrependimento. A reincidência tinha caráter específico, exigindo-se a expiação da pena anterior para configurá-la (LYRA, 1958, p. 329-330).

Quanto ao foro externo, a reincidência constituía circunstância agravante em crimes como a heresia, o concubinato, o abandono da residência por parte de bispos e cônegos. Em geral, aumentava o rigor da pena, segundo a pertinácia e a obstinação no pecado ou no delito (LYRA, 1958, p. 330).

Rossi, na defesa do Código napoleônico, atribuía ao legislador o propósito de destacar a reincidência como motivo de culpabilidade especial, tanto moral como política. Visto que o delinquente, repetindo a infração, insiste em menosprezar a ordem jurídica (LYRA, 1958, p. 331).

Os Códigos modernos e, sobretudo, as leis especiais procuram resolver o problema da reincidência, que fica cada dia mais grave e complexo (LYRA, 1958, p. 334).

No Código de 1890, a reincidência figurava, em ultimo lugar, entre as agravantes do crime (arts. 36 e 39, § 19). Já o Código de 1940 (em sua redação original), comanda o elenco de agravantes da pena (art. 61), (LYRA, 1958, p. 335).

O Código enfrentou, com a mais constante compenetração, o problema da reincidência cuja importância, como a própria imagem da periculosidade, esteve sempre em cuidadosas vistas (LYRA, 1958, p. 335).

2.3. FUNDAMENTOS

No que concerne ao fundamento da agravação resultante da reincidência, não existe uma concepção unânime e pacífica, constituindo ao contrário, tema dos mais controvertidos.

Segundo Costa Jr.(2009, p. 201), aquele que volta a delinquir, após ter sofrido uma condenação anterior, revela obstinado desprezo pela lei e pelo magistrado, portanto, justificando-se a exacerbação da pena, pois o novo episódio delinquencial vem a ser gravemente ofendida a autoridade da lei e o prestígio do Estado.

Para Mirabete (2005, p. 302), a exacerbação da pena justifica-se plenamente para aquele que, punido anteriormente, voltou a delinquir demonstrando, com sua conduta criminosa, que a sanção normalmente aplicada se mostrou insuficiente para intimidá-lo ou recuperá-lo.

Alguns Doutrinadores, como Bucellatti e Kleinschrod, chegaram a apresentar a reincidência como circunstância atenuante, por entenderem que a repetição do crime indicaria uma debilidade de resistência aos estímulos criminais e, conseqüentemente, de menor imputabilidade (FRANCO, 2010, p. 268).

Para Lyra (1958, p. 333), KLEINSCHROD culpa a sociedade pela reincidência, propiciando o ambiente de vício e corrupção, a falta de trabalho, a má distribuição da riqueza, a defeituosíssima organização penal e a penitenciária, criando as circunstâncias que arrastam à reincidência.

Ainda de acordo com Lyra (1958, p. 333), outros como IMPALLOMENNI, LUCCHINI, MANZILÍ, GREGORI, baseiam a agravante da reincidência na maior periculosidade do agente, atuando sobre a imputação, influenciando na quantidade do crime e referindo-se à condição pessoal do delinquente.

Lyra (1958, p. 333) também preleciona que para os positivistas FERRI, GAROFALO, VÍTOR PÔRTO, CARELLI, a reincidência não constitui entidade jurídica abstrata, devendo ser estudada no delinquente, indagando-se de sua significação como revelação de maior periculosidade ou de mais decisiva anti-sociabilidade.

2.4. NATUREZA JURÍDICA

Segundo Capez (2001, p. 458-459), a natureza jurídica da reincidência é de circunstância agravante genérica, cujo caráter é subjetivo ou pessoal, de modo que não se comunica aos eventuais partícipes ou co-autores. Assim, prescreve o artigo 30 do Código Penal: "Não se comunicam as circunstâncias e as condições de caráter pessoal, salvo quando elementares do crime".

Para Paulo Queiroz, (2008, p. 342), a reincidência é espécie do gênero dos maus antecedentes, sua máxima expressão, motivo pelo qual não pode ensejar múltiplos aumentos, ora com o nome de maus antecedentes, ora com o nome de reincidência.

Martins Silveira, citado por Paula (2003), diz que, após didática explicação do que seja natureza jurídica, citando Delgado, aponta que não é a reincidência uma circunstância agravante genérica de caráter obrigatório, embora assim definida no artigo 61, I, do CP. A agravação da pena imposta obrigatoriamente pela reincidência não é senão um dos seus efeitos. Também não é propriamente uma circunstância, ideia que representa conjunto dos acontecimentos que giram ao redor do fato criminoso. O fato cometido (posteriormente) é que se junta à condenação anterior para compor a agravante

Assim, a reincidência exprime uma qualificação pessoal, sendo apropriado recorrer à ideia de tipo legal de autor para designar sua natureza jurídica, exatamente por atinar aos requisitos de plasticidade e da abrangência dos efeitos legais antes mencionados (PAULA, 2003).

2.5. PRESSUPOSTOS

Para Rogério Greco (2006, p. 611), são três os pressupostos para caracterização da reincidência:

- 1º Prática de crime anterior;
- 2º Trânsito em julgado da sentença condenatória;
- 3º Prática de novo crime, após o trânsito em julgado da Sentença penal condenatória.

Dessa forma, somente haverá reincidência se o agente houver praticado dois crimes, não se podendo cogitar dessa circunstância agravante se a infração penal anterior ou posterior consistir em uma contravenção penal. Além disso, o marco para se iniciar o raciocínio da reincidência é o trânsito em julgado da sentença condenatória. Se o novo crime, por exemplo, vier a ser cometido pelo agente enquanto estava em curso o prazo para recurso da decisão que o havia condenado, como não tinha ocorrido, ainda, o seu trânsito em julgado, essa sentença, posteriormente, não servirá para efeitos da reincidência, sendo aproveitada, contudo, para fins de caracterização de maus antecedentes (ROGÉRIO GRECO, 2006, p. 612).

Ainda, para Rogério Greco (2006, p. 612), a sentença absolutória não tem o condão de gerar a reincidência, mesmo quando, nas hipóteses de absolvição imprópria, aplica medida de segurança.

A reincidência para o Paulo Queiroz (2008, p. 340), requer o concurso de dois requisitos “a) Trânsito em julgado de sentença penal condenatória por crime anterior; e b) Cometimento de novo crime”.

Portanto, pode acontecer de o agente praticar diversos crimes sucessivamente, e apesar disso, ser considerado não reincidente em todos os processos contra si instaurados (PAULO QUEIROZ 2008, p. 340-341).

Para configuração da reincidência não basta o cometimento de novo crime, é necessário que esse novo crime tenha sido cometido após transitar em julgado a sentença que, no Brasil ou no estrangeiro, o tenha condenado por crime anterior. Também não é suficiente que tenha havido uma sentença condenatória, se esta ainda

está pendente de recurso, e não passou em julgado. Ademais, é irrelevante se o agente cumpriu ou não a condenação anterior que gerou a reincidência (reincidência ficta) (PAULO QUEIROZ 2008, p. 340-341).

Assim, não resta configurado caráter condenatório e não induzem reincidência (PAULO QUEIROZ 2008, p. 341):

- a) A sentença concessiva de perdão judicial (CP, art. 120);
- b) A sentença que aplica medida de segurança (conforme doutrina majoritária);
- c) A decisão que aplica pena restritiva de direito em transação penal (Lei 9.099/95, art. 76, § 4º);
- d) A decisão concessiva de suspensão condicional do processo (Lei 9.099/95, art. 89); e
- e) A decisão que homologa a composição civil (Lei 9.099/95, art. 74).

À exceção da prescrição da pretensão executória, o reconhecimento da prescrição (retroativa ou superveniente) afasta a reincidência, uma vez que implica desconstituição da própria sentença condenatória (PAULO QUEIROZ, 2008, p. 340-341):

Como a lei refere especificamente o cometimento de crime anterior, segue-se que a contravenção anterior não gera reincidência. Entretanto, por força do que dispõe o art. 7º da Lei das Contravenções Penais (Dec.-lei nº 3.688/41), haverá reincidência quando o agente praticar uma contravenção depois de passar em julgado sentença que o tenha condenado por outra contravenção (no Brasil) ou por qualquer crime (no Brasil ou no estrangeiro). Em conclusão, tem-se a seguinte e inexplicável situação: se o agente comete duas contravenções, há reincidência; se pratica dois crimes, também; idem se for crime e contravenção. Todavia, se praticar contravenção e crime, não haverá reincidência (?) (PAULO QUEIROZ, 2008, p. 341).

Ainda, para Paulo Queiroz (2008, p. 341), a prova da reincidência deverá ser feita mediante certidão do cartório competente, não bastando à simples exibição de folhas de antecedentes, que nem sempre é exata e atualizada.

Não é necessário, para verificar-se a reincidência, que o sentenciado haja iniciado e, muito menos, vencido o cumprimento da pena (LYRA, 1958, p. 345).

Alguns autores como CARRAEA, CANONICO, BRUSA, CRIVELLARI, entendem que a reincidência depende do total cumprimento da primeira pena, pois a agravante resultaria da ineficácia dos meios de correção de que dispõe o Estado. A maioria, porém, entre eles, LUCCHIISTI, PESSINA, IMPALLOMENI, MANZINI, ALIMENA, FLORIAN, VANNINI, contenta-se com o caráter definitivo da primeira condenação (LYRA, 1958, p. 345).

Barreiras (2008), citando Fragoso ressalta que não se considera, para efeito de reincidência, condenação anterior por crime propriamente militar ou político, nem pena imposta por contravenção.

Ainda explica Barreiras (2008), que os crimes militares dividem-se em propriamente militares e impropriamente militares. Os primeiros estão previstos no Código Penal Militar e só podem ser praticados por militares. Os segundos são crimes previstos também no Código Penal e podem ser praticados igualmente por civis. Os impropriamente militares geram reincidência, pois têm natureza distinta dos propriamente militares, que não geram reincidência por estarem vinculados a questões referentes à disciplina e hierarquia.

Os crimes políticos, de acordo com Fragoso, são aqueles praticados contra a segurança interna e externa do Estado e dividem-se em puramente políticos e relativamente políticos. Os primeiros "são crimes que atentam exclusivamente contra interesses políticos da nação", e os segundos "são fatos puníveis segundo a lei penal comum, praticados com finalidade político-subversiva". Só os crimes puramente políticos não são considerados para efeito de reincidência (BARREIRAS, 2008).

Barreiras (2008) explana também que, em relação às contravenções, Capez assevera que o condenado definitivamente pela prática de contravenção penal que venha a praticar um crime não é considerado reincidente, pois o artigo 63 do Código Penal só se refere a condenação por crimes anteriores. Entretanto, se vier a praticar nova contravenção, é considerado reincidente, nos termos do artigo 7º da Lei de Contravenções Penais. Se o condenado por crime vier, contudo, a praticar contravenção, será considerado reincidente para efeito de fixação da pena pela contravenção.

2.6. ESPÉCIES

De acordo com a doutrina, são duas as espécies de reincidência:

- a) Real: Para Mirabeti (2005, p. 302), ocorre quando o agente cumpriu a pena correspondente ao crime anterior. Já para Damásio de Jesus (2006, p.565), ocorre quando o sujeito pratica a nova infração após cumprir, total ou parcialmente, a pena imposta em face do crime anterior.
- b) Ficta: Para Mirabeti (2005, p. 302), existe com a simples condenação anterior. E para Damásio de Jesus (2006, p.565), ocorre quando o sujeito comete o novo crime após haver transitado em julgado sentença que o tenha condenado por delito anterior.

Lyra (1958, p. 345), citando CARRARA, faz uma distinção entre reincidência própria ou verdadeira (mais grave pela insuficiência da sanção), e a reincidência imprópria ou ficta, que não deveria ser levada em conta. Aquela ocorre se houve o cumprimento da pena anterior, e esta abstrai de sua execução, total ou parcial.

O Código Penal acolheu a última conceituação. Entretanto atuam em sentido contrário: os Códigos toscano, germânico, húngaro, romeno, finlandês, de São Marinho, suíço, polonês, chinês, japonês e peruano (LYRA, 1958, p. 345).

