

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO

PUC/SP

Adler Chiquezi

Reincidência criminal e sua atuação como circunstância agravante

MESTRADO EM DIREITO

Dissertação apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito Penal (Direito das Relações Sociais), sob orientação do Prof. Doutor Dirceu de Mello.

SÃO PAULO

2009

Defesa do dia 09 de junho de 2009 às 8h30min.

Dissertação: Reincidência criminal e sua atuação como circunstância agravante.

ERRATA

Folha	Linha	Onde se lê	Leia-se
8	24	75,76 83 a 89	75, 76 e 83 a 89
20	10	delinqüente	delinquente
22	15	delinqüente	delinquente
28	14	Lei de Contravenções	Lei das Contravenções
37	8	processo previstos	processo, previstos
41	23	idéia	ideia
42	19	lei de 22 de julho	Lei de 22 de julho
48	6	ultra-específica	ultraespecífica
65	28	será esta acrescida de	será acrescido de
76	7	delinqüente	delinquente
76	19	anti-sociabilidade	antissociabilidade
78	26	direito penal de autor	direito penal do autor
81	9	delinqüir	delinquir
85	11	relação à sua	relação com a sua
86	2	atenuante cita	atenuante, cita
92	4	se ocorrer esta	se existir esta
93	5	que a após	que após
93	17	determinada	determina
94	18	necessariamente, o novo	necessariamente, a gravidade do novo
99	20	pela Lei de	pelo Decreto-lei n. 99, de
101	22	cita Luis Garcia (1992), que	Luis Garcia (1992) cita que
103	3	mencionadas	mencionados
109	2	sexto da aplicada	sexto da pena aplicada
115	8	ingressar no	ingressar ao
118	34	reincidência, como	reincidência, pois, como
122	15	concluiu	conclui
123	4	cumpre	cumprem
123	5	reincide	reincidem
124	10	autos	altos
125	18	apóia	apoia

Banca Examinadora

DEDICATÓRIA

*Dedico este trabalho à memória dos meus pais,
O faço também à minha família, pelo apoio incondicional,
E ao Prof. Doutor Dirceu de Mello, pelos preciosos ensinamentos.*

RESUMO

Este trabalho analisa a reincidência criminal e seu emprego como circunstância agravante da pena, visando apurar se a atual legislação pátria a trata de forma adequada conforme a evolução do Direito Penal. Para a realização desta dissertação, a reincidência é cotejada por meio de um procedimento racional que transita do geral para o particular. Verifica a origem da recidiva, suas classificações e os institutos afins; examina a evolução da reincidência no direito penal brasileiro e as teorias que justificam sua aplicação, bem como arrola os demais efeitos penais e processuais decorrentes do reconhecimento da reincidência. O objetivo central deste trabalho é questionar a atual disciplina da reincidência na legislação brasileira, principalmente com base na Constituição Federal de 1988 e em razão do fracasso ressocializador da pena privativa de liberdade. Após verificar a utilização da reincidência em outros países, são sugeridas alterações desse instituto, no Brasil, consoante o direito comparado e a evolução do direito penal de garantias, para que seja aplicado o direito penal do fato. É destacada, ainda, a crise do sistema carcerário, com ênfase à superpopulação prisional, à ausência da função ressocializadora da pena de prisão e ao diminuto apoio aos egressos, fatores que contribuem para os elevados índices de reincidência criminal.

Palavras-chave: Reincidência criminal. Antecedentes criminais. Circunstâncias agravantes da pena.

ABSTRACT

This work analyses criminal recidivism and its role in aggravating penalty, in order to study the way Brazilian Legislation deals with it according to the evolution of the Penal Law. With this purpose the recidivism has been collated rationally from a general to private matter. It looks into the recidivism, its classification and related subjects, and evaluate its evolution in the Brazilian Penal Law it also analyses theories that justifies its application, furthermore it lists its penal and procedural effects coming from the recognition of recidivism. The main goal of this paper is to question the recidivism in the current Brazilian Law (Mainly through the Brazilian Federal Constitution/ 1988) due to the failure of the prison penalty to reintegrate the criminal in the society. After verifying how other countries use the recidivism, we suggest changes for it in Brazil according to compared law and the evolution in penal law, making sure the penal law will truly be applied. The crisis of the prison system is highlighted, giving emphasis to the overpopulation of our prisons, no existence of reintegration programs and lack of support to the ex convicts, all these factors leads to high rates of recidivism.

Key words: Criminal recidivism. Criminal records. Aggravating penalties circumstances.

SUMÁRIO

Introdução.....	9
 CAPÍTULO I	
1 Noções fundamentais.....	11
1.1 Conceito de reincidência.....	11
1.2 Primariedade.....	13
1.3 Antecedentes	15
1.4 Multirreincidência.....	17
1.5 Delinquente habitual, profissional e por tendência.....	19
1.6 Reincidência real e ficta.....	23
1.7 Reincidência genérica e específica.....	25
1.8 Reincidência internacional.....	28
1.9 Duração do estado de reincidente.....	30
1.10 Natureza jurídica da reincidência.....	33
1.11 Pressupostos da reincidência	34
1.12 Prova da reincidência.....	38
1.13 Extinção da punibilidade da infração anterior.....	39
2 Historicidade da reincidência.....	41
2.1 Origem da reincidência.....	41
2.2 Reincidência na legislação brasileira.....	43
2.2.1 Ordenações Filipinas.....	44
2.2.2 Código Criminal de 1830.....	45
2.2.3 Código Penal de 1890 e Consolidação das Leis Penais.....	47
2.2.4 Código Penal de 1940.....	49
2.2.5 Lei das Contravenções Penais.....	52
2.2.6 Código Penal de 1969.....	53
2.2.7 Lei n. 6.416/77.....	55
2.2.8 Reforma penal de 1984.....	55
2.2.9 Leis n. 8.072/90 e 9.714/98 – retorno da reincidência específica.....	57

2.2.10 Projeto de reforma do Código Penal.....	58
3 Reincidência no direito comparado.....	59
3.1 Espanha.....	60
3.2 França.....	61
3.3 Itália.....	62
3.4 Portugal.....	64
3.5 Argentina.....	66
3.6 Colômbia.....	67
3.7 Uruguai.....	67
3.8 Cuba.....	68
4 Principais efeitos da reincidência.....	70

CAPÍTULO II

1 Reincidência como circunstância agravante.....	73
1.1 Conceito e classificação de circunstâncias agravantes.....	73
1.2 Fundamentos para a exasperação decorrente da reincidência.....	75
1.2.1 Maior periculosidade.....	75
1.2.2 Maior culpabilidade.....	77
1.2.3 Insuficiência da pena anterior.....	79
1.2.4 Maior alarme social.....	80
1.2.5 Hábito de delinquir.....	81
1.3 Obrigatoriedade de incidência da reincidência.....	82
1.4 Aumento decorrente da reincidência.....	83
1.5 Concurso de circunstâncias agravantes e atenuantes.....	85
1.6 Reincidência como atenuante da pena.....	85
1.7 Abolição da reincidência.....	87
1.8 Análise da reincidência à luz dos princípios penais constitucionais.....	89
1.8.1 Princípio da culpabilidade	90
1.8.2 Princípio da individualização da pena	92
1.8.3 Princípio da proporcionalidade da pena	94
1.8.4 Princípio do <i>non bis in idem</i>	95

2 Sugestões acerca da reincidência – <i>de lege ferenda</i>	97
2.1 Majoração facultativa.....	98
2.2 Exclusão dos crimes culposos.....	100
2.3 Condenação à pena de prisão.....	102
2.4 Adoção do critério da reincidência real.....	104
2.5 Alteração do marco inicial para o término da reincidência.....	106
2.6 Prazo da pena imposta para a cessação dos efeitos da reincidência... ..	107
2.7 Fixação de percentual para a agravação da pena	108

CAPÍTULO III

1 Fundamentos da sanção penal	110
2 Sistema carcerário e seus reflexos na reincidência criminal.....	111
2.1 Ressocialização	115
2.2 Superlotação e sua interferência na ressocialização.....	119
3 Índices de reincidência.....	122
4 Reinserção social do egresso.....	124
Conclusão.....	128
Referências bibliográficas.....	131

ANEXOS

ANEXO A – Código Penal espanhol – arts. 22 e 136.....	137
ANEXO B – Código Penal francês – arts. 132-8 a 132-16-2	139
ANEXO C – Código Penal italiano – arts. 99 a 109.....	142
ANEXO D – Código penal português – arts. 75, 76 83 a 89.....	145
ANEXO E – Código Penal argentino – arts. 50 a 53... ..	148
ANEXO F – Código Penal uruguaio – arts. 47 a 53	150
ANEXO G – Código Penal cubano – arts. 55, 67 e 89	153
ANEXO H – Projeto de Lei n. 3.473/2000 – arts. 59 e 61	156

INTRODUÇÃO

O crime sempre acompanhou as sociedades organizadas. A luta para a diminuição dos índices de criminalidade é um desafio constante. O aumento da pena para o indivíduo que volta a delinquir é um dos instrumentos utilizados na busca da redução das infrações penais.

O pensamento predominante é que se o agente de um crime retorna à vida criminoso, depois de já ter sido condenado por outro delito, é porque ele revela grande desrespeito às leis penais e possui maior culpabilidade e, por isso, deve ser aumentado o rigor de sua punição.

Nesse diapasão, a reincidência criminal, ao longo da história, é tratada como uma majorante da pena. No Brasil, o art. 61, I, do Código Penal de 1940 insere a reincidência como circunstância agravante obrigatória; além disso, a reincidência acarreta outros efeitos penais que aumentam o rigor do tratamento ao réu.

Conforme as diretrizes do art. 63 do Código Penal brasileiro, nosso ordenamento jurídico acolheu a reincidência ficta, ou seja, para sua ocorrência basta a prática de nova infração penal após condenação definitiva por outra, não sendo necessário o cumprimento total ou parcial da sanção imposta no crime precedente.

Dessa forma, um questionamento deve ser elaborado, é correto o aumento da pena do segundo crime se o condenado sequer foi submetido à sanção do primeiro? Com fundamento no caráter ressocializador da pena, melhor seria a adoção do critério da reincidência real, como ocorre na Argentina, pois somente após o cumprimento de, pelo menos, parte da punição imposta é que se poderá argumentar favoravelmente a um tratamento mais rigoroso ao reincidente em razão de sua contumácia.

Ademais, nem sempre o reincidente apresenta culpabilidade mais acentuada. Outrossim, com o ingresso ao sistema carcerário, o indivíduo

ficará marcado para sempre com o estigma de criminoso e, então, dificilmente conseguirá colocação no mercado de trabalho, fato que poderá contribuir para seu retorno à atividade criminosa.

Deve ser repensado, portanto, se a obrigatoriedade do aumento da pena decorrente da reincidência é a medida adequada para quem retorna a delinquir, pois em alguns casos o reincidente possui menor resistência às práticas criminosas. Nesse sentido, a Colômbia eliminou o aumento da pena em razão da reincidência criminal de seu Código Penal.

No Brasil, o Projeto de Lei n. 3.473/2000, em tramitação na Câmara dos Deputados, altera o atual sistema do Código Penal e insere a reincidência como uma circunstância judicial, prevista no art. 59, o que, em tese, possibilitará ao magistrado maior liberdade de analisar o caso concreto e aumentar, ou não, a pena do réu por ser reincidente.

O aumento do rol dos crimes não considerados para a ocorrência da reincidência, atualmente limitado aos crimes militares próprios e políticos, seria outra maneira de reduzi-la. Destarte, a inclusão dos delitos culposos nessas hipóteses seria plausível em razão da diferença entre seu elemento subjetivo e o do crime doloso.

Outrossim, é cediço que apenas o maior rigor nas penas impostas não reduz os índices de criminalidade; é mister o trabalho conjunto entre a sociedade, a Administração Pública e o Poder Judiciário para a obtenção de meios de desenvolvimento social adequados e evitar o ingresso, cada vez mais precoce, ao mundo do crime.

Neste trabalho, buscar-se-á demonstrar que o tratamento penal aplicado ao criminoso reincidente não está contribuindo para que se evite a recaída à delinquência; assim, a modificação do nosso Código Penal e o incremento das medidas de auxílio ao egresso podem contribuir para a redução da reincidência.

CAPÍTULO I

1 Noções fundamentais

Nesta seção serão abordados temas importantes para o desenvolvimento deste trabalho, ou seja, conceito e espécies de reincidência, assuntos interligados e afins à recidiva, como primariedade, antecedentes, delinquente habitual, profissional e por tendência, bem como será verificada sua natureza jurídica, pressupostos, meios de prova e a influência da extinção da punibilidade do crime anterior para fins de reincidência.

1.1 Conceito de reincidência

A palavra reincidência deriva do latim *recider* e é composta do prefixo de repetição *re* e do substantivo feminino *incidência*, esta exprime acontecimento, caída sobre algo.

Possui um significado popular e outro jurídico. No sentido comum, reincidência é a ação ou efeito de reincidir, “tornar a praticar (erro, delito, falta, qualquer ato reprovável)”¹.

O conceito jurídico de reincidência varia de acordo com a legislação de cada país² e, por isso, é difícil obter-se um conceito de recidiva no

¹ MICHAELIS. *Moderno dicionário da língua portuguesa*. São Paulo: Melhoramentos, 1998, p. 1.806.

² Garraud, ao analisar a legislação francesa, define reincidente como “o indivíduo que comete uma infracção apoz um julgamento definitivo que o condenou por outra infracção. A reincidencia constitui-se, pois, por uma repetição ou reintegração d’infracções praticadas pelo mesmo agente e que peçam sobre ele, mas com a circunstancia essencial de que uma das infracções esteja definitivamente julgada quando a outra tenha sido perpetrada”. GARRAUD, René. *Compendio de direito criminal*. Lisboa: Clássica, 1915, p. 528.

âmbito internacional³. Inclusive na legislação brasileira, sua definição modificou-se conforme os Códigos Penais que se sucederam, o que será analisado em tópico próprio.

No Brasil, atualmente, a reincidência está prevista no art. 63 do Código Penal, que prescreve: “Verifica-se a reincidência quando o agente comete novo crime, depois de transitar em julgado a sentença que, no País ou no estrangeiro, o tenha condenado por crime anterior”.

O art. 7º do Decreto-lei n. 3.688, de 03/10/1941 (Lei das Contravenções Penais) também considera reincidente quem pratica contravenção penal depois ter sido condenado em definitivo, em qualquer país, por crime, ou no Brasil por outra contravenção penal.

Reincidente, portanto, no aspecto técnico, é quem comete novo crime ou contravenção após ter sido condenado definitivamente por outro delito, no Brasil ou no estrangeiro, ou pratica nova contravenção após condenação irrecorrível por outra contravenção penal em nosso país.

São excluídos para fins de reincidência, entretanto, os crimes políticos⁴ e militares próprios⁵, conforme o art. 64, II, do Código Penal; por sua vez, os crimes militares impróprios são capazes de gerar reincidência. O art. 120 desse diploma legal, ainda, não considera para efeitos de reincidência a sentença que conceder perdão judicial.

³ Conforme Zaffaroni, “É difícil fornecer um conceito satisfatório de ‘reincidência’ a nível internacional, dado que os esforços que vêm se realizando neste sentido, há décadas, não se mostram alentadores, como demonstram as tentativas feitas no Congresso Internacional de Criminologia de 1955 e no Curso Internacional de 1971”. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Reincidência: um conceito do direito penal autoritário. *In Livro de Estudos Jurídicos n. 6*. Rio de Janeiro: Instituto de Estudos Jurídicos, 1993, p. 49.

⁴ Esclarece Hungria, “*Crimes comuns* (em sentido extensivo) e *políticos* (ou *políticos-sociais*): enquanto os primeiros atacam os bens ou interesses jurídicos do indivíduo, da família e da sociedade, penalmente protegidos pelo Estado, os crimes políticos agredem a própria segurança interna ou externa do Estado ou são dirigidos contra a própria *personalidade* deste”. HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal - v. I – tomo II*. Rio de Janeiro: Forense, 1978, p. 57.

⁵ Os crimes militares próprios são os previstos exclusivamente no Código Penal Militar (Decreto-lei n. 1.001, de 21 de outubro de 1969), como a deserção (art. 187); já os militares impróprios também são disciplinados pela legislação penal comum. Ex. homicídio (art. 205 do Código Penal Militar e art. 121 do Código Penal).

A Lei de Segurança Nacional (Lei n. 7.170, de 14/12/1983), no entanto, em seu art. 4º, admite o reconhecimento da reincidência entre crimes políticos, determinando o agravamento da pena. Além disso, salienta Nucci (2007) que “há, ainda, os denominados *crimes políticos relativos*, que são crimes comuns determinados, no todo ou em parte, por motivos políticos. Estes são capazes de gerar reincidência”⁶.

O Código Penal Militar⁷ não possui regra semelhante à do inciso II do art. 64 do Código Penal e, por isso, a prática de dois crimes militares pode gerar reincidência; em seu art. 71, § 2º, a lei penal militar somente não considera para fins de reincidência os crimes anistiados; assim, “pode haver reincidência entre um crime anterior comum e outro posterior militar”⁸.

Observa-se, ainda, que pelo cotejo do art. 63 do Código Penal e do art. 7º da Lei das Contravenções Penais, não será reincidente quem pratica crime depois de sofrer condenação com trânsito em julgado por contravenção penal⁹.

1.2 Primariedade

Não há definição legal de criminoso primário. O conceito de primariedade é extraído *a contrario sensu* do de reincidência, pois primário é o

⁶ NUCCI, Guilherme de Souza. *Individualização da pena*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 217.

⁷ Art. 71 do Código Penal Militar: “Verifica-se a reincidência quando o agente comete novo crime, depois de transitar em julgado a sentença que, no país ou no estrangeiro, o tenha condenado por crime anterior”.

⁸ JESUS, Damásio E. de. *Código Penal anotado*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 236.

⁹ Nesse sentido discorre Garcia, “Justapostos os dois estatutos, nota-se-lhes uma incongruência. É reincidente quem pratica um crime e, depois, outro crime. É ainda reincidente quem pratica um crime e, depois, uma contravenção. Também o é quem pratica uma contravenção e, depois, outra contravenção. Já não o é, todavia, quem pratica uma contravenção e, depois, um crime”. GARCIA, Basileu. *Instituições de direito penal - v. I – tomo II*. São Paulo: Max Limonad, 1971, p. 474.

não-reincidente¹⁰, ou seja, quem não cometeu novo delito após ter sido condenado definitivamente por outro crime.

Pode ocorrer, então, a hipótese de o delinquente praticar vários delitos, porém sem existir precedente condenação com trânsito em julgado; assim, prevalecerá a condição de primário.

A reincidência não é perpétua, visto que após cinco anos do cumprimento ou extinção da pena imposta, incluído o período de prova do *sursis* ou do livramento condicional, o condenado retornará à condição de primário (art. 64, I, do Código Penal). Seria a situação do “tecnicamente primário”, mas, na verdade, com o decurso desse prazo há apenas primariedade.

Mirabete (1992) expõe que além do primário e do reincidente há uma terceira categoria, “a do criminoso que *não é primário nem reincidente*”; essa situação ocorreria durante o trâmite do processo do segundo crime de quem já possui condenação penal definitiva, bem como na situação do art. 64, I, do Código Penal, ou seja, prática de nova infração penal após a cessação dos efeitos da reincidência pelo decurso do prazo de cinco anos. Cita que a esse tipo de criminoso não poderá ser concedida fiança, se os crimes forem dolosos e punidos com pena de prisão, nos termos das diretrizes do art. 323, III, do Código de Processo Penal¹¹.

E conclui Mirabete que “na nova lei penal, porém, somente há referência aos réus *reincidentes* e *não-reincidentes* e, assim, a situação do réu que não é primário nem reincidente será considerada para o efeito de caracterização de maus antecedentes”¹².

¹⁰ MELLO, Lydio Machado Bandeira de. *O criminoso, o crime e a pena*. Belo Horizonte: Prisma, 1970, p. 152: “[...] a definição do termo lógico CRIMINOSO PRIMÁRIO é forçosamente negativa: CRIMINOSO PRIMÁRIO é o CRIMINOSO NÃO-REINCIDENTE”.

¹¹ MIRABETE, Julio Fabbrini. *Manual de direito penal, v. I*. São Paulo: Atlas, 1992, p. 287.

¹² *Ibid.*, p. 288.

1.3 Antecedentes

É a vida pregressa do agente que interessa à avaliação subjetiva de um crime. Não se confunde com a reincidência, porque esta exige condenação anterior com trânsito em julgado nos últimos cinco anos.

Para Bissoli Filho (1998) “reincidência criminal é espécie do gênero que são os antecedentes, uma vez que ambos tratam da vida pretérita do indivíduo”¹³.

Os antecedentes fazem parte do rol das circunstâncias judiciais, previstas no art. 59 do Código Penal, e, por isso, devem ser considerados na primeira fase do sistema trifásico, ou seja, para a fixação da pena-base entre os limites previstos abstratamente na lei penal.

Até a reforma penal de 1984 (Lei n. 7.209/84), os antecedentes abrangiam todos os fatos passados relevantes do réu¹⁴; logo, existiam bons e maus antecedentes, pois não só a ficha criminal era considerada para aumentar a pena, mas também a boa conduta na sociedade para favorecer o agente.

Com a alteração da parte geral do Código Penal, introduziu-se a circunstância judicial referente à conduta social do agente, isto é, “a sua situação nos diversos papéis desempenhados junto à comunidade, tais como suas atividades relativas ao trabalho, à vida familiar etc”¹⁵. Por conseguinte, os bons antecedentes, a vida social lícita, devem ser inseridos no contexto da conduta social e não nos antecedentes¹⁶.

¹³ BISSOLI FILHO, Francisco. *Estigmas da criminalização*: dos antecedentes à reincidência criminal. Florianópolis: Obra Jurídica, 1998, p. 59.

¹⁴ Assim era a redação do *caput* art. 42 do Código Penal referente à fixação da pena: “Compete ao Juiz, atendendo aos antecedentes e à personalidade do agente, à intensidade do dolo ou grau da culpa, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime”.

¹⁵ MIRABETE, Julio Fabbrini. *Manual de direito penal*, v. I. São Paulo: Atlas, 1992, p. 277.

¹⁶ Nesse sentido NUCCI, Guilherme de Souza. *Individualização da pena*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 179.

Destarte, os antecedentes ficaram limitados ao passado criminal do réu (maus antecedentes).

Ademais, a atual Constituição Federal consagrou em seu art. 5º, LVII, o princípio de não-culpabilidade (ou presunção de inocência), no qual ninguém pode ser considerado culpado antes do trânsito em julgado de sentença penal condenatória; consequentemente, não pode mais prevalecer o entendimento que maus antecedentes seriam todas as ocorrências de caráter criminal, como indiciamento em inquérito policial ou processo criminal em andamento, uma vez que ainda não houve sentença condenatória definitiva¹⁷.

De acordo com os parâmetros constitucionais, portanto, apenas condenações criminais definitivas que não gerarem reincidência caracterizam maus antecedentes, ou seja, as que foram atingidas pelo prazo de cinco anos disposto no art. 64, I, do Código Penal.

Delmanto (2007)¹⁸, todavia, cita divergência jurisprudencial sobre o aumento decorrente dos antecedentes originários de sentença condenatória que não serve para caracterizar a recidiva, pois há julgados que adotam a tese de ser ilógico afastar a reincidência e prevalecerem os antecedentes, enquanto outros aplicam esta circunstância judicial para aumentar a pena.

Salienta-se que a atual disposição dos antecedentes na lei penal acarreta a situação da perpetuidade de seus efeitos, visto que não há limitação temporal para sua cessação, ao revés da reincidência¹⁹.

