



**FACULDADE DOCTUM DE JOÃO MONLEVADE
REDE DE ENSINO DOCTUM**

FRANCISLÉIA REIS DA SILVA

**AS IMPLICAÇÕES DECORRENTES DA REINCIDÊNCIA SOB A ÓTICA DO
DIREITO PENAL BRASILEIRO**

João Monlevade

2015

FRANCISLÉIA REIS DA SILVA

**AS IMPLICAÇÕES DECORRENTES DA REINCIDÊNCIA SOB A ÓTICA DO
DIREITO PENAL BRASILEIRO**

**Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado à Coordenação de Curso
Direito da Faculdade Doctum de João
Monlevade - Rede de Ensino Doctum,
como requisito parcial para a obtenção
do título de bacharel em Direito.**

Área de concentração: Direito Penal

**Orientador: Prof. Fabiano Thales de
Paula Lima**

João Monlevade

2015

FRANCISLÉIA REIS DA SILVA

**AS IMPLICAÇÕES DECORRENTES DA REINCIDÊNCIA SOB A ÓTICA DO
DIREITO PENAL BRASILEIRO**

**Este Trabalho de Conclusão de Curso
foi julgado e aprovado, como requisito
parcial para a obtenção do título de
bacharel em Direito, na Faculdade
Doctum de João Monlevade - Rede de
Ensino Doctum, em 2015.**

Média final: _____

João Monlevade, de de 2015.

.....
Fabiano Thales de Paula Lima
Prof. Orientador
Coordenador de Curso

.....
MSc. Maria da Trindade Leite
Professora TCC II

Dedico à minha família, meu alicerce:
meus pais, meu irmão e o pequeno
Miguel.

AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus pela dádiva da vida e por ter colocado pessoas e situações únicas para proporcionar o meu crescimento e aperfeiçoamento; aos meus pais Dionízio e Marilda e ao meu irmão Francismar, pelo carinho, compreensão, paciência, apoio e incentivo constantes e irrestritos durante a minha caminhada; ao meu sobrinho Miguel por tornar os meus dias ainda mais felizes e especiais com a sua presença; aos professores Fabiano Thales de Paula Lima e Maria da Trindade Leite, pela disponibilidade e profissionalismo, pelo acompanhamento pontual e competente e sobretudo, pelo apoio e presença amiga em todos os momentos necessários; e a todos que, de alguma forma, contribuíram para a realização deste trabalho.

“O instituto da reincidência encontra-se presente, indistintamente, tanto nas legislações penais mais antigas como nas contemporâneas; tanto no direito penal pré-liberal, como no direito penal liberal; no direito penal de Estados autocráticos, assim como no de Estados democráticos, refletindo o sentimento aparentemente dominante na opinião pública de que o autor de um crime que persevera na prática delituosa merece sofrer um castigo mais rigoroso que possa mantê-lo afastado do convívio social ao máximo”. (PRADO, 2011, p. 604)

RESUMO

O instituto da reincidência é uma circunstância agravante e de aplicação obrigatória, consoante disposição do Código Penal Brasileiro. A aplicação de tal instituto acarreta diversas implicações negativas ao indivíduo que comete novo delito. Tais implicações não se limitam tão somente ao aumento da pena a ser cumprida pelo réu reincidente. A reincidência também atua como fator que irá dificultar e em alguns casos até mesmo impedir a concessão de variados benefícios legais previstos na legislação penal. Dentro deste contexto, a questão sobre a constitucionalidade ou não da aplicação desta agravante levanta questionamentos doutrinários. No que tange à jurisprudência, o Supremo Tribunal Federal já se posicionou sobre o assunto, declarando a constitucionalidade da aplicação do referido instituto. Entretanto, o tema ainda se mostra controvertido. Dentro deste cenário, através do presente Trabalho de Conclusão de Curso buscou-se, através de uma pesquisa bibliográfica ampla estudar tal instituto a fim de identificar e apresentar consequências negativas decorrentes da reincidência, conforme previsão na legislação penal brasileira. Além disso, foram trazidos os posicionamentos doutrinários divergentes, bem como o posicionamento do STF acerca da aplicação do instituto. E, ao final, com base em toda a pesquisa realizada, concluiu-se que o entendimento sobre a questão ainda não se demonstra pacificado.

Palavras-chave: Reincidência. Implicações legais. Constitucionalidade x inconstitucionalidade

ABSTRACT

The recidivism institute is an aggravating circumstance and of compulsory application, consonant the disposal of the Brazilian Penal Code. The application of such an institute carries several negative implications for the individual who commits new offense. These implications are not limited solely to increase the sentence to be served by a recidivist defendant. Recidivism also acts as a factor that will hinder and in some cases even prevent the granting of various legal benefits provided for in criminal law. Within this context, the question of the constitutionality or not of the application of the aggravating raises doctrinal questions. Regarding jurisprudence, the Supreme Court has positioned itself on the matter, declaring the constitutionality of the application of that institute. However, the subject is still controversial shows. Within this scenario, through this work Completion of course we tried to, through an extensive literature study such institute in order to identify and bring negative consequences of recidivism, as provided in the Brazilian criminal law. Moreover, they were brought divergent doctrinal positions and the position of the Supreme Court about the institute's application. And in the end, based on all the research done, it was concluded that the understanding of the issue has not yet pacified shows

Keywords: Recidivism. Legal implications. Constitutionality x unconstitutionality

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

CF/88	Constituição da República Federativa do Brasil (1988)
CP	Código Penal Brasileiro
CPP	Código de Processo Penal Brasileiro
RE	Recurso Extraordinário
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	11
2	PRINCÍPIOS PERTINENTES AO TEMA	14
2.1	Princípio da legalidade	14
2.2	Princípio da individualização da pena	15
2.3	Princípio da humanidade	17
3	REINCIDÊNCIA	19
3.1	Evolução do instituto da reincidência no direito penal brasileiro.....	19
3.2	Conceito	22
3.3	Espécies de reincidência	22
3.4	Prazo depurador	24
4	EFEITOS DA REINCIDÊNCIA	26
4.1	Na decretação da prisão preventiva	26
4.2	Na fixação da pena	28
4.3	Na fixação do regime inicial de cumprimento de pena	30
4.4	Na substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direito.....	32
4.5	Na suspensão condicional da pena	33
4.6	Na suspensão condicional do processo	34
4.7	Na prescrição	35
4.8	Na execução da pena	37
4.8.1	Progressão do regime de cumprimento de pena	37
4.8.2	Livramento condicional	38
4.9	Nos crimes patrimoniais	40
4.10	Na reabilitação	41
5	DIVERGÊNCIAS DOUTRINÁRIAS ACERCA DA APLICAÇÃO DO INSTITUTO DA REINCIDÊNCIA	43
5.1	Argumentos contrários	43
5.2	Argumentos favoráveis	45
6	RECURSO EXTRAORDINÁRIO 453000	48
6.1	Argumentos do Supremo Tribunal Federal acerca da constitucionalidade na aplicação da reincidência.....	49

7	CONSIDERAÇÕES FINAIS	52
	REFERÊNCIAS	54

1 INTRODUÇÃO

O instituto da reincidência está previsto no artigo 63 do Decreto Lei 2.848/1940 - Código Penal Brasileiro (CP), bem como no artigo 7º da Lei 3.688/41 - Lei de Contravenções Penais.

Tal instituto é verificado 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, ou 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.

No que concerne ao tema, alguns questionamentos se apresentam: Quais seriam as implicações legais decorrentes da reincidência criminal? A aplicação do referido instituto é ou não constitucional?

A aplicação desta agravante tem implicações negativas em variadas situações jurídicas previstas na lei penal, tais como: admite a decretação de prisão preventiva, no caso da reincidência em crime doloso, conforme previsto no art. 313, II do Código de Processo Penal Brasileiro (CPP); agrava a pena (art. 61, I do CP) e o regime prisional (art. 33, § 2º do mesmo diploma legal); impede a suspensão condicional da pena, em crimes dolosos (art. 77, I do CP) e a suspensão condicional do processo (art. 89 da Lei 9.099/95); dificulta a substituição da pena privativa de liberdade por pena restritiva de direitos (art. 44, II c/c § 3º do CP); é causa interruptiva da prescrição (art. 117, VI do CP) e aumenta o prazo da prescrição executória (art. 110 do CP); aumenta o prazo de concessão do livramento condicional (art. 83, I e II do CP) e para a progressão de regime em crimes hediondos (art. 2º, § 2º da Lei 8.072/90); impede a obtenção dos benefícios do furto privilegiado, da apropriação indébita privilegiada, do estelionato privilegiado e da receptação privilegiada (arts. 155 § 2º, 170, 171, § 1º, e 180, § 5º, *in fine* do CP).

Pode-se depreender que o legislador vem punir com mais rigor a reiteração de comportamentos delituosos, trazendo, desta forma, efeitos mais gravosos ao réu reincidente.

Ainda neste contexto, um questionamento que por muito tempo perdurou é se a aplicação do instituto da reincidência não seria inconstitucional, vez que esta caracterizava um *bis in idem*, ou seja, havia uma dupla punição para o mesmo fato, o que é vedado dentro do Direito Penal Brasileiro. E, percebe-se que não há um consenso no que se refere ao entendimento doutrinário acerca da constitucionalidade ou não da aplicação do instituto da reincidência.

Com relação ao entendimento jurisprudencial, cabe registrar que no mês de abril do ano de 2013, o Supremo Tribunal Federal (STF), em julgamento do Recurso Extraordinário (RE) 453000 entendeu ser constitucional a aplicação da reincidência como agravante de pena.

Dentro do cenário ora exposto, o presente Trabalho de Conclusão de Curso teve como proposta apresentar as consequências negativas decorrentes da reincidência sob a ótica do direito penal brasileiro, o questionamento acerca da constitucionalidade versus a inconstitucionalidade de sua aplicação, bem como a constitucionalidade declarada pelo STF acerca da aplicação do referido instituto.

Assim, o objetivo principal consistiu em identificar as consequências negativas decorrentes da reincidência sob a ótica do direito penal brasileiro. Os específicos consistiram em pesquisar, analisar e apresentar as situações jurídicas previstas na lei penal, nas quais podem ser verificadas as implicações negativas da reincidência; analisar argumentos doutrinários pela inaplicabilidade do instituto e avaliar a constitucionalidade declarada pelo STF acerca da aplicação do instituto da reincidência como agravante da pena.

A pesquisa se embasou em renomados autores, dentre os quais: Capez (2011), Prado (2011) e Masson (2014) e a escolha do tema se justificou por se tratar deste ser afeto ao Direito Penal, disciplina de interesse pessoal da acadêmica, além de se tratar de um tema relevante, polêmico e que ainda suscita questionamentos.

No que tange à metodologia empregada na elaboração deste trabalho, quanto ao procedimento, foi utilizada a pesquisa bibliográfica, com coleta de material bibliográfico em livros, artigos publicados em revistas especializadas, reportagens e

artigos publicados na internet, além de decisões jurisprudenciais acerca do assunto. E, quanto à natureza, foi adotada a pesquisa qualitativa.