Após analisar as duas espécies de reincidência acima dispostas, percebe-se que o nosso Ordenamento Jurídico adotou a reincidência ficta, visto que, depende do trânsito em julgado da sentença condenatória por crime anterior, para que se possa considerar um sujeito reincidente.

Como regra geral, o Código Penal afastou a chamada reincidência específica, sendo suficiente a prática de crime anterior –independentemente das suas características-, que pode ou não ser idênticos ou ter os mesmos bem juridicamente protegidos pelo crime posterior, praticado após o trânsito em julgado da sentença condenatória (ROGÉRIO GRECO, 2006, p. 612).

Ocorre que, o legislador quando cuidou do livramento condicional, aplicou a chamada reincidência específica quando exigiu que o condenado a crime hediondo, cumprisse no mínimo 2/3 (dois terços) de sua pena, vedando também a concessão do livramento condicional, para reincidente específico em crime hediondo, conforme expresso no art. 83, V do CP, *in verbis*:

Art. 83 - O juiz poderá conceder livramento condicional ao condenado a pena privativa de liberdade igual ou superior a 2 (dois) anos, desde que:
V - cumprido mais de dois terços da pena, nos casos de condenação por crime hediondo, prática da tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, e terrorismo, se o apenado não for reincidente específico em crimes dessa natureza.

A lei 11.343/06 (Lei de drogas), em seu artigo 44, parágrafo único, também prevê a vedação do livramento condicional ao reincidente específico em crime hediondo:

Art. 44. Os crimes previstos nos arts. 33, caput e § 1o, e 34 a 37 desta Lei são inafiançáveis e insuscetíveis de sursis, graça, indulto, anistia e liberdade provisória, vedada a conversão de suas penas em restritivas de direitos.
Parágrafo único. Nos crimes previstos no caput deste artigo, dar-se-á o livramento condicional após o cumprimento de dois terços da pena, vedada sua concessão ao reincidente específico.

Verifica-se também que há a aplicabilidade da reincidência específica em outros diplomas legais como forma de agravamento da pena, e estão dispostos no art. 296 da Lei 9.503/97 (Código de Trânsito Brasileiro), bem como, no art. 15, I da Lei 9.605/98, (Lei de crimes Ambientais), *in verbis*.

Art. 296. Se o réu for reincidente na prática de crime previsto neste Código, o juiz aplicará a penalidade de suspensão da permissão ou habilitação para dirigir veículo automotor, sem prejuízo das demais sanções penais cabíveis.

Art. 15. São circunstâncias que agravam a pena, quando não constituem ou qualificam o crime:
I - reincidência nos crimes de natureza ambiental;

Portanto, não resta dúvida de que, por mais que o Código Penal acolha apenas a chamada reincidência específica, para proibir a concessão do livramento condicional, constata-se que essa reincidência ainda está sendo aplicada pelas leis extravagantes, conforme exposto acima.

2.7. PRAZO DEPURADOR PARA EFEITO DE REINCIDÊNCIA

Para Bitencourt (2009, p.192), o art. 64 do CP, afastou o efeito do fantasma da reincidência, que pairava sobre o cidadão como uma inconstitucional pena

perpétua. Deste modo, decorridos cinco anos do cumprimento ou extinção da pena, sem delinquir, extinguem-se os efeitos da reincidência. Apesar de desaparecer a condição de reincidente, o agente não readquire a condição de primário, que é como um estado de virgem, que, violado, não se refaz. A reincidência é como o pecado original: desaparece, mas deixa sua mancha, servindo, por exemplo, como antecedente criminal (art. 59, caput do CP).

Segundo Nucci (2011, p. 490), para efeito de gerar reincidência, a condenação definitiva anteriormente aplicada, cuja pena foi extinta ou cumprida, tem o prazo de 5 (cinco) anos para perder força (art. 64, I do CP). Portanto, decorrido o quinquídio, não é mais possível, caso haja o cometimento de um novo delito, surgir a reincidência. Não se trata de decair a reincidência, mas sim a condenação: afinal, quem é condenado apenas uma vez na vida não é reincidente, mas sim primário.

O Código Penal adotou, com vistas à reincidência, o sistema da temporalidade (art. 64), revogando-se o sistema da perpetuidade da reincidência, constante da redação primitiva do Código de 1940, que acarretava uma injustiça: o reincidente seria eternamente reincidente (COSTA Jr., 2009, p. 202).

A Lei n. 6.416/77, no ano de sua publicação, deu nova redação ao parágrafo único do art. 46 do CP: “se entre a data do cumprimento ou extinção da pena e a infração posterior tiver decorrido período superior a cinco anos, para efeito de reincidência não prevalece à condenação anterior (art. 64, I)” (COSTA Jr., 2009, p. 202).

Art. 64 - Para efeito de reincidência:

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

Vale ressaltar que o prazo de que se refere o artigo acima, inclui tanto o período de prova do livramento condicional quanto o do sursis, se não revogados.

Neste sentido tem sido o entendimento predominante da jurisprudência, conforme colacionadas abaixo:

HABEAS CORPUS. DIREITO PENAL. CRIME DE ROUBO. DOSIMETRIA DA PENA. NULIDADE. IMPOSSIBILIDADE DE SE CONSIDERAR COMO MAUS ANTECEDENTES, CONDENAÇÃO EM QUE, POSTERIORMENTE, TENHA

SIDO DECLARADA A PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA. RÉU RECONHECIDAMENTE REINCIDENTE, COM PENA SUPERIOR A QUATRO ANOS DE RECLUSÃO. OBRIGATORIEDADE DO REGIME FECHADO. PRECEDENTES.

1. Não é possível ao Juízo sentenciante utilizar-se dos maus antecedentes do Acusado, para exacerbar a pena-base, consubstanciado na anotação, em sua folha penal, de uma condenação atingida "pela prescrição da pretensão punitiva", pois, reconhecida a extinção da punibilidade do Agente, tem-se rescindida a condenação, desaparecendo-se todos os seus efeitos, equiparando-se o Acusado à situação de réu primário.

(HC 88.961/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 11/03/2008, DJe 14/04/2008)

HABEAS CORPUS. DIREITO PENAL. FURTO QUALIFICADO. REINCIDÊNCIA. INOCORRÊNCIA. ORDEM CONCEDIDA.

1."Para efeito de reincidência: não prevalece a condenação anterior, se entre a data do cumprimento ou extinção da pena e a infração posterior tiver decorrido período de tempo superior a 5 (cinco) anos, computado o período de prova da suspensão ou do livramento condicional, se não ocorrer revogação."(Código Penal, artigo 64, inciso I).

2. Em se cuidando de réu primário, em razão da ocorrência da prescrição da reincidência, cabe habeas corpus para a correta individualização da resposta penal.

3. Ordem concedida." (HC 68.045/SP, 6.ª Turma, Rel. Min. HAMILTON CARVALHIDO, DJe de 04/08/2008.)

Importante salientar que, não é computado o período em que o agente estiver preso, mas é computado o período de prova do livramento condicional. Os cinco anos só começam a correr, após o cumprimento integral da pena, ou de sua extinção.

Já em relação ao Sursis Penal, o prazo só começa a correr, após a realização da audiência admonitória, posteriormente ao trânsito em julgado.

3 OS EFEITOS DA REINCIDENCIA PENAL

Muitos são os efeitos ou consequências da reincidência criminal na vida de um indivíduo, visto que, há sua previsão em todo Ordenamento jurídico brasileiro. Ou seja, no Código Penal, no Código de Processo Penal, nas Leis especiais (Decreto-Lei n 3.688/41 – LCP; Lei nº 4.737/65; Lei nº 5.250/67; Lei nº 6.815/80; Lei n 7.170/83; Lei nº 9.099/95; Lei nº 9.437/97; Lei nº 9.503/97; Lei nº 9.504/97; Lei nº 9.605/98; Lei nº 10.300/01; Lei nº 6.385, de 7 de dezembro de 1976, pela Lei nº 10.303, de 31 de outubro de 2001).

Portanto, será demonstrado a seguir alguns efeitos ou consequências da reincidência penal.

3.1. NA APLICAÇÃO DA PENA

A fixação da pena, na antiguidade, ficava inteiramente ao arbítrio judicial. Esse injusto sistema foi substituído, em decorrência do iluminismo, por um sistema de penas rígido, em que pouca ou nenhuma flexibilidade se dava ao juiz para aplicar a sanção. Tal critério demonstrou-se também inadequado por não poder o julgador sopesar devidamente as circunstâncias do delito para uma melhor correspondência da sanção penal ao agente do fato criminoso (MIRABETE, 2005, p. 292).

Estabeleceu-se, no Brasil, de início um sistema de penas dosimetricamente preestabelecidas, com os respectivos graus fixados previamente na lei (MIRABETE, 2005, p. 292).

O Código de 1940, porém, instituiu um critério em que o juiz exerce relativo arbítrio na fixação da pena, dosando-se de acordo com diversas circunstâncias entre um mínimo e um máximo cominados abstratamente para cada delito. Tal sistema, mais acertado, possibilita ao julgador a faculdade controlada de escolher a sanção mais adequada ao delincente, sem esquecer a gravidade objetiva do crime ou de suas consequências particulares. Esse critério tem por base o estabelecimento de

determinadas circunstâncias que tornam o fato mais, ou menos grave, (MIRABETE, 2005, p. 292).

Segundo Juarez Cirino (2007, p. 556), a aplicação da pena criminal é ato judicial de determinação das consequências jurídicas de fato punível, compreendendo a escolha da pena aplicável, a quantificação da pena escolhida e (em caso de pena privativa de liberdade) a decisão sobre o regime inicial de execução, ou a substituição da pena aplicada por pena restritiva de direitos (art. 59, CP), ou, alternativamente, a suspensão condicional da execução da pena aplicada.

As diretrizes da Fixação da Pena foram relacionadas no art. 59 do CP, que conservou da sistemática anterior os seguintes critérios para a aplicação da pena: antecedentes, personalidade do agente, motivos, circunstância e consequências do crime (COSTA Jr., 2009, p. 193).

Circunstâncias do crime são aqueles elementos meramente acessórios, que não integram o crime, mas influem sobre sua gravidade, deixando inalterada sua essência. As circunstâncias ditas obrigatórias ou legais são aquelas arroladas pelos arts. 61,62 e 65 do CP. (COSTA Jr., 2009, p. 197).

Observa-se, portanto, que a reincidência criminal, que é o foco desse estudo, está entre as circunstâncias agravantes obrigatórias ou legais na aplicação da pena (art. 61, I do CP), e será analisada na segunda fase da dosimetria da pena, não sendo facultada ao juiz, a possibilidade de aplicação, ou não da agravante da reincidência.

Ocorre que, a agravante da reincidência criminal, mesmo estando no rol das circunstâncias tidas como de caráter obrigatória, não pode ser utilizada pelo juiz ao fixar a pena para extrapolar os limites legais entre o mínimo e o máximo, com agravantes e atenuantes. Caso isso venha a ocorrer, o magistrado estará agindo inconstitucionalmente, visto que, estará violando os princípios da pena determinada e da sua individualização, conforme expresso no art. 5º XXXIX e XLVI, da CF/88).

Para a individualização da pena, o juiz, que o fará de forma motivada (CF, art. 93, IX), deverá adotar um método trifásico de aplicação (CP, art. 68). Que compreende, sucessivamente e sob pena de nulidade do julgado: “a) fixação da pena

base; b) a fixação da pena provisória; e c) a fixação da pena definitiva”. (PAULO QUEIROZ, 2008, p. 327).

Apesar disso, o procedimento de aplicação da pena compreende ao menos oito etapas, a saber, (PAULO QUEIROZ, 2008, p. 328):

- a) Escolha da pena a ser aplicada quando houver cominação alternativa de mais de uma;
- b) Análise das circunstâncias judiciais para fixação da pena-base (CP, arts. 59 e 68);
- c) Análise das circunstâncias legais (agravantes e atenuantes – art. 68, segunda parte; e arts. 61, 62 e 65), para fixação da pena provisória;
- d) Análise das causas de aumento e diminuição de pena, previstas na parte geral e especial, para fixação da pena definitiva;
- e) Fixação do regime inicial de cumprimento da pena (fechado, semiaberto ou aberto);
- f) Substituição por pena restritiva de direito, quando cabível;
- g) Concessão de sursis (CP, art. 77), quando cabível;
- h) Fundamentação dos efeitos da condenação referidos no art. 92 do Código.