¹⁷ Consoante Fernandes, "Primário é o não reincidente. Ter bons antecedentes significa não ter condenações que, apesar de não gerarem reincidência, revelam propensão ao crime. Não é possível, em face do princípio constitucional de presunção de inocência, admitir como maus antecedentes fatos criminais que ainda não foram julgados ou, pior ainda, fatos em relação aos quais houve arquivamento do inquérito policial ou absolvição". FERNANDES, Antônio Scarance. *Processo Penal constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 301.

¹⁸ DELMANTO, Celso *et al.* *Código Penal comentado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 211.

¹⁹ Lembra Carvalho que "Importante, porém, a constatação de que os antecedentes são *perpétuos*, dado que, diferentemente da reincidência, não são limitados temporalmente pela legislação vigente". CARVALHO, Salo de. Reincidência e antecedentes criminais: abordagem crítica desde o marco garantista, *Revista de Estudos Criminais n. 1*, Rio Grande do Sul, 2001, p. 112.

Melhor seria, portanto, previsão legal semelhante à da reincidência, para que os efeitos dos antecedentes expressamente não se eternizassem na vida do réu.

Outrossim, conforme observações de Nucci (2007), deve-se evitar duplo aumento de pena pelo mesmo fato; logo, se uma condenação anterior foi considerada para gerar reincidência, não pode existir acréscimo, pela mesma condenação, em razão de maus antecedentes²⁰. Nada obsta, contudo, que se o agente possuir outras condenações definitivas, além do prazo de cinco anos, estas sejam consideradas para fins da circunstância judicial dos antecedentes e aquela para fins de reincidência. “Inexiste, nessa hipótese, *bis in idem*, pois são elementos geradores diversos”²¹.

No que tange aos crimes políticos e militares próprios, por terem sido excluídos do conceito de reincidência, não devem ser considerados para caracterização de maus antecedentes se houver novo crime comum, visto que nos delitos militares próprios são punidas condutas administrativas, praticadas exclusivamente por militares, já nos políticos a motivação do agente o diferencia do criminoso comum.

1.4 Multirreincidente

Pode ocorrer de o sujeito sofrer mais de uma condenação criminal após ter sido definitivamente condenado por outro crime.

²⁰ Nesse teor é a súmula n. 241 do Superior Tribunal de Justiça: “A reincidência penal não pode ser considerada como circunstância agravante e, simultaneamente, como circunstância judicial”.

²¹ NUCCI, Guilherme de Souza. *Individualização da pena*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 181.

Damásio de Jesus (2007)²², então, conceitua como multirreincidente quem teve mais de três condenações com reconhecimento da reincidência.

O Código Penal cubano²³ considera multirreincidente o condenado a dois ou mais delitos.

Já o Código Penal argentino²⁴ exige para a caracterização da múltipla reincidência, com a consequente aplicação de pena por tempo indeterminado, a prática de quatro ou mais crimes e pelo menos um deles com pena privativa de liberdade superior a três anos, ou a condenação a cinco delitos com penas de três anos ou menos.

No Brasil, não há distinção legal entre reincidente e multirreincidente, porém por ocasião da dosimetria da pena o aumento decorrente da recidiva variará conforme o número de condenações criminais.

Ao analisar a jurisprudência do extinto Tribunal de Alçada Criminal do Estado de São Paulo²⁵, Rossetti (1988) constatou que a exasperação das penas pela reincidência tem início em uma escala de 1/6 (um sexto) e pode chegar até 1/2 (metade), de acordo com a quantidade de condenações com trânsito em julgado²⁶.

Garraud (1915) também discorreu acerca do aumento diferenciado na hipótese de reincidência múltipla:

Deverá a lei tomar em conta a *multiplicidade dos reincidentes* agravando, á medida que eles aumentam, também a repressão? Este sistema não

²² JESUS, Damásio E. de. *Direito Penal* – v. 1. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 567.

²³ Código Penal cubano (Lei n. 62, de 23/12/1987), art. 55, 2.: “Hay multirreincidencia cuando al delinquir el culpable ya había sido ejecutoriamente sancionado con anterioridad por dos o más delitos intencionales, bien sean éstos de la misma especie o de especies diferentes”.

²⁴ Código Penal argentino, art. 52: “Se impondrá reclusión por tiempo indeterminado como accesoria de la última condena, cuando la reincidencia fuere múltiple en forma tal que mediaren las siguientes penas anteriores:

1. Cuatro penas privativas de libertad, siendo una de ellas mayor de tres años;
2. Cinco penas privativas de libertad, de tres años o menores”.

²⁵ “Em sede de aplicação de pena, o acréscimo relativo à agravante deve seguir uma escala crescente de 1/6, 1/5, 1/4, e assim por diante, considerando-se o número de condenações comprovadas por certidões cartorárias” (TACRIM-SP – AC – Rel. Abreu Machado – RJD 17/54).

²⁶ ROSSETTI, Janora Rocha. Reincidência e agravamento da pena em delitos contra o patrimônio. *Revista dos Tribunais* n. 638. São Paulo, 1988, p. 402.

pode ser admitido duma maneira absoluta, pois que colidiria com impossibilidades de facto e com um exagero de penalidade conduziria a uma extrema complicação na aplicação das penas. Mas um agravamento progressivo dos castigos em caso de reincidência analogo ao admitido pela legislação inglesa, poderia ser empregado até o dia em que o numero ou a gravidade das condenações anteriores fossem tais que a reincidência constituísse o indicio característico, e unico legitimo dessa incorrigibilidade absoluta que pode motivar o emprego de medidas excessivas contra o delinquente²⁷.

Com efeito, a majoração da pena será maior ao múltiplo reincidente.

1.5 Delinquente habitual, profissional e por tendência

O conceito de delinquente habitual não se confunde com o de reincidente, malgrado apresentem a reiteração de crimes como ponto comum.

Hungria (1959) conceitua a habitualidade como:

A persistência de um estado subjetivo de afeiçoamento ao crime, ou mais particularizadamente: é um *status* de anti-sociabilidade, criado pela cumplicidade de fatores endógenos e exógenos, em virtude do qual um indivíduo se entrega repetidamente à prática de crimes, procurando ou cuidando de não perder ocasiões para isso, de tal modo que a conduta criminosa se faz nêle uma tendência radicada na estrutura mesma de sua personalidade²⁸.

Com relação à distinção entre reincidência e habitualidade, Clara Silva (1971) aponta duas correntes doutrinárias, a objetivista e a subjetivista. Para a primeira, “as alterações das sanções decorrentes da reincidência são fornecidas pelos crimes cometidos, cuja gravidade e características são prefixadas em lei de forma taxativa”²⁹.

²⁷ GARRAUD, René. *Compendio de direito criminal*. Lisboa: Clássica, 1915, p. 530.

²⁸ HUNGRIA, Nélson. *Comentários ao Código Penal – v. III*. Rio de Janeiro: Forense, 1959, p. 349.

²⁹ SILVA, Clara H. Em torno da reincidência. *Revista dos Tribunais* n. 430. São Paulo, 1971, p. 308.

O critério subjetivo, entretanto, realça o valor sintomático da conduta perpetrada e, por isso, se no caso concreto o agente apresenta maior periculosidade em razão da habitualidade, isto é, se possui uma personalidade delituosa.

Conclui Clara Silva que tende nas legislações mais avançadas a adoção dos critérios objetivo e subjetivo; portanto, “se o agente delinqüiu reiteradas vezes pressionado por estímulos externos ocasionais, não se trata de delinqüente habitual, por inexistir a necessária correspondência entre sua personalidade e as infrações cometidas”³⁰.

Assim, para Antolisei (1960)³¹, ao delinqüente habitual, profissional e por tendência, busca-se a cessação da periculosidade do agente e a prevenção contra novas práticas delituosas, com a aplicação de medidas de segurança. Enquanto para o reincidente há o caráter repressivo da pena, que é majorada pela prática de nova infração penal após ter sido condenado definitivamente.

Bettiol (1976), ao comentar o Código Penal Italiano, esclarece que:

A habitualidade, como a entendemos, é, com fundamento no Código, um instituto voltado para o critério preventivo da defesa social, que considera a reiteração de várias ações delituosas como sintoma de periculosidade social e não de ulterior e possível juízo de reprovação³².

Ademais, Bettiol³³ afirma que o reincidente não será necessariamente um criminoso habitual, nem este sempre um reincidente, pois pode ocorrer a situação da prática de várias infrações penais pelo mesmo agente, caracterizando a habitualidade, sem a existência de uma anterior sentença penal condenatória definitiva, ou seja, sem a verificação da reincidência.

³⁰ Idid., p. 308.

³¹ ANTOLISEI, Francesco. *Manual de derecho penal*. Buenos Aires: UTEHA, 1960, p. 485-486: “Su estado subjetivo permite efectuar el pronóstico de una fuerte probabilidad de que recaiga en el delito: he aquí la necesidad de especiales medidas para la defensa de la sociedad”. Mais adiante conclui: “La consecuencia principal de la declaración de habitualidad – salvo el aumento de pena dependiente de la reincidencia – es la aplicación de la medida de seguridad [...]”.

³² BETTIOL, Giuseppe. *Direito Penal – v. III*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1976, p. 25.

³³ BETTIOL, Giuseppe, op. cit., p. 26.

Nosso atual Código Penal não dispõe acerca do delinquente habitual, por tendência e profissional. Apenas o Código Penal de 1969, que não entrou em vigor, determinava em seu art. 64 a aplicação de pena indeterminada aos criminosos habituais e por tendência, que eram conceituados em seus parágrafos 2º e 3º³⁴.

O art. 78 Código Penal Militar (Decreto-Lei n. 1.001/69), entretanto, trata da aplicação de pena indeterminada ao criminoso habitual e por tendência, inclusive elabora um conceito legal para esses delinquentes, *in verbis*:

Habitualidade presumida

2º Considera-se criminoso habitual aquele que:

a) reincide pela segunda vez na prática de crime doloso da mesma natureza, punível com pena privativa de liberdade em período de tempo não superior a cinco anos, descontado o que se refere a cumprimento de pena;

Habitualidade reconhecível pelo juiz

b) embora sem condenação anterior, comete sucessivamente, em período de tempo não superior a cinco anos, quatro ou mais crimes dolosos da mesma natureza, puníveis com pena privativa de liberdade, e demonstra, pelas suas condições de vida e pelas circunstâncias dos fatos apreciados em conjunto, acentuada inclinação para tais crimes.

Criminoso por tendência

3º Considera-se criminoso por tendência aquele que comete homicídio, tentativa de homicídio ou lesão corporal grave, e, pelos motivos determinantes e meios ou modo de execução, revela extraordinária torpeza, perversão ou malvadez.

Acerca da conceituação de delinquente habitual e por tendência, realizada pelo nosso Código Penal Militar, Yarochevsky (2005) assevera que se trata de um ultrapassado direito penal do agente, punindo-se em

³⁴ “§ 2.º Considera-se criminoso habitual quem: a) reincide pela segunda vez na prática de crime doloso da mesma natureza, em período de tempo não superior a cinco anos, descontado o que se refere a cumprimento de pena; b) embora sem condenação anterior, comete sucessivamente, em período de tempo não superior a cinco anos, quatro ou mais crimes da mesma natureza e demonstra, pelas suas condições de vida e pelas circunstâncias dos fatos apreciados em conjunto, acentuada inclinação para o crime.

§ 3.º Considera-se criminoso por tendência quem, pela sua periculosidade, motivos determinantes e meios ou modo de execução do crime, revela extraordinária torpeza, perversão ou malvadez”.

razão de uma característica do indivíduo, e não por aquilo que ele efetivamente fez de ilícito³⁵.

Na legislação penal alienígena os Códigos Penais italiano³⁶, espanhol³⁷ e português³⁸ são exemplos daqueles que adotam a definição legal de delinquentes habituais, por tendência ou profissionais.

No que tange à delinquência profissional, Marques (1956) expõe que “está compreendida na habitualidade e desta difere porque o criminoso profissional atua impulsionado por motivos de lucro”³⁹. Para Antolisei (1960), no entanto, não basta a intenção de lucro para sua caracterização, mas também que se trate de uma espécie de sistema de vida adotado pelo criminoso profissional⁴⁰.

Assim, a vantagem econômica e o viver do provento do crime diferenciam o criminoso profissional do habitual; por consequência “todos sentem que o delinqüente que vive do proveito de suas más ações é uma figura muito mais repulsiva do que o habitual”⁴¹.

O delinqüente por tendência, por sua vez, nem sempre reitera na prática delituosa, mas revela especial crueldade ao praticar um crime e, por isso, apresenta maior periculosidade do que o criminoso comum.

Esclarece Antolisei (1960) que o criminoso por tendência é um imputável e, portanto, responsável por seus atos, mas se diferencia do delinqüente habitual por fatores endógenos, ou seja, por uma índole perversa, enquanto para este a inclinação para o crime tem origem em causas externas e ambientais. Consequentemente, até mesmo um indivíduo primário pode ser considerado criminoso por tendência⁴².

³⁵ YAROCHEWSKY, Leonardo Isaac. *Da reincidência criminal*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2005, p. 49.

³⁶ Código Penal italiano, de 19 de outubro de 1930, arts. 102 a 108.

³⁷ Código Penal espanhol, de 23 de novembro de 1995, art. 94.

³⁸ Código Penal português, de 23 de setembro de 1982, revisto pelo Decreto-Lei n. 48, de 15 de março de 1995, arts. 83 e 84.

³⁹ MARQUES, José Frederico. *Direito Penal – v. III*. São Paulo: Saraiva, 1956, p. 58.

⁴⁰ ANTOLISEI, Francesco. *Manual de derecho penal*, Buenos Aires: UTEHA, 1960, p. 488.

⁴¹ BETTIOL, Giuseppe. *Direito Penal – v. III*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1976, p. 30.

⁴² ANTOLISEI, Francesco, op. cit., p. 489-490.

Como acima exposto, nosso Código Penal Militar limita o delinquente por tendência aos delitos de homicídio, consumado ou tentado, e lesão corporal grave. O natimorto Código Penal de 1969, todavia, em seu art. 64, § 3º, não arrolava em quais infrações poderiam ocorrer essa situação, sendo suficiente a “extraordinária torpeza, perversão ou malvadez”⁴³ em sua execução.

1.6 Reincidência real e ficta

De acordo com o momento em que o agente volta a delinquir, isto é, antes ou depois do cumprimento da pena pelo crime antecessor, a reincidência é classificada em ficta e real.

Carrara (1957) ensina que na ficta a reincidência nasce de “haver incorrido em condenação”, já na real de “ter sofrido a pena”⁴⁴.

A reincidência ficta, ou imprópria, decorre da prática de novel delito após o trânsito em julgado de sentença penal condenatória, mas ainda sem cumprir a sanção imposta. É suficiente para sua caracterização a condenação definitiva.

A reincidência real, também conhecida por verdadeira ou própria, exige para a configuração da recidiva que a prática da nova infração penal tenha ocorrido após o cumprimento, parcial ou total, da pena imposta na sentença penal que lhe antecedeu.

O Código Penal pátrio (art. 63) adotou o critério da reincidência ficta, pois não exige para sua verificação o cumprimento parcial ou total da pena imposta no crime anterior, sendo suficiente anterior condenação penal definitiva e, por isso, apresenta maior rigor do que a recidiva própria.

⁴³ Art. 64, § 3º, do Código Penal de 1969: “Considera-se criminoso por tendência quem, pela sua periculosidade, motivos determinantes e meios ou modo de execução do crime, revela extraordinária torpeza, perversão ou malvadez”.

⁴⁴ CARRARA, Francesco. *Programa do curso de direito criminal - v. II*. São Paulo: Saraiva, 1957, p. 219.

Parte da doutrina, todavia, critica a adoção da reincidência ficta, visto que se um dos principais fundamentos da agravação da pena pela recidiva é a ineficácia da sanção anterior e, por isso, a maior culpabilidade do reincidente, não seria lógico aumentar a reprimenda do crime posterior sem o cumprimento, parcial ou total, da que lhe antecedeu.

Nesse diapasão discorreu Henriques de Souza (1872) ao analisar o Código Penal de 1830:

[...] é força confessar abertamente que, para legitimar a agravação da pena pela reincidência, não basta a *condenação* anterior, mas é necessária a *punição* efectiva, visto como mui bem se póde conceber uma sentença condemnatoria sem o effectivo cumprimento d'ella pelo condemnado; e desde então pede a justiça e pede a logica que se não possa agravar a pena ao reincidente, senão quando elle houver cumprido toda a pena imposta pela sentença condemnatoria anterior, porque, emquanto restar alguma parte da pena a cumprir, poder-se-ha sempre dizer com alguma apparencia de razão: Que prova podemos ter, sem o completo soffrimento d'essa pena, de que ella seria insufficiente para corrigir o criminoso reincidente? *Sine tali punitione, reiterando delictum, non possit dici incorrigibilis* (Farinacio)⁴⁵.

Igualmente, Lyra (1955)⁴⁶ apontou a divergência doutrinária supracitada, porém concluiu pelo predomínio do critério da reincidência ficta, adotada pelo nosso Código Penal.

Há países, todavia, como a Argentina⁴⁷, que acolheram a teoria da reincidência real, pois somente haverá recidiva com a prática de novo crime após o cumprimento, total ou parcial, da pena privativa de liberdade imposta na condenação anterior.

⁴⁵ SOUZA, Braz Florentino Henriques de. *Lições de direito criminal*. Recife: Econômica José Nogueira de Souza, 1872, p. 346.

⁴⁶ “Alguns autores entendem que a reincidência depende do total cumprimento da primeira pena, pois a agravante resultaria da ineficácia dos meios de correção de que dispõe o Estado (Carrara, Canonico, Brusa, Crivellari). A maioria, porém, contenta-se com o caráter definitivo da primeira condenação (Lucchini, Pessina, Impallomeni, Manzini, Alimena, Florian, Vannini)”. LYRA, Roberto. *Comentários ao Código Penal – v. II*. Rio de Janeiro: Forense, 1955, p. 330.

⁴⁷ Código Penal argentino, art. 50: “Habrà reincidencia siempre que quien hubiera cumplido, total o parcialmente, pena privativa de libertad impuesta por un tribunal del país cometiere un nuevo delito punible también con esa clase de pena”.

1.7 Reincidência genérica e específica

Conforme a natureza dos crimes praticados, a reincidência é classificada em genérica e específica.

É genérica, também denominada heterogênea, imprópria ou geral, quando não há identidade entre as infrações penais, ou seja, os crimes antecedente e posterior são de naturezas diversas.

Específica, homogênea, própria ou especial se os crimes praticados forem da mesma natureza.

Os Códigos brasileiros de 1830 e 1890 apenas consideravam a reincidência específica para fins de agravação da pena; o Código Penal de 1940, em sua redação primitiva, disciplinava as recidivas genérica e específica, com um tratamento mais rigoroso ao reincidente específico.

No Brasil, a definição de crimes da mesma natureza variou de acordo com a legislação penal. O Código Criminal de 1830⁴⁸ foi omissivo nessa conceituação. Já o Código Penal de 1890⁴⁹ adotou um critério extremamente rígido, visto que considerava como da mesma natureza apenas os delitos previstos no mesmo artigo.

O Código Penal de 1940⁵⁰, em sua redação original, reputava da mesma natureza os crimes dispostos no mesmo dispositivo legal ou, se em artigos diversos, possuísem os mesmos caracteres fundamentais; nesse assunto, nosso legislador teve como fonte o Código Penal Italiano de 1930⁵¹.

⁴⁸ Código Criminal de 1830, art. 16, § 3º: “Ter o delinquente reincidido em delicto da mesma natureza”.

⁴⁹ Código Penal de 1890, art. 40: “A reincidencia verifica-se quando o criminoso, depois de passada em julgado sentença condemnatoria, commette outro crime da mesma natureza e como tal entende-se, para os effeitos da lei penal, o que consiste na violação do mesmo artigo”.

⁵⁰ Código Penal de 1940, art. 46, § 2º: “Consideram-se crimes da mesma natureza os previstos no mesmo dispositivo legal, bem como os que, embora previsto em dispositivos diversos, apresentam, pelos fatos que os constituem ou por seus motivos determinantes, caracteres fundamentais comuns”.

⁵¹ Código Penal italiano art. Art. 101.

A Lei n. 6.416, de 24 de maio de 1977, entretanto, alterou o Código Penal de 1940 e acabou com a distinção legal entre reincidência específica e genérica.

Havia dificuldade em definir, com exatidão, o que seriam crimes da mesma natureza⁵², pois não apenas a violação do mesmo dispositivo caracterizava a recidiva homogênea (identidade absoluta), mas também se os delitos apresentassem caracteres fundamentais comuns (identidade relativa).

Nem sempre violação do mesmo dispositivo legal significa que o mesmo artigo de lei foi infringido, visto que, conforme Lyra (1955), existe “violação do mesmo dispositivo legal, quando, na mais grave violação jurídica própria de um dos crimes, está implícita a violação jurídica característica do outro, ainda que não seja idêntico o título do crime”⁵³.

Assim, conclui Lyra⁵⁴ que na violação do mesmo dispositivo legal estão compreendidos: no crime consumado, o tentado; no agravado, o simples; no preterintencional, tanto a lesão corporal como o homicídio culposos.

Com relação à identidade relativa, existia homogeneidade entre infrações previstas no Código Penal e nas dispostas em leis especiais, desde que apresentassem caracteres comuns. Estes, por sua vez, “podem ser objetivos em razão dos fatos que os constituem, ou subjetivos em razão de seus motivos determinantes”⁵⁵.

Além disso, a doutrina não é pacífica acerca da necessidade de um tratamento diferenciado entre o criminoso reincidente geral e o especial, uma vez que não existe unanimidade no que tange à maior ou menor gravidade da reincidência específica ou da genérica.

⁵² Ressalta Costa e Silva que “No difícil problema da caracterização dos crimes da mesma natureza, foi o legislador pátrio pedir inspiração ao código italiano”. COSTA E SILVA, Antonio José da. *Código Penal – v. I*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1943, p. 266. No mesmo sentido Antolisei: “El establecimiento de la identidad de la índole entre varios delitos presenta grave dificultades en la práctica”. ANTOLISEI, Francesco. *Manual de derecho penal*. Buenos Aires: UTEHA, 1960, p. 483.

⁵³ LYRA, Roberto. *Comentários ao Código Penal - v. II*. Rio de Janeiro: Forense, 1955, p. 341.

⁵⁴ *Idid.*, p. 341.

⁵⁵ YAROCHEWSKY, Leonardo Isaac. *Da reincidência criminal*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2005, p. 32.

Para Garcia (1971), a reincidência homogênea apresenta maior gravidade em razão de demonstrar a especialização do criminoso em determinadas infrações e, por isso, “parece indicar irresistível vocação temperamental para o crime”; já a genérica pode ter sido motivada “por estímulos transitórios, não coincidentes com íntima e perigosa inclinação delitiva”⁵⁶.

Carrara (1909) expressa a opinião que tanto a reincidência especial como a geral devem ser consideradas para fins de maior reprovação do novo crime praticado, mas acena, citando Trebutien, que a recidiva genérica apresenta maior risco à sociedade, pois o criminoso está disposto a todos os tipos de crimes⁵⁷. No Brasil, Henriques de Souza (1872) também entende que existe maior gravidade na diversidade de espécies de infrações penais⁵⁸.

Pela ausência de distinção sobre a gravidade da recidiva própria e imprópria, foram os criminalistas filiados à escola positiva; consoante os esclarecimentos de Costa e Silva (2004), “para os sectarios da escola positiva, não ha razão para considerar uma de mais gravidade que a outra. Ambas podem attestar a maior periculosidade do delinquente”⁵⁹.

O Código Penal de 1940, antes da alteração efetuada pela Lei n. 6.416/77, adotava a teoria de ser o reincidente especial mais reprovável que o geral, haja vista a disposição de seu art. 47 que determinava, ao reincidente específico, aplicação de pena mais grave em qualidade e, se fosse privativa de liberdade, acima da metade da somatória do mínimo com o máximo.