Assim, após a seleção dos textos, foi feita a organização do material coletado para aprofundamento do estudo a ser realizado, sendo que no decorrer do trabalho foi feito um levantamento e estudo dos posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais a fim de atender os objetivos aos quais o Trabalho de Conclusão de Curso se propunha.

Este trabalho se apresenta dividido em seis capítulos. O primeiro capítulo trata dos princípios pertinentes ao instituto da reincidência; o segundo refere-se ao instituto da reincidência e aborda a sua evolução no direito penal brasileiro, conceito, espécies, bem como o prazo depurador; o terceiro aborda os efeitos da reincidência sob a ótica do Direito Penal Brasileiro; o quarto trata das divergências doutrinárias acerca da aplicação da reincidência e apresenta argumentos favoráveis e contrários acerca da aplicação do instituto em questão; o quinto traz os argumentos do STF acerca da constitucionalidade na aplicação da reincidência e o sexto apresenta as considerações finais desse trabalho.

2 PRINCÍPIOS PERTINENTES AO TEMA

O Direito Penal, assim como as demais searas do Direito respalda-se em determinados princípios, dentre os quais: legalidade ou reserva legal, proibição da analogia “*in malam partem*”, anterioridade da lei, irretroatividade da lei mais severa, intervenção mínima, insignificância ou bagatela, dignidade da pessoa humana, individualização da pena, proporcionalidade, adequação social. Tais princípios orientam e limitam a sua atuação.

De acordo com Nucci (2011, p. 83): “o conceito de princípio indica uma ordenação, que se irradia e imanta os sistemas de normas, servindo de base para a interpretação, integração, conhecimento e aplicação do direito positivo”.

Dentro deste contexto, cabe apresentar alguns princípios pertinentes ao tema aqui tratado, qual seja, a reincidência, a fim de corroborar a interpretação, bem como a aplicação dos dispositivos legais concernentes ao tema.

2.1 Princípio da legalidade

De acordo com o princípio da legalidade, um fato somente poderá ser considerado crime e a ele aplicada uma determinada pena se previamente àquele fato, houver sido instituído por lei o tipo delitivo correlato a ele, bem como a pena correspondente.

Tal princípio está expresso no artigo 5º, XXXIX da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CF/88), que assim dispõe:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

XXXIX - não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal. (BRASIL, 1988, on-line)

Há que se mencionar ainda a previsão do princípio da legalidade no artigo 1º do CP: “Não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem prévia cominação legal.” (BRASIL, 1940, on-line).

O doutrinador Prado (2011, p. 158), ao tratar sobre o referido princípio, sintetiza a questão com as seguintes palavras: “a criação dos tipos incriminadores e de suas respectivas consequências jurídicas está submetida à lei formal anterior.”

Assim, a caracterização de um determinado fato como crime e a imposição de sanções penais, em decorrência da conduta do indivíduo amoldar-se a este fato, está limitada à anterior e expressa definição trazida pela lei.

Há que se consignar que, conforme afirma Bitencourt (2007, p.11):

[...] pelo princípio da legalidade, a elaboração de normas incriminadoras é função exclusiva da lei, isto é, nenhum fato pode ser considerado crime e nenhuma pena criminal pode ser aplicada sem que antes da ocorrência desse fato exista uma lei definindo-o como crime e cominando-lhe a sanção correspondente. A lei deve definir com precisão e de forma cristalina a conduta proibida.

Pode-se inferir que, na verdade, o referido princípio se desmembra em dois outros princípios, quais sejam: reserva legal e anterioridade. Consoante a premissa da reserva legal, faz-se necessário que a lei defina a conduta como típica bem como estabeleça a pena correspondente à mesma. E, segundo o princípio da anterioridade, faz-se necessário a existência de lei anterior ao fato que se quer sancionar.

Logo, o princípio da legalidade traz segurança jurídica e vem limitar o poder punitivo do Estado, vez que suas ações deverão ficar adstritas às previsões legais. No caso da reincidência, a sua aplicação, quando da fixação da pena, ficará condicionada ao preenchimento dos requisitos necessários para incidência de tal agravante por parte do indivíduo condenado, requisitos esses dispostos no artigo 63 do CP e que devem obrigatoriamente ser observados pelo julgador, sob pena de cometer ilegalidade.

2.2 Princípio da individualização da pena

O princípio da individualização da pena caracteriza-se como um direito fundamental para o acusado. De acordo com tal princípio não pode haver uma padronização quando da fixação da pena. Desta forma, caberá a cada condenado a adequada medida punitiva pelo delito cometido.

Neste contexto, deverá o juiz aplicar a pena obedecendo as regras dispostas nos artigos 59 e 68, ambos do CP. Os referidos artigos tratam, respectivamente, das circunstâncias judiciais para fixação da pena base e da questão relativa ao cálculo da pena.

Para realização do cálculo da pena, o juiz deverá, após a fixação da pena base, considerar as circunstâncias atenuantes e agravantes e, por último, as causas de diminuição e de aumento, chegando-se assim ao *quantum* da pena final a ser fixada, o regime inicial de cumprimento desta, bem como à possibilidade de sua substituição por restritiva de direito.

No que tange ao supracitado princípio, cabe apontar o que estabelece o artigo 5º, inciso XLVI da CF/88:

Art. 5º [...]

XLVI - a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes:

- a) privação ou restrição da liberdade;
- b) perda de bens;
- c) multa;
- d) prestação social alternativa;
- e) suspensão ou interdição de direitos. (BRASIL, 1988, on-line)

Há que se mencionar que a individualização da pena ocorre em três momentos ou fases distintas. A primeira fase ocorre quando o legislador seleciona as condutas de ação ou omissão, imputando-lhes pena de acordo com o bem jurídico atingido, bem como a gravidade do delito. Na segunda fase, concluindo o julgador que a conduta praticada pelo indivíduo se trata de um fato típico, ilícito e culpável, irá proferir qual o delito praticado e iniciar a fixação e individualização da pena, utilizando-se para tal do critério trifásico. A terceira fase ocorre quando da execução da pena.

Conforme o artigo 5º da Lei nº 7.210/84 (Lei de Execução Penal): “Os condenados serão classificados, segundo os seus antecedentes e personalidade, para orientar a individualização da execução penal”. (BRASIL, 1984, on-line). Portanto, também aplicar-se-á a individualização da pena quando da execução desta.

No caso da aplicação da reincidência, esta se dará na segunda fase da dosimetria da pena, na qual o julgador ao verificar a existência das agravantes, irá,

obrigatoriamente considerar a mesma, com base na disposição contida no artigo 61, inciso I do CP.

2.3 Princípio da humanidade

O princípio da humanidade se constitui no maior empecilho para adoção, por parte do Estado, da pena capital ou da prisão perpétua. Assim, as penas aplicadas aos condenados deverão resguardar a dignidade da pessoa humana, bem como sua condição física e psíquica.

Neste sentido, conforme afirma Masson (2014b), tal princípio preconiza a inconstitucionalidade da criação de tipos penais ou a cominação de penas que violam a incolumidade física ou moral de alguém.

Capez (2011) também se manifesta com o mesmo entendimento. Segundo o referido doutrinador é inconstitucional a criação de um tipo ou a cominação de alguma pena que atente desnecessariamente contra a incolumidade física ou moral de alguém.

Diante das palavras mencionadas pelos doutrinadores acima referenciados, pode-se depreender que a caracterização de tipos penais ou aplicação de penas que violem a condição física ou psíquica do indivíduo vai totalmente de encontro aos preceitos da CF/88, infringindo desta maneira o princípio da humanidade.

No que se concerne ao aludido princípio, segundo preceitua o artigo 5º, inciso XLVII da CF/88:

Art. 5º [...] XLVII - não haverá penas:
a) de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX;
b) de caráter perpétuo;
c) de trabalhos forçados;
d) de banimento;
e) cruéis. (BRASIL, 1988, on-line)

De acordo com Greco (2015, p. 133): “a proibição de tais penas atende a um dos fundamentos de nosso Estado Democrático de Direito, previsto no inciso III do art. 1º da Constituição Federal, que é a dignidade da pessoa humana”.

Neste contexto, cumpre salientar que a dignidade da pessoa humana é apontado como um protoprincípio, vez que é indicado como a origem de todos os demais princípios. Além disso, ele se constitui no núcleo fonte do direito, vez que este irá nortear todo o ordenamento jurídico de um Estado. Assim, elucidada está a necessidade de se garantir que não haja desobediência ao mesmo.

Ainda no que diz respeito ao princípio da humanidade, o doutrinador Capez (2011) apresenta outros exemplos previstos na legislação penal nos quais se observa um mecanismo de controle de tipos legais, mecanismos estes que são impostos tanto ao legislador, quanto ao intérprete. Neste sentido cabe citar: a vedação constitucional da tortura e de tratamento desumano ou degradante a qualquer pessoa, disciplinado no artigo 5º, inciso III da CF/88; o respeito e proteção à figura do preso, disposto no artigo 5º, incisos XLVIII, XLIX e L da CF/88; normas disciplinadoras da prisão processual, disciplinadas no artigo 5º, incisos LXI, LXII, LXIII, LXIV, LXV e LXVI da CF/88.

Em suma, o que se depreende é que o princípio da humanidade deve nortear toda a atuação do Estado com vistas a não aplicar penas que atentem contra a incolumidade física ou moral do indivíduo. Observa-se que há uma valorização da pessoa humana. Assim, o réu deve ser tratado como pessoa humana, sendo que a aplicação de penas deve, obrigatoriamente, obedecer às limitações e vedações legais.

3 REINCIDÊNCIA

As práticas delituosas sempre estiveram presentes dentro da sociedade. E, a imposição das penas, em suas variadas formas (privativa de liberdade, restritivas de direito e multa) veio com objetivo de retribuir ao condenado o mal causado pelo delito cometido e desencorajar outras pessoas ao cometimento deste, além de ressocializar o indivíduo, evitando que este volte a delinquir.

Dentro deste contexto, há que se mencionar o instituto da reincidência, que vem punir com mais rigor a recidiva de comportamentos delituosos.

A priori, objetivando melhor entendimento do assunto há que se fazer uma breve abordagem do contexto histórico no qual se desenvolveu o instituto da reincidência, além de apresentar conceituações doutrinárias para o tema, além da conceituação trazida pela legislação penal brasileira. Torna-se importante apresentar as espécies de reincidência trazidas pela doutrina, bem como abordar a questão relativa ao prazo depurador. Tais assuntos serão tratados em seguida.

3.1 Evolução do instituto da reincidência no direito penal brasileiro

O Código Penal do Império - Lei de 16 de dezembro de 1830 já trazia em seu artigo 16 § 3º a agravante da reincidência. Nas palavras de Freitas (2009, p. 102), tal Código “assinalava ser circunstância agravante ter o delinquente reincidido em delito da mesma natureza”.