Para Damásio de Jesus (2006, p. 586), na doutrina penal brasileira duas opiniões sempre estiveram em evidência na questão das fases de fixação da pena: a de Nelson Hungria e a de Roberto Lyra.

Ainda conforme Damásio de Jesus (2006, p. 587), a opinião de Nelson Hungria define que são três as fases de fixação da pena:

A primeira fase ocorre quando o juiz fixa a pena-base, levando em consideração as circunstâncias judiciais do art. 59 caput. A pena-base, para Nelson Hungria, é o *quantum* encontrado pelo juiz com fundamento nas circunstâncias judiciais, abstraindo as circunstâncias legais genéricas (agravantes e atenuantes) e causas de aumento e de diminuição.

A segunda fase acontece depois que é encontrada a pena-base, no momento em que o juiz aplica as agravantes e atenuantes dos arts. 61, 62 e 65.

Já a terceira fase, baseia-se sobre a pena fixada na segunda fase. Quando o juiz faz incidir as causas de aumento ou diminuição da pena, previstas na parte geral ou especial do CP.

Damásio de Jesus ressalta também (2006, p. 587/588), que para Roberto Lyra a fixação da pena concreta era desenvolvida em duas fases:

A primeira dá-se quando o juiz fixa à pena-base considerando as circunstâncias judiciais do art. 59, caput, e as legais genéricas (agravantes e atenuantes) dos arts. 61, 62 e 66. Pena-base, para ele, é a aplicada pelo juiz com fundamento nos arts. 59, caput, 61, 62 e 66, abstraindo as causas de aumento ou de diminuição da sanção penal.

Enquanto que na segunda fase, incidem sobre a pena-base as causas de aumento ou diminuição da sanção prevista na parte geral ou especial do CP.

Divergem as opiniões porque Nélson Hungria não incluía as agravantes e atenuantes na expressão “circunstâncias” previstas no art. 59, caput. Para Roberto Lyra, ao contrário, a expressão abrange as circunstâncias qualificativas e as atenuantes, além das judiciais (DAMÁSIO, 2006, p. 588).

O Código Penal, no art. 68 caput, adotou o sistema de Nélson Hungria: “A pena-base será fixada atendendo-se ao critério do art. 59 deste Código; em seguida serão consideradas as circunstâncias atenuantes e agravantes; e por último, as causas de diminuição e de aumento” (DAMÁSIO, 2006, p. 588).

3.2. NA FIXAÇÃO DA PENA BASE

A pena-base é a primeira eleição do *quantum* da pena será dado pelo magistrado, fundamentado nas circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal. Sobre a pena-base ele lançará, após, as agravantes e atenuantes (segunda fase) e as causas de aumento e diminuição (terceira fase), conforme dispõe o art. 68, do Código Penal (NUCCI, 2011, p. 456).

No entendimento do Juarez Cirino (2007, p. 559), a definição da pena-base, como produto de operacionalização das circunstâncias judiciais do art. 59 do CP, começa com a fixação do ponto de partida do processo intelectual de determinação da pena criminal.

Ainda, segundo Juarez Cirino (2007, p. 560), a questão do ponto de partida para determinar à pena-base se dá: a) “Critério antigo propõe a média entre o mínimo

e o máximo da pena cominada, fundada em lógica matemática; b) Critério moderno propõe a pena mínima, fundada em razões humanitárias”.

Continuando com o ensinamento de Juarez Cirino (2007, p. 560), a solução da controvérsia é simples: se o critério antigo determina aplicação de pena maior e, inversamente, o critério moderno determina aplicação de pena menor, então o argumento humanitário prevalece sobre o argumento lógico – aliás, contrário ao princípio da culpabilidade, que proíbe aplicação ou agravação de penas sem fundamento empírico concreto.

A conclusão, para Juarez Cirino (2007, p. 560), é que o ponto de partida para fixação da pena-base deve ser o mínimo legal da pena cominada, conforme generalizada prática judicial contemporânea.

Para fixação da pena-base, o juiz tomará em consideração as diversas circunstâncias judiciais do art. 59 do CP. Sendo algumas de caráter subjetivo, como culpabilidade, os antecedentes, a conduta social, a personalidade do réu, os motivos do crime. E outras de cunho objetivo: as circunstâncias e consequências do crime, bem assim o comportamento da vítima, as quais tanto podem servir para agravar quanto para atenuar a pena inicial (PAULO QUEIROZ, 2008, p. 328).

Para se encontrar a pena-base, deve-se analisar todos os moduladores relacionados no art. 59 do Código Penal. Na realidade, todos conjuntamente, e quaisquer deles isoladamente, podem ser favoráveis ou desfavoráveis ao réu. Por isso, embora formem um conjunto, devem ser analisadas individualmente, sendo insuficientes, consoante reiterada jurisprudência, considerações genéricas e superficiais, ou mesmo conclusões sem embasamento fático-jurídico (BITENCOURT, 2009, p.198-199).

Caso todas as operadoras do art. 59 forem favoráveis ao réu, a pena-base pode ficar no mínimo previsto. Porém, se algumas circunstâncias forem desfavoráveis, deve afastar-se do mínimo; contudo, caso o conjunto for desfavorável, deve aproximar-se do termo médio. Em regra, o cálculo da pena deve iniciar próximo do mínimo, e só, excepcionalmente, quando as circunstâncias revelarem especial

gravidade, justifica-se a fixação da pena-base distanciada do mínimo legal, (BITENCOURT, 2009, p.199).

Segundo entendimento do Superior Tribunal de Justiça, na Súmula 444, não pode o juiz ao fixar a pena-base e levar em consideração, inquéritos policiais e ações em andamento como condições desfavoráveis, para fixar à pena-base acima do mínimo legal, visto que, contra o réu, ainda, não tem um título executivo, ou seja, uma condenação.

HABEAS CORPUS. ROUBO CIRCUNSTANCIADO E RECEPÇÃO. NECESSIDADE DE CORRETA MOTIVAÇÃO DAS DECISÕES. DOSIMETRIA DA REPRIMENDA. CONSIDERAÇÃO DE MAUS ANTECEDENTES E PERSONALIDADE DESAJUSTADA COM BASE EM PROCESSOS EM ANDAMENTO E ATOS INFRACIONAIS. ORDEM CONCEDIDA.

1- As decisões judiciais devem ser cuidadosamente fundamentadas, principalmente na dosimetria da pena, em que se concede ao Juiz um maior arbítrio, de modo que se permita às partes o exame do exercício de tal poder.

2- Inquéritos policiais e ações penais em andamento não constituem maus antecedentes, má conduta social nem personalidade desajustada, porquanto ainda não se tem contra o réu um título executivo penal definitivo.

3- Os atos infracionais praticados durante a adolescência do acusado não podem ser considerados como geradores de antecedentes, nem de personalidade desajustada.

4- Se a maior parte das circunstâncias judiciais for analisada em favor do réu e o quantitativo da pena não ultrapassa quatro anos, não se tratando de réu reincidente, desde que o crime tenha sido cometido sem violência ou grave ameaça justifica-se a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

5- Ordem concedida para anular parcialmente a decisão, no que se refere a dosimetria da punição e para o réu Fábio Júnio reconhecer a possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade.

(HC 81866/DF, Rel. Ministra JANE SILVA (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/MG), QUINTA TURMA, julgado em 25/09/2007, DJ 15/10/2007, p. 325).

Nessa primeira fase da aplicação da pena, não será levada em consideração as circunstâncias agravantes da reincidência, elas serão analisadas na segunda fase, em que são observadas as circunstâncias agravantes e atenuantes.

3.3. NA FIXAÇÃO DO REGIME

Nessa fase o magistrado levará em consideração as agravantes e atenuantes, para fixar o regime inicial de cumprimento de pena.

De acordo com Juarez Cirino (2007, p. 568), o processo de individualização da pena aplicável, constitui o eixo principal da política criminal instituída pelo sistema de penas da lei brasileira.

Cabe “ao juiz fixar o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade, fator indispensável da individualização que se completará no curso do procedimento executório” (Exposição de motivos nº 50). A determinação desse regime atenderá à quantidade da pena imposta, à qualificação subjetiva do condenado e aos critérios norteadores do art. 59 do CP, (COSTA Jr., 2009, p. 198).

Para Damásio (2006, p. 589), cumpre ao juiz na sentença determinar o regime de início de cumprimento da pena e, atendido ao princípio das penas substitutivas, devem ser observadas as seguintes regras:

a) Crimes dolosos:

1ª) Aplicada pena privativa de liberdade não superior a quatro anos e o crime não for cometido com violência ou grave ameaça à pessoa, pode ser substituída por pena restritiva de direitos, desde que:

a) O réu não for reincidente em crime doloso;

b) A culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do condenado, bem como os motivos e as circunstâncias indicarem que essa substituição seja suficiente (art. 44, I a III, do CP);

2ª) Na condenação igual ou inferior a um ano, a substituição pode ser feita por multa ou por uma pena restritiva de direitos; se superior a um ano, a pena privativa de liberdade pode ser substituída por uma pena restritiva de direitos e multa ou por duas restritivas de direitos (art. 44, § 2º, do CP);

3ª) Fixada a pena privativa de liberdade entre um e quatro anos, não sendo reincidente o condenado, inicia o seu cumprimento em regime aberto (art. 33, § 2º, c); o reincidente inicia o cumprimento em regime fechado;

4ª) Se a pena é superior a quatro anos e não excede oito anos, o início de seu cumprimento se dá em regime semiaberto, desde que não seja reincidente o condenado (art. 33, § 2º, b); cuidando-se de reincidente, em regime fechado;

5ª) Se a pena é superior a oito anos, seu cumprimento inicia-se no regime fechado (art. 33, § 2º, a);

b) Crimes culposos: qualquer que seja a quantidade da pena privativa de liberdade pode ser substituída por restritiva de direitos, desde que presentes as condições pessoais do condenado, nos termos do art. 44, I, II e III do Código Penal, com redação da Lei n. 9.714, de 25 de novembro de 1998, *in verbis*.

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

I - aplicada pena privativa de liberdade não superior a quatro anos e o crime não for cometido com violência ou grave ameaça à pessoa ou, qualquer que seja a pena aplicada, se o crime for culposos;

II - o réu não for reincidente em crime doloso;

III - a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do condenado, bem como os motivos e as circunstâncias indicarem que essa substituição seja suficiente.

A súmula 269 do STJ faculta a adoção do regime inicial de cumprimento de pena no regime semiaberto, aos reincidentes condenados a pena igual ou inferior a quatro anos, desde que favoráveis às circunstâncias judiciais, *in verbis*:

Regime Semi-Aberto - Reincidentes Condenados - Circunstâncias Judiciais
É admissível a adoção do regime prisional semiaberto aos reincidentes condenados a pena igual ou inferior a quatro anos se favoráveis às circunstâncias judiciais. STJ Súmula nº 269 - 22/05/2002 - DJ 29.05.2002

Observa-se, portanto, que a condição do condenado como reincidente, é o que vem a agravar o seu regime inicial de cumprimento de pena, visto que independe da quantidade de pena a que foi condenado, o que se leva em conta mesmo é o caráter subjetivo do réu, e não total da pena imposta, para fixação do regime inicial.

Vale ressaltar que, a fixação de regime tem que ser fundamentada, caso contrário é causa de nulidade absoluta, visto que, ofende a norma constitucional que estipula o dever do juiz de motivar qualquer decisão (art. 93, IX), *in verbis*.

Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios:
IX todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação

Insta consignar que, o reincidente condenado a pena de detenção não pode iniciar em regime aberto, ante a proibição do art. 33, caput, do CP, restando-lhe, no entanto, o regime semiaberto, que é seu regime legal para iniciar o cumprimento da pena, segundo ensinamento do Bitencourt (2009, p. 115).