⁵⁶ GARCIA, Basileu. *Instituições de direito penal – v. I – tomo II*. São Paulo: Max Limonad, 1971, p. 473.

⁵⁷ CARRARA, Francesco. *Opuscoli di diritto criminale, v. II*. Firenze: Fratelli Cammelli, 1909, p. 146: “In sentenza del tutto opposta venne TREBUTIEN: il quale (contro la opinione dello Chauveau, nn. 456 et suiv.) osservò acutamente che il recidivo, il quale ricade nello stesso delitto, mostra *una sola* inclinazione viziosa; mentre colui che dopo essere punito per un furto, commette uno stupro, e poscia un omicidio, si mostra proclive ad ogni specie di scelleraggine. E con ciò, lodando il sistema tenuto in Francia, volle concludere che il recidivista *improprio* era, più assai del recidivo *proprio*, pericoloso alla società: *cela annonce un homme disposé à toute sorte des crimes*”.

⁵⁸ SOUZA, Braz Florentino Henriques de. *Lições de direito criminal*. Recife: Econômica José Nogueira de Souza, 1872, p. 339.

⁵⁹ COSTA E SILVA, Antonio José da. *Código Penal dos Estados Unidos do Brasil commentado – v. I*. Brasília, DF: Conselho Editorial do Senado Federal, 2004, p. 366.

A Lei n. 8.072, de 25 de julho de 1990, Lei dos Crimes Hediondos, ressuscitou o tema em análise⁶⁰, pois acrescentou o inciso V ao art. 83 do Código Penal e impediu a concessão de livramento condicional ao reincidente específico em delitos hediondos e assemelhados, o que demonstra o retorno do entendimento, do legislador pátrio, que esta espécie de reincidência é mais grave do que a genérica.

1.8 Reincidência internacional

O Código Penal brasileiro admite a reincidência internacional, nos termos do seu art. 63, que também considera para caracterização da recidiva a sentença penal condenatória transitada em julgado por crime praticado no estrangeiro.

A condenação por contravenção penal no exterior, portanto, não causa reincidência no Brasil, visto que o Código Penal exige a ocorrência de crime e a Lei de Contravenções Penais, em seu art. 7º, dispõe que gera reincidência apenas a condenação por contravenção perpetrada em nosso território.

O crime cometido no estrangeiro pode estar previsto no Código Penal ou em lei extravagante. Outrossim, não é exigível homologação da sentença alienígena pelos Tribunais brasileiros, porém deve existir prova concreta de sua existência e de seu trânsito em julgado, por meio da respectiva certidão⁶¹.

⁶⁰ Nesse teor dispõe Carneiro: “A Lei dos Crimes Hediondos (Lei 8.072/90), ao acrescentar o inc. V ao art. 83 do CP, revigorou a reincidência específica, em nosso entender, impedindo a concessão do livramento condicional ao réu reincidente nos delitos daquela natureza”. CARNEIRO, José Carlos Scalabrini. Estudo sobre reincidência. *In Revista dos Tribunais* n. 732. São Paulo, 1996, p. 498.

⁶¹ LYRA, Roberto. *Comentários ao Código Penal - v. II*. Rio de Janeiro: Forense, 1955, p. 329: “Para o reconhecimento da reincidência, em virtude de sentença estrangeira, não é necessária a homologação desta, somente exigida para outros fins (art. 7º). Basta prova de que foi proferida por juiz e passou em julgado”.

Na atualidade, nosso Código Penal (art. 9º) somente exige homologação, por Tribunal pátrio⁶², de sentença condenatória estrangeira para a finalidade de reparação de danos, restituições e outros efeitos civis, bem como para aplicação de medida de segurança.

Zaffaroni e Pierangeli (2006)⁶³ fazem três importantes observações para que a sentença estrangeira seja apta a gerar reincidência no Brasil:

a) A conduta praticada no exterior também deve ser típica no Brasil, “pois seria absurdo que alguém fosse considerado reincidente, em razão de uma condenação anterior fundada num fato atípico no território brasileiro”.

b) O processo criminal que culminou com a condenação deve ter “respeitado os direitos humanos fundamentais, em tema de garantias processuais do *due process of law*”.

c) Devem ser respeitadas as diretrizes acerca da reincidência contidas na legislação penal do país cuja sentença foi proferida; logo, “não seria possível condenar como reincidente uma pessoa anteriormente condenada em multa penal na Argentina, porque a legislação deste país exclui expressamente os delitos apenados com multa”.

Com efeito, malgrado a lei brasileira restrinja os requisitos da sentença condenatória penal estrangeira, para fins de reincidência, ao cometimento de crime anterior e ao respectivo trânsito em julgado, as observações acima expostas também devem ser verificadas para que não ocorram injustiças decorrentes das disparidades entre os ordenamentos jurídicos de outros países e o brasileiro.

⁶² A homologação será efetuada pelo Superior Tribunal de Justiça, consoante o disposto no art. 105, I, *i*, da Constituição Federal, alínea acrescentada pela Emenda Constitucional n. 45/2004.

⁶³ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro - v. I*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 720.

1.9 Duração do estado de reincidente

O ponto a ser analisado é o tempo de eficácia da condenação definitiva anterior para a finalidade de gerar reincidência.

Manzini (1899) ensina que há três sistemas acerca da duração do estado de reincidente: o da perpetuidade, o da temporariedade e o misto⁶⁴. Na atualidade prevalece o entendimento que os efeitos da reincidência não podem se perpetuar. O Brasil também se filiou a essa tendência moderna, porém nem sempre adotou esse critério.

Pelo sistema da perpetuidade, as consequências decorrentes da condenação precedente são eternas, não existindo influência do tempo para a cessação de seus efeitos e, por isso, é mantido o estigma de reincidente por toda a vida do condenado. Esclarece Lyra (1955) que esse critério é adotado pelos positivistas, pois consideram que “quanto maior o decurso de tempo, mais arraigada se mostra a tendência criminal”⁶⁵. O Código Penal italiano ainda adota a perpetuidade em seu art. 99.

Para os adeptos da temporariedade, após determinado lapso temporal da extinção da pena, que varia de acordo com a legislação de cada país⁶⁶, cessa o estado de reincidente, pois o tempo decorrido entre as infrações demonstra a reabilitação do criminoso por ausência de novas práticas delituosas e, então, inexistente vínculo entre esses crimes capaz de aumentar a reprovabilidade da conduta posterior.

Já o misto, nas lições de Costa e Silva (2004), é a posição intermediária “daquelles que, como Carrara, reconhecem ao tempo efeito attenuativo, de sorte a ser menor a aggravação quanto mais distanciado, pela

⁶⁴ MANZINI, Vincenzo. *La recidiva nella sociologia, nella legislazione e nella scienza del diritto penale*. Firenze: Casa Editrice, 1899, p. 466-472.

⁶⁵ LYRA, Roberto. *Comentários ao Código Penal - v. II*. Rio de Janeiro: Forense, 1955, p. 334.

⁶⁶ Por exemplo, o art. 50 do Código Penal argentino fixa o prazo igual ao da pena imposta, respeitado o mínimo de cinco e o máximo de dez anos.

época, estiver o segundo do primeiro crime”⁶⁷. Por conseguinte, malgrado tendente à perpetuidade, admite a diminuição da agravação proporcionalmente ao decurso do tempo entre a condenação anterior e o novo crime.

Dispõe o inciso I do art. 64 do Código Penal pátrio que se decorridos cinco anos entre a data do cumprimento da pena ou de sua extinção e o crime posterior, incluído o período de prova do *sursis* ou do livramento condicional, desde que não revogados, não prevalece a condenação precedente para ocasionar reincidência. Consequentemente, filiou-se ao critério da temporariedade da reincidência⁶⁸.

A disposição legal acerca da chamada “prescrição” da reincidência é recente em nosso ordenamento jurídico. Os Códigos de 1830, 1890 e 1940, este em sua redação primitiva, acolheram a teoria da perpetuidade dos efeitos da condenação para produzir reincidência.

O Código Penal de 1969, que não entrou em vigor, foi o primeiro a adotar a temporariedade da reincidência; o § 1º do seu art. 57 estipulava que não seria considerada para fins de reincidência a condenação precedente após o prazo de cinco anos do cumprimento ou extinção de sua pena.

Foi a Lei n. 6.416, de 24 de maio de 1977, todavia, que efetivamente introduziu a temporariedade da reincidência no ordenamento jurídico brasileiro, pois instituiu o parágrafo único no art. 46 do Código Penal de 1940 e extinguiu o sistema da perpetuidade, ao dispor que decorridos cinco anos entre a data do cumprimento ou extinção da pena e a infração posterior, não prevaleceria a condenação anterior para ocasionar reincidência.

Sem dúvida a Lei n. 6.416/77 foi uma grande evolução⁶⁹ em comparação ao sistema até então adotado, ao evitar o perpétuo estigma de

⁶⁷ COSTA E SILVA, Antonio José da. *Código Penal dos Estados Unidos do Brasil comentado* – v. I. Brasília, DF: Conselho Editorial do Senado Federal, 2004, p. 368.

⁶⁸ Observa Nucci que “Não se trata de decair a reincidência, mas sim a condenação: afinal, quem é condenado apenas uma vez na vida não é reincidente, mas sim primário”. NUCCI, Guilherme de Souza. *Individualização da pena*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 214.

⁶⁹ FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal (parte geral)*. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 418: “Adotando o exemplo de códigos estrangeiros, a Lei n. 6.416/77 introduziu a bem inspirada regra segundo a qual desaparecem os efeitos da reincidência após cinco anos”.

reincidente e possibilitar maior reintegração social ao condenado; nesse aspecto, foram atendidas as diretrizes da terceira reunião da comissão redatora do Código Penal Tipo para a América Latina⁷⁰.

A reforma da parte geral do Código Penal, realizada pela Lei n. 7.209, de 13 de julho de 1984, avançou ainda mais no aspecto da cessação do estado de reincidente. O novel art. 64, I, já mencionado, manteve o prazo de cinco anos entre o cumprimento ou extinção da pena e a infração posterior, porém incluiu nesse período o tempo de livramento condicional ou de suspensão condicional da pena, desde que não revogados⁷¹.

Dessa forma, atualmente, o marco inicial da contagem do prazo para a perda de eficácia da sentença para gerar reincidência é o do cumprimento ou extinção da sua pena, incluído o período de livramento condicional ou de *sursis* (se não houver revogação), com a inclusão do dia inaugural, nos termos do art. 10 do Código Penal. No caso de condenações definitivas sucessivas, deverá ser considerada a última que antecedeu à nova infração praticada.

Observa-se que se houver cumulação de pena privativa de liberdade, ou restritiva de direitos, com multa e for cumprida apenas aquela, o prazo do art. 64, I, do Código Penal só terá início com o cumprimento integral ou extinção da pena pecuniária⁷².

Decorrido o quinquênio a condenação perde sua eficácia para gerar reincidência, porém, como exposto anteriormente, prevalece para caracterizar maus antecedentes, que é uma circunstância judicial do art. 59 do Código Penal e também poderá aumentar a pena do réu, visto que para os

⁷⁰ Realizada em Lima, no Peru, de 3 a 13 de abril de 1967. Heleno Cláudio Fragoso, in *Revista Brasileira de Criminologia e Direito Penal* n. 16, ano 4, Rio de Janeiro, 1967, p. 55-73 expôs os principais aspectos dessa reunião.

⁷¹ Exemplifica Nucci: “Quanto ao livramento condicional, se alguém, condenado a 12 anos de reclusão, cumpre livramento por 6 anos, é natural que essa condenação, ao seu término, sem que tenha havido revogação, declarada extinta a pena, nos termos do art. 90 do Código Penal, perca imediatamente a força para gerar reincidência. No caso do *sursis*, os 5 anos são contados a partir da data da audiência admonitória”. NUCCI, Guilherme de Souza, op. cit., p. 215.

⁷² Nesse sentido JESUS, Damásio E. de. *Direito penal – v. I*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 572.

antecedentes não há limitação temporal dos efeitos da sentença condenatória precedente.

1.10 Natureza jurídica da reincidência

Nosso Código Penal trata a reincidência como uma circunstância agravante, pois é a primeira causa de agravamento obrigatório da pena inserida no rol do seu art. 61.

A agravação da sanção penal, todavia, é apenas um dos efeitos da reincidência entre outros, de natureza material e processual, como será verificado no transcorrer deste trabalho.

Nesse diapasão, não seria correto buscar a essência do instituto da reincidência somente com fundamento em um de seus efeitos, ou seja, na majoração da pena.

Marques (1956) explica que a natureza jurídica da reincidência é discutida na doutrina, haja vista ser tratada por alguns como mera circunstância do crime, enquanto outros atribuem sua essência a uma qualificação subjetiva do indivíduo⁷³.

E conclui o autor supra que o nosso Código Penal inseriu a reincidência como agravante, porém acrescenta que a recidiva “não é propriamente uma circunstância agravante da nova infração”, mas sim uma “agravação de caráter nitidamente subjetivo”, visto que por ocasião da dosimetria da pena será analisada a “qualificação subjetiva do réu como reincidente para então graduar a sanção a ser imposta”⁷⁴.

Semelhante orientação é adotada por Fragoso (2004), que não considera a reincidência uma verdadeira circunstância, uma vez que se

⁷³ MARQUES, José Frederico. *Curso de direito penal – v. III*. São Paulo: Saraiva, 1956, p. 90.

⁷⁴ MARQUES, José Frederico, op. cit., p. 91.

relaciona com o criminoso e não com a infração penal⁷⁵; por conseguinte, a reincidência é uma “circunstância agravante subjetiva, que não se transmite aos partícipes”⁷⁶.

Para Costa e Silva (2004) há duas teorias acerca da natureza da reincidência, a primeira a classifica como circunstância intrínseca, que altera a imputação, sendo suficiente para o reconhecimento dessa agravante a condenação anterior; já a outra teoria faz a relação dessa circunstância com a pena e, por isso, exige para sua caracterização o cumprimento, total ou parcial, da pena anterior⁷⁷.

Pode-se atribuir à reincidência, portanto, a natureza de um estado subjetivo do réu que lhe trará uma consequência desfavorável no aspecto penal ou processual.

1.11 Pressupostos da reincidência

Para a caracterização da reincidência é mister a ocorrência de crime e a respectiva sentença condenatória transitada em julgado, anteriores à prática de nova infração penal. São esses, portanto, os pressupostos da recidiva.

Garraud (1915) anota que “a reincidencia supõe uma *condenação anterior* e uma *nova infração*: estes são os seus dois termos”; mais adiante adverte que a condenação deve ser definitiva e anterior à novel infração, pois este é o diferencial entre reincidência e concurso de crimes⁷⁸.

⁷⁵ Garraud ao comentar o Código Penal francês de 1810 já adotava esse entendimento, “Ora, a reincidencia constitue não um *estado da infracção* mas um *estado particular do infractor*”. GARRAUD, René. *Compendio de direito criminal* – v. I, Lisboa: Clássica, 1915, p. 539.

⁷⁶ FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal (parte geral)*. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 416.

⁷⁷ COSTA E SILVA, Antonio José da. *Código Penal dos Estados Unidos do Brasil commentado* – v. I, Brasília, DF: Conselho Editorial do Senado Federal, 2004, p. 363.

⁷⁸ GARRAUD, René, op. cit., p. 534.

Relembra-se que a Lei das Contravenções Penais permite a verificação de reincidência entre contravenções penais ou se houver uma condenação precedente por crime e a prática posterior de uma contravenção.

O art. 63 do Código Penal utiliza a expressão “crime”, que é sinônimo de delito e espécie de infração penal. Esta é o gênero, que se reparte em crime e contravenção penal. Não há diferença ontológica entre crime e contravenção penal, apenas o legislador entendeu que esta tipifica condutas menos graves à sociedade.

O crime praticado pode estar previsto no Código Penal ou em lei especial, pouco importa qual lei dispôs sobre a conduta ilícita. Observa-se, todavia, que no Brasil os menores de dezoito anos de idade⁷⁹ não praticam crimes, pois são inimputáveis e, por isso, a conduta equiparada a crime ou contravenção, praticada por adolescente, é classificada como ato infracional⁸⁰, que não é apto a produzir reincidência na vida adulta do infrator.

É imprescindível, também, que o novo delito tenha ocorrido depois do trânsito em julgado; por conseguinte, se o crime for praticado no mesmo dia em que passa em julgado a sentença condenatória pelo delito antecedente, não será caracterizada a recidiva⁸¹.

Observa Lyra (1955) que “a lei fala de crime cometido. E *cometido* não que dizer *consumado*”⁸². Consequentemente, como nosso Código Penal (art. 4º) adota a teoria da ação, para o tempo do crime, se o delito for executado antes do trânsito em julgado da sentença condenatória da infração precedente, mas consumado após, o infrator não será considerado reincidente. Nos crimes permanentes, entretanto, como o sequestro, se teve início antes de uma condenação definitiva e término após esta sentença, o agente será reincidente, pois a execução se prolongou no tempo.

⁷⁹ Art. 228 da Constituição Federal de 1988.

⁸⁰ Art. 103 da Lei n. 8.069/90.

⁸¹ DELMANTO, Celso *et al.* *Código Penal comentado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 63: “Depois: como a lei usa o advérbio *depois*, entendemos que a prática do novo crime, para ensejar a reincidência, deve ocorrer em data posterior (e não no mesmo dia) à do trânsito em julgado da condenação pelo crime anterior”.

⁸² LYRA, Roberto. *Comentários ao Código Penal- v. II*. Rio de Janeiro: Forense, 1955, p. 328.

Na dúvida se o crime posterior foi executado antes ou depois do trânsito em julgado da condenação anterior, deve prevalecer a solução mais favorável ao réu, ou seja, o não reconhecimento da reincidência.

No que tange à sentença condenatória definitiva, observa Marques (1956) que:

Decisão transitada em julgado é aquela sobre a qual ocorreu a preclusão máxima, ou coisa julgada formal, por ser uma decisão de que já não cabe recurso. Assim sendo, a interposição de recurso extraordinário impede que passe em julgado a decisão, muito embora o pronunciamento condenatório deva ser desde logo executado⁸³.

Adverte Garraud (1915)⁸⁴ que haveria exposição a risco de erro judiciário se fosse considerada, para fins de reincidência, uma sentença condenatória recorrível, visto que esta poderia ser posteriormente reformada ou anulada.

A condenação à pena de multa é apta a gerar reincidência no Brasil, visto que basta para sua configuração sentença condenatória anterior, não sendo relevante a pena aplicada. Fragoso (2004)⁸⁵ compartilha desse posicionamento, embora mencione que há debate jurisprudencial e decisões no sentido de que a imposição isolada de multa não causa reincidência.

Outrossim é capaz de ocasionar recidiva sentença condenatória imposta a semi-imputável, que aplica medida de segurança, uma vez que neste caso há condenação criminal⁸⁶.

Por outro lado, sentença que impõe aos inimputáveis medidas de segurança, denominada absolvição imprópria, não gera reincidência se posteriormente o agente tornar-se imputável e praticar novo crime, haja vista a inexistência de anterior sentença penal condenatória.

⁸³ MARQUES, José Frederico. *Curso de direito penal – v. III*. São Paulo: Saraiva, 1956, p. 89.

⁸⁴ GARRAUD, René. *Compendio de direito criminal – v. I*, Lisboa: Clássica, 1915, p. 534.

⁸⁵ FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal (parte geral)*. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 417.

⁸⁶ Nesse sentido MIRABETE, Julio Fabbrini. *Manual de direito penal – v. I*. São Paulo: Atlas, 1992, p. 285.

Na hipótese de a sentença condenatória que ocasionou a reincidência ser anulada ou modificada para absolutória⁸⁷, é de rigor que seja excluído o reconhecimento da recidiva no crime posterior, seja por decisão em recurso pendente de julgamento ou por revisão criminal se houve trânsito em julgado⁸⁸.

Salienta-se, ainda, que por não haver sentença penal condenatória, os institutos da composição civil, transação penal e suspensão condicional do processo previstos na Lei n. 9.099/95, não geram reincidência criminal.

A nova lei de drogas⁸⁹ pode acarretar dúvidas se a conduta de portar entorpecentes para o próprio uso é crime e, por conseguinte, se eventual sentença condenatória por esse fato é apta, ou não, a causar reincidência⁹⁰, haja vista não ser mais possível a imposição de pena de prisão para essa previsão típica.

Duas observações são importantes acerca do porte de tóxico para o próprio uso. A primeira é que essa conduta está disciplinada no capítulo III da Lei n. 11.343/2006, que prevê os crimes e as penas; por conseguinte, o porte de entorpecente para uso próprio ainda é considerado crime no Brasil.

A segunda nota é sobre a natureza das sanções impostas ao usuário de entorpecentes, se são penas ou medidas educativas. Pela redação do art. 28 da Lei n. 11.343/2006 as sanções previstas possuem caráter criminal, visto que a advertência sobre os efeitos das drogas, a prestação de serviços à comunidade e a medida educativa de comparecimento à programa ou a curso educativos são penas atribuídas a quem infringir essa disposição legal.

⁸⁷ Anulada por meio de *habeas corpus* ou revisão criminal; modificada para absolutória por intermédio de revisão criminal.

⁸⁸ Ensina Lyra que “A sentença anulada é, juridicamente, inexistente, não influenciando para reincidência, e se influiu, antes da anulação, não mais cabendo recurso ordinário, justifica-se a revisão”. LYRA, Roberto. *Comentários ao Código Penal- v. II*. Rio de Janeiro: Forense, 1955, p 330.

⁸⁹ Ver o art. 28 da Lei n. 11.343, de 23 de agosto de 2006.

⁹⁰ Salienta-se que o § 4º do art. 28 da Lei n. 11.343/06 dispõe sobre um sistema próprio de reincidência, pois o reincidente específico no crime de porte de drogas para uso próprio terá as penas de prestação de serviços à comunidade e de medida educativa elevadas de cinco meses para o máximo de dez meses.

Com efeito, quem pratica novo crime após ter sido condenado definitivamente pelo delito previsto no art. 28 da Lei n. 11.343/2006 é considerado reincidente⁹¹.

1.12 Prova da reincidência

A reincidência deve ser documentalmente comprovada, não sendo suficiente a confissão do réu de que já foi condenado definitivamente em outra ocasião.

O documento exigido para a confirmação da condenação anterior é a respectiva certidão cartorária, expedida pelo Poder Judiciário com a data do trânsito em julgado e o dia de eventual extinção da pena.

A folha de antecedentes criminais expedida pela Polícia Civil não é apta a comprovar condenação anterior definitiva, uma vez que não foi emitida pelo Ofício Judicial do trâmite do processo criminal e, por isso, pode conter dados imprecisos⁹².

Dessa forma, é importantíssimo que a Polícia Civil tenha cadastro de dados atualizado e informatizado, para que se constate a existência de processos criminais contra um agente e propicie informações para que o Ofício Judicial possa providenciar as certidões cartorárias relativas a cada processo assinalado.

⁹¹ Assim também entende Marcão: “A condenação anterior em processo de conhecimento, em que se imponha qualquer das penas previstas nos incisos I, II, e III do art. 28, *caput*, da Lei n. 11.343/2006, gera reincidência e deve influenciar na dosimetria quando da aplicação de pena em relação a delito posterior, observado o processo de individualização judicial”. MARCÃO, Renato. *Tóxico*: Lei n. 11.343, de 23 de agosto de 2006 - nova lei de drogas. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 70.

⁹² Nesse diapasão: FARIA, Bento. *Código Penal brasileiro comentado* – v. III. Rio de Janeiro: Récor, 1959, p. 47; MIRABETE, Julio Fabbrini. *Manual de direito penal* – v. I, São Paulo: Atlas, 1992, p. 286; e NUCCI, Guilherme de Souza. *Individualização da pena*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 212.