Neste contexto, há que se registrar a adoção da reincidência específica, ficta, além da perpetuidade desta por parte do referido diploma legal. Além disso, pode-se depreender que desde legislações pretéritas tem-se a previsão de punição mais severa para a prática recidiva de comportamentos delituosos.

O retromencionado Código foi revogado em 1890 pelo Código Penal dos Estados Unidos do Brasil. Este diploma legal também tratava da reincidência. Em seu artigo 39 § 1º previa que a reincidência se constituía numa circunstância agravante. E em seu artigo 40 estabelecia que tal agravante se verificava quando o indivíduo cometia

um novo delito, sendo este de mesma natureza, depois de transitado em julgado sentença condenatória pelo delito anterior. No que tange à expressão “crime de mesma natureza”, este consistia na violação do mesmo artigo. (FREITAS, 2009)

Assim, manteve-se a adoção da reincidência específica, tendo-se acrescentado a necessidade do trânsito em julgado da sentença anterior para se caracterizar a reincidência, o que não era verificado no Código Penal do Império, de 1830.

Em 1932, a Consolidação das Leis Penais manteve ao instituto da reincidência o mesmo tratamento legal do Código Penal de 1890, tendo também esclarecido em seu texto que “crime da mesma natureza é aquele que se consiste na violação do mesmo artigo”. (Freitas, 2009, p. 105)

O Código Penal de 1940 adotou tanto a reincidência genérica, quanto a específica, além de ter acolhido o sistema de perpetuidade da agravante, vez que não mencionava qualquer prazo para prescrição da aplicação da reincidência. Cabe acrescentar que, conforme menciona Freitas (2009, p. 108), de acordo com o referido Código, a reincidência trazia várias implicações ao indivíduo:

Além de ser uma agravante genérica, a reincidência possibilitava a conversão da pena de multa em pena privativa de liberdade (detenção) (art. 38); impedia o reconhecimento da atenuante de ter cometido o crime sob influência de multidão em tumulto (art. 48, IV, e); preponderava no concurso de circunstâncias agravante e atenuantes (art. 49); aumentava o período de prova na suspensão condicional da pena (art. 57, I); importava na revogação da suspensão condicional da pena (art. 59, I e § 1º); aumentava a exigência de cumprimento efetivo da pena para a concessão do livramento condicional (art. 60); provocava a revogação do livramento condicional (art. 64); fazia presumir a periculosidade do réu, permitindo a aplicação de medida de segurança por um período máximo de dois anos, quando este reincidisse em crime doloso (art. 78, IV e art. 93, I); alargava o prazo prescricional (art. 110); a interrupção da prescrição (art. 117, IV); aumentava o prazo mínimo para a reabilitação do condenado (art. 119, § 1º) e dava causa à revogação da reabilitação (art. 120).

Através da Lei 7.209, de 11/07/1984 houve a reforma da Parte Geral do Código Penal de 1940, tendo sido alterada a redação e inserido dispositivos legais no Decreto Lei 2848/1940. O referido Código, ainda em vigor, trata o instituto da reincidência como agravante de aplicação obrigatória, conforme se verifica pela leitura do artigo 61, inciso I c/c artigo 63, ambos do referido diploma legal. Além disso, conforme disposto no seu artigo 64, adota o chamado sistema da

temporariedade, vez que estabelece um período de tempo no qual permanecem os efeitos decorrentes da aplicação da agravante em questão.

E, no que tange às implicações negativas para o indivíduo, decorrentes da aplicação desta agravante, o Código traz, além do aumento de sua pena, na 2ª fase da dosimetria, outras consequências prejudiciais, dentre as quais cabe apontar: regime inicial de cumprimento de pena mais severo (art. 33 § 2º do CP); a reincidência é circunstância preponderante no concurso de agravantes e atenuantes (art. 67 do CP); é causa interruptiva da prescrição (art. 117, VI do CP); aumenta o prazo da prescrição executória (art. 110 do CP); aumenta o prazo de concessão do livramento condicional (art. 83, I e II do CP).

De acordo com Estefam (2010, p. 370):

A reforma da Parte Geral de 1984 abandonou o antigo conceito de reincidência específica prevista no Código Penal [...] Entretanto com o passar dos anos, por força de alterações pontuais sofridas na Parte Geral, reintroduziu-se, ainda que sem a expressa denominação e com consequências diversas, o conceito de reincidência específica.

Neste sentido, cabe mencionar a Lei 8.072/90 que trata dos crimes hediondos, lei essa que conferiu alterações concernentes ao instituto da reincidência. A supracitada lei incluiu o inciso V ao artigo 83 do CP, determinando como condição para o livramento condicional a necessidade de cumprimento de 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. Trata-se assim, de uma hipótese de reincidência específica.

Outra possibilidade de reincidência específica foi trazida pela lei 9.714/98 que, dentre outras alterações, incluiu o § 3º ao artigo 44 do CP. De acordo com a redação do artigo 44, inciso II é vedada a substituição de pena privativa de liberdade por restritiva de direito se o réu for reincidente em crime doloso. Há que se mencionar que de acordo com o novo parágrafo incluído pela lei acima referenciada, se a reincidência se der em crime doloso, poderá ser feita a substituição, porém se esta reincidência se der em virtude da prática do mesmo crime doloso, ficará vedada a substituição.

3.2 Conceito

Na atual legislação penal brasileira o instituto da reincidência se encontra disciplinado no artigo 63 do Decreto Lei 2.848/1940 (Código Penal Brasileiro) e no artigo 7º da Lei 3.688/41 (Lei de Contravenções Penais).

De acordo com os artigos retromencionados, a reincidência é verificada 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, ou 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.

Portanto, a reincidência é a prática de uma nova conduta penal (crime ou contravenção) por um indivíduo já condenado em processo com trânsito em julgado, sendo necessário para o seu reconhecimento a existência de três requisitos: prática de crime anterior; trânsito em julgado da sentença condenatória e prática de novo crime, após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

O doutrinador Capez (2011) conceitua a reincidência como a situação de quem pratica um fato criminoso após ter sido condenado por crime anterior, em sentença transitada em julgado, afirmando ainda que se trata de uma circunstância agravante genérica e de caráter subjetivo ou pessoal, não se comunicando assim, ao partícipe ou coautor do delito.

Cabe consignar que, tendo em vista a reincidência tratar-se de uma circunstância agravante e de aplicação obrigatória, o magistrado, ao realizar a dosimetria da pena, irá considerá-la na segunda fase desta. E, no caso de haver concurso entre atenuantes e agravantes, terá a reincidência circunstância preponderante, de acordo com previsão disposta no artigo 67 do CP.

3.3 Espécies de reincidência

A doutrina apresenta algumas espécies de reincidência. E estas serão sucintamente

abordadas em seguida.

Masson (2014b) traz que a reincidência pode se dar em relação à necessidade do cumprimento da pena que fora imposta ao condenado pelo delito anteriormente cometido ou em relação à categoria do crime.

No que se refere à necessidade de cumprimento da pena que fora imposta em virtude do delito anteriormente cometido, a reincidência pode ser classificada em real e ficta. A reincidência real ocorre no caso em que o indivíduo comete novo crime após ter efetivamente cumprido a totalidade da pena pelo delito anterior e antes do prazo depurador de cinco anos; já a ficta ocorre no caso do indivíduo cometer novo crime após ter sido condenado definitivamente, porém ainda não ter cumprido toda a pena que lhe fora imposta pelo delito anterior.

De acordo com Masson (2014b, p. 683): “o Código Penal em vigor filiou-se à reincidência presumida”. Assim, não se faz necessário que haja o cumprimento da pena anteriormente imposta ao condenado, mas tão somente a prática de novo crime depois do trânsito em julgado da condenação anterior. É o que traz o artigo 63 do diploma legal acima referenciado.

No que tange à categoria do crime, a reincidência poderá ser classificada em genérica ou específica. No caso da reincidência genérica, os crimes praticados pelo indivíduo estão definidos em tipos penais diferentes, ou seja, são de espécies distintas, já, no caso da reincidência específica, estão definidos no mesmo tipo penal, sendo assim, da mesma espécie.

No caso da legislação penal brasileira, o tratamento dado tanto a reincidentes genéricos quanto a específicos, em regra, é semelhante, ocasionando a estes reincidentes os mesmos efeitos.

Cabe registrar que em algumas situações peculiares trazidas pela legislação, tal tratamento se dará de forma diferenciada no caso do reincidente específico. Neste sentido, cabe mencionar, por exemplo, a vedação da substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direito ao reincidente específico, conforme previsão do

art. 44, § 3.º do CP e também a vedação do livramento condicional nos crimes hediondos ou equiparados, no caso do condenado ser reincidente específico em crimes desta natureza, de acordo com previsão do artigo 83, inciso V do mesmo diploma legal.

3.4 Prazo depurador

Uma questão relevante a ser apontada acerca da reincidência se refere ao tempo de duração dos efeitos prejudiciais decorrentes desta. Há que se consignar que o CP adotou o chamado sistema da temporariedade. Portanto, os efeitos decorrentes da agravante da reincidência perduram tão somente por um determinado período de tempo, o que de acordo com a previsão legal é de cinco anos.

Neste sentido, o CP, em seu artigo 64 estabelece que:

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;

II - não se consideram os crimes militares próprios e políticos. (BRASIL, 1940, on-line)

De acordo com Greco (2015, p. 645):

Com essa redação, o art. 64 do Código Penal elimina de nosso sistema a perpetuidade dos efeitos da condenação anterior, determinando que esta não prevalecerá se entre a data de cumprimento ou da extinção da pena e a infração posterior tiver decorrido período de tempo superior a cinco anos.

Pode-se depreender, portanto que os efeitos da condenação não são eternos. Existe o chamado prazo depurador previsto no artigo retromencionado, prazo esse que afasta a reincidência.

Cabe registrar que, no caso de ter sido concedido ao condenado a suspensão condicional da pena ou o livramento condicional, o início da contagem do prazo depurador de 5 anos ocorrerá a partir da audiência admonitória ou da cerimônia do livramento condicional, desde que não revogada a medida ou declarada a extinção da pena, conforme previsão dos artigos 82 e 90 do CP. (GRECO, 2015)

Deste modo, pode-se inferir que, em suma, decorrido o prazo depurador

supracitado, não mais poderá ser utilizada a condenação anterior para fins de indicar reincidência.

Todavia, cabe registrar que, nos termos da atual jurisprudência dos tribunais superiores, esta condenação será utilizada para fins de caracterizar maus antecedentes e assim agravar a pena na primeira fase da dosimetria.

4 EFEITOS DA REINCIDÊNCIA

A aplicação da reincidência tem implicações negativas em variadas situações jurídicas previstas na lei penal.

Conforme será apresentado, a reincidência além de agravar a pena do infrator, atua como fator impeditivo para concessão de variados benefícios ao acusado (BERLA, 2010).

De acordo com Prado (2011, p. 604): “A reincidência, enquanto circunstância agravante influi na medida da culpabilidade, em razão da maior reprovabilidade pessoal da ação ou omissão típica e ilícita”. Neste sentido, a aplicação do referido instituto ocasiona para o infrator reincidente diversas implicações negativas, vindo a acarretar várias dificuldades, aumento de prazos e até mesmo impedimentos ao reconhecimento de benefícios dispostos na legislação.