Ainda, para Bitencourt (2009, p. 115), a influência do fator reincidência, quando se trata de pena de detenção, só influi no regime inicial quando for de até 4 anos, que não poderá ser no aberto. Quando se tratar de reclusão, influi no regime inicial quando for de até 4 anos, que poderá ser semiaberto ou fechado, e quando for de 4 a 8 anos, que deverá ser necessariamente fechado.

3.4. NA SUBSTITUIÇÃO DA PENA

A possibilidade da substituição da pena privativa de liberdade por pena restritiva de direitos é verificada após o juiz ter encontrado a pena privativa de liberdade definitiva. E, depois de examinados os requisitos que autorizam a substituição, caso estejam satisfeitas essas exigências, deve o juiz proceder à substituição. Podem ser substituídas as penas inferiores a um ano, quando se tratar de crimes culposos.

Bitencourt (2009, p. 142), ensina que a aplicação da substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direito, não é faculdade do aplicador da lei,

pois, satisfeito os requisitos legais, a substituição é obrigatória, constituindo direito público subjetivo do condenado.

Ainda de acordo com Bitencourt (2009, p. 142), com a nova redação, somente a reincidência em crime doloso pode, em princípio, impedir a substituição em análise. Dessa forma, aumenta-se a liberalidade: basta que um dos crimes (a condenação anterior ou a atual) seja culposo e não haverá reincidência dolosa.

De forma a relativizar os efeitos da reincidência, para Bitencourt (2009, p. 142), mesmo sendo caracterizada a reincidência dolosa poderá não constituir obstáculo definitivo a substituição “desde que, em face da condenação anterior, a medida seja socialmente recomendável”. Somente a reincidência específica (art. 44, § 3º, *in fine*) constitui impedimento absoluto para a aplicação de pena restritiva de direitos.

Para Bitencourt (2009, p. 173), o momento de aplicação é: a) na condenação – individualizada a pena concretizada na sentença, o juiz deve examinar a possibilidade de substituição (art. 44 e 59, IV do CP); b) durante a execução – como incidente de execução, quando se fizerem presentes os requisitos objetivos e subjetivos estabelecidos no art. 180 da LEP, *in verbis*.

Art. 180. A pena privativa de liberdade, não superior a 2 (dois) anos, poderá ser convertida em restritiva de direitos, desde que:
I - o condenado a esteja cumprindo em regime aberto;
II - tenha sido cumprido pelo menos 1/4 (um quarto) da pena;
III - os antecedentes e a personalidade do condenado indiquem ser a conversão recomendável.

A moderna política criminal tem imposto a substituição das penas privativas de liberdade de curta duração pela pena de multa. Inspirando-se nessa linha, o § 2º do art. 60 permitiu a substituição, se a pena privativa de liberdade não superar seis meses. Afora o critério quantitativo, será mister: a) primariedade (em crime doloso); b) que a culpabilidade, antecedentes, conduta social, personalidade do acusado, motivos e circunstâncias demonstrem a suficiência da substituição para fins de reprovação e prevenção do crime (COSTA JR., 2009, p. 199).

Para Nucci (2011, p. 476), é nesse momento que o juiz verifica a possibilidade de substituir a pena privativa de liberdade por restritiva de direitos ou

multa. Se conceder o sursis, não estará fixando um regime de cumprimento de pena, mas uma forma alternativa para cumprir a pena. Portanto, não se trata de substituição.

Para Mirabete (2005, p. 279), não basta, porém, o requisito referente à quantidade da pena privativa de liberdade imposta para que se permita a substituição pela pena alternativa. Indispensáveis são também os requisitos subjetivos previstos no art. 44, incisos I, II e III, que se referem às condições pessoais do sentenciado. O primeiro deles é não ser o condenado reincidente em crime doloso.

Caso o condenado seja reincidente, mas não em crime doloso, e desde que os crimes antecedentes e posteriores não sejam idênticos, ou seja, previstos no mesmo tipo penal, a substituição da pena privativa de liberdade só deve ser concedida se a medida for socialmente recomendável (MIRABETE, 2005, p. 279).

O último pressuposto para Mirabete (2005, p. 279), é que a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do condenado, bem como os motivos e as circunstâncias indiquem que a substituição é suficiente (art. 44, III)

3.5. NA EXECUÇÃO DA PENA

Na fase de execução da pena, a reincidência vai incidir de forma negativa sobre todos os benefícios, aos quais, o condenado gradativamente fará jus, depois de preenchidos os requisitos legais estabelecidos na Lei de Execução Penal (LEP). Conforme demonstrado abaixo e abordados nos tópicos subsequentes:

BENEFÍCIOS	PRIMÁRIOS		REINCIDENTES	
	COMUM	HEDIONDO	COMUM	HEDIONDO
PROGRESSÃO	1/6	1/6 (Antes da lei 11.464/07) 2/5 (depois da lei)	1/6	1/6 (Antes da lei 11.464/07) 3/5 (depois da lei)

SAÍDAS TEMPORÁRIAS	1/6	1/6 (Antes da lei 11.464/07) 2/5 (depois da lei)	1/4	1/4 (Antes da lei 11.464/07) 3/5 (depois da lei)
TRABALHO EXTERNO	1/6	1/6 (Antes da lei 11.464/07) 2/5 (depois da lei)	1/6	1/6 (Antes da lei 11.464/07) 3/5 (depois da lei)
LIVRAMENTO CONDICIONAL	1/3	2/3	1/2	2/3 obs. se for reincidente específico não cabe.

Serão abordados agora os efeitos da reincidência penal em cada etapa do processo de execução da pena, bem como após a extinção da pena ou da punibilidade.

3.5.1. Na Progressão de Regime

Segundo Paulo Queiroz (2008, p. 356) o Código adotou um sistema progressivo de execução em três regimes prisionais, fechado, semiaberto e aberto, cuja individualização judicial deverá estar conforme a culpabilidade do autor. O cumprimento em regime fechado dar-se-á em presídio de segurança máxima ou média (penitenciária). O semiaberto se dará em colônia agrícola ou industrial, e o aberto, em casa de albergado ou em estabelecimento adequado (CP, art. 33, § 1º) e em prisão domiciliar (LEP, art. 117).

O juiz, ao decretar a condenação, fixará desde logo o regime inicial de cumprimento de pena, conforme os requisitos elencados anteriormente no tópico 3.3 (da fixação do regime), deste trabalho.

A progressão para um regime mais brando de execução, consequência natural da determinação da pena e admitida como forma de possibilitar a reinserção gradual do preso à comunidade, exige o cumprimento de ao menos um sexto da pena no regime anterior e comportamento prisional satisfatório (LEP, art. 112). Para tanto, o juiz, que decidirá fundamentadamente, ouvirá o Ministério Público e o defensor do

preso. Tratando-se de nova progressão, o calculo deverá ser feito com base no restante da pena e não com base no total da pena aplicada (PAULO QUEIROZ, 2008, p. 357).

Tratando-se de condenação por crime hediondo a assemelhados, o condenado poderá progredir depois de cumprir 2/5 da pena, caso seja primário; e 3/5, se for reincidente, conforme redação dada pela Lei 11.464/2007, que alterou a Lei dos crimes hediondos. A nova lei, apesar de ser mais favorável se comparada à lei 8.072/90, somente é aplicável às infrações penais ocorridas a partir de sua entrada em vigor (irretroativa), em virtude da declaração de inconstitucionalidade da não progressão pelo STF, a qual, embora proferida em caráter incidental, há de produzir efeitos *erga omnes*, estabelecendo o critério de cumprimento de 1/6 da pena para cada regime, nos termos do art. 112 da Lei de Execuções Penais, conforme tem decidido aquela corte em julgados recentes (PAULO QUEIROZ, 2008, p. 357-358).

EMENTA: EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. INEXISTÊNCIA DOS VÍCIOS RELACIONADOS NO ART. 535 DO CPC. PRETENSÃO DE CARÁTER INFRINGENTE. REGIME DE CUMPRIMENTO DA PENA INTEGRALMENTE FECHADO. INCONSTITUCIONALIDADE. APLICAÇÃO RETROATIVA DA LEI 11.464/2007. IMPOSSIBILIDADE. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO. 1. A declaração de inconstitucionalidade do § 2º do art. 2º da Lei 8.072/1990, no bojo do HC 82.959, da relatoria do ministro Marco Aurélio, produz efeitos quanto às penas ainda não extintas. 2. A Lei 11.464/2007 é de ser aplicada apenas aos fatos praticados após a sua vigência. Quanto aos crimes hediondos cometidos antes da entrada em vigor do mencionado diploma legal, a progressão de regime está condicionada ao preenchimento dos requisitos do art. 112 da Lei de Execuções Penais. Precedentes. 3. Embargos acolhidos com o fim específico de afastar o óbice à progressão de regime penitenciário e determinar a observância dos requisitos do art. 112 da LEP. (AI 757480 AgR-ED, Relator(a): Min. AYRES BRITTO, Primeira Turma, julgado em 10/05/2011, DJe-115 DIVULG 15-06-2011 PUBLIC 16-06-2011 EMENT VOL-02545-01 PP-00161).

Verifica-se, portanto, que a lei 11.464/2007, apesar de ter beneficiado o condenado com a possibilidade da progressão de regime em crimes hediondos, também tratou de estabelecer critérios mais gravosos ao condenado reincidente, exigindo deste o cumprimento de 3/5 de sua pena para fazer jus ao benefício de progressão.

Os critérios para o condenado a crime hediondo pleitear o benefício de progressão de regime são, segundo a Cartilha da pessoa presa do Conselho Nacional de Justiça (CNJ):

Condições para quem cometeu CRIMES HEDIONDOS: Se o agente é primário e seu crime foi cometido a partir de 28 de março de 2007 precisará cumprir 2/5 (dois quintos) da pena para pleitear a progressão para o semiaberto. Se o agente, por exemplo, foi sentenciado a cumprir 18 anos no regime fechado, divida esse tempo por cinco e depois multiplique por dois. (total da pena) $18 \times$ (proporção do tempo a ser cumprido) $18 \times 2:5 = 7,2$ (tempo a ser cumprido - 7 anos, 2 meses e 12 dias) Ou seja, pode ter direito de requerer a progressão para o semiaberto depois de cumprir 7 anos, 2 meses e 12 dias. Se o agente é reincidente, só pode ser beneficiado depois de cumprir 3/5 (três quintos) da pena. O cálculo é da mesma forma: divida o tempo da pena por cinco e o resultado multiplique por três. (total da pena) $18 \times$ (proporção do tempo a ser cumprido) $18 \times 3:5 = 10,8$ (tempo a ser cumprido -10 anos, 9 meses e 18 dias) Bom comportamento atestado pelo (a) diretor (a) da Unidade. **MUITA ATENÇÃO** Atualmente, em razão da Súmula Vinculante de n. 26 do STF, o juiz pode exigir, no cumprimento de pena por crime hediondo, ou equiparado, que (a) o preso (a) se submeta a um exame criminológico.

Súmula Vinculante n. 26 do STF.

Para efeito de progressão de regime no cumprimento de pena por crime hediondo, ou equiparado, o juízo da execução observará a inconstitucionalidade do art. 2º da Lei n. 8.072, de 25 de julho de 1990, sem prejuízo de avaliar se o condenado preenche, ou não, os requisitos objetivos e subjetivos do benefício, podendo determinar, para tal fim, de modo fundamentado, a realização de exame criminológico. Fonte de Publicação DJe nº 238 de 23/12/2009, p. 1. DOU de 23/12/2009, p. 1.

A súmula Vinculante 26 do STF trouxe a faculdade do juiz, ao analisar a possibilidade de progressão de regime, determinar ou não a realização do exame criminológico, como mais um requisito a ser imposto ao condenado a crime hediondo ou equiparado.

3.5.2. Nas Saídas Temporárias

Para Nucci (2011, p. 421), as saídas temporárias, sem fiscalização direta, somente poderão ser feitas para frequência a curso supletivo profissionalizante ou de instrução do segundo grau ou superior, na comarca do Juízo da Execução (art. 122, II, LEP).