Anota Delmanto (2007) divergência na jurisprudência no caso de a prova da reincidência ser efetuada após a sentença de primeira instância, pois há julgados que não admitem a juntada tardia da certidão cartorária, enquanto outros possibilitam essa prova posterior em recurso do Ministério Público⁹³.

1.13 Extinção da punibilidade da infração anterior

A extinção da punibilidade do crime antecedente pode refletir na reincidência reconhecida no delito posterior, dependendo do momento em que ocorra, ou seja, antes ou depois do trânsito em julgado da sentença condenatória da primeira infração.

Se a declaração de extinção da punibilidade for posterior ao trânsito em julgado da sentença condenatória, em regra, não obsta a reincidência se houver a prática de novo crime, salvo se forem extintos todos os efeitos penais da condenação anterior⁹⁴, como na anistia e na *abolitio criminis*, pois nessas hipóteses o próprio delito desaparece. Adverte Fragoso (2004) que “em todos os outros casos (art. 107, CP), a extinção da punibilidade apenas exclui a possibilidade jurídica de imposição de pena, deixando inalterável a qualificação do fato delituoso”⁹⁵.

No Brasil, a concessão da anistia é ato do Congresso Nacional (Poder Legislativo da União), nos termos dos arts. 21, XVII, e 48, VIII, ambos da Constituição Federal, e pode ser concedida de forma ampla ou restrita e condicionada ou incondicionada, bem como incidir em crimes políticos ou comuns.

Como ensina Carvalho Filho (1958):

⁹³ DELMANTO, Celso *et al.* *Código Penal comentado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 210.

⁹⁴ O art. 106 do Código Penal italiano possui previsão expressa nesse sentido.

⁹⁵ FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal (parte geral)*. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 418.

A anistia extingue a ação ou a condenação. Pode vir, assim, antes ou depois da pena imposta. Retroage, para alcançar o crime, cujas consequências penais faz desaparecer. É medida de concórdia e conciliação, muitas vezes a única medida indicada para desanuviar o ambiente social e político, restabelecendo a paz nos espíritos, conturbados por profundas desinteligências de natureza política⁹⁶.

Destarte, a anistia é um ato político que faz desaparecer uma ou mais infrações penais, que ocorreram em determinadas situações de anormalidade social e, por isso, apenas deve ser concedida em casos excepcionais.

Já a graça e o indulto⁹⁷ não impedem a reincidência se houver novel delito, visto que são concedidas pelo Presidente da República e apenas extinguem ou comutam a pena imposta; logo, não desaparecem todos os efeitos penais da condenação precedente.

Na hipótese de lei posterior abolir previsão típica de uma conduta (*abolitio criminis*), desaparecem todos os efeitos penais de eventual condenação por essa prática delituosa. Por conseguinte, se foi considerada para gerar reincidência em novo crime, devem ser excluídas todas as consequências decorrentes da recidiva impostas na sentença posterior⁹⁸.

No que tange à prescrição, esclarece Mirabete (1992)⁹⁹ que a prescrição da pretensão punitiva exclui os efeitos da sentença anterior para gerar reincidência, pois nesse caso desapareceram todos os efeitos da condenação, mas se a prescrição for da pretensão executória, que apenas atinge a pena imposta, não há exclusão da recidiva no novel delito.

⁹⁶ CARVALHO FILHO, Aloysio de. *Comentários ao Código Penal – v. IV*. Rio de Janeiro: Forense, 1958, p. 125.

⁹⁷ Graça, ou indulto individual, é concedida para pessoa determinada; já o indulto abrange um grupo de sentenciados, conforme a quantidade de pena cumprida e outros requisitos subjetivos e objetivos.

⁹⁸ Consoante Faria, “A – *novação legislativa* – quando não mais considerar como criminoso o fato anterior, deve autorizar, a meu ver, o deferimento do pedido de redução da pena imposta, com agravação, ao delito posteriormente praticado”. FARIA, Bento de. *Código Penal brasileiro comentado – v. III*. Rio de Janeiro: Récor, p. 48.

⁹⁹ MIRABETE, Julio Fabbrini. *Manual de direito penal – v. I*, São Paulo: Atlas, 1992, p. 286.

2 Historicidade da reincidência

O cotejo histórico da recidiva é importante para compreensão de sua origem e de suas transformações no transcorrer da evolução social. Nesta seção, inicialmente, serão abordadas as fontes da reincidência no âmbito mundial, após será realizada sua análise durante o progresso da legislação penal brasileira.

2.1 Origem da reincidência

Garraud (1915)¹⁰⁰ narra que as raízes da reincidência criminal encontram-se no Direito Romano, embora agravasse a pena somente para alguns crimes, como o furto, e fosse confundida com a reiteração delituosa.

Henriques de Souza (1872) também aponta o Direito Romano como fonte da reincidência:

Se nos remontarmos ao Direito Romano, fonte de quasi todas as legislações modernas, ahi acharemos, não uma applicação uniforme e systematica d'este principio mas o reconhecimento e applicação d'elle a certos e determinados casos. No Digesto e no Codigo encontram-se com effeito varios fragmentos indicando que a repetição do mesmo delicto devia ser mais severamente punida; mas todos esses fragmentos estatuem para casos particulares, aos quaes deviam ser estrictamente applicados; nenhum ha onde a reincidencia seja elevada á cathegoria de circumstancia aggravante para *todos os crimes*, como no nosso e em todos os mais Codigos modernos¹⁰¹.

Assim, observa-se a idéia de tratamento mais rigoroso a quem novamente delinquir, que teve a legislação romana como fonte de inspiração dos antigos tratados penais europeus.

¹⁰⁰ GARRAUD, René. *Compendio de direito criminal - v. I*, Lisboa: Clássica, 1915, p. 531.

¹⁰¹ SOUZA, Braz Florentino Henriques de. *Lições de direito criminal*. Pernambuco: Econômica José Nogueira de Souza, 1872, p. 325.

Manzini (1899), entretanto, aponta legislação mais remota do que a romana sobre a reincidência, a *Manava darma sastra*, uma antiga lei indiana, que há mais de trinta séculos agravava a pena de acordo com o número de crimes praticados, bem como tratava da reincidência genérica, que apenas foi introduzida no direito positivo no século XVI da era moderna¹⁰².

Conforme ensinamentos de Lyra (1955)¹⁰³, no direito bárbaro não foi abordada a questão da reincidência, mas no ano de 726, no reinado de Liutprand¹⁰⁴, passou-se a apenar mais severamente o segundo furto, inclusive com a previsão de banimento para o terceiro. A legislação carolíngia¹⁰⁵ previa a pena de morte para o terceiro furto, bem como havia previsão da reincidência para o crime de perjúrio.

O direito canônico também reconheceu a reincidência, que produzia efeitos em relação ao foro interno, negando-se a penitência¹⁰⁶ ao reincidente, porém depois essa absolvição foi estendida aos casos de reincidentes arrependidos mais ostensivos; no foro externo, constituía a reincidência “circunstância agravante, em crimes como a heresia, o concubinato, o abandono de residência por parte de bispos e cônegos. Em geral, aumentava o rigor da pena, segundo a pertinácia e a obstinação no pecado ou no delito”¹⁰⁷.

Na França, após a Revolução de 1789 e a edição da lei de 22 de julho de 1791, foram previstas a reincidência específica e algumas gerais; mas foi com o Código Penal francês de 1810 que efetivamente a reincidência criminal foi entendida como um instituto jurídico e ingressou nas legislações penais modernas¹⁰⁸.

¹⁰² MANZINI, Vincenzo. *La recidiva nella sociologia, nella legislazione e nella scienza del diritto penale*. Firenze: Casa Editrice, 1899, p. 126.

¹⁰³ LYRA, Roberto. *Comentários ao Código Penal – v. II*. Rio de Janeiro: Forense, 1955, p. 315.

¹⁰⁴ Liutprand foi um rei lombardo de 712 a 744. Os lombardos eram germânicos, oriundos da escandinávia, que invadiram o Império Romano em 568.

¹⁰⁵ Império carolíngio, sob o comando do imperador Carlos Magno, de 768 a 814.

¹⁰⁶ Penitências eram impostas pelo confessor ao absolver sacramentalmente quem confessava seus pecados.

¹⁰⁷ LYRA, Roberto, op. cit., p. 316.

¹⁰⁸ Conforme ROCHA, Synesio. *Da reincidencia*, São Paulo: Saraiva, 1938, p. 66: “Finalmente, o Cod. de 1810 adoptou a punição de ambas as reincidencias: reincidencia geral, de crime a crime, de delicto a delicto e de delicto a crime punido com penas correccionaes (arts. 56 e 57); reincidencia especial para a reincidencia de delicto a delicto (art. 58)”.

2.2 Reincidência na legislação brasileira

No Brasil, como se observará adiante, a reincidência foi e é considerada uma circunstância agravante da pena, com poucas exceções em dispositivos esparsos.

Por ocasião do descobrimento do Brasil vigoravam em Portugal as Ordenações Afonsinas¹⁰⁹, considerado o primeiro código completo publicado na Europa e um marco para o direito português. Não teve incidência, todavia, na então colônia do Brasil, pois em 1505, D. Manuel I, o Venturoso, determinou sua revisão, que culminou com a publicação das Ordenações Manuelinas no ano de 1521¹¹⁰.

As Ordenações Manuelinas tiveram pouca aplicação no território brasileiro em razão de a efetiva colonização ter se iniciado somente a partir de 1530¹¹¹ e, no ano de 1603, ter ocorrido sua substituição pelas Ordenações Filipinas¹¹², que vigoraram no Brasil por mais de dois séculos na matéria penal e por mais de trezentos anos com relação ao Direito Civil¹¹³.

¹⁰⁹ Publicadas provavelmente em 1446 por ordem do Infante D. Pedro, em nome de D. Afonso IV.

¹¹⁰ Explica PIERANGELI, José Henrique, *in Códigos Penais do Brasil: evolução histórica*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 54, que em 1514 ocorreu a primeira edição completa das Ordenações Manuelinas, porém D. Manuel mandou inutilizar os exemplares dessa edição e nomeou nova comissão para a elaboração dessa coletânea.

¹¹¹ Embora existiram algumas expedições anteriores, apenas em 1530 houve o início da colonização do Brasil, com Martim Afonso de Sousa que fundou a Vila de São Vicente em 1532.

¹¹² A estruturação dos velhos códigos foi determinada por Felipe II, rei da Espanha, que reinou em Portugal sob o nome de Felipe I; a conclusão desse trabalho ocorreu sob o reinado de Felipe II, de Portugal, e restaurada a monarquia portuguesa as ordenações foram revalidadas pela Lei de 29 de janeiro de 1643.

¹¹³ PIERANGELI, José Henrique, *op. cit.*, p. 55.

2.2.1 Ordenações Filipinas

O Livro V das Ordenações Filipinas tratava do direito penal e processual penal. Seguindo as características das leis penais ocidentais de sua época, havia exagerada tipificação de condutas e excessivo rigor em suas penas, com aplicação da pena capital em demasia.

As Ordenações Filipinas também ficaram conhecidas pela desigualdade de tratamento entre as pessoas, privilegiando os nobres em detrimento da plebe, uso da tortura como meio legal de obtenção de provas, confusão entre Direito, Moral e Religião, atrocidade na execução da pena de morte¹¹⁴, cumpridas na forca ou na fogueira, e, em algumas hipóteses, precedidas de sofrimentos cruéis, como amputação dos membros do condenado¹¹⁵.

Alguns preceitos das Ordenações Filipinas, no entanto, serviram de fonte para o direito penal brasileiro. No que tange à reincidência, alguns crimes tinham sua pena aumentada para os criminosos que reiterassem na mesma conduta delituosa, era uma espécie de reincidência específica, pois era para o mesmo delito, mas não exigia condenação anterior definitiva.

O aumento da pena em razão da reiteração criminosa pode ser observado nos títulos XXVIII, XXX e XLVII¹¹⁶, que tratavam, respectivamente, “dos barregueiros casados e de suas barregãs”, “das barregãs dos Clérigos, e de outros Religiosos” e “que nenhuma pessoa traga consigo homens scudados”.

¹¹⁴ Garcia cita um exemplo nacionalmente conhecido: “Mesmo no Brasil houve exemplos dessa crueldade excessiva. Tivemos o caso de Tiradentes, que, acusado de crime de lesa-majestade, foi enforcado e esquartejado, sendo os seus membros fincados em postes, colocados à beira das estradas, com dísticos destinados a advertir ao povo a gravidade dos atos de conspiração”. GARCIA, Basileu. *Instituições de direito penal – v. I – tomo I*. São Paulo: Max Limonad, 1971, p. 116.

¹¹⁵ BRUNO, Aníbal. *Direito Penal: parte geral – tomo I*. Rio de Janeiro: Forense, 1967, p. 173-176.

¹¹⁶ Para melhor compreensão do incipiente tratamento do instituto da reincidência, transcreve-se o título XLVII do Livro V das Ordenações Filipinas: “Defendemos, que pessoa alguma não traga consigo pela Cidade, Villa, ou lugar em tempo de paz, ou tregoa homens scudados, nem adargados. E o que os trouxer, se fôr Fidalgo, ou pessoa de Stado, pola primeira vez pague cincoenta mil cruzados, e pola segunda cento. E se for Scudeiro, ou Cavalleiro, pague vinte cruzados por cada vez; e sendo nisso comprehendido trez vezes, ou mais, haverá a mais pena de degredo, que houvermos por bem. E se fôr de menos condição, pola primeira vez pague trez mil reis, e pola segunda seis mil reis, e pola terceira seja degradado dous annos para Africa”.

Após a independência do Brasil e sob a vigência da Constituição Imperial de 1824, o Livro V das Ordenações Filipinas foi substituído pelo Código Criminal de 1830.

2.2.2 Código Criminal de 1830

Mesmo com o término do domínio português sua legislação penal ainda teve vigência no Brasil por alguns anos. Após a Proclamação da Independência, a Lei de 20 de outubro de 1823 dispôs que continuassem a ser aplicadas as disposições do Livro V das Ordenações Filipinas e restabeleceu a imposição das penas graves cominadas nesse diploma legal¹¹⁷.

Era imprescindível, entretanto, a elaboração de um ordenamento jurídico genuinamente pátrio, mormente acerca de Direito Penal, pois a autonomia política da nação e os ideais Iluministas que vigiam no século XIX exigiam a ruptura com a desumana e obsoleta legislação portuguesa. Nessa diretriz foi a Constituição do Império de 1824, outorgada pelo Imperador D. Pedro I¹¹⁸, que em seu art. 179¹¹⁹ traçou diretrizes de concepção liberal para o futuro Código Penal.

A Lei de 16 de dezembro de 1830 promulgou o Código Criminal do Império. Embora influenciado pelo pensamento Iluminista, esse Diploma Legal foi original e inovador em vários aspectos, o que acarretou elogios

¹¹⁷ NORONHA, Edgard Magalhães. *Direito Penal – v. I*. São Paulo: Saraiva, 1963, p. 71.

¹¹⁸ Outorgada por Carta de Lei de 25 de março de 1824.

¹¹⁹ Os incisos do art. 179 a seguir transcritos demonstram a postura liberal que influenciou o primeiro Código Penal brasileiro: “XIII – A lei será igual para todos, quer proteja, quer castigue, o recompensará em proporção dos merecimentos de cada um”; “XIX – desde já ficam abolidos os açoites, a tortura, a marca de ferro quente, e todas as mais penas cruéis”; “XX – Nenhuma pena passará da pessoa do delinquente. Portanto não haverá em caso algum confiscação de bens, nem a infamia do Réo se transmittirá aos parentes em qualquer gráo, que seja”; “XXI – As Cadêas serão seguras, limpas, o bem arejadas, havendo diversas casas para separação dos Réos, conforme suas circunstâncias, e natureza dos seus crimes”.

de renomados juristas estrangeiros e seu modelo serviu de base para Códigos Penais de outros países¹²⁰.

Malgrado os elogios dos doutrinadores ao Código Criminal, este tratou da reincidência de maneira imperfeita, pois nessa época já havia o Código Penal francês de 1810 que a disciplinava de forma mais completa; o parágrafo 3º do art. 16 do Código Criminal¹²¹ inseriu-a como uma circunstância agravante e era assim redigido: “Ter o delinquente reincidido em delicto da mesma natureza”.

Henriques de Souza (1872), ao analisar a reincidência conforme nosso Código Criminal¹²², concluiu que era desnecessária sentença condenatória definitiva, tratava-se de uma forma de reincidência específica, porque o crime anterior deveria ser da mesma natureza, e não havia limitação temporal para sua aplicação, o que se observa no seguinte trecho:

[...] a circumstancia da reincidencia, em face dos arts. 15, 16 § 3º e 20 do nosso Codigo, póde provar-se por qualquer genero de prova admittido nas materias criminaes, sem que haja absoluta necessidade de uma sentença condemnatoria para estabelece-la. Tal nos parece ser a vontade do legislador, bem precisa, e bem razoável.

[...]

Ora, por mais razoavel e fundada que ella seja em theoria, parece-nos que entre nós, do mesmo modo que entre os Francezes, ainda ninguem pretendeo similhante cousa, pela razão mui simples de que os dous Codigos nada distinguem acerca do tempo decorrido entre o primeiro e o segundo delicto, e fôra grande temeridade o querer substituir a vontade do legislador pelas opiniões individuaes, exigindo para a verificação das suas disposições mais requisitos do que exigem a letra e o espirito da lei¹²³.

O Código Criminal, entretanto, não definiu o que seriam crimes da mesma natureza, fato que gerou críticas em virtude da dificuldade da exata conceituação desses delitos e, por conseguinte, da verificação da reincidência pelos operadores do direito.

¹²⁰ BRUNO, Aníbal. *Direito Penal: parte geral – tomo I*. Rio de Janeiro: Forense, 1967, p. 178.

¹²¹ “Art. 16. São circumstancias aggravantes:”

¹²² SOUZA, Braz Florentino Henriques de. *Lições de direito criminal*. Pernambuco: Econômica José Nogueira de Souza, 1872, p. 332-360.

¹²³ SOUZA, Braz Florentino Henriques de, op. cit., p. 349 e 352.

Com a abolição da escravidão em 1888 e a Proclamação da República em 1889, tornou-se imprescindível a mudança do Estatuto Penal vigente.

2.2.3 Código Penal de 1890 e Consolidação das Leis Penais

O Conselheiro João Batista Pereira, nomeado pelo governo imperial para redigir o novo Código Penal, foi mantido nessa incumbência após a Proclamação da República. Em 11 de outubro de 1890 seu projeto foi convertido em lei (Decreto n. 847). Em razão da celeridade em sua elaboração e de anteceder a Constituição de 1891, inúmeras críticas surgiram ao novo diploma legal, considerando-o pior que seu antecessor¹²⁴. Assim, logo nos primeiros anos de vigência, foram apresentados projetos de novo Código Penal¹²⁵.

A reincidência criminal era uma circunstância agravante da pena disposta nos arts. 39 e 40 do Código Penal de 1890, *in verbis*:

Art. 39. São circunstancias aggravantes:

[...]

§ 19. Ter o delinquente reincidido.

Art. 40. A reincidencia verifica-se quando o criminoso, depois de passada em julgado sentença condemnatoria, commette outro crime da mesma natureza e como tal entende-se, para os effeitos da lei penal, o que consiste na violação do mesmo artigo.

Da simples leitura do conceito legal de reincidência observa-se que houve evolução em relação ao código que lhe antecedeu, pois o novel diploma introduziu o requisito da sentença anterior condenatória com trânsito em julgado para sua ocorrência.

¹²⁴ BRUNO, Aníbal, op. cit., p. 180.

¹²⁵ Destacaram-se os projetos de: a) João Vieira de Araújo - 1893; b) Sá Pereira - 1927 e 1928; c) Alcântara Machado - 1938 e 1940.

Por outro lado, houve excessiva limitação para a caracterização da reincidência em virtude de a lei exigir que os crimes fossem do mesmo artigo. Costa e Silva (2004) discorre que esse critério era acanhadíssimo e merecedor de justas censuras da doutrina¹²⁶.

Rocha (1938) conclui que a exagerada restrição legal criou uma reincidência ultra-específica que inviabilizava a sua aplicação:

Nosso legislador chegou, então, ao exagere incrível de estabelecer como requisito indispensável da reincidência punível a infração do mesmo artigo, da mesma disposição de lei, não se contentando com a reincidência específica, mas restringindo-a e criando uma reincidência *ultra-específica*, mutilando, assim, ou reduzindo o conceito da reincidência de modo tal que é quasi inútil a sua inscrição no Código¹²⁷.

O Código Penal de 1890, em alguns artigos da parte especial, descaracterizou a reincidência criminal como circunstância agravante da pena, inserindo-a como qualificadora no crime de homicídio¹²⁸ e nas contravenções penais de vadiagem e capoeiragem¹²⁹, ocasionando o aumento da pena em abstrato prevista nesses tipos.

Assinala Garcia (1971)¹³⁰ que a grande quantidade de leis penais especiais, complementares ao Código Penal de 1890, dificultou a sua consulta; dessa forma, o Desembargador Vicente Piragibe, por iniciativa própria, coligiu a legislação penal dessa época, o que foi oficializado por meio do Decreto n. 22.213, de 14 de dezembro de 1932, que criou a Consolidação das Leis Penais.

¹²⁶ COSTA E SILVA, Antonio José da. *Código Penal dos Estados Unidos do Brasil commentado* – v. I. Brasília, DF: Conselho Editorial do Senado Federal, 2004, p. 366.

¹²⁷ ROCHA, Synesio. *Da reincidência*. São Paulo: Saraiva, 1938, p. 40.

¹²⁸ “Art. 294. Matar alguém:

§ 1º. Si o crime fôr perpetrado com qualquer das circunstancias aggavantes mencionadas nos §§ 2º, 3º, 6º, 7º, 8º, 9º, 10º, 11º, 12º, 13º, 16º, 17º, 18º e 19º do art. 39 e § 2º, do art. 41:

Pena – de prisão cellullar por doze a trinta annos.

§ 2º Si o homicídio não tiver sido aggravado pelas referidas circunstancias:

Pena – de prisão cellullar por seis a vinte e quatro annos”.

¹²⁹ Artigos 400 e 403 do Código Penal de 1890.

¹³⁰ GARCIA, Basileu. *Instituições de Direito Penal* – v. I – tomo I. São Paulo: Max Limonad, 1971, p. 126.

O art. 40 da Consolidação das Leis Penais¹³¹ passou a excepcionar a regra da violação do mesmo artigo, o que possibilitou a reincidência nos crimes eleitorais sem a violação da mesma disposição de lei, conforme redação do seu art. 178.

A Consolidação das Leis Penais somente foi revogada com a vigência do Código Penal de 1940.

2.2.4 Código Penal de 1940

Após a outorga da Carta Constitucional de 1937, Alcântara Machado¹³² foi incumbido, pelo então Ministro da Justiça Francisco Campos, de elaborar o anteprojeto do novo Código Penal. Em 15 de maio de 1938 ele apresentou o anteprojeto da parte geral, sendo o projeto definitivo entregue em abril de 1940, com 390 artigos¹³³.

A comissão composta pelos juristas Narcélio de Queiroz, Vieira Braga, Nelson Hungria e Roberto Lyra, com a colaboração de Costa e Silva, foi designada para revisar o projeto Alcântara Machado; este não foi convertido em lei, mas sim o formulado por essa comissão, que teve por base o projeto de Alcântara Machado. Assim, o novo Código Penal, Decreto-lei n. 2.848, de 07 de dezembro de 1940, entrou em vigor em 1º de janeiro de 1942¹³⁴.

Conforme assinalado por Martins (1974)¹³⁵, o Código Penal de 1940 considerou a reincidência criminal um grande problema a ser combatido

¹³¹ Exceção criada pelo art. 109, parágrafo único, do Decreto n. 21.076, de 24/02/1932.