Os efeitos da reincidência serão abordados em seguida, bem como a previsão jurídica para estes.

4.1 Na decretação da prisão preventiva

A prisão preventiva se constitui numa modalidade de prisão processual que ocorre em virtude da necessidade da segregação cautelar do indivíduo acusado da prática de um delito. É possível a sua decretação durante toda a fase investigativa e fase processual. Assim, tal modalidade de prisão sucede antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

Os doutrinadores Capez e Colnago (2015, p. 313) apresentam o seguinte conceito:

Prisão cautelar de natureza processual decretada pelo juiz durante o inquérito policial ou processo criminal, antes do trânsito em julgado, sempre que estiverem preenchidos os requisitos legais e ocorrerem os motivos autorizadores. [...] visa garantir a eficácia de um futuro provimento jurisdicional, o qual poderá tornar-se inútil em algumas hipóteses, se o acusado permanecer em liberdade até que haja um pronunciamento jurisdicional definitivo.

Cabe registrar que a decretação da prisão preventiva poderá ser verificada nestas

situações: conversão da prisão em flagrante em prisão preventiva, conforme dispõe o artigo 310, inciso II do CPP; nas hipóteses em que as circunstâncias do caso revelem a necessidade de sua decretação, conforme estabelecido no artigo 311 do CPP e, no caso do acusado descumprir, injustificadamente medida cautelar diversa da prisão, consoante previsão do artigo 282 §4º do CPP c/c artigo 312 parágrafo único do mesmo diploma legal.

Há que se consignar que os requisitos para a decretação da prisão preventiva estão elencados no artigo 312 do CPP. Em virtude de se tratar de uma prisão cautelar, faz-se necessário a comprovação da coexistência do *fumus commissi delicti* e do *periculum libertatis*. Assim, deverá ser demonstrada a fumaça do cometimento do delito, que se traduz na existência da prova da materialidade do crime e de indícios suficientes de autoria. Além disso, há que se demonstrar que a liberdade da pessoa representa um perigo. Tal questão se traduz em três elementos: garantia da aplicação da lei penal, conveniência da instrução criminal e garantia da ordem pública.

Além de se observar os requisitos dispostos no artigo 312 do CPP, faz-se necessário atentar-se às condições de admissibilidade da prisão preventiva, que se encontram dispostas no artigo 313 do CPP:

Art. 313. Nos termos do art. 312 deste Código, será admitida a decretação da prisão preventiva:

I - nos crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade máxima superior a 4 (quatro) anos;

II - se tiver sido condenado por outro crime doloso, em sentença transitada em julgado, ressalvado o disposto no inciso I do caput do art. 64 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal

III - se o crime envolver violência doméstica e familiar contra a mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência;

IV - (revogado)

Parágrafo único. Também será admitida a prisão preventiva quando houver dúvida sobre a identidade civil da pessoa ou quando esta não fornecer elementos suficientes para esclarecê-la, devendo o preso ser colocado imediatamente em liberdade após a identificação, salvo se outra hipótese recomendar a manutenção da medida. (BRASIL, 1941, on-line)

De acordo com o artigo retromencionado pode-se depreender que nem todo crime comporta prisão preventiva. Neste sentido, não há previsão legal, não sendo, portanto cabível a decretação de tal modalidade de prisão nos casos de prática de contravenção penal, tampouco de crimes culposos. Além disso, não poderá ser

decretada tal modalidade de prisão se verificado que o indivíduo praticou o fato acobertado por causa de exclusão de ilicitude, conforme preconiza o artigo 314 do CPP.

No que se refere à questão da reincidência, consoante inciso II do artigo 313 do CPP, admite-se a prisão preventiva do indivíduo reincidente em crime doloso, observado o prazo depurador de cinco anos. Assim, conforme sustentam Capez e Colnago (2015, p. 318): “Basta a condenação por outro crime doloso, com sentença transitada em julgado, e desde que não tenha ocorrido a prescrição da reincidência”.

Além disso, ainda que a pena seja inferior a quatro anos, no caso da reincidência por crime doloso, não há qualquer restrição para a prisão preventiva do indivíduo reincidente. Já, no caso do réu primário, tal modalidade de prisão somente será permitida se o crime for doloso, com pena superior a quatro anos.

Diante do exposto, pode-se identificar uma implicação negativa da reincidência, qual seja, admite a decretação de prisão preventiva, no caso da recidiva criminosa advir de um crime doloso, independente da quantidade de pena cominada ao delito.

4.2 Na fixação da pena

O Direito Penal Brasileiro adotou o critério trifásico para fixação da pena a ser imposta ao condenado. O referido critério foi elaborado por Nelson Hungria. De acordo com tal critério, o juiz utilizar-se-á de três fases distintas para fixar a pena a ser imposta ao condenado, conforme prevê o artigo 68 do CP: “A pena-base será fixada atendendo-se ao critério do art. 59 deste Código; em seguida serão consideradas as circunstâncias atenuantes e agravantes; por último, as causas de diminuição e de aumento”. (BRASIL, 1940, on-line)

Na primeira fase, o juiz fixará a pena base, atentando-se ao critério disposto no artigo 59 do CP, analisando as circunstâncias judiciais previstas no artigo retromencionado, quais sejam: culpabilidade, antecedentes, conduta social, personalidade do agente, motivos, circunstâncias e consequências do crime, bem como o comportamento da vítima.

O juiz fará, portanto, uma análise e valoração subjetiva destas circunstâncias. Ele terá como base a pena em abstrato no quantitativo mínimo previsto para o delito em questão e verificará a presença ou não das circunstâncias judiciais previstas no artigo retromencionado, a fim de se nortear para a fixação da pena base. Assim, quanto mais as circunstâncias judiciais forem desfavoráveis ao réu, mais essa pena se afastará deste mínimo legal.

Na segunda fase, será feita a análise de circunstâncias agravantes e atenuantes. Será calculada a pena intermediária. Cabe registrar que as circunstâncias agravantes estão previstas no CP, em seu artigo 61; já as circunstâncias atenuantes estão previstas nos artigos 65 e 66 do mesmo diploma legal.

Cabe registrar que rol de atenuantes previsto no artigo 65 do CP é tão somente exemplificativo, vez que o artigo 66 do mesmo diploma legal prevê como atenuante as circunstâncias ditas inominadas, circunstâncias essas que não estão enumeradas na legislação penal.

Neste sentido, o doutrinador Masson (2014a, p. 374) ao tratar das circunstâncias inominadas previstas no artigo 66 do CP, assim se manifesta:

O dispositivo versa sobre as atenuantes que não estão especificadas em lei, podendo ser qualquer circunstância relevante, anterior ou posterior ao crime. São também chamadas de atenuantes de clemência, pois normalmente o magistrado as concede por ato de bondade.

Torna-se oportuno enfatizar que a reincidência propriamente dita está prevista no artigo 63 do CP e o juiz ao identificar a existência da mesma, deverá, obrigatoriamente aumentar a pena, conforme dispõe o artigo 61, inciso I do CP.

Há que se mencionar que, conforme afirma Masson (2014b, p. 688): “No critério trifásico de aplicação da pena privativa de liberdade, os maus antecedentes do réu incidem na primeira fase, e a reincidência é utilizada na etapa seguinte”.

Neste sentido, em se tratando de réu reincidente, a pena deve ser agravada somente na segunda fase, não podendo ser utilizada também na primeira fase para caracterizar maus antecedentes, vez que incorreria em *bis in idem*, vedado pelo ordenamento jurídico brasileiro. Tal vedação também se encontra expressa na

Súmula 241 do Superior Tribunal de Justiça (STJ).

Entretanto, havendo duas reincidências, uma delas poderá ser utilizada para caracterizar maus antecedentes e assim agravar a pena na primeira fase da dosimetria da pena e a outra reincidência poderá ser utilizada na etapa seguinte. Ademais, se houver ultrapassado o prazo depurador de 5 anos, previsto no artigo 64, inciso I do CP, muito embora aquele delito não possa mais ser adotado para fins de reincidência, será utilizado para fins de indicar maus antecedentes.

Cabe registrar que o artigo 67 do CP assim dispõe no caso da ocorrência de concurso de circunstâncias agravantes e atenuantes:

Art. 67 - No concurso de agravantes e atenuantes, a pena deve aproximar-se do limite indicado pelas circunstâncias preponderantes, entendendo-se como tais as que resultam dos motivos determinantes do crime, da personalidade do agente e da reincidência. (BRASIL, 1940, on-line)

Portanto, conforme preconiza o artigo referenciado, havendo concurso entre agravantes e atenuantes, a reincidência deve ser uma das circunstâncias preponderantes, o que irá ocasionar uma implicação negativa para o réu reincidente.

Na terceira fase, o julgador irá analisar as causas gerais e especiais de aumento e diminuição de pena. Tais causas estão previstas no CP, tanto na parte geral, quanto na especial. A título de exemplificação, cabe mencionar como causas gerais de diminuição de pena a tentativa prevista no artigo 14 do CP e o arrependimento posterior, disciplinado no artigo 15 do mesmo diploma legal.

Diante do exposto, pode-se verificar a demonstração de mais uma das implicações negativas advindas da reincidência para o réu condenado: a sua pena é aumentada na segunda fase da dosimetria, em virtude de se tratar de uma agravante e de aplicação obrigatória.

4.3 Na fixação do regime inicial de cumprimento de pena

A fixação do regime inicial para cumprimento de pena deverá obedecer ao que dispõe o CP, em seu artigo 33 § 2º e 3º.

De acordo com o referido dispositivo legal:

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

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

a) o condenado a pena superior a 8 (oito) anos deverá começar a cumpri-la em regime fechado;

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

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

§ 3º - A determinação do regime inicial de cumprimento da pena far-se-á com observância dos critérios previstos no art. 59 deste Código. (BRASIL, 1940, on-line)

A literalidade do artigo retromencionado levaria à conclusão de que o réu reincidente, obrigatoriamente iniciaria o cumprimento de pena em regime fechado, independente da quantidade de pena que lhe fosse imposta.

Todavia, de acordo com entendimento firmado pelo STJ na Súmula 269, o réu reincidente poderá iniciar o cumprimento de pena em regime semiaberto, se forem favoráveis as condições judiciais.

Cabe registrar que tais condições são avaliadas na 1ª fase de fixação da pena, de acordo com o que preconiza o artigo 59 do CP e se encontram assim relacionadas: culpabilidade, antecedentes, conduta social, personalidade do agente, motivos, circunstâncias e consequências do crime, comportamento da vítima.

Assim, de acordo com a legislação penal, qualquer reincidente teria, obrigatoriamente, o regime inicial fechado para o cumprimento da pena. A Súmula acima referenciada flexibiliza tal regime, possibilitando a fixação do regime inicial semiaberto, ficando esse condicionado a existência de circunstâncias judiciais favoráveis.