Ainda, segundo Nucci (2011, p. 421), podem ocorrer saídas sem vigilância para visitas à família ou para participação em atividades concorrentes para o retorno ao convívio social. A autorização depende, entretanto, de comportamento adequado do sentenciado, cumprimento mínimo de um sexto da pena (se primário) ou de um quarto (se reincidente) e compatibilidade do benefício com os objetivos da pena (art. 123, LEP), *in verbis*.

Art. 122. Os condenados que cumprem pena em regime semiaberto poderão obter autorização para saída temporária do estabelecimento, sem vigilância direta, nos seguintes casos:

I - visita à família;

II - frequência a curso supletivo profissionalizante, bem como de instrução do 2º grau ou superior, na Comarca do Juízo da Execução;

III - participação em atividades que concorram para o retorno ao convívio social

Art. 123. A autorização será concedida por ato motivado do Juiz da execução, ouvidos o Ministério Público e a administração penitenciária e dependerá da satisfação dos seguintes requisitos:

I - comportamento adequado;

II - cumprimento mínimo de 1/6 (um sexto) da pena, se o condenado for primário, e 1/4 (um quarto), se reincidente;

III - compatibilidade do benefício com os objetivos da pena.

A esse respeito o Superior Tribunal de Justiça, tratou na Súmula 40, na qual dispõe que o tempo em que o sentenciado cumpriu pena no regime fechado, considera-se como tempo de pena cumprido.

Saída Temporária - Trabalho Externo - Regime Fechado

Para obtenção dos benefícios de saída temporária e trabalho externo, considera-se o tempo de cumprimento da pena no regime fechado.

Os critérios para o condenado em crime comum pleitear o benefício de saídas temporárias no regime semiaberto, segundo a Cartilha da pessoa presa do Conselho Nacional de Justiça (CNJ):

Saídas Temporárias. Neste regime o agente tem a possibilidade da concessão de cinco saídas por ano, pelo período de até sete dias, cada, em períodos predeterminados pelo(a) juiz(a) da Vara de Execuções. Para pleitear esse benefício é preciso atender às seguintes exigências: Se o agente é primário precisa ter cumprido 1/6 (um sexto) da pena. Se o agente for reincidente (tiver cometido novo crime após ser condenado, ou antes de completados 5 anos do cumprimento do crime anterior), precisará cumprir 1/4 (um quarto) da pena. Bom comportamento carcerário atestado pelo(a) diretor(a) da Unidade. Intervalo de 45 dias entre uma saída e outra.

No caso de ser condenado em crime hediondo, o réu deverá cumprir o equivalente à fração correspondente a progressão de regime, ou seja, se primário 2/5, se reincidente 3/5; no caso de o réu já ter progredido para o regime semiaberto, conforme já abordado anteriormente no tópico 3.5 (na Execução da Pena).

3.5.3. No Livramento Condicional

Com a leitura do art. 83, do CP e seus incisos, percebe-se que o legislador teve um maior rigor na exigência do preenchimento dos requisitos de caráter objetivos, bem como subjetivos das pessoas reincidentes condenadas.

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;

III - comprovado comportamento satisfatório durante a execução da pena, bom desempenho no trabalho que lhe foi atribuído e aptidão para prover à própria subsistência mediante trabalho honesto;

IV - tenha reparado, salvo efetiva impossibilidade de fazê-lo, o dano causado pela infração;

V - cumprido mais de dois terços da pena, nos casos de condenação por crime hediondo, prática da tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, e terrorismo, se o apenado não for reincidente específico em crimes dessa natureza.

O livramento condicional integra a última etapa do cumprimento da pena, e possibilita a liberdade antecipada do condenado. O instituto encontra-se ligado à concepção utilitária da pena e sua finalidade é a readaptação antecipada do delinquente a comunidade (COSTA JR. 2009, p. 245).

A Lei 8.072/90 acrescentou ao dispositivo (art. 83 do CP) o item V, que exige o cumprimento de mais de dois terços da pena, nos casos de condenação por crime hediondo, prática de tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, e terrorismo, se o apenado não for reincidente específico em crime de mesma natureza.

Ressurgiu assim a figura da chamada reincidência específica, abolida em nossa legislação penal desde 1977 e tão criticada pela doutrina. (COSTA JR. 2009, p. 246).

O inciso I do art. 83 do CP, traz como um dos requisitos o cumprimento de mais de um terço da pena se o condenado não for reincidente em crime doloso, nesse caso se o condenado tiver sido condenado anteriormente por um crime culposo ou por uma contravenção penal, isso não impedirá a concessão do livramento condicional, após o cumprimento dos requisitos exigidos, isto é, mais de um terço da pena, visto que a lei somente veda o livramento condicional se for reincidente em crime doloso.

Para Paulo Queiroz (2008, p. 406), pode acontecer de o condenado ser primário, mas possuir maus antecedentes, havendo omissão da lei no particular. E diante da omissão, doutrina e jurisprudência têm entendido, majoritariamente, que para obter o livramento condicional o condenado deverá cumprir mais de metade da pena. Ou seja, equipara-se por meio dessa interpretação, o primário de maus antecedentes ao reincidente.

Entendimento do Supremo Tribunal Federal:

LIVRAMENTO CONDICIONAL. PENA COM MAIS DA METADE CUMPRIDA. REQUISITOS ATENDIDOS. APLICAÇÃO, NO CASO, DO INC. II, DO ART. 83 DO C.P. EMBORA NÃO SEJA O CASO DO INC. I, DO ART. 83 DO CÓDIGO PENAL, EIS QUE NÃO POSSUI O PACIENTE BONS ANTECEDENTES, MAS AO CONTRÁRIO, ERAM ELES MAUS, CABE APLICAR-SE, POR ANALOGIA, A REGRA DO INC. II, DO MESMO ARTIGO, E, VERIFICANDO-SE QUE O RÉU JA CUMPRIU MAIS DA METADE DA PENA QUE LHE FORA IMPOSTA, E ATENDE AOS DEMAIS REQUISITOS PARA OBTER O LIVRAMENTO CONDICIONAL (INC. III DO ART. 38) E ESTE DE LHE SER CONCEDIDO, DEVENDO O JUIZ DA EXECUÇÃO FIXAR AS CONDIÇÕES, NA CONFORMIDADE DO DISPOSTO NO ART. 85 DO CÓDIGO PENAL.(RHC 66222, Relator(a): Min. ALDIR PASSARINHO, Segunda Turma, julgado em 03/05/1988, DJ 14-10-1988 PP-26383 EMENT VOL-01519-02 PP-00274).

Tal interpretação, porém, claramente antigarantista, por violar o princípio da legalidade em prejuízo do sentenciado, não pode prevalecer, visto que está fazendo *in casu* analogia *in malam partem*, quando deveria ter lugar analogia *in bonam partem*, de sorte que o condenado não reincidente de maus antecedentes deva

cumprir mais de um terço da pena e não mais da metade (PAULO QUEIROZ, 2008, p. 406).

Nesse sentido o Superior Tribunal de Justiça vem se posicionando:

PENAL. LIVRAMENTO CONDICIONAL. REQUISITO OBJETIVO. CUMPRIMENTO PARCIAL DA PENA. RÉU PRIMÁRIO E COM MAUS ANTECEDENTES.

Em se tratando de réu primário e com maus antecedentes, tem ele direito à obtenção do livramento condicional simples (CP, art. 83, I), para o qual se exige, além dos demais requisitos objetivos e subjetivos, o cumprimento de um terço da pena, não se podendo aplicar o inciso II do art. 83 do CP (Precedentes).

Ordem parcialmente concedida.

(HC 39.259/RJ, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 02/06/2005, DJ 01/07/2005, p. 576).

PENAL. LIVRAMENTO CONDICIONAL. MAUS ANTECEDENTES. ART. 83, I DO CÓDIGO PENAL.

1. Os pareceres técnicos favoráveis, aliados à satisfação pelo sentenciado dos requisitos de ordem objetiva e subjetiva, autorizam o deferimento do pedido de livramento condicional que não deve ser simplesmente afastado sob o fundamento da ausência de bons antecedentes. Não se pode equiparar o tecnicamente primário ao reincidente, com a exigência de cumprimento de mais da metade da pena.

2. Ordem concedida para restabelecer a decisão de primeiro grau.

(HC 19.023/RJ, Rel. Ministro FERNANDO GONÇALVES, SEXTA TURMA, julgado em 19/03/2002, DJ 15/04/2002, p. 263).

Ainda para Paulo Queiroz (2008, p. 406), (re)tomar em consideração quando do livramento os maus antecedentes já considerados na sentença condenatória importa manifesto *bis in idem*.

Como já mencionado anteriormente, o reincidente específico em crime hediondo ou afim, não tem direito ao livramento condicional.

Para Paulo Queiroz (2008, p. 407), não há necessidade de que os crimes sejam idênticos, é suficiente que ambos os delitos sejam hediondos ou equiparados. Mas o assunto é controvertido. Alberto Silva Franco entende que só se pode falar de reincidência específica em crime hediondo quando houver reincidência no mesmo tipo penal hediondo ou ao menos entre dois semelhantes, pois fora dessas hipóteses não existirá a alegada reincidência específica e, portanto, em tese é cabível a concessão do livramento.

Paulo Queiroz também explana que (2008, p. 407), existe a presunção de não-reincidência. Nos crimes praticados com violência ou grave ameaça à pessoa, a concessão da liberdade ficará na dependência de uma prognose, no sentido de que o condenado não voltará a delinquir, requisito próprio de um direito penal do autor, que na prática tem dado ensejo a toda sorte de arbitrariedade, pela simples razão de que nenhum ser humano pode razoavelmente fazer, a respeito de quem quer que seja, um tal juízo de valor com um mínimo de segurança.

Para Nucci (2011, p. 556), há três posições acerca da reincidência específica: I) quem torna a praticar qualquer dos crimes previstos da Lei dos Crimes Hediondos (ex. latrocínio + tráfico de entorpecentes); II) quem praticar crime da mesma natureza, isto é, que protege o mesmo bem jurídico (ex. extorsão mediante seqüestro + latrocínio); e III) quem torna a praticar o mesmo tipo penal (ex. estupro + estupro). Neste caso, já que a lei não definiu o que vem a ser reincidência específica, cre-se ser mais adequada a primeira posição, pois todos os delitos da Lei 8.072/90 receberam idêntico tratamento, de modo que sua reiteração é igualmente perniciosa à sociedade.

3.6. NA EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE E DA EXTINÇÃO DA PENA

Antes de adentrar no tema, faz-se necessário conceituar o que vem a ser extinção de punibilidade, que para Nucci (2011, p. 593), é o desaparecimento da pretensão punitiva ou executória do Estado, em razão de específicos obstáculos previstos em lei. O rol do art. 107 do Código Penal é apenas exemplificativo, existindo várias outras causas em normas da Parte Especial e das leis penais especiais.

O momento de ocorrência para Nucci é (2011, p. 595): Concretizando-se a causa de extinção de punibilidade antes do trânsito em julgado da sentença, atinge-se o direito de punir (*jus puniendi*) do Estado, não persistindo qualquer efeito do processo ou da sentença condenatória eventualmente proferida. Por exemplo, prescrição da pretensão punitiva, decadência, renúncia.

Quando a extinção da punibilidade ocorrer após o trânsito em julgado, extingue-se a pretensão executória do Estado – imposição da pena – remanescendo, no entanto, os efeitos secundários da sentença condenatória, tais como: lançamento do nome do condenado no rol dos culpados, possibilidade de gerar a reincidência e maus antecedentes, entre outros. Como por exemplo, indulto, (NUCCI, 2011, p. 595/596).

Barreiros (2008) dispõe que em relação à extinção da punibilidade, Fragoso explica que se esta ocorreu por anistia ou pela superveniência de lei que deixou de considerar o fato criminoso (*abolitio criminis*), a condenação vinculada a essas situações não tem o condão de gerar reincidência, diferentemente de "todos os demais casos em que a extinção da punibilidade apenas exclui a possibilidade jurídica de imposição de pena, deixando inalterável a qualificação do fato delituoso".