¹³² José de Alcântara Machado D'Oliveira, advogado, professor, parlamentar, poeta, escritor e biógrafo, nascido em 19 de outubro de 1875, de família tradicionalmente paulista (desde 1532), foi membro da Academia de Letras Brasileira e da Paulista.

¹³³ PIERANGELI, José Henrique. *Códigos Penais do Brasil: evolução histórica*, São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 78.

¹³⁴ PIERANGELI, José Henrique, op. cit., p. 78.

¹³⁵ MARTINS, José Salgado. *Direito penal: introdução e parte geral*. São Paulo: Saraiva, 1974, p. 361.

e era um dos principais objetivos do novel Código, como se observa em sua exposição de motivos, *in verbis*:

Um dos pontos culminantes do projeto é a disciplina da agravante da *reincidência*. A Comissão revisora não se deslembrou de que a eliminação da reincidência é o grande problema, a absorvente preocupação da política criminal contemporânea, e não pode deixar de ser um dos objetivos primaciais de um código penal.

Novamente a reincidência criminal foi inserida como circunstância agravante da pena, no art. 44, I, do Código Penal de 1940. Seu art. 46 conceituou a reincidência criminal, mantendo a exigência de sentença condenatória definitiva e incluiu a condenação no estrangeiro; as reincidências genérica e específica foram previstas em seu §1º, conforme a identidade ou não de natureza entre os crimes, sendo considerados da mesma natureza os previstos no mesmo dispositivo legal ou, se diversos, possuísem caracteres fundamentais comuns (§ 2º).

A reincidência específica era tratada de maneira mais severa do que a genérica, pois o art. 47 do Código Penal previa que aquela acarretaria a fixação da pena privativa de liberdade acima da metade da somatória do mínimo com o máximo, bem como a aplicação da pena mais grave em qualidade, se houvesse a cominação de outros tipos de penas, enquanto para a reincidência genérica não havia essas previsões, sendo uma circunstância agravante comum.

Garcia (1971) exemplifica a fixação de pena ao reincidente específico:

Se a lei estabelecer, em certo caso, o mínimo de dois anos de reclusão e o máximo de oito, o reincidente específico será condenado a mais de cinco anos. No caso de penas alternativamente cominadas, deverá o juiz optar pela de maior gravidade¹³⁶.

¹³⁶ GARCIA, Basileu. *Instituições de Direito Penal - v. I, tomo II*. São Paulo: Max Limonad, 1971, p. 473.

Havia presunção de periculosidade para os reincidentes em crimes dolosos, com aplicação de medida de segurança, consoante as diretrizes do art. 78 do Código Penal. Destarte, além da pena privativa de liberdade, os reincidentes nessa situação também eram submetidos à medida de segurança de internação por, pelo menos dois anos, em colônia agrícola, ou em instituto de trabalho, de reeducação ou de ensino profissional (art. 93, I, do mesmo Código). Era o sistema do duplo binário, com a execução de um complemento após o cumprimento da pena (art. 82, I).

Tratava-se de uma presunção absoluta de periculosidade, mas, como adverte Bruno (1967):

Um espírito mais realista, no Direito, conduziria naturalmente a não admitir por absoluta essa presunção e preferir o exame aprofundado de cada ocorrência, do agente e das condições em que num e noutro caso delinqüiu, para daí concluir sobre a existência ou não da real perigosidade¹³⁷.

Não existiria, todavia, presunção de periculosidade do reincidente em crime doloso se a sentença condenatória fosse proferida após cinco anos do fato (art. 78, § 1º).

Malgrado vários Códigos Penais estrangeiros, que antecederam ao nosso, disciplinassem a cessação da reincidência após o decurso de certo lapso temporal¹³⁸, o Diploma Penal de 1940 não tratou desse aspecto, o que caracterizou a perpetuidade do estado de reincidente.

Outrossim, não havia restrições acerca das espécies dos crimes praticados, caracterizando a reincidência entre crimes comuns, políticos,

¹³⁷ BRUNO, Aníbal. *Direito Penal: parte geral – tomo III*, Rio de Janeiro: Forense, 1967, p. 124.

¹³⁸ Conforme Aníbal Bruno, *ibid.*, p. 119: “O Código suíço requer para haver reincidência que não haja decorrido mais de cinco anos entre a pena anterior, sofrida total ou parcialmente, e a segunda infração (art. 67). Esse limite máximo de cinco anos é igualmente fixado pelos códigos japonês e uruguaio, para que se possa agregar o primeiro crime ao segundo. Também o Código alemão (art. 20, a) só reúne para a contagem em que se fundamenta o juízo de criminoso habitual perigoso e os fatos entre os quais não medeia espaço maior de cinco anos e para a reincidência propriamente dita exige que não haja transcorrido mais de dez anos entre a pena anterior e a prática do segundo crime. O Código francês admite os dois sistemas, exigindo para a reincidência correccional que não haja decorrido cinco anos entre a expiração da primeira pena e o novo fato (lei de 26 de março de 1891)”.

militares, dolosos e culposos. Noronha (1963), todavia, expôs que a reincidência específica somente ocorria entre delitos dolosos ou culposos¹³⁹.

2.2.5 Lei das Contravenções Penais

O Decreto-Lei n. 3.688, de 03 de outubro de 1941, Lei das Contravenções Penais, também disciplinou a reincidência criminal, ao dispor em seu art. 7º que há reincidência quando o sujeito pratica contravenção penal após o trânsito em julgado da sentença que o tenha condenado, no Brasil ou no exterior, por qualquer crime, ou, no Brasil, por contravenção.

A disposição legal supra não foi modificada por leis supervenientes, e sua conjugação com a parte geral do Código Penal acarreta a inexistência de reincidência se o agente comete uma contravenção penal e depois um crime, visto que o Código Penal exige a prática anterior de crime, e não de contravenção penal, para sua ocorrência.

Consoante observação de Marques (1956), na Lei das Contravenções Penais não havia diferença entre reincidências genérica e específica, não se aplicando às contravenções o art. 47 do Código Penal de 1940 em seu texto primitivo¹⁴⁰.

A redação original do art. 14, incisos III e IV, da Lei das Contravenções Penais, todavia, previa duas hipóteses de reincidência específica, pois havia presunção de periculosidade para os reincidentes nas contravenções de exploração de jogo de azar (art. 52) e de exploração da loteria denominada jogo do bicho (art. 58). Essas situações foram revogadas pela Lei n. 6.416, de 24 de maio de 1977, que alterou dispositivos do Código Penal, Código de Processo Penal e Lei das Contravenções Penais.

¹³⁹ NORONHA, Edgard Magalhães. *Direito Penal – v. I*. São Paulo: Saraiva, 1963, p.328.

¹⁴⁰ MARQUES, José Frederico. *Curso de Direito Penal – v. III*. São Paulo: Saraiva, 1956, p. 94.

2.2.6 Código Penal de 1969

Em 1961 o Presidente Jânio Quadros nomeou Nélson Hungria¹⁴¹ para elaborar o anteprojeto do novo Código Penal; esse anteprojeto foi apresentado em 1962 e, após a análise das comissões revisoras, foi convertido em lei pelo Decreto-Lei n. 1.004, de 21 de outubro de 1969, que fixava sua vigência a partir de 1º de janeiro de 1970.

Sucessivas leis¹⁴², entretanto, adiaram o início de vigência da novel legislação penal e, por fim, a Lei n. 6.578, de 11 de outubro de 1978, revogou totalmente o novo Código Penal antes de sua entrada em vigor, pois, entre outras razões, as reformas do Código Penal de 1940, efetuadas pela Lei n. 6.416/77, tornaram este mais atualizado do que o vacante.

A reincidência teria alterações importantes no Código Penal de 1969¹⁴³; seu art. 56, I, também a tratava como uma circunstância agravante da pena. O art. 57 conceituava a reincidência nos termos do art. 46 do Código de 1940, porém acabou com a diferenciação entre reincidências genérica e específica, que era alvo de várias críticas da doutrina.

Ademais, o § 1º do art. 57 do Código Penal de 1969 previa a cessação dos efeitos da reincidência após cinco anos do cumprimento ou extinção da pena e o novo crime, acabando com o sistema da perpetuidade dos

¹⁴¹ Nélson Hungria Hoffbaeur foi Promotor Público em Minas Gerais e, no antigo Distrito Federal, Delegado de Polícia, Juiz, Desembargador e Ministro do Supremo Tribunal Federal. Informações extraídas do site do Supremo Tribunal Federal, disponível em: <www.stf.jus.br/portal/ministro/verMinistro.asp?periodo=stf&id=133>. Acesso em: 16 fev. 2009, 8h55min.

¹⁴² Lei n. 5.573/69, para 1º/08/1970; Lei n. 5.597/70, para 1º/01/1972; Lei n. 5.749/71, para 1º/01/1974; Lei n. 6.063/74 determinou que o Código Penal de 1969 somente entrasse em vigor simultaneamente com o novo Código de Processo Penal.

¹⁴³ Bandeira de Mello adverte que o Código Penal de 1969 também se inspirou no projeto de novo Código Penal de Alcântara Machado ao tratar da reincidência, criminosos habituais, profissionais e por tendência, pois esse projeto já disciplinava os criminosos habituais, por tendência, reincidentes e habituais em seu capítulo III da parte geral (arts. 22 a 26). MELLO, Lydio Machado Bandeira de. *O criminoso, o crime e a pena*. Belo Horizonte: Prisma, 1970, p. 141.

efeitos da reincidência. Essa medida demonstrou grande avanço e foi inspirada nas diretrizes do Código Penal Tipo da América Latina¹⁴⁴.

O § 2º do artigo 57 do Código Penal de 1969 determinava que os crimes puramente militares e os políticos não geravam reincidência, o que restringia a caracterização da recidiva entre determinadas infrações penais.

Por sua vez, o art. 64 do Código Penal de 1969, que tratava do criminoso habitual e por tendência, manteve na alínea “a” do seu § 2º a reincidência específica para a aplicação de pena por tempo indeterminado¹⁴⁵, considerando criminoso habitual quem “reincide pela segunda vez na prática de crime doloso da mesma natureza, em período de tempo não superior a cinco anos, descontado o que se refere a cumprimento de pena”¹⁴⁶.

No que tange à pena indeterminada, adverte Dirceu de Mello (1975) que se trata de instrumento arbitrário e que infunde temor, visto que

Fere as características de restritividade da norma criminal, impostas em nome das garantias básicas asseguradas pelo Estado moderno ao homem, a noção de uma pena que se defina conforme as circunstâncias. Tal instabilidade, quando muito – e olhe-se que, mesmo aí, críticas já foram levantadas – se admite para as medidas de segurança¹⁴⁷.

Com efeito, salvo nas medidas de segurança, que são aplicadas por prazo indeterminado, ou seja, até a cessação da periculosidade do agente inimputável ou semi-imputável, nosso legislador agiu bem ao não reproduzir a pena indeterminada (ou semi-indeterminada) na legislação penal que sucedeu o natimorto Código Penal de 1969.

¹⁴⁴ MARTINS, José Salgado. *Direito penal: introdução e parte geral*. São Paulo: Saraiva, 1974, p. 363, lembrou que essa disposição constava da exposição de motivos do Código Penal de 1969: “A reincidência pode, ou não, revelar maior merecimento de pena. Seguiu aqui o projeto, critério moderno dentro os preconizados pelo Código Penal Tipo para a América Latina e introduzidos em vários projetos atuais. A maior conquista, em tal matéria, é a temporariedade da reincidência”.

¹⁴⁵ Na verdade a pena indeterminada possuía o limite máximo de dez anos, conforme disposto no § 1º do art. 64 do Código Penal de 1969.

¹⁴⁶ MARTINS, José Salgado, *ibid.*, p. 367: “Em se tratando de presunção de habitualidade, a segunda reincidência pressupõe, como é óbvio, duas condenações criminais anteriores já transitadas em julgado”.

¹⁴⁷ MELLO, Dirceu de. Das penas no Direito Penal e sua aplicação. Pena indeterminada: uma infeliz criação do novo Estatuto Penal brasileiro. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, vol. 475, 1975, p. 232.

2.2.7 Lei n. 6.416/77

A Lei n. 6.416, de 24 de maio de 1977, alterou dispositivos do Código Penal de 1940, do Código de Processo Penal e da Lei das Contravenções Penais. Seu art. 1º modificou, principalmente, a parte geral do Código Penal.

Entre as alterações produzidas, houve substancial modificação no instituto da reincidência, inspiradas nas previsões do Código Penal em vacância. Os §§ 1º e 2º do art. 46 do Código Penal de 1940 foram revogados, acabando com a discutida distinção entre reincidente genérico e específico. Instituiu-se o parágrafo único nesse artigo, que introduziu em nosso ordenamento penal a temporariedade dos efeitos da reincidência, nos moldes da previsão do Código Penal de 1969, e extinguiu o sistema da perpetuidade.

O art. 47 do Código Penal também teve nova redação, que aboliu os efeitos da reincidência específica e previu que os crimes militares e os puramente políticos não seriam considerados para gerar reincidência, o que também foi um avanço em virtude da diferença de natureza entre estes delitos e os comuns.

2.2.8 Reforma penal de 1984

Em abril de 1980 foi nomeada uma comissão para examinar o projeto do novo Código de Processo Penal em trâmite no Congresso Nacional; em setembro desse ano, outra foi criada para compatibilizar o anteprojeto de Código de Execuções com o projeto processual penal. Essas comissões concluíram que seria importante a reforma total da legislação penal, inclusive do Código Penal. Assim, em novembro de 1980 foi criada nova comissão¹⁴⁸ para

¹⁴⁸ Portaria n. 1.043, de 27 de novembro de 1980, do Ministério da Justiça, nomeou os seguintes juristas: Francisco Serrano Neves, Hélio Fonseca, Miguel Reale Júnior, René Ariel Dotti, Ricardo Andreucci e Rogério Laria Tucci, sob a presidência de Francisco de Assis Toledo.

elaborar o anteprojeto de reforma do Código Penal, a princípio da parte geral e depois da especial¹⁴⁹.

Em maio de 1983 o Presidente João Batista Figueiredo remeteu os três projetos ao Congresso Nacional, ou seja, da parte geral do Código Penal, Lei de Execuções Penais e Código de Processo Penal. Somente os dois primeiros foram convertidos em lei, respectivamente, pelas Leis n. 7.209 e 7.210, ambas de 11 de julho de 1984, que entraram em vigor em 13 de janeiro de 1985.

Com a modificação da parte geral do Código Penal, a reincidência criminal passou a ser disciplinada pelos artigos 63 e 64, e o art. 61, I, manteve-a como uma circunstância agravante da pena. Não ocorreram grandes alterações em seu sistema, com a ressalva de que no prazo de cinco anos para a cessação dos efeitos da reincidência passou a ser “computado o período de prova da suspensão ou do livramento condicional, se não ocorrer revogação” (art. 64, I).

Importante avanço decorreu da adoção do sistema vicariante, com a extinção da determinação de medida de segurança aos imputáveis e a aplicação de pena ou medida de segurança aos semi-imputáveis. Dessa forma, acabou a presunção de periculosidade do reincidente em crime doloso, com a consequente imposição de medida de segurança, que era prevista no art. 78 do Código Penal.

Outrossim, somente foi mantida a proibição da concessão do *sursis* ao reincidente em crime doloso, deixando de existir esse óbice ao reincidente em crime culposo previsto pela Lei n. 6.416/77, bem como passou a constar expressamente do § 1º do art. 77 do Código Penal que a condenação anterior à pena de multa não obsta esse benefício.

¹⁴⁹ PIERANGELI, José Henrique. *Códigos Penais do Brasil: evolução histórica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 84.

2.2.9 Leis n. 8.072/90 e 9.714/98 – retorno da reincidência específica

Sob o argumento do aumento da criminalidade foi editada a Lei n. 8.072, de 25 de julho de 1990, que agravou o rigor das sanções a quem praticasse crimes hediondos e afins.

No que se refere à reincidência, ressuscitou a polêmica diferenciação de tratamento entre o reincidente genérico e o específico, pois o art. 5º da Lei n. 8.072/90 acrescentou o inciso V ao art. 83 do Código Penal, que aumentou para dois terços o prazo para o livramento condicional ao condenado por algum crime descrito nessa lei e impediu sua concessão ao reincidente específico em crimes dessa natureza.

Destarte, o reincidente específico nos crimes elencados na Lei n. 8.072/90 não faz jus ao benefício do livramento condicional.

A Lei n. 9.714, de 26 de novembro de 1998, por sua vez, efetuou várias alterações na parte geral do Código Penal para abrandar o rigor das penas aos crimes de menor gravidade. O rol das penas alternativas do art. 43 foi aumentado, bem como possibilitou ao condenado à pena privativa de liberdade, até quatro anos, nos crimes praticados sem violência nem grave ameaça, a substituição da pena de prisão pela restritiva de direitos; nos crimes culposos não há restrição de quantidade de pena.

O inciso II do art. 44 do Código Penal impede a substituição em tela se o réu for reincidente em crime doloso. O parágrafo 3º desse artigo, todavia, permite a substituição ao reincidente em crime doloso, “desde que, em face de condenação anterior, a medida seja socialmente recomendável e a reincidência não se tenha operado em virtude da prática do mesmo crime”.

Com efeito, outra vez há previsão de tratamento mais rigoroso ao reincidente específico em comparação ao genérico, porque aquele não poderá ter sua pena privativa de liberdade substituída pela restritiva de direitos.

Acerca do óbice legal para a conversão ao reincidente específico, observa corretamente Bianchini (1999) que essa proibição não poderia ser absoluta, visto que o Magistrado deveria analisar se, no caso concreto, existem motivos diversos da reincidência “desautorizadores da concessão do benefício” ao reincidente homogêneo¹⁵⁰.

Mesmo assim, a permissão da substituição de pena ao reincidente genérico foi um grande avanço em nossa legislação, pois conforme adverte Damásio de Jesus (2007) “a recidiva nem sempre configura circunstância de maior temibilidade ou de culpabilidade, fator de exasperação da pena ou de impedimento de benefícios ou do exercício de direitos”¹⁵¹.

2.2.10 Projeto de Reforma do Código Penal

Atualmente tramita na Câmara dos Deputados o Projeto de Lei n. 3.473, de 2000, de autoria do Poder Executivo, que prevê ampla reforma na parte geral do Código Penal. Seu texto já foi aprovado pela Comissão de Constituição e Justiça e de Redação¹⁵², porém sua tramitação pelo plenário da Câmara encontra-se parada desde 31 de julho de 2003.

Importantes alterações são previstas no projeto supra; no que tange à reincidência criminal, há grande mudança em sua forma de aplicação, visto que de circunstância agravante obrigatória passará a figurar no rol das circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal, que são utilizadas para a fixação da pena-base, ou seja, incidirá na primeira fase do critério trifásico de estipulação da pena.

¹⁵⁰ BIANCHINI, Alice. A reincidência específica na Lei n. 9.714/98 e os princípios da igualdade e da proporcionalidade. In *Boletim IBCCRIM* n. 80, São Paulo, 1999.

¹⁵¹ JESUS, Damásio Evangelista de. *Direito Penal: parte geral*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 534.

¹⁵² O relator Deputado Ibrahim Abi-Ackel apresentou parecer favorável à aprovação do projeto substitutivo, em 27 de setembro de 2001, mas efetuou algumas modificações no projeto inicial. O substitutivo foi aprovado pela Comissão de Constituição e Justiça e de Redação, também com alterações.

Assim, ao analisar a reincidência criminal o Magistrado poderá verificar se no caso concreto efetivamente é imprescindível o aumento da pena do réu, e não ficará mais limitado à majoração obrigatória imposta atualmente pelo inciso I do art. 61 do Código Penal.

Além disso, será disciplinado que procedimentos investigatórios e processos criminais em andamento não configuram maus antecedentes¹⁵³, o que atende às diretrizes do Princípio Constitucional de Presunção de Inocência (art. 5º, LVII, da Constituição Federal).

3 Reincidência no direito comparado

A reincidência é disciplinada na maioria dos ordenamentos jurídicos modernos. Há países que a tratam com maior rigor do que no Brasil; em outras nações, entretanto, há tratamento mais brando.

O cotejo da legislação internacional é importante para a constatação da diversidade dos requisitos da recidiva entre as leis alienígenas consultadas e, por conseguinte, de parâmetros que poderão ser utilizados para a evolução da lei penal nacional nesse aspecto.

A seguir serão verificadas oito leis penais estrangeiras, da Europa e das Américas do Sul e Central, mas esse cotejo será limitado aos requisitos para a caracterização da reincidência e ao seu efeito de agravar a pena. Observa-se que o trânsito em julgado da condenação precedente é exigência comum para a constatação da recidiva.

Não serão, portanto, examinadas outras conseqüências derivadas da reincidência nem situações afins, como o criminoso habitual ou profissional.

¹⁵³ Art. 62 do projeto aprovado pela Comissão de Constituição e Justiça de Redação: "A existência de investigação, instrução preliminar ou ação penal em andamento, não será considerada como maus antecedentes."

3.1 Espanha

A Espanha acolhe apenas a reincidência específica, ao prever no art. 22, “8ª”, de seu Código Penal¹⁵⁴, que a reincidência será uma circunstância agravante da pena se os crimes estiverem previstos no mesmo título e possuírem a mesma natureza.

Assim, não basta que os delitos estejam previstos no mesmo título do Código Penal, mas também devem possuir a mesma natureza; por outro lado, se os crimes possuírem caracteres semelhantes, mas forem previstos em títulos diferentes, ou em leis especiais diversas, não será configurada a recidiva.

Aponta Mir (2008) que a combinação do critério formal (mesmo título do Código Penal) com o material (mesma natureza) pode levar à situação de que crimes da mesma natureza, previstos em leis especiais, não gerarem reincidência se essa lei não previr expressamente essa hipótese¹⁵⁵.

Da mesma forma que a lei penal brasileira, a espanhola adotou o critério da reincidência ficta, visto que não exige o cumprimento parcial ou total da condenação anteriormente imposta para o seu reconhecimento.

Na Espanha a recidiva também não é perpétua, pois não serão considerados para gerar reincidência os antecedentes criminais cancelados.

Prevê o art. 136 do Código Penal espanhol os requisitos para o cancelamento dos antecedentes criminais, entre eles a reparação do dano, salvo impossibilidade de fazê-lo, e o decurso dos seguintes prazos sem a prática de novos crimes: seis meses para penas leves; dois anos para as penas que não

¹⁵⁴ Aprovado pela Lei Orgânica n. 10/1995, de 23 de novembro, e entrou em vigor em 25 de maio de 1996.

¹⁵⁵ MIR, José Cerezo. *Derecho penal: parte general*. Montevideo: J. C. Faura, 2008, p. 888. “La combinación del criterio material y el criterio formal plantea el problema de que no se podrá aplicar la reincidencia cuando los delitos, siendo de la misma naturaleza, se encuentren en títulos diferentes, o uno regulado en el Código penal y outro en una ley penal especial, o estén los dos regulados en una ley penal especial si ésta no establece también una agravante de reincidencia [...]”.

excedam doze meses e as impostas a crimes culposos; três anos para as outras penas menos graves; e cinco anos para as penas graves. Esses prazos serão computados a partir do dia seguinte ao da extinção da pena.

3.2 França

A lei penal francesa, assim como a brasileira, acolhe os sistemas da reincidência ficta e da genérica, pois não exige o cumprimento da pena anterior nem que os crimes perpetrados sejam da mesma espécie para o seu reconhecimento.

O Código Penal francês¹⁵⁶ prevê aumentos diferenciados para os reincidentes, de acordo com a quantidade da pena privativa de liberdade aplicada no primeiro crime e a pena máxima prevista para a segunda infração penal.

Para os crimes mais graves é adotado o sistema da perpetuidade dos efeitos da sentença anterior para fins de reincidência, pois se a condenação precedente for de prisão igual ou superior a dez anos e o crime posterior tiver pena a partir de quinze anos, a lei francesa não prevê tempo para a cessação dos efeitos da condenação anterior.