Porém, cabe ressaltar que, ainda que a pena imposta ao réu reincidente seja igual ou inferior a quatro anos, ele não poderá iniciar o seu cumprimento em regime aberto tal como é garantido ao réu primário, demonstrando, portanto, uma implicação negativa gerada pela reincidência.

4.4 Na substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direito

As penas restritivas de direitos são também chamadas de penas alternativas, vez que tem a finalidade de evitar a desnecessária imposição da pena privativa de liberdade nas situações expressamente indicadas em lei alcançando indivíduos que possuem condições pessoais favoráveis e tenham se envolvido na prática de infrações de menor gravidade, aqui traduzida como delitos cuja pena imposta não ultrapasse 4 anos e no qual não tenha havido violência ou grave ameaça à vítima (MASSON, 2014b).

O artigo 43 do CP elenca as seguintes espécies de pena restritiva de direito: prestação pecuniária; perda de bens e valores, limitação de fim de semana, prestação de serviço à comunidade ou a entidades públicas; interdição temporária de direitos.

E, o artigo 44 do mesmo diploma legal traz nos seus incisos I, II e III os requisitos objetivos e subjetivos que devem ser analisados pelo juiz no caso da substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direito. Os requisitos objetivos são referentes à natureza do crime e quantidade da pena que fora aplicada, já os subjetivos são referentes à pessoa do réu condenado (MASSON, 2014b).

No que tange aos requisitos objetivos, dispõe o inciso I do artigo retromencionado que para que seja cabível a substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direito, a pena aplicada não pode ser superior a 4 anos e não pode ter havido violência ou grave ameaça no delito cometido. Em se tratando de crime culposos, não há limite quanto à quantidade de pena aplicada.

No que tange aos requisitos subjetivos, conforme estabelecido nos incisos II e III do artigo referenciado, não é admitida, de regra, a substituição no caso de réu reincidente em crime doloso. Tal substituição só será aceita caso a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do condenado, bem como os motivos e as circunstâncias indicarem que tal substituição seja suficiente.

Assim, com referência ao instituto da reincidência, pode-se verificar que a implicação

deste na substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direito se refere à vedação desta substituição no caso de reincidência em crime doloso, conforme preceitua o artigo 44, inciso II do CP.

No entanto, há que se registrar a possibilidade de aplicação da substituição da pena privativa de liberdade pela pena restritiva de direito no caso de crime culposos. E, no crime doloso, se juiz entender que, em face do delito anterior, a medida seja socialmente recomendável e a reincidência não se tenha operado em virtude da prática do mesmo delito, ou seja, não se tratar de reincidência específica, também é possível a substituição. Tal possibilidade está disposta no artigo 44§ 3º do CP.

4.5 Na suspensão condicional da pena

A priori, necessário se faz trazer um conceito para o instituto da suspensão condicional da pena. Nas palavras do doutrinador Masson (2014a, p. 400) "*Sursis* é a suspensão condicional da execução da pena privativa de liberdade, na qual o réu, se assim desejar, se submete durante o período de prova à fiscalização e ao cumprimento de condições judicialmente estabelecidas".

De acordo com Prado (2011, p. 743): "A suspensão condicional da pena é a suspensão parcial da pena privativa de liberdade de curta duração por determinado prazo, desde que cumpridas certas condições previstas no artigo 77 do Código Penal".

No que tange à previsão legal, cabe registrar que o CP traz em seu artigo 77 a possibilidade da suspensão condicional da execução da pena. Tal dispositivo legal traz requisitos objetivos, ou seja, relacionados à pena aplicada e requisitos subjetivos que são aqueles relacionados ao réu condenado.

No que se refere aos requisitos objetivos, o referido artigo, em seu caput dispõe que a pena imposta deverá ser privativa de liberdade. Assim, "não se estende às penas restritivas de direitos nem à multa". (MASSON, 2014b, p. 788). E, a quantidade de pena que fora aplicada não poderá superar dois anos. Além disso, conforme preceitua o artigo 77, inciso III, faz-se necessário ainda que não seja cabível ou

aplicável ao caso a substituição da pena privativa de liberdade por pena restritiva de direito, prevista no artigo 44 do CP.

No que tange aos requisitos subjetivos, faz-se necessário que o réu não seja reincidente em crime doloso e que a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias autorizem a concessão do benefício.

Assim, verifica-se que, conforme disposição do artigo 77, I do CP, é vedada expressamente a concessão de *sursis* ao condenado reincidente em crime doloso. Eis mais uma das implicações negativas da reincidência.

Porém, há que se mencionar que, conforme afirma Masson (2014b) tal concessão é possível na reincidência em crime doloso quando a condenação anterior foi exclusivamente à pena de multa. Cabe registrar que tal possibilidade está disciplinada no artigo 77, § 1.º do CP, bem como na Súmula 499 do STF.

Cabe registrar também que, caso a nova condenação do acusado seja em virtude do cometimento de um crime doloso, a reincidência constitui causa obrigatória da revogação do *sursis*, conforme disciplinado no artigo 81, inciso I do CP. No caso em que a nova condenação se faça em decorrência de um crime culposos ou uma contravenção penal a pena privativa de liberdade ou restritiva de direito, a reincidência será causa facultativa da revogação do *sursis*, conforme previsão do artigo 81 § 1º do CP. Estas constituem mais implicações negativas advindas do instituto da reincidência.

4.6 Na suspensão condicional do processo

A suspensão condicional do processo é um instituto jurídico previsto no artigo 89 da Lei 9099/95, lei essa que dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais.

De acordo com Greco (2015) tal instituto tem por finalidade evitar a aplicação de pena privativa de liberdade nos crimes em que a pena mínima cominada for igual ou inferior a um ano.

Nas palavras de Estefam e Gonçalves (2012, p. 478):

Na suspensão condicional do processo, criada pelo art. 89 da Lei n.º. 9.099/95, o agente é acusado da prática de infração penal cuja pena mínima não excede a 1 ano e, desde que não esteja sendo processado, que não tenha condenação anterior por outro crime e que estejam presentes os demais requisitos que autorizariam o *sursis* (art. 77 do CP), deve o Ministério Público fazer uma proposta de suspensão do processo, por prazo de 2 a 4 anos, no qual o réu terá de submeter-se a algumas condições: reparação do dano, salvo impossibilidade de fazê-lo; proibição de frequentar determinados locais; proibição de ausentar-se da comarca onde reside sem autorização do juiz; e comparecimento mensal e obrigatório a juízo, para informar e justificar suas atividades.

De acordo com o artigo 89 da Lei 9099/95:

Art. 89. Nos crimes em que a pena mínima cominada for igual ou inferior a um ano, abrangidas ou não por esta Lei, o Ministério Público, ao oferecer a denúncia, poderá propor a suspensão do processo, por dois a quatro anos, desde que o acusado não esteja sendo processado ou não tenha sido condenado por outro crime, presentes os demais requisitos que autorizariam a suspensão condicional da pena. (BRASIL, 1995, on-line)

O referido artigo elenca as condições exigidas para a suspensão condicional do processo: que a pena mínima cominada ao delito seja igual ou inferior a um ano, sendo tal delito abrangido ou não pela lei em questão, o acusado não esteja sendo processado ou não tenha sido condenado por outro crime e estejam presentes os demais requisitos que autorizariam a suspensão condicional da pena, requisitos estes já discutidos no item 4.5 deste trabalho.

Pela leitura dos requisitos exigidos para a suspensão condicional do processo pode-se depreender que vedada está a concessão de tal benefício aos réus reincidentes, vez que um dos requisitos a ser obrigatoriamente preenchido é que o acusado não tenha sido condenado por outro crime. Neste caso, trata-se, portanto de mais uma das implicações decorrentes da reincidência: a impossibilidade da concessão do instituto da suspensão condicional do processo aos condenados reincidentes.

4.7 Na prescrição

A prescrição pode ser entendida como a perda do direito de punir do Estado em decorrência de ter expirado o prazo para o seu exercício. Neste sentido, conforme afirma Prado (2011, p. 828): “O não exercício do *jus puniendi* estatal conduz à perda do mesmo em face do lapso temporal transcorrido.” Cabe registrar que o referido

lapso temporal está expressamente fixado no CP. A consequência da prescrição é a extinção da punibilidade, conforme previsto no artigo 107, IV do CP.

Há que se mencionar que de acordo com Prado (2011) existem duas espécies de prescrição: prescrição da pretensão punitiva e prescrição da pretensão executória, sendo que a primeira ocorre antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória e a última depois deste trânsito.

Torna-se oportuno acrescentar que para o doutrinador Capez (2011, p. 614) a prescrição é a “perda do direito-poder-dever de punir pelo Estado em face do não exercício da pretensão punitiva (interesse em aplicar a pena) ou da pretensão executória (interesse de executá-la) durante certo tempo”.

Cabe registrar que o prazo de prescrição regula-se de acordo com a previsão disposta no artigo 109 do CP. Tratando-se de prescrição da pretensão punitiva, considerar-se-á o máximo da pena privativa de liberdade cominada ao crime, ou seja, a pena em abstrato. No caso da prescrição da pretensão executória, considerar-se-á a pena aplicada ao delito, conforme dispõe caput do artigo 110 do CP.

No que se refere às implicações do instituto da reincidência na prescrição, são elas as seguintes: a reincidência é causa interruptiva da prescrição, conforme disciplinado no artigo 117, VI do CP e aumenta o prazo da prescrição executória, conforme disposto no artigo 110 do mesmo diploma legal.

O doutrinador Masson (2014a, p. 521) assim sintetiza a questão:

a reincidência antecedente, ou seja, aquela que já existia por ocasião da condenação, aumenta em 1/3 o prazo da prescrição da pretensão executória (CP, art. 110, *caput*), enquanto a reincidência subsequente, posterior à condenação transitada em julgado, interrompe o prazo prescricional já iniciado.

Com referência à interrupção da prescrição, há que se mencionar as palavras de Masson, (2014a, p. 519): “Interrupção do prazo significa que, verificada a causa legalmente prevista, o intervalo temporal volta ao seu início, desprezando-se o tempo até então ultrapassado. Os marcos interruptivos conduzem ao reinício do

cálculo”. Assim, reincidência ocorrida após o trânsito em julgado da sentença condenatória ocasionará a interrupção do prazo prescricional já iniciado.

No que se refere à prescrição executória, ou seja, aquela observada após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, no caso de haver reincidência anterior à condenação, o prazo prescricional será aumentado de 1/3, conforme disposto no artigo 110 caput do CP. Cabe acrescentar que tal aumento de prazo só se aplica na prescrição executória, eis que a Súmula 220 editada pelo STJ tratou expressamente da referida questão, informando que a aplicação do instituto da reincidência não influi no prazo da prescrição da pretensão punitiva.

4.8 Na execução da pena

Durante o cumprimento da pena que lhe fora imposta, o condenado, regra geral, poderá fazer jus a vários benefícios previstos na lei penal. Dentre esses vários benefícios, cabe abordar a progressão do regime de cumprimento de pena e livramento condicional, vez que estes sofrem implicações em decorrência da reincidência.