3.6.1. Na Graça/Indulto/Comutação

Visando iniciar o estudo sobre o indulto, primeiramente é necessário fazer a distinção entre o indulto individual e o coletivo. A graça ou indulto individual é o perdão total ou parcial da pena destinado a uma pessoa determinada; enquanto o indulto coletivo é o perdão total ou parcial da pena, e, é destinado a um grupo de condenados.

Para Nucci (2011, p. 598-599), graça ou indulto individual, é a clemência destinada a uma pessoa determinada, não dizendo respeito a fatos criminosos. A Lei de Execução Penal passou a chamá-la, corretamente, de indulto individual (arts. 188 a 192), embora a Constituição Federal tenha entrado em contradição a esse respeito. O art. 5º, XLIII, utiliza o termo graça e o art. 84, XII, refere-se tão somente a indulto, portanto, diante dessa flagrante indefinição, o melhor a fazer é aceitar as duas denominações: graça ou indulto individual. Art. 5º, XLIII e art. 84, XII da CF, *in verbis*:

XLIII - a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem;

XII - conceder indulto e comutar penas, com audiência, se necessário, dos órgãos instituídos em lei;

A graça/indulto individual pode ser total ou parcial. Total se alcançar todas as sanções imposta ao condenado, extinguindo a punibilidade total do agente; ou parcial, também conhecida como comutação abrange apenas alguns aspectos da condenação, nesse caso não extingue a punibilidade do agente.

O indulto coletivo só tem o condão de apagar apenas os efeitos executórios da condenação, mais não apaga os efeitos secundários, como por exemplo, a reincidência.

O indulto coletivo, como já mencionado anteriormente, é a clemência destinada a um grupo de sentenciados, tendo em vista a duração das penas aplicadas, podendo exigir requisitos subjetivos (tais como primariedade, comportamento carcerário, antecedentes) e objetivos (por exemplo, o cumprimento de certo montante da pena, a exclusão de certos tipos de crimes) (NUCCI, 2011, p. 600).

Assim, como na graça ou indulto individual, o indulto coletivo parcial também é chamado de comutação e não extingue a punibilidade, visto que recai apenas sobre alguns aspectos da condenação, diminuindo ou substituindo a pena por outra mais branda.

Para Damásio (2006, p. 694), os efeitos da graça e do indulto, somente extinguem a punibilidade, subsistindo o crime, a condenação irrecorrível e seus efeitos secundários (salvo o caso do indulto ser concedido antes do trânsito em julgado da sentença condenatória). Assim, o sujeito agraciado ou indultado que vier a cometer novo crime, será considerado reincidente.

Pode-se verificar os efeitos da reincidência no indulto e na comutação, com base no Decreto nº 7.648/2011, de 21 de dezembro de 2011 (Concede indulto natalino e comutação de penas), pois o condenado reincidente tem que cumprir uma parcela maior de sua pena para poder ser beneficiado. Ou seja, o condenado em crime comum tem que cumprir no mínimo um quarto (1/4) se primário, enquanto o reincidente tem que cumprir no mínimo metade (1/2), de sua pena para ter o benefício do indulto total, conforme art. 1º do referido decreto.

Verifica-se que o referido decreto também trouxe maior rigor nos requisitos da comutação para o condenado reincidente, uma vez que, o condenado em crime comum tem que cumprir no mínimo um quarto (1/4), se primário e um terço (1/3) se reincidente, conforme o art. 2º do citado decreto.

3.6.2. Na Prescrição

Segundo Paulo Queiroz (2008, p. 420), prescrição é a extinção do direito de punir do Estado em virtude de decurso de prazo legal para o exercício da ação penal ou para promover a execução da sentença penal condenatória. No primeiro caso haverá prescrição da pretensão punitiva ou prescrição da ação; enquanto que no segundo há prescrição da pretensão executória ou prescrição da condenação.

A prescrição constitui mais uma causa de extinção de punibilidade, prevista no art. 107, IV, 1ª parte do Código Penal.

A reincidência é uma das causas modificadoras do lapso prescricional, pois a reincidência reconhecida na sentença eleva em um terço o prazo prescricional, conforme ensinamento de Bitencourt (2009, p. 288).

Além de ser causa modificadora do lapso prescricional, a reincidência também tem o condão de interromper o curso da prescrição executória, conforme art. 117 VI do Código Penal.

A reincidência, a rigor, tem dois efeitos: aumentar o prazo prescricional (art. 110, caput) e interromper o seu curso (art. 117 VI), conforme já mencionado anteriormente. Segundo uma corrente, o momento de interrupção da prescrição não é determinado pela prática do segundo crime, mas pela sentença condenatória que reconhece a prática do ilícito, pressuposto daquela. Em sentido contrário, outra corrente, minoritária, entende que a interrupção ocorre na data do novo crime, uma vez que a reincidência seria fática e não jurídica (BITENCOURT, 2009, p. 302).

O entendimento é de que o aumento do lapso prescricional é aplicado, tão somente, a prescrição da pretensão executória. Isto é, após o trânsito em julgado da sentença condenatória, conforme jurisprudência do STF, abaixo colacionada:

EMENTA: EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. CONTRADIÇÃO. OCORRÊNCIA. EMBARGOS ACOLHIDOS. Pelos parâmetros fixados em primeira e segunda instância, a pena acabou sendo fixada em seis anos, dez meses e quinze dias, o que leva o prazo prescricional para doze anos (CP, art. 109, III, c/c o art. 110), o qual deve ser reduzido pela metade, dada a menoridade do embargante ao tempo do crime, conforme apontado pelo Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul. A isso acresce o fato de que, conforme jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, o "aumento de um terço no prazo da prescrição em razão da reincidência não incide na prescrição da pretensão punitiva" (HC 96.009, rel. min. Cármen Lúcia, DJe de 15.5.2009). Assim, tendo decorrido mais da metade do prazo prescricional de doze anos entre as causas interruptivas geradas pelo recebimento da denúncia e pela publicação da sentença condenatória recorrível, impõe-se o reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva. Embargos de declaração acolhidos, a fim de sanada a contradição apontada, declarar extinta a punibilidade do embargante, pela prescrição da pretensão punitiva. (HC 96730 ED, Relator(a): Min. JOAQUIM BARBOSA, Segunda Turma, julgado em 28/09/2010, DJe-200 DIVULG 21-10-2010 PUBLIC 22-10-2010 EMENT VOL-02420-02 PP-00302).

Portanto, não é admitida a aplicação do aumento do lapso prescricional na prescrição da pretensão punitiva retroativa, e nem na prescrição da pretensão punitiva intercorrente ou subsequente.

Em se verificando que o sentenciado é reincidente, o prazo de prescrição aumentará de um terço (1/3), relativamente à infração em que tal for reconhecido, mas esse aumento só é aplicável à prescrição da pretensão executória. Nesse sentido, dispõe a Súmula 220 do STJ: "a reincidência não influi no prazo da prescrição da pretensão punitiva". Nos demais casos – a prescrição retroativa e superveniente – não incidirá o aumento, haja vista que tais modalidades de prescrição, ao atingirem a pretensão punitiva, desconstituem a própria sentença. (PAULO QUEIROZ, 2008, p. 425).

A extinção da pena se dá pelo cumprimento integral da pena imposta na sentença condenatória, e a data de sua extinção é considerada como um dos marcos iniciais da contagem do prazo depurador para efeito da reincidência.

Barreiro (2008) explica que há regras para a contagem desse prazo depurador a serem aplicadas a cada caso específico, as quais foram assim sistematizadas por Capez da seguinte forma:

a) se a pena foi cumprida: a contagem do quinquênio inicia-se na data em que o agente termina o cumprimento da pena, mesmo unificada. O dispositivo se refere ao cumprimento das penas, o que exclui as medidas de segurança;

b) se a pena foi extinta por qualquer causa: inicia-se o prazo a partir da data em que a extinção da pena realmente ocorreu e não da data da decretação da extinção;

b) se foi cumprido o período de prova da suspensão ou do livramento condicional: o termo inicial dessa contagem é a data da audiência de advertência do sursis ou do livramento.

3.7. NA REABILITAÇÃO

A reabilitação é a suspensão, por decisão judicial, de alguns efeitos da condenação em favor do condenado que apresenta comportamento social satisfatório posteriormente à extinção da pena (PAULO QUEIROZ, 2008, p. 438).

A reabilitação se trata de instituto que não extingue, mas tão somente suspende alguns efeitos penais da sentença condenatória, visto que, a qualquer tempo, revogada a reabilitação, se restabelece o *statu quo ante* (COSTA JR., 2009, p.254).

A reabilitação distingue-se da revisão, porque esta, quando deferida, pode apagar definitivamente a condenação anterior, enquanto aquela não tem esse efeito. Se o reabilitado vier a cometer novo crime será considerado reincidente, ressalvado o disposto no art. 64 do CP (exposição de motivos da nova parte geral do código penal, n. 85).

A reabilitação será revogada se o reabilitado for condenado, como reincidente, por decisão definitiva a pena que não seja de multa. Portanto, duas são as condições para a revogação: A primeira, que o reabilitado tenha sido condenado como reincidente, por decisão definitiva, e para que isso ocorra é necessário que entre a data do cumprimento ou extinção da pena e a infração posterior não tenha decorrido período de tempo superior a 5 (cinco) anos (art. 64). E a segunda, que a

pena aplicada seja restritiva de direitos ou privativa da liberdade (exposição de motivos da nova parte geral do código penal, n. 86).

Vale ressaltar que a reabilitação não tem o condão de excluir a reincidência, ao contrário ela é causa de revogação da reabilitação, conforme art. 95 do CP.

Para Nucci (2011, p. 575), a reabilitação e a reincidência são institutos totalmente diferentes, embora possuam conexões: a) a reabilitação não extingue a condenação anterior para efeito de reincidência, de modo que o reabilitado, cometendo novo crime, pode tornar-se reincidente; e b) a reincidência pode servir para revogar a reabilitação (art. 95 do CP).

3.8. A REINCIDÊNCIA NA LEI 11.343/06 (LEI DE DROGAS)

Como na Lei 11.343/06 (Lei de Drogas), não seria diferente das outras leis, os efeitos da reincidência podem ser encontrados em vários dos seus artigos.

Primeiramente, podemos observar que houve um abrandamento em relação às penas previstas no art. 28, da lei 11.343/06, considerando que, anteriormente o usuário que portava droga se condenado recebia como pena a detenção de 6 meses a 2 anos. E atualmente as penas podem ser de advertência sobre os efeitos do uso de drogas, prestação de serviços a comunidade ou comparecimento a programas educativos (cursos, palestras, etc.), tendo como duração máxima de 5 meses.

Ocorre que o legislador ao conceder esse abrandamento, não deixou de tratar o reincidente com mais rigor do que o primário, uma vez que, duplicou o tempo de duração da prestação de serviços à comunidade. Tais como medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo, podendo o prazo chegar a 10 meses, conforme art. 28, § 4º da Lei 11.343/09.

Observa-se que o legislador também tratou com mais rigor o traficante reincidente, visto que, vedou aplicação do privilégio do § 4º do art. 33 da referida lei,

bem como o livramento condicional aos reincidentes específicos, conforme art. 44, parágrafo único, como já abordado no tópico 2.6, desse trabalho.

Vale ressaltar que a inconstitucionalidade do art. 44 da lei 11.343/06, reconhecida pelo STF em 01/09/2010 – HC 97.256/RS, tornando possível a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direito do condenado por tráfico de entorpecentes e drogas afins, também não se aplica ao condenado reincidente. Porque, o legislador ao aplicar a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direito, vai analisar se o condenado preenche os requisitos do art. 44, do Código Penal, no qual um dos requisitos é não ser o condenado reincidente em crime doloso, por isso não se aplica essa substituição, pois os crimes previstos na Lei 11.343/06 não têm a modalidade culposa.