Ademais, para a hipótese acima descrita, se a pena máxima do crime subsequente for de pelo menos vinte anos, esta passará a ser a de prisão perpétua. Se a pena da segunda infração for de quinze e inferior a vinte anos, a sanção será de trinta anos.

O critério da temporariedade da reincidência é acolhido no caso de a infração posterior ter pena igual ou inferior a dez anos, visto que se

¹⁵⁶ Editado pela Lei 92-693, de 22/07/1992, entrou em vigor em 1ª/03/1994; a reincidência está disciplinada em seus artigos 132-8 a 132-16-2.

transcorrido prazo superior a dez anos entre a extinção da pena anterior e o novel crime, não haverá reincidência; esse lapso temporal será diminuído para cinco anos na hipótese de a pena do crime posterior for de um e inferior a dez anos. Nessas hipóteses, as penas de prisão máxima e de multa são duplicadas.

O tratamento mais rigoroso ao reincidente específico também é previsto no Código Penal francês, uma vez que se um condenado definitivamente por um delito pratica outro igual ou assemelhado no prazo de cinco anos, será duplicado o máximo das penas de prisão e multa aplicáveis¹⁵⁷.

Há previsão de reincidência para as pessoas jurídicas, com sistema semelhante ao das pessoas físicas, visto que é adotada a perpetuidade da reincidência para os crimes mais graves e o da temporariedade para os demais. A pena variará da elevação da multa aplicável até a interdição ou dissolução da empresa.

3.3 Itália

O Código Penal italiano¹⁵⁸, conhecido como Código Rocco, de 19 de outubro de 1930, trata da reincidência com maior rigor do que a legislação brasileira.

A Itália também adota o critério da reincidência ficta e, por isso, como no Brasil, não é necessário o cumprimento total ou parcial da pena imposta no crime anterior para sua configuração.

Observa Antolisei (1960)¹⁵⁹ que o critério italiano é rigoroso no que tange à recidiva, porque acolhe o sistema da perpetuidade dos efeitos da condenação anterior para sua caracterização e, ainda, adota três formas de

¹⁵⁷ Art. 132-10 do Código Penal francês.

¹⁵⁸ Entrou em vigor em 1º de julho de 1931. A reincidência está disciplinada em seus arts. 99 a 106.

¹⁵⁹ ANTOLISEI, Francesco. *Manual de derecho penal*. Buenos Aires: UTEHA, 1960, p. 482.

reincidência: a simples, a agravada e a reiterada, com requisitos distintos e aumentos diferenciados na pena.

Ocorre a reincidência simples se houver a prática de nova infração penal depois de o réu ter sofrido condenação criminal definitiva, que acarretará aumento de até um sexto na pena posterior, não existindo limitação temporal entre esses crimes, mas desde que o novel delito ocorra após cinco anos da primeira sentença condenatória, pois se for antes desse prazo, será caracterizada a recidiva agravada.

Além da hipótese acima mencionada, há reincidência agravada se houver recidiva específica (violação do mesmo artigo ou se possuírem caracteres fundamentais comuns) ou se o novo crime ocorrer durante ou depois da execução da primeira pena imposta ou, ainda, enquanto o criminoso frustra voluntariamente o cumprimento dessa sanção. Nessas situações, o aumento será de um terço, podendo chegar até metade se concorrem duas ou mais dessas circunstâncias.

A reincidência reiterada decorre da execução de novo crime por quem já era considerado reincidente. Seria a recidiva múltipla, com aumento da pena de até metade se for reincidência simples e de até dois terços se for agravada, nas modalidades específica e quinquenal, ou de um terço a dois terços em se tratando de reincidência em período de execução de pena ou fuga.

A lei penal italiana, no entanto, assegura que em nenhuma hipótese o aumento decorrente da reincidência ultrapasse a somatória da pena anteriormente imposta e a aplicada no novo delito¹⁶⁰.

Salienta-se, outrossim, que o Código Penal italiano prevê as figuras do criminoso habitual, profissional e por tendência, prevendo a incidência de medida de segurança depois do cumprimento da pena criminal, ou seja, é aplicado o sistema do duplo binário.

¹⁶⁰ Art.99, parte final, do Código Penal italiano.

Por derradeiro, destaca-se o art. 106 do Código Penal italiano, que dispõe que são consideradas para fins de reincidência, habitualidade e criminoso profissional as infrações penais atingidas por uma causa de extinção do crime ou da pena, salvo se deixarem de existir todos os efeitos do crime extinto. Assim, exemplifica Vannini (1947)¹⁶¹ que a anistia e a graça não interferem no reconhecimento da recidiva, porém se houver *novatio legis* que abolir o crime anterior, a sentença condenatória não prevalecerá para gerar reincidência, pois foram extintas todas as suas consequências penais.

3.4 Portugal

O Código Penal português, aprovado pelo Decreto-Lei n. 400, de 23 de setembro de 1982, sofreu grande revisão por meio do Decreto-Lei n. 48, de 15 de março de 1995.

Em comparação ao sistema brasileiro, o Código Penal português é mais restrito para a configuração da reincidência, visto que, embora tenha adotado a recidiva ficta, apenas a reconhece para os crimes dolosos punidos com pena de prisão efetiva superior a seis meses, desde que o agente tenha sido condenado definitivamente por crime anterior com esses requisitos mínimos.

Além disso, deve ser observado se, no caso concreto, a condenação precedente não serviu de suficiente advertência contra novas práticas delituosas. Por conseguinte, o Juiz deverá verificar se incidirá, ou não, o aumento da pena decorrente da recidiva, não sendo sua aplicação automática.

Portugal também adota o critério da temporariedade dos efeitos da condenação anterior para fins de reincidência, pois se decorridos cinco anos entre o crime anterior e o posterior, não haverá recidiva, porém nesse prazo

¹⁶¹ VANNINI, Otorrino. *Manuale di diritto penale*. Firenze: Dott. Carlo Cya, 1947, p. 172.

não é computado o período de cumprimento de medida processual, pena ou medida de segurança privativa de liberdade.

Para o reconhecimento da reincidência internacional, há previsão legal que o fato cometido no exterior também constitua crime previsto na lei portuguesa. Outrossim, existe disposição expressa que a prescrição da pena, a anistia, o perdão genérico e o indulto não impedem a verificação da reincidência.

O art. 76 do Código Penal português prevê como efeito da reincidência a elevação de um terço do limite mínimo da pena aplicável, mas sem alteração do teto máximo, bem como a agravação não poderá ultrapassar o montante da pena mais grave imposta nas condenações anteriores. Esclarece Dias (2005) que esse limite tem o “propósito legislativo de evitar agravamentos reputados demasiado severos da pena da reincidência”¹⁶².

Em Portugal, existe a pena relativamente indeterminada, prevista nos arts. 83 a 89 do Código Penal, e que prevalece sobre as regras de punição da reincidência se configuradas no caso concreto. Essa sanção é aplicada ao delinquente por tendência, que é considerado quem pratica delito doloso, com pena privativa de liberdade prevista superior a dois anos, após ter sido condenado por dois ou mais crimes dolosos, também punidos no mínimo com prisão efetiva de dois anos, desde que a avaliação conjunta desses fatos e a personalidade do agente recomendarem sua aplicação. Não há previsão de trânsito em julgado para essas condenações.

Ademais, aplica-se pena relativamente indeterminada a quem realizar crime doloso punido com prisão, sem especificação de duração de pena, após ter cometido quatro ou mais crimes dolosos; os alcoólatras e os toxicômanos também estão sujeitos a essa pena.

A pena relativamente indeterminada, em caso de reiteração criminosa, terá um mínimo correspondente a dois terços da pena de prisão concretamente cabível e seu máximo será esta acrescida de seis (na hipótese de

¹⁶² DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito penal português: as consequências jurídicas do crime*. Coimbra: Coimbra, 2005, p. 274.

pena de prisão superior a dois anos) ou de quatro anos (prisão inferior a dois anos), sempre respeitado o limite máximo de vinte e cinco anos¹⁶³.

3.5 Argentina

O Código Penal argentino¹⁶⁴ disciplina a reincidência em seus artigos 50 a 53. A Argentina adota o critério da reincidência real, visto que para sua configuração o autor deve cometer nova infração penal, passível de prisão, depois de ter cumprido, total ou parcialmente, pena privativa de liberdade imposta por crime anterior. Assim, a pena de multa imposta isoladamente não gera reincidência.

Como no Brasil, o crime praticado no estrangeiro também é considerado para a finalidade do reconhecimento da recidiva, porém há previsão legal que esse delito seja passível de extradição de acordo com a lei argentina.

Não caracterizam a reincidência os delitos políticos, militares próprios, anistiados e os praticados por menores de dezoito anos de idade.

A temporariedade da reincidência é adotada na lei penal argentina, pois não haverá reincidência após o decurso de tempo igual ao da pena cumprida, respeitados os limites mínimo de cinco anos e máximo de dez anos.

Nos termos dos arts. 40 e 41 do Código Penal da nação argentina, a reincidência influi na fixação da pena do réu, agravando a reprimenda. Ademais, se houver reincidência múltipla, é adotado o sistema do duplo binário, pois será imposta pena por tempo indeterminado, acessória à condenação e cumprida em presídios federais, desde que o agente tenha sofrido

¹⁶³ Exemplifica NUCCI, Guilherme de Souza, *in Individualização da pena*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 113: “homicídio, cuja pena varia de 8 a 16 anos. Se 12 anos fora a pena concreta, a relativamente varia de 8 a 18 anos.

¹⁶⁴ Lei n. 11.179, aprovada pelo Decreto n. 3.992, de 21/12/1984.

quatro penas privativas de liberdade anteriores, sendo uma maior de três anos, ou cinco penas iguais ou inferiores a três anos.

Transcorridos cinco anos da pena indeterminada, poderá ser concedido livramento condicional ao reincidente múltiplo, desde que tenha boa conduta, aptidão para o trabalho e apresente outras atitudes que possibilitem a presunção de que ele não representa perigo à sociedade; após cinco anos de livramento condicional, não existindo revogação, o sentenciado poderá requerer sua liberdade definitiva.

3.6 Colômbia

Desde 1980 a Colômbia aboliu a reincidência de sua lei penal¹⁶⁵.

O atual Código Penal colombiano, Lei n. 599 de 24 de julho de 2000, também não trata da recidiva nem há consequências mais gravosas para quem pratica nova infração penal após ter sido condenado anteriormente.

3.7 Uruguai

O Código Penal uruguaio¹⁶⁶ também insere a reincidência como uma circunstância agravante da pena. A lei penal uruguaia, assim como a brasileira, adota o prazo de cinco anos para a cessação dos efeitos da reincidência, porém seu marco inicial é a sentença condenatória anterior, descontado o período em que o agente permaneceu privado de sua liberdade.

¹⁶⁵ Lembra Eugenio Raúl Zaffaroni, no artigo Reincidência: um conceito do direito penal autoritário, in *Livro de Estudos Jurídicos n.6*, Rio de Janeiro: Instituto de Estudos Jurídicos, 1993, p. 59: “Em 1980, ela foi eliminada do Código colombiano”.

¹⁶⁶ Lei n. 9.414, de 29 de junho de 1934, arts. 48 e 49.

O legislador penal uruguaio acolheu o critério da reincidência ficta, visto que para sua caracterização é irrelevante se o criminoso cumpriu ou não a pena imposta pela condenação anterior, bem como aceita para fins de reincidência a condenação imposta em outro país.

A quem comete novo crime após ter sido condenado anteriormente por outros dois, no prazo de dez anos da primeira condenação, poderá ser imposta medida de segurança. O Código Penal uruguaio prevê nessa situação a figura do criminoso habitual, mas será necessariamente aplicada essa medida, se além do terceiro crime, o agente apresentar tendência a práticas criminosas, conforme análise a ser realizada pelo julgador.

À semelhança do Código Penal brasileiro, o uruguaio não considera para fins de reincidência os crimes militares e políticos, mas aumenta esse rol para excluir também a recidiva entre crimes dolosos e culposos, bem como entre crimes e faltas, estas equivalem às contravenções penais brasileiras.

3.8 Cuba

A reincidência também acarreta a agravação da pena perante o Código Penal cubano¹⁶⁷. Seu art. 55 considera reincidente quem já sofreu sanção penal por crime doloso e pratica outro delito, em seu território ou no estrangeiro; é adotado, portanto, o critério da reincidência própria, ao revés do sistema brasileiro, que se contenta com a mera recidiva ficta.

Cuba diferencia o reincidente simples do multirreincidente, especificando que haverá reincidência múltipla se a nova prática delituosa for antecedida de duas ou mais sanções cumpridas por crimes dolosos¹⁶⁸.

¹⁶⁷ Lei n. 62, de 23 de dezembro de 1987, alterado pela Lei n. 87, de 15 de março de 1999.

¹⁶⁸ Art. 55.2 do Código Penal cubano.

Os crimes perpetrados podem ser diferentes ou da mesma espécie; assim, a lei cubana acolheu tanto a reincidência genérica como a específica, porém para esta o aumento da sanção é maior, pois os limites mínimos e máximos das penas privativas de liberdade, superiores a um ano, serão aumentados de um terço, para o reincidente, e de metade, para o multirreincidente, enquanto para a recidiva genérica há acréscimo de um quarto e um terço, se for reincidência simples ou múltipla¹⁶⁹.

Além disso, pode ser fixado na sentença condenatória que o reincidente permaneça sujeito a uma vigilância especial, por parte dos órgãos policiais, por um período de três a cinco anos após o cumprimento da pena, consistente em algumas ou todas as seguintes determinações: a) proibição de mudar de residência sem autorização do tribunal; b) proibição de frequentar determinados lugares; c) apresentação perante o tribunal em datas fixadas; d) qualquer outra medida que possa contribuir para a reeducação do condenado¹⁷⁰.

A antiga redação do art. 55.3 do Código Penal cubano previa a possibilidade de a reincidência ser considerada facultativamente pelo juiz, conforme as circunstâncias do crime e as características individuais do condenado, mas essa possibilidade foi suprimida pela alteração promovida pela Lei n. 87, de 15 de fevereiro de 1999. Por conseguinte, atualmente a reincidência deve ser obrigatoriamente reconhecida.

No que tange à duração da condenação anterior para fins de causar reincidência, o Código Penal cubano prevê em seu art. 67 o cancelamento, de ofício, dos antecedentes penais após o decurso de dez anos do cumprimento da sanção imposta, mas essa medida é vedada ao reincidente ou ao multirreincidente. A estes somente é possível a extinção dos antecedentes a pedido do condenado, após prazos que variam de um, três, cinco, oito ou dez anos, conforme o montante da condenação imposta, bem como o cumprimento de outros requisitos, como o ressarcimento dos danos civis.

¹⁶⁹ Art. 55.3 do Código Penal cubano.

¹⁷⁰ Art. 55.5 do Código Penal cubano.

Por derradeiro, destaca-se o art. 89 do Código Penal cubano, que impõe ao reincidente ou multirreincidente, que não cumpra alguma determinação da sentença condenatória, medida de segurança de internação em centro de readaptação, após o cumprimento da pena, por período que não exceda cinco anos.

4 Principais efeitos da reincidência

Na legislação brasileira, a majoração da pena é apenas uma das consequências do reconhecimento da reincidência. O reincidente, portanto, está sujeito à incidência de outros efeitos legais, que lhe acarretam o recrudesimento na aplicação da pena e restringem a concessão de benefícios de natureza material e processual.

A seguir serão arrolados os principais efeitos legais que decorrem da reincidência no sistema penal brasileiro¹⁷¹:

- a) agrava a pena privativa de liberdade (art. 61, I, do Código Penal);
- b) impede o início de cumprimento de pena de reclusão no regime semi-aberto e a de reclusão ou detenção no regime aberto (art. 33, § 2º, “b” e “c”, do Código Penal);
- c) obsta a substituição da pena de prisão por multa, se o réu for reincidente em crime doloso (art. 60, § 2º, do Código Penal);
- d) se for específica em crime doloso, impede a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos (art. 44, II, do Código Penal);
- e) no concurso de circunstâncias agravantes e atenuantes, é circunstância preponderante (art. 67 do Código Penal);
- f) impede a concessão da suspensão condicional da pena (*sursis*) ao condenado reincidente em crime doloso (art. 77, I, do Código Penal);

¹⁷¹ MIRABETE, Julio Fabbrini. *Manual de direito penal – v. I*, São Paulo: Atlas, 1992, p. 288; e CARVALHO, Salo de. Reincidência e antecedentes criminais: abordagem crítica desde o marco garantista. In *Revista de Estudos Criminais* n. 1. Porto Alegre, 2001, p. 114.

- g) revoga obrigatoriamente o *sursis* se a condenação for por crime doloso ou é causa de revogação facultativa se for por crime culposo ou contravenção penal (art. 81, I, e § 1º, do Código Penal)¹⁷²;
- h) aumenta para mais da metade o tempo de cumprimento da pena, ao reincidente em crime doloso, para a obtenção de livramento condicional (art. 83, II, do Código Penal);
- i) não permite a concessão de livramento condicional se for específica em crimes hediondos e assemelhados (art. 83, V, do Código Penal);
- j) interrompe a prescrição da pretensão executória¹⁷³ (art. 117, VI, do Código Penal);
- k) aumenta em um terço o prazo da prescrição da pretensão executória (art. 110 do Código Penal);
- l) revoga o livramento condicional (art. 86, I, do Código Penal);
- m) revoga a reabilitação se a condenação posterior não for a de multa (art. 95 do Código Penal);
- n) obsta a incidência das causas de diminuição de pena previstas nos arts. 155, § 2º, 170, 171, §1º, e 180, § 5º, todos do Código Penal;
- o) impede a concessão de fiança ao condenado por crime doloso (art. 323, III, do Código de Processo Penal);
- p) impossibilitava a apelação em liberdade, conforme o art. 594 do Código de Processo Penal, mas este artigo foi revogado pela Lei n. 11.719, de 20 de junho de 2008, que entrou em vigor em 20 de agosto de 2008;
- q) aumenta de um terço até metade a pena da contravenção de porte de arma se a condenação precedente for por violência contra a pessoa (art. 19, § 1º, da Lei das Contravenções Penais);
- r) possibilita a ocorrência da contravenção de posse não justificada de instrumento de emprego usual na prática de furto (art. 25 da Lei das Contravenções Penais).

¹⁷² Nem sempre essa revogação será em razão da reincidência, pois a condenação posterior poderá ser por crime praticado antes do trânsito em julgado da sentença condenatória do delito anterior. Nesse sentido MIRABETE, Julio Fabbrini, op. cit., p. 312: “Tratando-se, portanto, de crime doloso, a revogação é de rigor, tenha sido o delito praticado antes ou depois daquele que originou o *sursis* ou ainda durante o prazo da suspensão condicional da pena”.

¹⁷³ Súmula n. 220 do Superior Tribunal de Justiça: “A reincidência não influi no prazo da prescrição da pretensão punitiva”.

Não se trata de um rol exaustivo, haja vista a existência de outros efeitos decorrentes da reincidência previstos em leis especiais, como o art. 296 da Lei n. 9.503/97 (Código de Trânsito Brasileiro) que prevê a suspensão da permissão ou habilitação para dirigir veículo automotor¹⁷⁴.

¹⁷⁴ Art. 296: “Se o réu for reincidente na prática de crime previsto neste Código, o juiz aplicará a penalidade de suspensão da permissão ou habilitação para dirigir veículo automotor, sem prejuízo das demais sanções penais cabíveis”.

CAPÍTULO II

1 Reincidência como circunstância agravante

A reincidência, no Brasil, está inserida como a primeira circunstância agravante da pena, nos termos do art. 61, I, do Código Penal.

Dessa forma, neste capítulo serão verificados os principais argumentos a favor e contra a recidiva e alguns aspectos decorrentes de sua inserção como agravante da pena, bem como, ao final, serão apontadas sugestões de alteração do instituto jurídico da reincidência no sistema penal brasileiro.

1.1 Conceito e classificação de circunstâncias agravantes

O rol taxativo das agravantes, previsto nos arts. 61 e 62 do Código Penal, destina-se a individualizar a pena a ser aplicada ao réu, sendo, em regra, aplicável somente aos crimes dolosos, pois apenas o aumento decorrente da reincidência também incide nos crimes culposos¹.

Mirabete (1992) expõe que “*circunstâncias* são dados subjetivos ou objetivos que fazem parte do fato natural, agravando ou diminuindo a gravidade do crime sem modificar-lhe a essência”². Por conseguinte, funcionam como um *plus* ou um *minus* da pena, sem alterar a estrutura do crime imputado ao sujeito ativo.

¹ Nesse sentido NUCCI, Guilherme de Souza. *Individualização da pena*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 210.

² MIRABETE, Julio Fabbrini. *Manual de direito penal – v. I*. São Paulo: Atlas, 1992, p. 275.

As circunstâncias são divididas em judiciais e legais. As judiciais estão dispostas no art. 59 do Código Penal e são aplicadas na primeira fase de fixação da pena.

As circunstâncias legais classificam-se em genéricas e especiais. As primeiras são as previstas na parte geral do Código Penal, como as agravantes (aumentam a pena), atenuantes (diminuem a pena) e causas gerais de aumento e diminuição de pena. As especiais estão inseridas na parte especial e constituem as qualificadoras e causas especiais de aumento ou diminuição de pena³.

As agravantes e atenuantes são aplicadas em índices não fixados na lei, mas com a ressalva de que a pena não pode sair dos limites mínimo e máximo previstos para o tipo penal. As causas de aumento e de diminuição, por sua vez, além de incidirem na terceira fase do cálculo da pena, possuem montante expresso na lei e a sanção pode ultrapassar os parâmetros legalmente estipulados.

Lyra (1955) leciona que quanto à natureza as circunstâncias são classificadas em objetivas (ou reais) e subjetivas (ou pessoais). As objetivas são as que “concernem à natureza, à espécie, aos meios, ao objeto, ao tempo, ao lugar e a todas as outras modalidades da ação”, já as subjetivas são as que têm relação com as “condições e às qualidades pessoais do culpado ou às relações entre o culpado e o ofendido, bem como as inerentes à pessoa do culpado”⁴.

Dessa forma, a reincidência, por estar prevista na parte geral do Código Penal, aumentar a pena em importe não estabelecido na lei e relacionar-se a uma condição pessoal do réu, pode ser classificada como uma circunstância agravante genérica subjetiva⁵ e, por isso, não se comunica ao co-réu, conforme o art. 30 do Código Penal.

³ Nesse teor dispõe MIRABETE, Julio Fabbrini, op. cit., p. 275.

⁴ LYRA, Roberto. *Comentários ao Código Penal - v. II*. Rio de Janeiro: Forense, 1955, p. 267.

⁵ Para Bettiol a reincidência é uma qualificação pessoal que diz respeito ao réu e não um elemento ou uma circunstância subjetiva do fato. BETTIOL, Giuseppe. *Direito Penal – v. III*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1976, p. 14.

1.2 Fundamentos para a exasperação decorrente da reincidência

Conforme observa Nucci (2007), há críticas decorrentes de a reincidência majorar a pena aplicada ao réu, visto que seria uma culpabilidade fundada em fato diverso ao julgado, ou configuraria *bis in idem*, em razão de o agente ser novamente punido por um crime que ele já foi condenado.

Conclui o autor *supra*, todavia, que essas críticas não procedem, “pois a avaliação se volta à aplicação da pena e não à punição em si”⁶, sendo, por isso, a recidiva utilizada para individualizar a sanção aplicada.

A legislação penal brasileira, como anteriormente exposto, adotou a diretriz de sancionar mais severamente o reincidente, tratando-o de maneira diferente, e mais gravosa, do que o réu primário.