4.8.1 Progressão do regime de cumprimento de pena

O artigo 33 §2º do Código Penal estabelece que as penas privativas de liberdade deverão ser executadas em forma progressiva, portanto do regime mais rigoroso que fora imposto inicialmente ao condenado ao regime menos rigoroso. Tal progressão obedecerá a critérios previstos na lei.

A progressão do regime de cumprimento de pena rege-se pelo artigo 112 da Lei 7.210/84, que instituiu a Lei de Execução Penal. De acordo com o referido artigo:

A pena privativa de liberdade será executada em forma progressiva com a transferência para regime menos rigoroso, a ser determinada pelo juiz, quando o preso tiver cumprido ao menos um sexto da pena no regime anterior e ostentar bom comportamento carcerário, comprovado pelo diretor do estabelecimento, respeitadas as normas que vedam a progressão. (BRASIL, 1984, on-line)

Portanto, a regra é que haja a progressão do regime de cumprimento de pena

quando o preso atender aos critérios objetivos e subjetivos dispostos no artigo anterior, quais sejam, cumprimento de ao menos 1/6 da pena que lhe fora imposta no regime anterior (critério objetivo) e ostentar bom comportamento, a ser atestado pelo Diretor do estabelecimento prisional (critério subjetivo).

No entanto, em se tratando de crimes hediondos, a Lei 8.072/90, em seu artigo 2º § 2º trouxe a necessidade de cumprimento de 2/5 (dois quintos) da pena, se o apenado for primário, e de 3/5 (três quintos), se ele for reincidente.

Assim, percebe-se que tratando-se de réu reincidente que comete um crime previsto na Lei 8.072/90, ou seja, um crime hediondo, a progressão do seu regime de cumprimento de pena estará condicionada ao cumprimento de 3/5 da pena que lhe fora imposta. Ele necessitará cumprir um tempo maior de pena no regime lhe fora inicialmente imposto para ter direito à concessão da progressão do regime.

4.8.2 Livramento condicional

No que concerne ao benefício do livramento condicional, de acordo com Prado (2011), este consiste na liberação do condenado após o cumprimento de parte da pena que lhe fora imposta, desde que cumpridas as exigências para tal concessão.

Tal possibilidade está prevista no artigo 131 da Lei 7.210/84 (Lei de Execuções Penais), devendo estar presentes os requisitos objetivos (quantidade de pena cumprida pelo condenado) e subjetivos (qualidades pessoais do condenado) dispostos no artigo 83 do CP.

De acordo com o artigo retromencionado, para fazer jus à concessão do livramento condicional, o indivíduo deverá ter sido condenado a uma pena privativa de liberdade igual ou superior a 2 anos. Além disso, far-se-á necessário que tenha cumprido mais de 1/3 da pena, desde que não seja reincidente em crime doloso e que tenha bons antecedentes, conforme dispõe o artigo 83, inciso I do CP.

Acrescenta-se que se o condenado for reincidente em crime doloso, deverá cumprir mais da metade da pena que lhe fora imposta, conforme previsão do artigo 83,

inciso II do CP. Verifica-se, pois, que há um aumento no prazo para concessão do livramento condicional, em se tratando de réu reincidente.

São também requisitos para a concessão do benefício ora exposto: que o réu comprove comportamento satisfatório durante a execução da pena, bom desempenho no trabalho que lhe fora destinado e condições de prover a sua subsistência mediante trabalho honesto. Outro requisito exigido é que o réu tenha reparado a infração, salvo na impossibilidade de fazê-la.

No caso do condenado por crime doloso, cometido com violência ou grave ameaça à pessoa, faz-se necessário a análise e constatação de condições pessoais que façam presumir que o liberado não voltará a delinquir. É o que prevê o parágrafo único do artigo supramencionado.

Cabe acrescentar que, em se tratando de condenação pela prática de crime hediondo, tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, e terrorismo, deverá o condenado para fazer jus ao benefício do livramento condicional cumprir mais de dois terços da pena, isto se ele não for reincidente específico em crimes dessa natureza, conforme disposição do artigo 83, inciso V do CP.

De acordo com Greco (2015), a reincidência específica terá o condão de impedir a concessão do livramento condicional. Assim, no caso do condenado se enquadrar na situação de reincidente específico, não fará jus a tal benefício.

Há que se consignar ainda que de acordo com o artigo 86, inciso I do CP, a reincidência constitui causa de revogação do livramento condicional, se o indivíduo, se liberado, vem a ser condenado a uma pena privativa de liberdade, em sentença irrecorrível por crime cometido durante a vigência do benefício em questão.

De todo exposto o que se depreende é que no caso do condenado reincidente há um aumento no prazo para a concessão do livramento condicional e, em se tratando de reincidente específico em crimes hediondos e equiparados, tal benefício é vedado. Além disso, a reincidência poderá ocasionar a revogação do benefício do livramento condicional.

4.9 Nos crimes patrimoniais

Os crimes contra o patrimônio estão elencados nos artigos 155 a 180 do CP e podem ser assim conceituados: “são espécies de ilícito penal que ofendem ou expõem a perigo de lesão qualquer bem, interesse ou direito economicamente relevante, privado ou público”. (Masson, 2014a, p. 660). Portanto, tais crimes se caracterizam como condutas proibidas em lei que ofendem interesses de valor econômico. No caso, o interesse predominante da norma é defender o patrimônio e impor penas quando de sua agressão.

Há que se mencionar que alguns crimes patrimoniais admitem, em alguns casos específicos, tratamento menos severo. Entretanto, em se tratando de réu reincidente, ele não será alcançado com o benefício previsto, vez que a reincidência impedirá tal incidência de acordo com a própria legislação penal.

O doutrinador Masson (2014b, p. 687) menciona os efeitos da reincidência no que tange aos crimes patrimoniais: “Impede a obtenção do furto privilegiado, da apropriação indébita privilegiada, do estelionato privilegiado e da receptação privilegiada (CP, arts. 155 § 2º, 170, 171, § 1º, e 180, § 5º, in fine)”.

No que tange ao furto privilegiado, sua previsão legal se encontra disposta no artigo Art. 155 § 2º do CP. E, nas palavras de Masson (2014b, p. 668) “Este é também chamado de furto de pequeno valor, ou furto mínimo, no qual a menor gravidade do fato, a primariedade do agente e o reduzido prejuízo ao ofendido recomendam um tratamento penal menos severo”.

Cabe registrar que esse tratamento menos severo se refere à possibilidade de substituir a pena de reclusão pela de detenção, diminuir tal pena ou até mesmo aplicar somente a pena de multa. Entretanto, para ter direito a tal “privilégio”, faz-se necessário que o indivíduo seja primário e de pequeno valor a coisa furtada, conforme previsto no artigo referenciado. Portanto, não aplicável ao réu reincidente o furto privilegiado.

Conforme previsão do artigo 170 do CP, são aplicados aos crimes previstos no

capítulo V (apropriação indébita e assemelhados) as disposições do artigo 155 § 2º do CP, ou seja, os benefícios do furto privilegiado. Assim, da mesma forma que ocorre para o delito de furto privilegiado, faz-se necessário que o indivíduo satisfaça os requisitos elencados no artigo 155 § 2º do CP para ter direito ao “benefício” previsto na legislação. Logo, em se tratando de réu reincidente, não se utiliza a privilegiadora.

No caso do crime de estelionato, previsto no artigo 171 do CP, de acordo com o § 1º do CP será possível a aplicação de pena conforme disposto no artigo 155 § 2º do CP (furto privilegiado). Entretanto, será necessário que o indivíduo atenda aos requisitos dispostos no referido artigo. E, em se tratando de réu reincidente, não será aplicável a privilegiadora, conforme já apresentado para a hipótese de furto privilegiado.

E, no que tange ao crime de receptação, previsto no artigo 180 do CP, conforme estabelece o seu § 5º na sua parte final: “Na receptação dolosa, aplica-se o disposto no § 2º do art. 155.” Assim, tratando-se de receptação dolosa, caberá a aplicação do benefício previsto para o furto privilegiado. Entretanto, conforme já fora mencionado para os demais crimes patrimoniais abordados, neste caso também não será aplicável o benefício do furto privilegiado em se tratando de réu reincidente.

4.10 Na reabilitação

A reabilitação consiste num instituto declaratório que garante ao condenado o sigilo dos registros sobre seu processo, a condenação e a pena, bem como suspende alguns efeitos penais da sentença condenatória, dentre os quais: a perda de cargo ou função pública; a incapacidade para o exercício do poder familiar, tutela ou curatela; a inabilitação para dirigir veículo. Tem previsão legal nos artigos 93 a 95 do CP.

Cabe registrar que, nas palavras de Prado (2011, p. 773): “trata-se a reabilitação de medida político-criminal cujo escopo primordial reside na reinserção social do condenado, garantindo o sigilo de seus antecedentes e suspendendo condicionalmente certos efeitos específicos da condenação”.

As condições necessárias para a reabilitação são as seguintes: trânsito em julgado da sentença, uma vez que o artigo 93 do CP prevê que o referido instituto alcança quaisquer penas aplicadas em sentença definitiva e; prazo de dois anos do dia em que for extinta, de qualquer modo, a pena ou terminar sua execução, conforme previsto no artigo 94 do CP, devendo o condenado atender aos requisitos dispostos no inciso I, II e III do artigo retromencionado.

Há que se mencionar que a reabilitação poderá ser revogada de ofício ou a requerimento do Ministério Público “se sobrevier condenação que torne o reabilitado reincidente, a não ser que essa condenação imponha apenas pena de multa.” Capez (2011, p. 543). Tal previsão se encontra disposta no artigo 95 do CP. E, tendo em vista que a reabilitação não se trata de causa extintiva de punibilidade, havendo a sua revogação, serão restabelecidos os efeitos penais que haviam sido por ela suspensos.

Pode-se verificar assim, mais uma implicação negativa para o réu reincidente, qual seja, a possibilidade de ter a reabilitação revogada.

5 DIVERGÊNCIAS DOUTRINÁRIAS ACERCA DA APLICAÇÃO DO INSTITUTO DA REINCIDÊNCIA

A aplicação do instituto da reincidência gera discordâncias dentro da doutrina. Enquanto alguns doutrinadores se manifestam favoráveis à aplicação desta agravante, outros se manifestam contrários. Os argumentos alegados pelas duas partes são vários e serão sucintamente abordados em seguida, iniciando-se pela exposição dos argumentos contrários à aplicação desta agravante.

5.1 Argumentos contrários

No que se refere à aplicação do instituto da reincidência, torna-se oportuno registrar que, conforme afirma o doutrinador Capez (2011, p. 500):

Alguns autores sustentam ser duvidosa a constitucionalidade de tal circunstância obrigatória de aumento de pena. Argumenta-se que o princípio do *ne bis in idem*, que se traduz na proibição de dupla valoração fática, tem hoje o seu apoio no princípio constitucional da legalidade, pois não se permite, segundo essa corrente de pensamento, que o fato criminoso que deu origem à primeira condenação possa servir de fundamento a uma agravção obrigatória de pena em relação a um outro fato delitivo.