3.9. OUTROS EFEITOS

Além de um breve resumo dos efeitos da reincidência já mencionados nos tópicos acima, segue também abaixo outros efeitos:

Segundo Barreto (2008): a reincidência, como circunstância agravante, tem significativo relevo, por se refletir sobre um elevado número de situações jurídicas previstas na lei penal. Acerca do tema, Prado elencou essas hipóteses:

Influi na medida da culpabilidade, em razão da maior reprovabilidade pessoal da ação ou omissão típica e ilícita. Além de preponderar no concurso de circunstâncias agravantes (art. 67, CP), a reincidência impede a concessão da suspensão condicional da pena e a substituição da pena privativa de liberdade por pena restritiva de direito ou multa, na hipótese de crime doloso (CF. arts. 44, II; 60, § 2º e 77, I, CP). Aumenta o prazo de cumprimento da pena para obtenção do livramento condicional, se dolosa (art. 93, II); obsta que o regime inicial de cumprimento da pena seja aberto ou semiaberto, salvo em se tratando de pena detentiva (art. 33, § 2º, b e c). Produz revogação obrigatória do sursis na condenação por crime doloso (art. 91, I) e a revogação facultativa, na hipótese de condenação por crime culposo ou por contravenção (art. 91, § 1º). Acarreta revogação obrigatória do

livramento condicional, sobrevindo condenação a pena privativa de liberdade (art. 96) ou a revogação facultativa daquele benefício, em caso de crime ou contravenção, se não imposta pena privativa de liberdade (art. 97). Revoga a reabilitação quando sobrevier condenação a pena que não seja de multa (art. 95); aumenta de um terço o prazo prescricional da pretensão executória (art. 110, caput); interrompe a prescrição (art. 117, VI) e impede o reconhecimento de algumas causas de diminuição de pena (v. g. arts. 155, § 2º – furto privilegiado; art. 170 – apropriação indébita privilegiada e art. 171, § 1º – estelionato privilegiado, CP) e a prestação de fiança, em caso de condenação por delito doloso (art. 323, III, CPP).

4 CONSTITUCIONALIDADE *VERSUS* INCONSTITUCIONALIDADE DA REINCIDÊNCIA PENAL

Tramita no Supremo Tribunal Federal o RE 591.563/RS, discutindo sobre a constitucionalidade da aplicação do instituto da reincidência penal, uma das

alegações é a de que o instituto feriria um dos princípios norteadores do ordenamento jurídico: o de que ninguém pode ser julgado e punido duas vezes pelo mesmo fato (conhecido no meio jurídico como *non bis in idem*), e que seria inconstitucional levar em conta a reincidência para restringir ainda mais a liberdade daquele que já cumpriu pena.

O Supremo Tribunal Federal reconheceu a repercussão Geral do RE 591.563/RS em decisão publicada no DJE 24/10/2008 ATA Nº 25, de 21/10/2008 - DJE nº 202, divulgado em 23/10/2008, *in verbis*.

EMENTA: RECURSO. Extraordinário. Reincidência. Decisão que afastou a aplicação da circunstância agravante prevista no art. 61, I, do Código Penal. Questão da recepção da norma pela Constituição Federal. Relevância. Repercussão geral reconhecida. Apresenta repercussão geral o recurso extraordinário que verse sobre a questão de recepção, pela Constituição da República, do art. 61, I, do Código Penal.

A discussão versa sobre a não recepção do instituto da reincidência penal pela Constituição Federal de 1988. Até a presente data, ainda, está pendente o julgamento do Recurso Extraordinário.

A respeito desse tema muitos doutrinadores vêm se posicionando pela inconstitucionalidade da aplicação do instituto da reincidência como agravamento da pena, conforme exposto abaixo.

É nesse sentido as lições dos mestres Zaffaroni e Pierangeli (2011, p. 719): “A agravação da pena pela reincidência não é compatível com os princípios de um direito penal de garantias e a sua constitucionalidade é sumamente discutível.”

Apesar de consagrada pela maioria dos Códigos, a reincidência, que encerra uma presunção absoluta de maior periculosidade do réu, é sem dúvida incompatível com os princípios penais, particularmente com os princípios da proporcionalidade e da ofensividade (PAULO QUEIROZ, 2008, p. 343).

Ainda segundo Paulo Queiroz (2008, p. 343), com a relativização determinada pelo princípio da presunção legal de inocência, o instituto da reincidência perdeu grandemente o seu sentido, uma vez que nem sempre o réu reincidente é mais perigoso do que o não reincidente.

A Jurisprudência abaixo colacionada é bem clara no sentido de que, não se pode mensurar a periculosidade do agente pela sua reincidência.

Não se pode agravar a punição pela reincidência. Em primeiro lugar, trata-se o aumento pela agravante de verdadeiro *bis in idem*, situação proibida pela Constituição. Incluí-la, ainda, como causa de agravamento da pena não leva em conta que o acusado reincidente nem sempre é mais perverso, mais culpável, mais perigoso, em confronto com o delinquente primário. Depois, não pode o próprio Estado, na verdade um estimulador da reincidência, exigir que se exacerbe a punição, a pretexto de que o agente desrespeitou a sentença anterior (TJRS – EI – Rel. Sylvio Baptista Neto – j. 18.05.2001 – RJTJRS 210/94).

Partindo dessa premissa, não seria correta a aplicação do instituto da reincidência como fundamento da maior ou menor periculosidade do agente, visto que, a condição de reincidente não constitui um sintoma de maior perigosidade; já que, o agente pode ser primário mais ter cometido vários delitos graves, assim como pode ser reincidente mais ter cometido diversos crimes de menor potencial ofensivo.

Conforme o ensinamento de Paulo Queiroz (2008, p. 343), a reincidência não passa, como assinala Muñoz Conde, de uma pena tarifada, na medida em que ela atua como causa de agravamento da pena fundada em fatos diversos, gerador de culpabilidade e de responsabilidade próprias, de modo que o plus de gravidade decorrente da reincidência equivale à pena sem culpabilidade, estranho ao fato e que importa dupla valoração da mesma causa, constituindo *bis in idem*,

Por isso é que Cobo Del Rosal e Vives Antón propõem a abolição pura e simples do instituto, porque, além de incompatível com um direito penal da culpabilidade pelo fato, está evidenciada sua total ineficácia (PAULO QUEIROZ, 2008, p. 343).

Segundo Juarez Cirino (2007, p. 572), é necessário conhecer: se o novo crime é cometido após a passagem do agente pelo sistema formal de controle social, com efetivo cumprimento da pena criminal. O processo de deformação e embrutecimento pessoal do sistema penitenciário deveria induzir o legislador a incluir a reincidência real entre as circunstâncias atenuantes, como produto específico da atuação deficiente e predatório do Estado sobre sujeitos criminalizados.

Ainda para o doutrinador, também é necessário conhecer se o novo crime é cometido após simples formalidade do trânsito em julgado da condenação anterior, a reincidência ficta não indica qualquer presunção de periculosidade capaz de fundamentar circunstâncias agravantes.

Juarez Cirino (2007, p. 572), conclui dizendo que, nenhuma das hipóteses de reincidência real ou ficta indica situação de rebeldia contra a ordem social garantida pelo Direito Penal. Para ele a reincidência real deveria ser circunstâncias atenuantes e a reincidência ficta é, de fato, um indiferente penal.

Há, por parte de alguns magistrados, a moderna concepção de represália ao instituto da reincidência criminal. Nessa linha, Amilton Bueno de Carvalho proferiu decisão:

Ementa: Habeas corpus. Prisão preventiva. Requisitos legais. Presunção de periculosidade pela probabilidade de reincidência. Inadmissibilidade. - A futurologia perigosista, reflexo da absorção do aparato teórico da Escola Positiva que, desde muito, têm demonstrado seus efeitos nefastos: excessos punitivos de regimes políticos totalitários, estigmatização e marginalização de determinadas classes sociais (alvo do controle punitivo), tem acarretado a proliferação de regras e técnicas vagas e ilegítimas de controle social no sistema punitivo, onde o sujeito considerado como portador de uma perigosidade social, da qual não pode subtrair-se, torna-se presa fácil ao aniquilante sistema de exclusão social. A ordem pública, requisito legal amplo, aberto e carente de sólidos critérios de constatação (fruto desta ideologia perigosista), portanto, antidemocrático facilmente enquadrável a qualquer situação, é aqui genérica e abstratamente invocada, mera repetição da lei, já que nenhum dado fático, objetivo e concreto, há a sustentá-la. Fundamento prisional genérico, anti-garantista, insuficiente, portanto. A gravidade do delito, por si só, também não sustenta o cárcere extemporâneo: ausente previsão constitucional e legal de prisão automática por qualquer espécie delitiva. Necessária, e sempre, a presença dos requisitos legais (apelação-crime 70006140693, j. em 12/03/2003). - À unanimidade, concederam a ordem. (Habeas corpus nº 70006140693, quinta câmara criminal, Tribunal de Justiça do RS, relator: Amilton Bueno de Carvalho, julgado em 23/04/2003).

Após o ensinamento de Juarez Cirino, pode-se visualizar que a reincidência penal em sua definição legal deixa claro o desvirtuamento do lado relevante do instituto, ou seja, a análise pormenorizada das circunstâncias que levaram o indivíduo a cometer um novo crime, levando tão somente a observar o caráter subjetivo do agente.

A análise pífia, que pressupõe periculosidade do indivíduo em função do trânsito em julgado de condenação anterior, massacra de uma forma simples o indivíduo, com dupla punição do crime anterior; a primeira punição é a pena aplicada ao crime anterior, e a segunda punição é o *quantum* de acréscimo obrigatório da pena do crime posterior, por força da reincidência, segundo preceitua Juarez Cirino (2007, p.572)

Lyra (1958, p. 332), dizia que alguns doutrinadores, entre eles CABNOT, ALAUZEF, ISSOT, KÖSTLEIN, MERKEL, GESTERLING, MRRTERMAYER, PAGANO, CARMIGNANI, GIULIANI, PESSINA, BUCELLATTI, manifestaram-se pela improcedência da agravante, uma vez que a reincidência, dependente de circunstâncias ou condições sociais não-imputáveis ao indivíduo, não concorreria para aumentar o dano material, moral e político do delito. A pena anterior fora cumprida, e, reviver o crime, que a ela dera lugar, constituiria quebra do princípio *non bis in idem*, e injusta invasão do terreno da moral. A reincidência seria indício de anormalidade.

Ainda conforme Lyra (1958, p. 332), KLEINSCHROD culpa a sociedade pela reincidência, propiciando o ambiente de vício e corrupção, a falta de trabalho, a má distribuição da riqueza, a defeituosíssima organização penal e penitenciária, criando as circunstâncias que arrastam à reincidência.

Os criminalistas modernos entendem que nem sempre o reincidente é um delinquente crônico perigoso. Muitas vezes, a reincidência pode ser produto de um fator ocasional, tal como uma situação econômica desesperadora, que sanada pode não mais apresentar esse fator (FRANCO, 2010, p. 268).

Para Zaffaroni (2001, p. 529), todo sujeito age numa circunstância determinada e com um âmbito de autodeterminação também determinada. Em sua própria personalidade há uma contribuição para esse âmbito de autodeterminação, posto que a sociedade – por melhor organizada que seja – nunca tem a possibilidade de brindar a todos os homens com as mesmas oportunidades, em consequência, existem sujeitos que têm um menor âmbito de autodeterminação, condicionado desta maneira por causas sociais. Não será possível atribuir estas causas sociais ao sujeito e sobrecarregá-lo com elas no momento da reprovação de culpabilidade. Costuma-se dizer que há aqui a “cocolpabilidade”, com a qual a própria sociedade deve arcar.

4.1. AS CONSEQUÊNCIAS DO JULGAMENTO DO RE 591.563/RS

Alberto Franco (2010, p. 08-09) alerta que a reincidência, enquanto agravante, não apenas aplica oficialmente através de manifestação judicial no segundo processo o rótulo de reincidente ao condenado por fato criminoso anterior, como também valora penalmente o fato precedente para efeito de agregar maior gravidade à pena cominada para o segundo delito, tomando-se a sentença condenatória anterior como pressuposto do plus punitivo. É evidente que um mesmo fato não pode ser duplamente aferido, posto que a maior gravidade da pena do segundo delito é um plus de gravidade por causa do primeiro. O que faz, no fundo, com que o delito anterior surta efeitos jurídicos duas vezes e que haja assim ‘uma inadmissível reiteração no exercício do *ius puniendi* do Estado’.