Não é pacífico na doutrina qual é o fundamento da circunstância agravante da reincidência. A seguir, serão verificadas as principais teorias para essa exasperação da pena, apontando-se, também, o posicionamento contrário para sua aplicação.

1.2.1 Maior periculosidade

Dos estudos da pessoa do delinquente, desenvolvidos pela Escola Positiva⁷, desenvolveu-se a teoria da maior periculosidade do reincidente.

Assinala Latagliata (1963)⁸ que para os positivistas o reincidente apresenta periculosidade mais acentuada à sociedade em virtude de cometer um novo crime após já ter sido condenado por outro e, por isso, a agravação da pena justificava-se em face da necessidade de defesa social.

⁶ NUCCI, Guilherme de Souza. *Individualização da pena*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 217.

⁷ Para uma análise detalhada das principais Escolas Penais consultar: ARAGÃO, Antonio Moniz Sodré de. *As três escolas penais*. Rio de Janeiro: J. R. dos Santos, 1917.

⁸ LATAGLIATA, Angelo Raffaele. *Contribución al estudio de La reincidência*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1963, p. 45.

Esclarece Yarochevsky (2005) que, para os positivistas, o tratamento grave ministrado à reincidência deve-se à maior periculosidade de quem reitera na atuação criminosa e, por isso, “demonstra temibilidade e periculosidade maiores que as que podem ser demonstradas por um delinqüente primário”⁹.

Ferri (1999), um dos principais integrantes da Escola Positiva, expôs a preocupação dos positivistas com a periculosidade que o delinqüente apresenta para a sociedade e a necessidade de medidas preventivas e repressivas no combate à criminalidade, como se observa na seguinte passagem:

Para a defesa preventiva, distinguem-se os cidadãos perigosos e não perigosos; para a defesa repressiva todos os delinqüentes são perigosos, se bem que em grau diverso. Para a defesa preventiva, há uma genérica *periculosidade criminal*. A periculosidade social traz consigo o *perigo de crime*: a periculosidade criminal traz consigo o *perigo de recidiva*. Há, portanto, uma avaliação *preventiva* e há uma avaliação *repressiva* da periculosidade. Em polícia de segurança, as providências de defesa preventiva são ‘medidas de polícia’ que as não devem confundir com as ‘medidas de segurança’ *post delictum* para a defesa repressiva¹⁰.

Mas se periculosidade é um estado subjetivo de anti-sociabilidade que acarreta maior probabilidade de alguém cometer uma infração penal¹¹, a ótica positivista ocasiona uma presunção absoluta e automática de que o criminoso reincidente é mais perigoso do que o primário, sem serem analisadas as causas que o levaram à recidiva, que podem decorrer de fatores ocasionais que já cessaram.

Dessa forma, a maior periculosidade não fundamenta suficientemente a recidiva, pois, como salientam Zaffaroni e Pierangeli (2006), a periculosidade “constitui um juízo fático”, e, por isso, não poderia ser presumida “*juris et de jure*, porque se assim fosse, estabeleceria a presença de um fato

⁹ YAROCHEWSKY, Leonardo Isaac. *Da reincidência criminal*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2005, p. 80.

¹⁰ FERRI, Enrico. *Princípios de direito criminal*. Campinas: Bookseller, 1999, p. 280.

¹¹ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal: parte geral - v. 1*. São Paulo: Saraiva, 2009, 746..

quando o fato não existe, e isso, na ciência jurídica, não se denomina ‘presunção’ e sim ‘ficção’¹².

1.2.2 Maior culpabilidade

Por culpabilidade entende-se a reprovabilidade, a censurabilidade da conduta típica e antijurídica praticada pelo agente, de acordo com a teoria normativa pura (ou teoria da culpabilidade)¹³.

Como esclarece Mirabete (1992), a doutrina menciona a culpabilidade do fato e a culpabilidade do autor. Na primeira, a censura decorre do fato praticado, enquanto na segunda, a reprovabilidade tem embasamento na pessoa do agente, ou seja, no modo de vida adotado pelo delinquente. Salienta esse autor, ainda, que embora nosso Código Penal tenha acolhido principalmente a culpabilidade do fato, há dispositivos que adotaram a culpabilidade do autor, como o art. 59, ao mencionar os antecedentes, e o art. 63, que trata da reincidência¹⁴.

Assim, há entendimento no sentido de que a prática de nova infração penal, após efetiva condenação criminal, demonstra no reincidente maior desrespeito às normas penais; logo, haveria maior culpabilidade na conduta criminosa do reincidente, do que na do criminoso primário, e, por isso, justifica-se a maior sanção aplicada¹⁵.

¹² ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro*, v. I. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 717.

¹³ Conforme Toledo: “[...] generaliza-se, na maioria dos países de cultura ocidental, a idéia de culpabilidade como um juízo de censura que se faz ao agente pelo seu fato típico e ilícito”. TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 234.

¹⁴ MIRABETE, Julio Fabbrini. *Manual de direito penal – v. I*. São Paulo: Atlas, 1992, p. 188.

¹⁵ Nesse diapasão: DELMANTO, Celso et al. *Código Penal comentado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 208. BRUNO, Aníbal. *Direito penal: parte geral*, tomo III, Rio de Janeiro: Forense, 1967, p. 114. DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito penal português: as consequências jurídicas do crime*. Coimbra: Coimbra, 2005, p. 276.

Henriques de Souza (1872) enfatiza que a agravação da pena não decorre da primeira condenação, mas sim da maior censurabilidade do novo crime praticado:

Sem pedir contas ao reincidente do seu delicto passado, tem-se dito, a lei penal póde e deve torna-lo responsavel por tudo quanto agrava o delicto novo; não é do primeiro, mas sómente do segundo facto que se lhe pedem contas. Mas como este novo facto apresenta-se incontestavelmente com uma nova circumstancia que agrava a culpabilidade do delinquente, não ha razão para que se conteste ao legislador o direito de tomar em consideração essa circumstancia para medir a pena. E esta argumentação nos parece em verdade procedente¹⁶.

Mir (2008) ao analisar o instituto da reincidência no atual Código Penal espanhol, perfilha o posicionamento de que o aumento decorrente da recidiva está lastreado na maior gravidade da culpabilidade, visto que o agente teria conhecimento seguro da antijuridicidade e da punibilidade de sua conduta, em razão da anterior condenação. Essa agravação, todavia, seria apenas para a reincidência específica, pois na genérica esses argumentos perdem força e, por isso, entende que foi correta a supressão da reincidência heterogênea da lei penal espanhola¹⁷.

A agravação da pena em virtude da reincidência, com base na maior culpabilidade do agente, afasta-se da análise da gravidade e reprovabilidade do fato ilícito cometido, pois aumenta a sanção em razão de uma qualidade subjetiva do réu, ou seja, ser reincidente.

Nessa esteira, adverte Zaffaroni (1993) que a justificativa da reincidência pela maior culpabilidade renuncia ao direito penal do ato e cai no direito penal de autor, “pretendendo julgar o que o homem é e não o que o homem fez”; ademais, conclui esse doutrinador que a culpabilidade do autor “quebra um princípio fundamental do direito penal de garantias, que é a intangibilidade da consciência moral da pessoa”¹⁸.

¹⁶ SOUZA, Braz Florentino Henriques de. *Lições de direito criminal*, Pernambuco: Econômica José Nogueira de Souza, 1872, p. 327.

¹⁷ MIR, José Cerezo. *Derecho penal*: parte general. Montevideo: J.C.Faira, 2008, p. 890.

¹⁸ ZAFFARONI, Eugenio Raúl Zaffaroni. Reincidência: um conceito do direito penal autoritário. *Livro de Estudos Jurídicos n. 6*. Rio de Janeiro: Instituto de Estudos Jurídicos, 1993, p. 57.

1.2.3 Insuficiência da pena anterior

Carrara (1957) defende que a insuficiência da pena anteriormente aplicada é a única justificativa plausível para a exasperação decorrente da reincidência, pois o criminoso desprezou a primeira sanção imposta, inclusive haveria “*presunção da maior insensibilidade* do reincidente em relação à pena sofrida pela primeira vez”¹⁹.

O caráter preventivo da pena (geral e especial) é ressaltado por Carrara, visto que o mal prometido pela sanção penal seria apto para evitar que as pessoas praticassem condutas criminosas; aqueles que, apesar da ameaça de pena, incidiram em atividade ilícitas, foram porque não experimentaram a sanção penal; já o reincidente merece pena superior à do primário, em razão de ele ter desprezado a primeira reprimenda por ser esta insuficiente:

Mas quando, depois de haver *experimentado o efetivo padecimento*, um condenado volta a delinquir, dá-nos claro sinal de desprezar aquele mal; mostra que *para ele* não é freio suficiente aquela soma de sofrimentos. Renovar em seu desfavor a *mesma pena* torna-se, em tal caso, *fútil*; porque a *presunção de suficiência relativa da força objetiva* daquela reprimenda foi contrariada pelos fatos²⁰.

A agravação da sanção ao reincidente em razão do desprezo à pena anterior não considera que, na verdade, houve insucesso do caráter ressocializador da pena, pois se existisse ressocialização do condenado dificilmente ele voltaria a delinquir.

Nesse diapasão Yarochevsky (2005) expõe que:

Também não se justifica o agravamento da pena do reincidente sob o fundamento de que o mesmo menosprezou a condenação anterior, pois se a pena anterior demonstrou-se inapta e insuficiente em relação aos seus

¹⁹ CARRARA, Francesco. *Programa do curso de direito criminal*. São Paulo: Saraiva, 1957, p. 214-215.

²⁰ Idid., p. 217.

fins, intimidação e reinserção do condenado, resta naturalmente evidenciado o seu fracasso²¹.

Com efeito, não é plausível o aumento da pena sob o fundamento do menosprezo à pena anteriormente imposta, ainda mais porque, no Brasil, é acolhido o sistema da reincidência ficta, isto é, não é necessário o cumprimento da sanção fixada para o reconhecimento da recidiva.

1.2.4 Maior alarme social

Carrara (1957) cita que outro fundamento para o acréscimo da pena em razão da reincidência é o grande alarma social que esta provoca, pois haveria na população a sensação de insuficiência da sanção penal para coibir novas práticas criminosas²². Por conseguinte, a majoração da reprimenda transmitiria à sociedade maior tranquilidade.

O jurista supracitado, todavia, afastou com propriedade a argumentação acima ao expor que, malgrado em algumas ocasiões a reincidência possa ser notória e, por isso, causar alarme social, normalmente a população desconhece a vida criminosa do agente, bem como o sobressalto na sociedade ocorre por ocasião do crime, e não em razão da sentença condenatória que geralmente é proferida muito tempo após os fatos.

E conclui Carrara que:

O alarma público deve medir-se pelos característicos que apresentou no *momento do delito*. Não se deve esperar para calcular os seus critérios depois da ulitimação do processo, e após a sentença. Mas na maior parte dos casos, embora o público saiba imediatamente que o autor do delito foi Tício, não sabe que esse Tício há cinco ou seis anos atrás, e talvez em Província remota, sofreu, por análogo delito, uma outra pena que acarreta contra si o *efeito legal* da reincidência. Não pode, pois, por meio de

²¹ YAROCHEWSKY, Leonardo Isaac. *Da reincidência criminal*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2005, p. 76.

²² CARRARA, Francesco, op. cit, p. 215.

adivinhação, ter-se alarmado de um modo mais sério, ante a notícia do delito²³.

Da mesma forma, Antolisei (1960)²⁴ refuta a tese do maior alarme social, sob o argumento de que frequentemente apenas a Polícia e o Judiciário sabem que o réu sofreu condenação anterior, sendo esse dado normalmente desconhecido da população em geral.

Destarte, a reincidência, por si só, não é capaz de gerar alarme social justificador da maior sanção penal que lhe é aplicada.

1.2.5 Hábito de delinqüir

Antolisei (1960) relaciona a reincidência com o hábito de delinquir, pois a recaída em novo crime “demuestra una voluntad persistente em delinquir, y, por ello, una mayor capacidad criminal”²⁵. Por conseguinte, seria justificável maior castigo ao reincidente, para coibir novas práticas criminosas.

Ao admitir-se o aumento da pena ao reincidente em virtude do hábito de delinquir, seria à semelhança do fundamento da maior culpabilidade, julgar o criminoso com base em sua personalidade e seu modo de vida, e, como destaca Yarochevsky (2005), esse argumento “se traduz em uma culpabilidade do autor, ou seja, em um direito penal do autor, por sua vez incompatível com o princípio da culpabilidade do fato, próprio do Estado Democrático de Direito”²⁶.

²³ CARRARA, Francesco, op. cit., p. 215.

²⁴ ANTOLISEI, Francesco. *Manual de derecho penal: parte general*. Buenos Aires: UTEHA, 1960, p. 484.

²⁵ ANTOLISEI, Francesco, op. cit., p. 484.

²⁶ YAROCHESKY, Leonardo Isaac. *Da reincidência criminal*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2005, p. 96.

1.3 Obrigatoriedade de incidência da reincidência

O Código Penal brasileiro adota o sistema trifásico para o cálculo da pena a ser aplicada ao réu. De acordo com seu art. 68, na primeira fase será obtida a pena-base, atendendo-se às diretrizes do seu art. 59, após serão apreciadas as circunstâncias agravantes e atenuantes e, por fim, as causas de diminuição e aumento.

A reincidência, como anteriormente exposto, é uma circunstância agravante da pena, de aplicação obrigatória, nos termos do art. 61, *caput*, e seu inciso I, do Código Penal, e incidirá na segunda fase do cálculo da pena.

Assim, de acordo com os ditames legais, ao Juiz não é facultado deixar de aumentar a pena do réu reincidente, ao revés, deverá majorar a sanção em razão da recidiva.

Não se ignora que há julgados, mormente do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul²⁷, que não aumentam a pena do réu reincidente, sob o argumento que o acréscimo decorrente da reincidência é inconstitucional por afrontar o princípio do *non bis in idem*, porém essa questão será analisada em outro tópico deste trabalho.

Desse modo, pouco importa se a condenação anterior e a posterior não possuam ligação e são por crimes completamente diferentes ou de pouca gravidade, pois o Magistrado obrigatoriamente deverá acrescer a pena do reincidente.

²⁷ Ver Apelação Criminal n. 700200817672, da Quinta Câmara do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, relator Desembargador Luís Gonzaga da Silva Moura.

1.4 Aumento decorrente da reincidência

O Código Penal brasileiro não estipula qual será o aumento da pena em razão da reincidência.

Por ser uma circunstância agravante, o acréscimo decorrente da recidiva não poderá ultrapassar o máximo da pena previsto no tipo incriminador.

Deve-se ter cautela, todavia, para que a agravação não seja exagerada no caso concreto, como na hipótese de aumento de metade em virtude de um único crime anterior.

Rossetti (1988) ao verificar a jurisprudência do extinto Tribunal de Alçada Criminal do Estado de São Paulo²⁸, apurou que a majoração das penas privativas de liberdade pela reincidência tem início em uma escala de 1/6 (um sexto) e pode chegar até 1/2 (metade), conforme a quantidade de condenações com trânsito em julgado²⁹.

Melhor seria a adoção de um percentual legal, de acordo com a gravidade e o número de crimes geradores da reincidência, à semelhança do critério do natimorto Código Penal de 1969, que em seu artigo 59 estipulava que o juiz fixaria a agravação, ou atenuação, da pena entre um quinto e um terço, não podendo ultrapassar o máximo previsto para o crime praticado³⁰.

Bandeira de Mello (1970) elogiou o critério do art. 59 do Código Penal de 1969, mas assevera que o aumento decorrente de uma circunstância agravante não pode ser maior do que ocasionado por uma causa de aumento, por apresentar esta, em tese, maior gravidade; assim, para esse jurista

²⁸ “Em sede de aplicação de pena, o acréscimo relativo à agravante deve seguir uma escala crescente de 1/6, 1/5, 1/4, e assim por diante, considerando-se o número de condenações comprovadas por certidões cartorárias” (TACRIM-SP – AC – Rel. Abreu Machado – RJD 17/54).

²⁹ ROSSETTI, Janora Rocha. Reincidência e agravamento da pena em delitos contra o patrimônio. *Revista dos Tribunais* n. 638. São Paulo, 1988, p. 402.

³⁰ Art. 59 do Código Penal de 1969: “Quando a lei determina a agravação ou atenuação da pena sem mencionar o *quantum*, deve o juiz fixá-lo entre um quinto e um terço, guardados os limites da pena cominada ao crime”.

uma agravante genérica não pode gerar aumento superior a um sexto da pena, pois há hipóteses de causas de aumento limitadas a esse percentual³¹.

Nessa esteira é o Código Penal italiano, como assinala Antolisei (1960) ao comentar seu art. 99, que a reincidência supõe aumentos específicos de acordo com suas formas, sendo para a recidiva simples o acréscimo de até um sexto na nova pena, para a agravada até da metade e para a reincidência reiterada, se for a forma simples, de um terço até metade, e se for a agravada, de metade a dois terços³². A parte final desse artigo proíbe que esse aumento ultrapasse a somatória da pena anteriormente imposta e a fixada para o novel crime.

Da mesma forma, o art. 76, 1, do Código Penal português prevê o acréscimo de um terço do limite mínimo da pena no caso de reincidência, desde que a agravação não ultrapasse o máximo da sanção prevista e não seja superior à maior pena aplicada nas condenações, ou condenação, precedentes. Explica Dias (2005)³³ que essa medida evita o agravamento desproporcional da pena em virtude da reincidência.

No que tange especificamente à pena pecuniária, a reincidência será considerada para a fixação da quantidade de dias-multa, dentro dos parâmetros estipulados pelo art. 49 do Código Penal, ou seja, de dez a trezentos e sessenta dias-multa, pois nessa primeira etapa serão apreciadas as mesmas situações que alteraram a pena privativa de liberdade, mas não interferirá no valor do dia-multa, visto que este é estipulado na segunda etapa e levará em consideração principalmente a situação econômica do réu³⁴.

³¹ MELLO, Lydio Machado Bandeira de. *O criminoso, o crime e a pena*. Belo Horizonte: Prisma, 1970, p. 155. Na atualidade Guilherme de Souza Nucci, in *Individualização da pena*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 209, defende o mesmo percentual de um sexto para as circunstâncias agravantes e atenuantes.

³² ANTOLISEI, Francesco. *Manual de derecho penal: parte general*. Buenos Aires: UTHEA, 1960, p. 484.

³³ DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito penal português: as conseqüências jurídicas do crime*. Coimbra: Coimbra, 2005, p. 273.

³⁴ DELMANTO, Celso et al. *Código Penal comentado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 173.

1.5 Concurso de circunstâncias agravantes e atenuantes

Dispõe o art. 67 do Código Penal que se houver concurso de circunstâncias agravantes e atenuantes, o limite da pena deve se aproximar ao indicado pelas circunstâncias preponderantes, ou seja, as que resultam dos motivos determinantes do crime, da personalidade do agente e da reincidência.

Nosso diploma penal, portanto, considera a reincidência uma circunstância preponderante na eventualidade de concurso entre agravantes e atenuantes.

Destarte, a agravação decorrente da reincidência somente poderá ser anulada se coexistir uma atenuante preponderante, como a menoridade do réu que tem relação à sua personalidade ou se cometeu o crime por motivo de relevante valor social ou moral³⁵.

1.6 Reincidência como atenuante da pena

Além da tese abolicionista, que será verificada a seguir, há defensores que a reincidência deve atenuar a pena imposta ao réu, principalmente sob o argumento de que a culpabilidade moral do reincidente é inferior à do primário e, por isso, aquele tem menor liberdade de decidir entre o certo e o errado.

³⁵ Nesse sentido dispõe Bandeira de Mello, “A reincidência é uma circunstância preponderante. A agravação da pena, que ela acarreta, só poderá ser anulada se o réu tiver em seu favor uma atenuante preponderante, isto é, resultante dos motivos determinantes do crime ou da personalidade do agente”. MELLO, Lydio Machado Bandeira de. *O criminoso, o crime e a pena*. Belo Horizonte: Prisma, 1970, p. 156.

Lyra (1955), mesmo não acatando a aplicação da reincidência como atenuante cita a doutrina estrangeira acolhedora dessa tese e as principais fundamentações apresentadas, mencionando que Bourdon e Tissot sustentam “ser a culpabilidade moral no reincidente menor do que no primário”, enquanto para Bucellatti e Kleinschrod “a repetição do delito implicaria fácil tendência ao mal e menor liberdade para decidir-se e, portanto, menor imputabilidade”; por fim, salienta ainda que “Kleinschrod culpa a sociedade pela reincidência”, pois a volta ao crime deriva da falta de oportunidade de trabalho, errônea distribuição de riqueza e defeitos do sistema penitenciário³⁶.

Na doutrina brasileira, Cirino dos Santos (1985) aponta que a reincidência pode reduzir a pena imposta pelo segundo crime ou ser apenas um irrelevante penal, uma vez que a recidiva criminal não indica “rebeldia ou inconformismo em face da ordem social garantida pelo Direito Penal”³⁷.

Para Cirino dos Santos, se houve efetivo cumprimento de pena pelo crime anterior, “o processo de deformação e embrutecimento pessoal do *sistema penitenciário* deve incluir a reincidência entre as circunstâncias *atenuantes*”. Já na hipótese de o agente não ingressar ao sistema carcerário, a reincidência “não tem relevância penal: o processo de *dessocialização*, com indução à reincidência, inerente à “terapia carcerária”, não produziu efeitos desagregadores”³⁸.

Dessa forma, a falha apresentada pelo próprio Estado, ao fracassar no aspecto ressocializador da pena de prisão, conduz o agente a novas práticas delituosas, o que justifica a menor culpabilidade do reincidente “em função da redução do âmbito de autodeterminação gerado pela prévia intervenção punitiva, estigmatizante e redutora do espaço social do apenado”³⁹.

³⁶ LYRA, Roberto. *Comentários ao Código Penal – v. II*. Rio de Janeiro: Forense, 1955, p. 318-319.

³⁷ SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito penal (a nova parte geral)*. Rio de Janeiro: Forense, 1985, p. 245.

³⁸ SANTOS, Juarez Cirino dos, op. cit., p. 245.

³⁹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Reincidência: um conceito do direito penal autoritário. *Livro de Estudos Jurídicos n. 6*. Rio de Janeiro: Instituto de Estudos Jurídicos, 1993, p. 54.

1.7 Abolição da reincidência

Não é novo o debate sobre a abolição dos efeitos da reincidência, sob o argumento que essa circunstância agravante ocorre apenas em razão da primeira condenação sofrida, mas como para este crime já houve punição, aumentar-se a pena do segundo delito com base em outro realizado, que possui sanção própria, seria na verdade ofender o princípio do *non bis in idem*.

Ademais, a sanção de um crime deve ser aumentada por fatos que se ligam ao ato criminoso, e não por uma circunstância estranha a este, que seria uma condenação precedente por crime que não possui vínculo com o posterior.

Rocha (1938) sintetiza os principais fundamentos dos juristas da Escola Clássica contrários à incidência da reincidência:

Orano filia-se ao grupo dos que sustentam a ilegitimidade de qualquer agravação, dando como fundamento o facto de ter a reincidencia origem sobretudo no estado *physico* do delinquente, donde concluir ser positivamente destituida de senso a punição agravada do reincidente. Carnot, nos Commentarios ao Codigo Penal Francez, art. 56, n.º 1, revolta-se contra a applicação de pena mais severa aos reincidentes, e conclúe: ‘Si elles commetteram um primeiro crime foram por isso punidos; infligir-lhes uma nova pena em razão desse crime não será violar abertamente a seu respeito o *non bis in idem*, que é uma das bases de toda a legislação?’ Alauzet, no seu “Ensaio sobre as Penas”, 1.^a parte, cap. 9, enfileirando-se entre os que se insurgem contra a agravação, é peremptorio: ‘Todos os raciocinios possiveis virão aqui naufragar contra um facto: de balde sustentarão que se não pedem contas ao accusado do seu primeiro delicto; nem por isso será menos verdade que é em razão desse crime, e delle sómente, que a aggravação lhe é imposta, independente de outra qualquer circumstancia’⁴⁰.