Neste sentido, conforme esclarece Zaffaroni (2011, p.718):

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

Assim, há que se consignar pela exposição do autor que, com a aplicação da reincidência, há na verdade uma dupla punição para o primeiro delito, o que é vedado pelo ordenamento jurídico, vez que viola o princípio do *non bis in idem*.

No que tange ao assunto em questão, o argumento apresentado Silva Franco¹ apud Capez (2011, p. 500) se respalda no princípio da legalidade e no princípio do *ne bis in idem*.

¹ SILVA FRANCO, Alberto. *Código Penal e sua interpretação jurisprudencial*, 5. ed. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1995, p. 781

De acordo com o autor citado anteriormente:

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

Assim, o retromencionado autor também apresenta seu argumento contrário à aplicação da reincidência com justificativa de que fere o princípio do *ne bis in idem*, vez que a agravação da pena pela reincidência ocasiona, na verdade, uma dupla punição ao delito anterior, ofendendo ainda ao princípio da legalidade, eis que poderá impor ao referido delito pena distinta e até mesmo superior à prevista no ordenamento jurídico.

Zaffaroni (2011, p. 719) assevera que: “Na realidade, a reincidência decorre de um interesse estatal de classificar as pessoas em disciplinadas e indisciplinadas, e é óbvio não ser esta função do direito penal garantidor”.

Cabe mencionar ainda o argumento apresentado por Yarochevsky² apud Freitas (2009, p. 100) no qual ele apresenta que a aplicação da reincidência acarreta a violação ao princípio da individualização da pena:

Diante da reincidência, o juiz encontra-se obrigado a considerá-la para agravar a pena aplicada ao agente, o que implica, claramente, numa violação ao princípio constitucional da individualização da pena (art. 5º, XLVI, CF/1988), na medida em que o magistrado não precisa fundamentar a agravação, bastando reconhecê-la automaticamente, mecanicamente.

Berla (2010) apresenta a questão da reincidência no que tange à violação da dignidade da pessoa humana. Assim ele se manifesta: “Outrora com fulcro na periculosidade, atualmente na culpabilidade - do autor - ambas as fundamentações da reincidência não se coadunam com a dignidade da pessoa humana, um dos princípios fundamentais do ordenamento jurídico pátrio”.

Diante de todo o exposto, pode-se inferir que os autores que se demonstram contrários à aplicação do instituto da reincidência utilizam-se de argumentos de que a aplicação desta agravante tal como é realizada fere princípios resguardados pela CF/1988 e pelo Direito Penal Brasileiro, quais sejam: legalidade, individualização da

² YAROCHEWSKY, Leonardo Isaac. **Da reincidência criminal**, Belo Horizonte: Mandamentos, 2005, p. 120-123

pena, dignidade da pessoa humana, *ne bis in idem*.

Neste sentido, a aplicação desta agravante se revelaria como inconstitucional. E, neste cenário, a constitucionalidade acerca da aplicação do referido instituto é discutível.

5.2 Argumentos favoráveis

O ordenamento jurídico penal brasileiro não admite, em hipótese alguma, que o indivíduo seja punido duas vezes pelo mesmo fato. É o que traz o princípio do “*ne bis in idem*” e com base no qual foi editada a Súmula 241 do STJ que veda a possibilidade de, na dosimetria da pena, a reincidência ser valorada negativamente como circunstância judicial na fixação da pena base (1ª fase) e também considerada como agravante na fixação da pena intermediária (2ª fase).

No que tange à aplicação do instituto da reincidência, no entendimento de Masson (2014a) a aplicação de tal agravante genérica quando da prática de novo crime, não importa em violação desse princípio.

De acordo com o doutrinador:

a regra prevista no art. 61, I, do CP encontra-se em sintonia com o ordenamento jurídico em vigor, pois após ser definitivamente condenado o sujeito cometeu nova infração penal, demonstrando a necessidade de receber tratamento penal mais severo. (MASSON, 2014a, p. 33)

Assim também se posiciona Felberg (2004, p. 17) ao manifestar que:

o aumento da pena do réu reincidente não o penaliza uma segunda vez pelo crime anteriormente julgado, ao contrário, a exasperação tem algum caráter retributivo e predominantemente preventivo, revigorando a força intimidatória da sentença anterior.

Neste mesmo sentido se apresenta o doutrinador Estevam (2010). No seu entendimento, a aplicação da reincidência não constitui uma dupla apenação pelo mesmo fato, vez que o fato da pessoa ser reincidente não determinará sua condenação; esta se dará por circunstância independente. Além disso, entende que o reincidente possui grau de culpabilidade mais acentuado e assim faz jus a uma repreensão mais rigorosa.

O doutrinador Masson (2014b) também compartilha do entendimento de Estevam. Para ele não se pode falar em dupla punição pelo mesmo fato, pois o reincidente não é punido duas vezes pelo mesmo fato. Na verdade, ele já foi apenado pelo crime anterior (pressuposto da reincidência) e, num momento posterior por novo delito; esse segundo, com a pena agravada. A punição mais rigorosa pelo novo delito justifica-se pelo fato do infrator não se intimidar com a autoridade estatal e novamente cometer um crime.

Neste mesmo sentido se manifesta Mirabete (2007) ao afirmar que a exacerbação da pena se justifica para o infrator que, mesmo punido, voltou a delinquir, comprovando com isso que a sanção que lhe foi imposta não cumpriu sua função de puni-lo ou recuperá-lo. Assim, cabível uma maior censurabilidade na conduta do referido agente.

Masson (2014b, p. 677) destaca que “o fundamento da reincidência é claro e muito bem reconhecido pelo STF: o recrudesimento da pena resulta da opção do agente por continuar a delinquir”.

Os doutrinadores Estefam e Gonçalves (2012, p. 429) também não entendem que na aplicação da reincidência seja configurado um *bis in idem*. Eles assim se posicionam sobre a questão:

A realidade, todavia, é que o réu é condenado por ter cometido uma nova infração penal e, em relação a esta, seu comportamento é mais grave por ser pessoa já condenada, o que demonstra sua maior periculosidade em relação à coletividade, a merecer reprimenda mais severa.

Assim, os referidos doutrinadores concluem que a aplicação do instituto da reincidência atende ao princípio constitucional de individualização da pena.

Em síntese, o que se pode depreender das argumentações apresentadas pelos doutrinadores que se mostraram favoráveis à aplicação do instituto da reincidência é que estes sustentam sua utilização pelo fato do condenado ter voltado a praticar um delito, ou seja, não ter se inibido com a pena que lhe fora imposta pelo delito anteriormente cometido. Assim, este indivíduo demonstra com a prática da reincidência delitativa apresentar maior grau de culpabilidade e periculosidade. E,

neste caso, sua nova conduta merece maior reprimenda, o que não constitui, segundo esses doutrinadores, uma dupla punição pelo mesmo fato.

6 RECURSO EXTRAORDINÁRIO 453000

O Recurso Extraordinário 453000, interposto junto ao STF contra Acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado Rio Grande do Sul discutia a respeito da constitucionalidade da aplicação da agravante da reincidência no caso concreto do Sr. Volnei da Silva Leal.

O Recorrente foi condenado pelo crime de extorsão, previsto no artigo 158 caput do CP, sendo que sua pena-base, fixada em quatro anos, sofreu um aumento de seis meses, em decorrência da agravante da reincidência, prevista no artigo 61, inciso I do CP, vez que o indivíduo possuía condenação anterior, transitada em julgado. E, o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul entendeu não haver inconstitucionalidade na aplicação da referida agravante no cálculo da pena intermediária, na 2ª fase da dosimetria da pena.

Nas razões apresentadas junto ao STF, foi alegado violação ao artigo 5º, incisos XXXVI e XLVI da CF. Assim, haveria violação à coisa julgada, pois acarretaria em *bis in idem*, vez que o mesmo fato seria considerado duplamente, ou seja, o delito anteriormente cometido produziria efeitos jurídicos duas vezes. Além disso, haveria também violação ao princípio da individualização da pena, uma vez que não se analisaria as particularidades do caso concreto. (TEIXEIRA, 2014).

Em síntese, as razões apontadas pela Defensoria Pública Federal no Recurso em questão foram trazidas pelo Relator do Acórdão, o Ministro Marco Aurélio ao Relatório constante no Acórdão:

Sustenta-se que a visão garantista estabelecida pelo Constituinte não se coaduna com o instituto da reincidência, porque este – além de contrariar o princípio constitucional da individualização da pena – estigmatiza, obstaculariza uma série de benefícios legais, afeta a coisa julgada e viola flagrantemente, o *non bis in idem*, base fundamental de toda a legislação criminal. (BRASIL, 2013, p. 2)

Isto posto, pode-se inferir, com base tão somente nos argumentos trazidos pela defesa que a aplicação da agravante da reincidência não se harmoniza com princípios trazidos pela CF/88, bem como pela legislação penal além de repercutir negativamente para o acusado, vez que tem implicações em diversos benefícios

legais previstos na legislação penal além do fato de rotular o indivíduo como “reincidente”, dificultando ainda mais no seu processo de ressocialização.

No se refere ao recurso em questão, há que se destacar que em razão do grande número de réus demandando a respeito da mesma matéria, qual seja, a constitucionalidade da aplicação do instituto da reincidência, o STF que já vinha se posicionando sobre o assunto com o entendimento de que se tratava de um dispositivo constitucional, decidiu atribuir à decisão efeitos de repercussão geral. (TEIXEIRA, 2014). Assim, idêntico entendimento será aplicado aos processos similares em tramitação nos demais tribunais do país.

6.1 Argumentos do Supremo Tribunal Federal acerca da constitucionalidade na aplicação da reincidência

Em análise ao RE 453000, acima referenciado, o STF manifestou-se por unanimidade no sentido de negar provimento ao mesmo, reconhecendo a constitucionalidade da aplicação da agravante da reincidência prevista no artigo 61, inciso I do CP.

O Relator do Acórdão, Ministro Marco Aurélio, em seu voto registrou que o instituto da reincidência originou-se no Código do Império de 1830 e desde aquela época a sua aplicação tem como causa o fato do indivíduo haver cometido novo delito, o que não difere da previsão constante no CP atualmente. Assim, justificou a aplicação da individualização da pena quando da aplicação do referido instituto. (BRASIL, 2013, p. 3)

Ainda no que tange ao assunto, o Relator do Acórdão ressaltou que:

múltiplas são as repercussões legais da reincidência, não estando, portanto, restrita à problemática do agravamento da pena [...] A reincidência repercute em diversos institutos penais, compondo consagrado sistema de política criminal de combate à delinquência. (BRASIL, 2013, p. 2)

Assim, a reincidência não está adstrita tão somente ao aumento da pena do acusado. Uma vez decidida pela inconstitucionalidade desta, tal decisão traria reflexos diretos a vários outros previsões dispostas na lei penal, que tratam de

questões como fixação de regime de pena, *sursis*, livramento condicional, reabilitação, dentre outras. Deste modo, todas as demais implicações decorrentes da aplicação da reincidência, além do aumento da pena deveriam, de certo, serem afastadas.