Para Gomes (2007, p. 460), a culpabilidade, no contexto do art. 59 do CP, significa a posição do agente frente ao bem jurídico afetado. Tem ela, no Direito Penal, tríplice função: “a) de fundamento da pena; b) de limite da pena (cada um é punido nos limites de sua culpabilidade – CP, art. 29); e c) de fator de graduação de pena (CP, art. 59)”.

Analisando o significado de culpabilidade, segundo contexto do art. 59 do CP, pode-se inferir que se cada um é punido nos limites de sua culpabilidade, como pode o Estado punir uma pessoa várias vezes pelo mesmo fato, pois é o que ocorre quando é aplicado o instituto da reincidência para agravar a pena de um agente por fato praticado por ele anteriormente, e que em muitas vezes o agente já cumpriu toda sua pena anterior.

O novo projeto do Código Penal em tramitação no Senado Federal, se aprovado, já traz uma relativização dos efeitos da reincidência. Posto que, segundo a proposta, os magistrados poderão afastar a reincidência quando o condenado já tiver cumprido toda sua pena do crime anterior, e as condições pessoais do apenado sejam favoráveis à sua inserção social, *in verbis*.

Reincidência

Art. 78. Verifica-se a reincidência quando o agente comete novo crime depois de transitar em julgado a sentença que, no País ou no estrangeiro, o tenha condenado por crime anterior.

Art. 79. Para efeito de reincidência:

I - não prevalece a condenação anterior, se entre a data do cumprimento ou extinção da pena e a infração posterior tiver decorrido período de tempo superior a 5 (cinco) anos.

II - não se consideram os crimes militares próprios e políticos e os punidos com pena restritiva de direitos e/ ou multa.

Parágrafo único. O juiz poderá desconsiderar a reincidência quando o condenado já tiver cumprido a pena pelo crime anterior e as atuais condições pessoais sejam favoráveis à ressocialização. Grifo nosso. (BRASIL, 2012).

Destaca-se que, caso essa relativização da reincidência seja aprovada pelo Legislativo, o afastamento desta repercutirá fortemente na fixação do regime inicial de cumprimento da pena e, posteriormente, na sua progressão.

Vale ressaltar que, a legislação infraconstitucional deverá se adequar ao disposto na Constituição Federal, para evitar confronto com o Ordenamento Jurídico Pátrio. Sendo assim, a confirmação do instituto da reincidência penal deve atentar-se a esse parâmetro. Ocorre que, muitos doutrinadores apontam a afronta ao artigo 5º, XXXVI, da CF/88 que dispõe sobre a “coisa julgada”, alegando que a majoração da pena confronta-se com o referido artigo.

Por outro lado, caso o STF julgue pela inconstitucionalidade da aplicação da reincidência penal desagradaria à maioria da sociedade, porque dessa forma poderia passar uma sensação de impunibilidade. Embora mesmo que essa medida desagradasse à maioria da sociedade, impediria a injustiça, pois, quando o Estado penaliza o agente pelo que é, e não apenas pelo que fez, está agindo inconstitucionalmente.

A aplicação da reincidência criminal, conforme todo o exposto é incompatível com um Estado Democrático de Direito, pois, não existe outra fundamentação ou argumentação que possa defender a aplicação desse instituto sem ferir princípios constitucionais, ou um Direito Penal de garantias. Demonstra-se com a aplicação da reincidência criminal que o Direito Penal do fato é deixado de lado, e o que vem a ser analisado através desse instituto será o Direito Penal do autor.

A exclusão da reincidência criminal, uma norma penal constitutiva, traria o desaparecimento da consagração legal da estigmatização do agente, recuperando assim um Direito Penal de garantias, fazendo com que o Direito Penal dê um

significativo passo para a existência de um Estado Democrático de Direito de fato (CARVALHO, 2001, p. 119).

A reincidência criminal como as condutas relativas à vida social do agente vem apenas para gerar uma iludida segurança jurídica, pois, uma pena mais gravosa, mais longa, não irá solucionar o problema da criminalidade, mas sim irá diferenciar pessoas.

Resta para finalizar este trabalho, novamente mencionar a jurisprudência proferida pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, na qual foi defendido um Direto Penal de garantias, demonstrando que a agravação da pena não é a solução, mas sim a defesa das garantias constitucionais. Tirando assim a essência da teoria Garantista, que vem para defender preceitos constitucionais, aplicando o Código Penal e Processo Penal sempre em conformidade com a Constituição Federal.

Finalizando, fica demonstrado, após todo o conteúdo presente neste trabalho, que a reincidência criminal gera inúmeros ferimentos a norma constitucional e inúmeras privações de garantias legalmente previstas ao agente. Não restando dúvida de que a reincidência criminal é um instituto incompatível com o sistema jurídico brasileiro.

5 CONCLUSÃO

Ao término deste trabalho, em que se analisou o instituto criminal da reincidência frente aos princípios penais constitucionais é de suma importância estabelecer algumas conclusões.

Apesar de o instituto da reincidência criminal ser aplicado mormente pela jurisprudência e defendido, mesmo que sem muito embasamento científico, pela maioria da doutrina nacional, este instituto merece ser estudado mais profundamente.

Como visto, a reincidência demonstra-se incompatível com o direito constitucional de garantias e valores aos cidadãos. A reincidência carece de significado, pois como visto, a função declarada da pena de ressocialização é utópica e discriminadora.

A pena não tem este poder de ressocialização, na verdade a pena é um meio ainda maior de dessocialização e de estigmatização dos indivíduos selecionados pelo sistema penal.

Neste sentido, para o Brasil, sendo este um Estado Democrático de Direito, é inadmissível punir pessoas pelo simples fato de ser ou viver. Não se pode invadir a intimidade das pessoas e, como se fossem robôs ou máquinas, determinar certas condutas “socialmente corretas”.

Não é possível voltar à época em que a religião dominava a população, e determinava a forma de vestir, trabalhar e até de ser dos cidadãos.

Neste contexto, é sim possível afirmar que a reincidência fere princípios penais constitucionais, pois, o Código de Direito Penal bem como o Código de Direito Processual Penal não podem ser analisados isoladamente, visto que, eles fazem parte de um conjunto de normas e valores hierárquicos, no qual a Constituição é o degrau Máximo nessa cadeia, e todas as outras normas devem respeito a ela.

Sob este aspecto, especificamente, a reincidência precisa ser reanalisada a luz desses valores, pois as normas não estão soltas no mundo jurídico.

A Constituição Brasileira de 1988 introduziu a possibilidade de reestudar vários institutos, vez que, por se tratar de uma constituição inovadoramente, democrática e social, surge recheada de vários princípios e direitos fundamentais.

Como dito, estudando mais profundamente o tema, viu-se que esta se demonstra totalmente incompatível com o Estado Democrático de Direito, ferindo, princípios constitucionais que são à base do direito brasileiro.

Por fim, o objetivo principal deste trabalho foi reestudar o fenômeno da reincidência a luz da constituição, já que, vários institutos permaneceram vigentes no mundo jurídico sem serem válidos.

A partir deste reexame ficou claramente demonstrado que o instituto criminal da reincidência não tem mais espaço no atual sistema penal brasileiro, por estar em desacordo com a Constituição Federal da República. E foi explanado que há desacordo com o sistema penal brasileiro que não pune só o fato cometido pelo o indivíduo, pune também o indivíduo em si, sua personalidade, tendências e pensamentos.

Portanto, observa-se que somente uma medida única e sensata por parte do STF, seria extinguir de vez a aplicação da reincidência como forma de agravação da pena, como já fizeram outros países.

Com efeito, o primeiro destaque que merece respeito é a assertiva de que a pena agravada em virtude da reincidência não se justifica *per si*, uma vez que a sua aplicação acaba por prejudicar o agente no seu retorno à sociedade, em razão do eterno estigma que se verifica. Ademais, o delinquente reincidente nem sempre é o mais culpável ou o mais perigoso, em confronto com alguns primários.

Deve-se considerar, igualmente, que não pode o próprio Estado ser um dos estimuladores da reincidência – a medida em que, em oposição ao que se propõe, submete o condenado a um processo que não o socializa, desestruturando a personalidade dos condenados por meio de um sistema penitenciário desumano e marginalizador, o que exacerba a punição a pretexto de que o agente desrespeitou a sentença anterior.

Portanto, não restam dúvidas de que o instituto da reincidência opera ao desabrigo da Constituição da República e, por conseguinte, fere o garantismo penal, pilar do Estado Democrático e Social de Direito.

REFERÊNCIAS

BARREIROS, Yvana Savedra de Andrade. A reincidência no sistema jurídico brasileiro. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 16 out. 2008. Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/?colunas&colunista=34_&ver=78>. Acesso em: 10 set. 2012.

BITENCOURT, Cezar Roberto – Código Penal Comentado, 5ª Ed. Atual – São Paulo: Saraiva 2009.

BRASIL. Decreto Lei 3.688/4. Lei de Contravenções Penais. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3688.htm>. Acesso em 19 ago.2012.

BRASIL. Decreto Lei 9.503/97. Código de Trânsito Brasileiro: Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9503.htm. acesso em 01 set.2012.

CAPEZ, Fernando. Curso de Direito Penal: Parte Geral. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva 2001.

Código Ambiental: Disponível BRASIL. Decreto Lei 9.605/98. em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9605.htm. Acesso em 01 set.2012

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA – cartilha da pessoa presa – 2ª edição, 2010. Disponível em: <http://www.slideshare.net/mana5066/cartilha-da-pessoa-presa>. Acesso em 02/09/2012.

COSTA JR., Paulo José da. 1925. Curso de Direito Penal – 10 ed. Ver. Atual – São Paulo: Saraiva 2009.

EXPOSIÇÃO DE MOTIVOS DA NOVA PARTE GERAL DO CÓDIGO PENAL: Disponível em: http://www.ombadvocacia.com.br/acervo/LEIS/L7209_84.PDF (Ibrahim Abi-Ackel). Acesso em 27 ago. 2012.

FRANCO, Alberto Silva e NUCCI, Guilherme de Souza. Direito Penal. v.4, São Paulo: editora Revista dos tribunais, 2010.

FRANCO, Alberto Silva. Sobre a Não Recepção da Reincidência pela Constituição Federal de 1988: Breves Anotações. In Direito Penal na Atualidade, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2010.

GOMES, Luiz Flávio e MOLINA, Antonio García-Pablos de. Direito Penal: parte geral. volume 2 São Paulo: revista dos Tribunais, 2007.

GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal-7º Ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2006.

JESUS, Damásio E. de, 1935 – Direito Penal, volume 1: parte geral – 28. Ed. rev. – São Paulo: Saraiva 2005.

LYRA Roberto. Comentários ao Código Penal. Decreto-lei n.º 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Volume II. Arts.28 a 74. Rio de Janeiro: Forense, 1958.

MIRABETE, Júlio Fabbrini, Manual de Direito Penal – 22. Ed. – São Paulo: Atlas, 2005.

NUCCI, Guilherme de Souza, Manual de Direito Penal, parte geral/parte especial – 7ª edição – São Paulo – Revista dos Tribunais, 2011.

PAULA, Áureo Natal de. Efeitos da reincidência de acordo com a doutrina. Jus Navigandi, Teresina, ano 8, n. 65, 1 maio 2003. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/4009> >. Acesso em: 01 set. 2012.

PAULO, Queiroz – Direito Penal - parte geral - 4ª edição – Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

SANTOS, Juarez Cirino dos – Direito Penal: parte geral – 2. Ed. – Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2007.

SENADO FEDERAL – Disponível em:
http://www.senado.gov.br/senado/alosenado/projetos_solicitados.asp. Acesso em 19
set. 2012

STF. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/pesquisarProcesso.asp?tipo=AC>. Acesso em 11 set. 2012.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl – manual de direito penal brasileiro: volume 1: parte geral / Eugenio Raúl Zaffaroni, José Henrique Pierangeli. – 9. Ed. ver. E atual. – São Paulo: editora Revista dos tribunais, 2011.