No que se refere à alegação de que a utilização do instituto da reincidência não observa o princípio da individualização da pena, o Ministro assim se manifestou: "Descabe dizer que há regência a contrariar a individualização da pena. Ao reverso, leva-se em conta, justamente, o perfil do condenado, o fato de haver claudicado novamente, distinguindo-o daqueles que cometeram a primeira infração." (BRASIL, 2013, p. 3)

Assim, em justificativa de que a aplicação da reincidência atende ao princípio da individualização da pena, a utilização de tal agravante vem tratar os desiguais de forma desigual, vez que será aplicada na fase de dosimetria da pena tão somente àqueles que incorreram em novo delito, conforme disciplinado na legislação penal, não se aplicando a réus primários. Atende também ao princípio da legalidade.

Quando à alegação da existência do *bis in idem* na aplicação do instituto da reincidência, o Ministro registrou que o STF já se manifestou em outros processos pela incoerência da dupla punição em decorrência da aplicação da agravante. Apresentou, a título de exemplificação, precedentes sobre o assunto.

Os demais Ministros seguiram o voto do Relator, tendo acrescentado que a aplicação da agravante não configura um *bis in idem*, mas tão somente um maior juízo de censura ao indivíduo que volta a delinquir, o que demonstra que a pena não cumpriu qualquer de suas finalidades, quais sejam: preventiva, retributiva e ressocializadora, o que justifica assim, a exasperação desta.

Em seus votos, registraram que a aplicação da agravante não se trata de direito penal do autor, eis o critério para utilização da reincidência é a prática de novo delito após o trânsito em julgado de delito anterior. Sendo assim, o aumento da pena se justifica pela conduta do agente e não por sua condição pessoal. Em vista disso, leva-se em consideração o que o indivíduo fez e não o que ele é.

Em relação à violação ao artigo 5º XXXVI da CF/88, mencionam que “a norma constitucional veda a edição de leis retroativas que afetem a coisa julgada, o direito adquirido e o ato jurídico perfeito”. (BRASIL, 2013. p. 4). E, isto não se observa no caso em questão, vez que os artigos que preveem a aplicação da reincidência são muito anteriores à ocorrência da condenação analisada no recurso.

Diante de toda a fundamentação apresentada pelos Ministros do STF, passa-se a percepção de que a aplicação do instituto da reincidência se reveste de constitucionalidade, estando em perfeita harmonia com os princípios constitucionais e de direito penal. Sua aplicação obedece ao princípio da legalidade, sendo que o emprego da agravante está condicionado à existência de uma condenação anterior, transitada em julgado, conforme expresso no artigo 61, inciso I do CP.

E, no que tange à alegação apresentada pela defensoria concernente à dupla punição pelo mesmo delito, tal questão não se verifica, vez que a exasperação da pena ocorre não como punição ao delito anteriormente cometido, mas em decorrência do cometimento de um novo delito, o que merece maior censura e que, com aplicação da agravante, demonstra a individualização da pena, conforme se verifica nas palavras do Ministro Relator:

O instituto constitucional da individualização da pena respalda a consideração da singularidade, da reincidência, evitando a colocação de situações desiguais na mesma vala – a do recalcitrante e a do agente episódico, que assim o é ao menos ao tempo da prática criminosa. (BRASIL, 2013, p. 5)

Há que se consignar que o tema em questão, qual seja, a constitucionalidade da aplicação da reincidência, agravante prevista no artigo 61, inciso I, instituto demasiadamente discutido nos últimos tempos, apesar da manifestação do STF, que inclusive declarou, com repercussão geral, a sua constitucionalidade, ainda se mostra controvertido.

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente estudo pretendeu, através de pesquisa bibliográfica, fazer uma breve abordagem do instituto da reincidência no que concerne às implicações legais decorrentes de sua aplicação, as divergências doutrinárias que se apresentam sobre a questão, bem como o entendimento e posicionamento do STF em julgado sobre o assunto.

Verificou-se que variadas são as implicações legais decorrentes da aplicação da reincidência. Além de possibilitar a prisão preventiva, tal circunstância legal agrava a pena e restringe o exercício de diversos privilégios previstos na legislação penal.

Assim, constatou-se que a aplicação de tal instituto acarreta diversos efeitos negativos ao réu reincidente. Tais efeitos se refletem na decretação da prisão preventiva, na fixação da pena e do regime inicial de cumprimento desta, na substituição de pena privativa de liberdade por restritiva de direito, na suspensão condicional da pena e do processo, na prescrição, na execução de pena, nos crimes patrimoniais e na reabilitação.

No que tange ao entendimento doutrinário, identificou-se um posicionamento discordante por parte dos doutrinadores com referência à constitucionalidade ou não do emprego da agravante em questão. De um lado, doutrinadores revelaram-se contrários à aplicação do referido instituto, sob a alegação de que esta seria inconstitucional, vez que fere princípios constitucionais e penais, tais como a legalidade, individualização da pena, dignidade da pessoa humana, *ne bis in idem*. De outro, doutrinadores se mostraram favoráveis à aplicação da reincidência, justificando-a na maior culpabilidade e periculosidade do agente que reincide na prática delitiva.

E, no que se refere ao entendimento jurisprudencial, pela análise do RE 453000, constatou-se que o STF reputa como válida e constitucional a aplicação da agravante da reincidência, sob a justificativa de que esta não ofende ao princípio do *ne bis in idem* e se encontra em perfeita consonância com os princípios constitucionais e penais.

Diante do exposto, há que se consignar que no que concerne às repercussões legais decorrentes da reincidência, estas foram identificadas na legislação penal e apropriadamente abordadas no presente estudo, constatando-se que esta repercute em diversos institutos penais, não se restringindo tão somente ao agravamento da pena.

E, com relação à constitucionalidade ou não da aplicação do instituto em questão, muito embora o STF tenha se manifestado favorável à aplicação do mesmo, declarando a sua constitucionalidade e até mesmo atribuído à matéria status de repercussão geral, o posicionamento doutrinário ainda se demonstra divergente. Não há uma pacificação a respeito do referido tema.

Desta feita, só a evolução doutrinária e jurisprudencial será capaz de colocar uma “pá de cal” no instituto da reincidência, objeto de estudo neste Trabalho de Conclusão de Curso.

REFERÊNCIAS

BERLA, Gabriel Vieira. Reincidência: uma perspectiva crítica de um instituto criminológico. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 82, ano 18, p. 295-338, jan/fev 2010

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte geral, 11.ed. atual., São Paulo: Saraiva, 2007, v.1

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 02 mar. 2015

_____. Decreto-lei nº. 2.848, de 7 de dezembro de 1940. **Código Penal**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm>. Acesso em: 02 mar. 2015.

_____. Decreto-lei nº 3.688, de 3 de outubro de 1941. **Lei das Contravenções Penais**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3688.htm>. Acesso em: 02 mar. 2015

_____. BRASIL. Decreto-lei nº. 3.689, de 3 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm>. Acesso em: 07 nov. 2015

_____. Lei 7.210, de 11 de julho de 1984. **Institui a Lei de Execução Penal**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L7210.htm>. Acesso em: 22 set. 2015

_____. Lei nº. 8.072, de 25 de julho de 1990. **Dispõe sobre os crimes hediondos**, nos termos do art. 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal, e determina outras providências. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8072.htm>. Acesso em: 16 jun. 2015

_____. Lei nº. 9.099, de 26 de setembro de 1995. **Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais** e dá outras providências. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9099.htm> Acesso em: 22 set. 2015

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula 220**. A reincidência não influi no prazo de prescrição da pretensão punitiva. Disponível em:< http://www.stj.jus.br/SCON/sumulas/toc.jsp?tipo_visualizacao=RESUMO&livre=%40docn&&b=SUMU&p=false&l=10&i=340> Acesso em: 07 out. 2015

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula 241**. A reincidência penal não pode ser considerada como circunstância agravante e, simultaneamente, como circunstância judicial. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/sumulas/toc.jsp?tipo_visualizacao=RESUMO&livre=%40docn&&b=SUMU&p=false&l=10&i=310>. Acesso em: 07 out. 2015

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula 269**. É admissível a adoção do regime

prisonal semi-aberto aos reincidentes condenados a pena igual ou inferior a quatro anos se favoráveis as circunstâncias judiciais. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/sumulas/toc.jsp?tipo_visualizacao=RESUMO&livre=%40docn&&b=SUMU&p=false&l=10&i=280>. Acesso em: 07 out. 2015

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 453.000 Rio Grande do Sul**. Agravante - Reincidência - Constitucionalidade - Surge harmônico com a Constituição Federal o inciso I do artigo 61 do Código Penal, no que prevê, como agravante, a reincidência. Relator: Ministro Marco Aurélio, 04 abr. 2013. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24806856/recurso-extraordinario-re-453000-rs-stf/inteiro-teor-112280465>>. Acesso em: 29 set. 2015

_____. Supremo Tribunal Federal. **Súmula 499**. Não obsta à concessão do “sursis” condenação anterior à pena de multa. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula&pagina=sumula_401_500>. Acesso em: 07 out. 2015

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal**, parte geral (art. 1º a 120). 15.ed. São Paulo: Saraiva, 2011, v. 1

CAPEZ, Fernando. COLNAGO, Rodrigo Henrique. **Código de processo penal comentado**. São Paulo: Saraiva, 2015

ESTEFAM, André. **Direito penal**. São Paulo: Saraiva, 2010, v. 1

ESTEFAM, André. GONÇALVES, Eduardo Rios. **Direito penal esquematizado: parte geral**. São Paulo: Saraiva, 2012

FELBERG, Lia. A reincidência como agravante genérica. **Revista Literária de Direito**, São Paulo, ano XI, n. 54, p. 16-17, out/nov 2004

FREITAS, Ricardo. Reincidência e repressão penal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 81, ano 17, p. 92-138, nov/dez 2009

GRECO, Rogério. **Curso de direito penal**. 17.ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2015

MASSON, Cléber. **Código penal comentado**. 2.ed. rev., atual. e ampl.; São Paulo: Método, 2014a

_____. **Direito penal esquematizado**, 1ª parte. 8.ed. São Paulo: Método, 2014b

MIRABETE, Júlio Fabrini. **Manual de direito penal**, parte geral, art. 1º a 120 do CP. 24.ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2007, v. 1

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de direito penal: parte geral, parte especial**. 7.ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011

PRADO. Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro: parte geral**, arts 1º a 120. 11.ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, v. 1

TEIXEIRA, Adriano. O papel da reincidência criminal na aplicação da pena – reflexões a propósito do Acórdão do RE 453.000 do STF. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 108, ano 22, p. 513-540, mai/jun 2014

ZAFFARONI, Eugênio Rául. PIARANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**: parte geral. 9.ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, v.

1