Aos fundamentos supracitados, agregam-se outros que foram elaborados pela constatação da realidade do sistema prisional e da evolução do direito penal.

⁴⁰ ROCHA, Synesio. *Da reincidência*. São Paulo: Saraiva, 1938, p. 28.

Como será analisado no último capítulo deste trabalho, o sistema carcerário, principalmente nos países do chamado terceiro mundo, não contribui para a ressocialização do condenado, mas, ao revés, em muitos casos, estimula o retorno à delinquência, pois além de não reeducar, insere o detento em um meio pernicioso, por manter em contato condenados por crimes de pouca ofensividade com outros sentenciados por delitos de altíssima gravidade, bem como por marcar o egresso com o estigma de criminoso, que dificulta sua reinserção no mercado de trabalho.

Argumenta-se, outrossim, que a reincidência tem por lastro a maior culpabilidade do autor, acrescentando a pena em razão de critérios subjetivos, ligados à índole do criminoso, desprezando a estrita análise do fato efetivamente praticado (culpabilidade do fato).

Assim, Dias (2005) levanta a questão se ainda é justificável a agravação da pena em razão da recidiva:

Por uma parte, pode pôr-se em questão se a agravação da pena em função da desatenção pela advertência contida na condenação anterior ainda é justificável à luz do princípio de que *toda culpa jurídico-penal* (incluída a <<culpa da personalidade>>) *se refere necessariamente ao facto*⁴¹.

Zaffaroni (1993) relata que a manutenção do acréscimo da pena decorrente da reincidência é uma consequência do direito penal autoritário, que rechaça o direito penal de garantias. Justifica suas assertivas porque nenhuma das teorias, a favor da recidiva, conseguiu fundamentar suficientemente o aumento da sanção e, por isso, esse *plus* está baseado no direito penal do autor, visto que “o conteúdo de injusto do delito do reincidente é exatamente igual ao do primário”⁴².

Nesse prisma conclui Zaffaroni que:

⁴¹ DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito penal português: as consequências jurídicas do crime*. Coimbra: Coimbra, 2005, p. 261.

⁴² ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Reincidência: um conceito do direito penal autoritário. *Livro de Estudos Jurídicos n. 6*. Rio de Janeiro: Instituto de Estudos Jurídicos, 1993, p. 56.

Toda maior gravidade da consequência jurídica do segundo delito (em forma de pena, de “medida” ou de privação de benefícios) é uma concessão ao direito penal autoritário, abrindo portas para conceitos espúrios e perigosos para todas as garantias penais⁴³.

Dessa forma, na atualidade, há países que aboliram os efeitos penais da reincidência de sua legislação penal. Na América do Sul, cita-se a Colômbia, que desde 1980 eliminou a recidiva de seu ordenamento jurídico. Na Europa, em 1986, a Alemanha também excluiu de seu Código Penal a reincidência para a finalidade de agravação da pena⁴⁴.

1.8 Análise da reincidência à luz dos princípios penais constitucionais

Ensina Afonso da Silva (2008)⁴⁵ que a “palavra *princípio* é equívoca”, uma vez que apresenta diversos sentidos, por exemplo, o “de *começo*, de *início*”, mas para princípios fundamentais constitucionais, a acepção de princípio deve ser utilizada como a de núcleo de um sistema.

De acordo com Antônio Bandeira de Mello (2000) princípio é:

[...] por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico⁴⁶.

O Direito Penal também possui mandamentos nucleares, ou seja, princípios que norteiam as diretrizes que devem ser seguidas para sua sensata aplicação. As Constituições modernas asseguram em seus textos princípios penais, expressa ou implicitamente, erigindo-os à categoria de

⁴³ ZAFFARONI, Eugenio Raúl, op. cit., p. 57.

⁴⁴ DIAS, Jorge de Figueiredo, op. cit., p. 275: “[...] que o instituto fosse eliminado do CP alemão, para passar a ser considerado exclusivamente em termos de perigosidade e de consequente aplicação de uma medida de segurança”.

⁴⁵ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional positivo*. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 91.

⁴⁶ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 747.

princípios penais constitucionais, que servem de baliza para todo o sistema jurídico penal⁴⁷.

Assim, a seguir serão anotados alguns princípios penais constitucionais, expressos ou implícitos, que dão suporte para o questionamento do atual sistema para a aplicação da reincidência.

1.8.1 Princípio da culpabilidade

O princípio da culpabilidade é uma conquista do Direito Penal moderno, de cunho garantista⁴⁸, que tem por base a responsabilidade subjetiva do agente e refuta a denominada responsabilidade pelo resultado ou objetiva, sendo também conhecido pela expressão *nullum crimen, nulla poena sine culpa*.

Ensina Toledo (2008) que, de acordo com teoria finalista, prevalece “na maioria dos países de cultura ocidental, a idéia de culpabilidade como um juízo de censura que se faz ao agente pelo seu fato típico e ilícito”⁴⁹.

Para Luisi (2003)⁵⁰ o princípio da culpabilidade está expresso em nossa atual Constituição Federal, nos incisos XVII e XLVI do seu art. 5º, que tratam, respectivamente, que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória” e da individualização da pena.

Por sua vez, Yarochevsky (2005) assevera que, no Brasil, o princípio da culpabilidade está constitucionalmente implícito, o que se extrai da

⁴⁷ Esclarece Luisi que “Certo é também que as Constituições desde o século XVIII até as contemporâneas contêm uma série de princípios que ou são especificamente penais, ou pertinentes a matéria”. LUISI, Luiz. *Os princípios constitucionais penais*. Porto Alegre: S. A. Fabris, 2003, p. 12.

⁴⁸ Observa Ferrajoli que “Da mesma forma que as outras garantias penais, ou quiçá mais, este princípio é, também, uma conquista moderna ignorada pela maioria dos ordenamentos primitivos”. FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 447.

⁴⁹ TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 234.

⁵⁰ LUISI, Luiz, op.cit., p. 37.

análise do “art. 1º, III (dignidade da pessoa humana), corroborado pelos arts. 4º, II (prevalência dos direitos humanos), e 5º, *caput* (inviolabilidade do direito à liberdade) da Constituição Federal”⁵¹.

Não é o ponto fundamental a análise se o princípio da culpabilidade está expresso ou implícito em nossa Constituição Federal, mas sim que suas diretrizes devem ser seguidas para fundamentar a pena a ser aplicada e para embasar a própria pretensão punitiva do Estado.

Assim, no que tange ao reincidente, nem sempre este apresenta maior culpabilidade do que o réu primário, ou seja, a censura ao ato de quem já foi condenado definitivamente não é, necessariamente, maior do que a de quem comete seu primeiro crime. Por exemplo, não é mais reprovável a conduta de um pai de família desempregado, que após sofrer uma condenação definitiva por lesão corporal culposa é flagrado furtando roupas para seus filhos, do que a de um jovem primário, de classe média, que subtrai artigos de luxo por mero prazer.

Inclusive, há entendimento doutrinário no sentido de que a culpabilidade do réu reincidente, que efetivamente cumpriu pena privativa de liberdade, é diminuída, visto que este foi submetido aos nefastos efeitos do cárcere e, ainda, por carregar o estigma de criminoso dificilmente conseguirá colocação no mercado de trabalho e, então, nessa hipótese a reincidência deveria configurar uma circunstância atenuante da pena⁵².

A censura ao criminoso, portanto, deve ser cotejada de acordo com o fato criminoso praticado, considerando-se o direito penal do fato e não o direito penal do autor, pois como observa Zaffaroni (1993)⁵³, o ser humano não deve ser julgado pelo que é, mas sim pelo que fez.

⁵¹ YAROCHEWSKY, Leonardo Isaac. *Da reincidência criminal*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2005, p. 109.

⁵² SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito penal (a nova parte geral)*. Rio de Janeiro: Forense, 1985, p. 245.

⁵³ ZAFFARONI, Eugenio Raúl Zaffaroni. Reincidência: um conceito do direito penal autoritário. *Livro de Estudos Jurídicos n. 6*. Rio de Janeiro: Instituto de Estudos Jurídicos, 1993, p. 57.

Dessa forma, a melhor interpretação do princípio constitucional da culpabilidade, no que tange à reincidência, é no sentido de verificar-se se, no caso concreto, a recidiva de alguma forma influenciou na gravidade do crime perpetrado⁵⁴ (culpabilidade do fato) e, se ocorrer esta situação, ocorrer aumento de pena; caso contrário, a reincidência não deveria interferir no cálculo da pena, sob o risco de ser acolhida a teoria da culpabilidade do autor⁵⁵.

1.8.2 Princípio da individualização da pena

A individualização da pena é imprescindível para a aplicação da sanção penal, visto que “permite que seja eleita e aplicada a justa sanção penal a determinado indivíduo, quer seja em sua espécie, em seu *quantum*, bem como na forma de sua execução”⁵⁶.

O princípio da individualização da pena está previsto no art. 5º, XLVI, da Constituição Federal de 1988, ao dispor que “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”.

Conforme as diretrizes constitucionais, a individualização⁵⁷ da pena está prevista no art. 59 do Código Penal, que trata dos critérios a serem

⁵⁴ Por exemplo, um assaltante de banco que fez do roubo sua “profissão” e, então, por ser um especialista nesse tipo de crime utiliza-se de métodos próprios em sua prática, aumentando a gravidade do ato ilícito perpetrado.

⁵⁵ Compartilha desse entendimento Mir ao dispor: “La circunstancia agravante de reincidencia debería tener, por ello, un carácter meramente facultativo. [...]. Cabría, no obstante, *de lege lata*, una interpretación teleológica restrictiva de la circunstancia agravante, de acuerdo con su fundamento, de modo que se apreciara únicamente cuando pusiera de manifiesto una mayor gravedad de la culpabilidad”. MIR, José Cerezo. *Derecho penal: parte general*. Montevideo: J. C. Faura, 2008, p. 890.

⁵⁶ SCHMITT, Ricardo Augusto (Org.). *Princípios penais constitucionais*. Salvador: Podivm, 2007, p. 518.

⁵⁷ Observa Luisi que “O processo de individualização da pena se desenvolve em três momentos complementares: o legislativo, o judicial e o executório ou administrativo”. A primeira etapa é a fixação, na lei, do limite mínimo e máximo para cada crime; o segundo é a aplicação da pena pelo Juiz; o terceiro é a concretização da sanção penal com sua execução. LUISI, Luiz. *Os princípios constitucionais penais*. Porto Alegre: S. A. Fabris, 2003, p. 52-55.

seguidos pelo juiz para a fixação da pena-base, a espécie de pena a ser aplicada, o regime inicial de cumprimento da sanção privativa de liberdade e se será aplicada sua substituição por outro tipo de reprimenda.

Complementando os critérios de individualização, o art. 68 do Código Penal dispõe que após a estipulação da pena-base, serão consideradas as circunstâncias agravantes e atenuantes e, depois, as causas de aumento e diminuição. É o critério trifásico de dosimetria da pena.

Narra Lyra (1955), citando a exposição de motivos do projeto de Código Penal de 1927, de Sá Pereira, que

O legislador desdobra a série de crimes; para cada um estipula a pena aplicável, dadas determinadas circunstâncias. Agora, como 10, 20, 30 indivíduos podem cometer o mesmo crime, e é lícito afirmar que não existe identidade alguma entre dois sequer desses indivíduos, é o juiz, que tem diante de si o homem, quem pode saber a medida da pena necessária e adequada⁵⁸.

No que tange ao réu reincidente, a individualização da pena em nosso Código Penal determina o agravamento obrigatório da pena a ser aplicada, consoante seus arts. 61, I, e 68; ocorrem, ainda, outros efeitos gravosos, como o início de cumprimento de pena em regime mais gravoso e a impossibilidade de substituição da pena corporal por restritiva de direitos ou multa⁵⁹.

O reincidente, no entanto, nem sempre é merecedor de sanção penal mais gravosa, pois é mister a análise do caso concreto, inclusive dos fatores que contribuíram para a recidiva, para ser aplicada a pena justa e de acordo com a gravidade do ato ilícito praticado.

Assim, a atual sistemática da reincidência na legislação brasileira, com a imposição obrigatória de reprimenda mais gravosa, não atende aos ditames do princípio da individualização da pena, visto que a sanção agravada é aplicada com base em dados objetivos, sem a efetiva verificação de sua real necessidade no caso sob análise.

⁵⁸ LYRA, Roberto. *Comentários ao Código Penal – v. II*. Rio de Janeiro: Forense, 1955, p. 179.

⁵⁹ Ver item 4 do capítulo I.

1.8.3 Princípio da proporcionalidade da pena

Beccaria (1999)⁶⁰ já alertava acerca da necessidade de proporção entre a sanção penal e a gravidade do crime perpetrado. Às infrações penais mais graves, portanto, devem ser aplicadas penas mais rigorosas do que as cominadas aos delitos de menor gravidade.

Bitencourt (2009) expõe que pelo princípio da proporcionalidade “na relação entre crime e pena deve existir um equilíbrio – *abstrato* (legislador) e *concreto* (judicial) – entre a gravidade do injusto penal e a pena aplicada”⁶¹. Portanto, é a gravidade do crime praticado que deve servir de parâmetro entre a sanção abstratamente prevista no tipo penal e a pena efetivamente aplicada pelo juiz.

Ainda aduz Bitencourt que o princípio da proporcionalidade foi recepcionado pela atual Constituição Federal brasileira, podendo ser identificado em vários dispositivos, como na “exigência da individualização da pena (art. 5º, XLVI), proibição de determinadas modalidades de sanções penais (art. 5º, XLVII), admissão de maior rigor para infrações mais graves (art. 5º, XLII, XLIII e XLIV)”⁶².

No que tange à reincidência, o fato de o réu ser reincidente não exacerba, necessariamente, o novo crime praticado. Lembra Yarochevsky (2005) que “o fato de ser o agente reincidente não agrava em nada o delito por ele praticado e o crime, qualquer que seja, não se torna mais grave, se for cometido por um reincidente”⁶³.

Com efeito, a majoração da pena do reincidente, com base nessa qualidade subjetiva do réu, fere o princípio da proporcionalidade da pena,

⁶⁰ BONESANA, Cesare (Marquês de Beccaria). *Dos delitos e das penas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 37-39.

⁶¹ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal: parte geral*, v. 1. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 27.

⁶² Ibid, p. 24.

⁶³ YAROCHEVSKY, Leonardo Isaac. *Da reincidência criminal*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2005, p. 125.

visto que a recidiva nem sempre aumenta a gravidade do novo crime praticado e, por isso, merece maior sanção.

1.8.4 Princípio do *non bis in idem*

É antiga a discussão se a reincidência constitui dupla valoração sobre o mesmo fato e, por isso, fere o princípio do *non bis in idem*.

Henriques de Souza (1872), mesmo sendo favorável ao aumento da pena pela reincidência, cita doutrinadores do século XIX que entendiam ser a recidiva dupla valoração fática, nos seguintes termos:

[...] pergunta Carnot, póde-se dizer que esteja nos principios de uma exacta justiça applicar aos condemnados em reincidencia uma pena mais severa do que aquella em que incorreram pelo genero de crime de que se tornaram culpados? Se elles commetteram um primeiro crime foram por isso punidos; infligir-lhes uma nova pena em razão d'esse crime não será violar abertamente a seu respeito o *non bis in idem*, que faz uma das bases de toda legislação?' Tal é a mais poderosa d'entre as objecções apresentadas contra a circumstancia aggravante da reincidencia, segundo a propria confissão dos que com Carnot a combatem. 'Todos os raciocinios possiveis, diz Alauzet, virão aqui naufragar contra um facto; debalde sustentarão que se não pedem contas ao accusado do seu primeiro delicto; nem por isso será menos verdade que é em razão d'esse crime, e d'elle sómente, que a aggravação lhe é imposta, independentemente de outra qualquer circumstancia'⁶⁴.

Assevera Silva Franco (1995) que o princípio do *non bis in idem* possui amparo no princípio constitucional da legalidade, previsto no art. 5º, XXXIX, da Constituição Federal brasileira, pois impede que um mesmo fato seja duas vezes tipificado, bem como relata que “não se compreende como uma pessoa possa, por mais vezes, ser punida pela mesma infração penal”⁶⁵.

Zaffaroni e Pierangeli (2006), por sua vez, entendem que a violação do princípio *non bis in idem* afeta o princípio processual constitucional da

⁶⁴ SOUZA, Braz Florentino Henriques de. *Lições de direito criminal*. Recife: Econômica José Nogueira de Souza, 1872, p. 326.

⁶⁵ FRANCO, Alberto Silva *et al.* *Código Penal e sua interpretação jurisprudencial*, tomo 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 781.

coisa julgada (art. 5º, XXXVI, da Constituição Federal), visto que “a pena maior que se impõe na condenação pelo segundo delito decorre do primeiro, pelo qual a pessoa já havia sido julgada e condenada”⁶⁶.

Não obstante o embate doutrinário acerca de a reincidência violar ou não o princípio do *non bis in idem*, há decisões do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul⁶⁷ que acolheram a tese de a recidiva contrariar esse princípio e, por conseguinte, afastam a aplicação dessa circunstância agravante da pena.

O Superior Tribunal de Justiça⁶⁸ e o Supremo Tribunal Federal⁶⁹, entretanto, adotam o posicionamento que a agravante da reincidência não fere o princípio do *non bis in idem*, uma vez que a sanção mais rigorosa não decorre da primeira condenação, mas sim da persistência do agente em praticar novas infrações penais.

Mir (2008) cita que o Tribunal Constitucional espanhol, em decisão proferida em 04 de julho de 1991, considerou que a agravante da reincidência não infringe o princípio do *non bis in idem*, pois não é castigado o crime anterior, mas apenas o fato posterior. Para esse jurista, “el criterio es correcto, pues, a mi juicio, la culpabilidad es, generalmente, mayor em el nuevo hecho delictivo realizado, al menos em la reincidencia específica”⁷⁰.

Destarte, para evitar-se *bis in idem* em virtude da reincidência, seria plausível a verificação se esta aumentou a gravidade do novo crime praticado, mas se não interferiu, o reconhecimento automático dessa agravante estará lastreado na condenação anterior e, por isso, poderá ferir o princípio do *non bis in idem*.

⁶⁶ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro*, v. I. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 718.

⁶⁷ Apelações criminais n. 70020817672 e 70008050924, ambas da Quinta Câmara Criminal.

⁶⁸ Recurso especial n. 453.818 - RS (2002/0097150-0) e recurso ordinário em *habeas corpus* n. 3.947/SP.

⁶⁹ *Habeas corpus* n. 93.969-4/RS, 94.020-0/RS e 92.203-1/RS.

⁷⁰ MIR, José Cerezo. *Derecho penal: parte general*. Montevideo: J. C. Faura, 2008, p. 891-892.

2 Sugestões acerca da reincidência – *de lege ferenda*

O Direito é dinâmico e deve acompanhar a evolução da sociedade.

Neste tópico não há pretensão de remodelar o instituto da reincidência, mas apenas de documentar que é mister sua atualização, no Brasil, de acordo com as legislações estrangeiras sobre esse assunto e com a evolução da doutrina penal.

Malgrado deva prevalecer a culpabilidade do fato sobre a do autor, ou seja, que a reprimenda aplicada seja proporcional à censurabilidade do ato criminoso praticado, e não ao modo de vida adotado pelo réu, não será aventada a abolição da reincidência, mas apenas a alteração de alguns aspectos da recidiva no direito penal brasileiro, pois existem situações em que a pessoa do agente deve ser considerada para a aplicação da pena⁷¹.

A título de exemplo, há pouco mais de trinta anos eram perpétuos os efeitos da condenação anterior para fins de reincidência⁷², mas vozes jurídicas se levantaram contra essa disposição que contrariava o direito penal moderno, garantidor dos direitos dos réus, e, assim, mudou-se a legislação interna para ser adotado o critério da temporariedade da recidiva.

Dessa forma, com base na legislação alienígena e fundamentos jurídicos, serão sugeridas as alterações constantes dos tópicos a seguir expostos.

⁷¹ Saliencia Toledo que “Seria, todavia, um erro oposto supor que a ‘culpabilidade do fato’ (*Einzeltatsschuld*) deva desconsiderar ou colocar totalmente entre parêntesis a pessoa do agente. [...] A culpa é ao mesmo tempo *culpa da ação*, *culpa do autor* e *culpa do todo*. A primeira é incondicional, a segunda é condicionada e a terceira difícil de julgar (H. Dombois)”. TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de Direito Penal*, São Paulo: Saraiva, 2008, p. 246.

⁷² Foi a Lei n. 6.416, de 24 de maio de 1977, que introduziu a temporariedade da reincidência no Código Penal brasileiro.

2.1 Majoração facultativa

Não é nova a discussão acerca da obrigatoriedade da agravação da pena decorrente da reincidência.

Rocha (1938) cita a existência de três correntes entre os integrantes da escola clássica sobre a agravação oriunda da recidiva. A primeira, “representada por Tissot, Carmignani, Carnot, Alauzet, Gesterding e Orano que a agravação não se justifica”; a segunda, encabeçada por Carrara, pregava pela agravação da pena; já a “terceira corrente, ou intermédia, á qual pertencem Haus e Pessina, Bruza e Buccelati é pela aggravação em these, mas prefere que ao applicador da lei se deixe a faculdade de, diante do caso concreto, agravar ou não a penalidade”⁷³.

Ressalta Costa e Silva (2004) que para os positivistas a agravação da pena gerada pela recidiva deveria ser facultativa, pois “nem sempre indica a reincidencia maior perversão, indole mais accentuadamente anti-social e perigosa. Para elles, a aggravação, ou mutação do genero de pena, deve ser facultativa e não obrigatória”⁷⁴.

No Brasil, Hungria (1959) é contrário que se deixe ao arbítrio judicial a agravação, ou não, da pena do réu reincidente, visto que para ele a recidiva não pode “deixar de ser considerada, *juris et de jure*, uma presunção de periculosidade, para agravação ou maior rigor das medidas de defesa social”⁷⁵.

Atualmente, Mir (2008)⁷⁶ sustenta que a agravação da pena pela reincidência deveria ser facultativa, uma vez que a reiteração criminosa nem sempre aponta maior capacidade de autodeterminação do sujeito ativo de não praticar novo ato ilícito, bem como não há certeza que o reincidente recebeu tratamento adequado para sua reinserção social.

⁷³ ROCHA, Synesio. *Da reincidencia*. São Paulo: Saraiva, 1938, p 27.

⁷⁴ COSTA e SILVA, Antonio José da. *Código Penal dos Estados Unidos do Brasil commentado*, v. I. Brasília: Conselho Editorial do Senado Federal, 2004, p. 363.

⁷⁵ HUNGRIA, Nélson. *Comentários ao Código Penal*, v. III. Rio de Janeiro: Forense, 1959, p. 112.

⁷⁶ MIR, José Cerezo. *Derecho penal: parte general*. Montevideo: J. C. Faria, 2008, p. 890.

Fragoso (2004) também salienta que seria importante considerar-se facultativamente o aumento da pena em razão da recidiva, uma vez que esta, em determinadas situações, pode não ter significado; cita o exemplo do extinto “crime de sedução praticado por quem tenha sido condenado por homicídio culposo”⁷⁷.

Como anteriormente exposto, nem sempre o reincidente apresenta maior culpabilidade do que o réu primário. A reincidência, portanto, não gera uma presunção absoluta de necessidade de aplicação de pena agravada, devendo-se, por isso, ser realizada a análise, no caso concreto, da necessidade do seu reconhecimento e da aplicação de seus efeitos.

Ademais, facultando-se ao magistrado a aplicação, ou não, da reincidência, serão atendidas as diretrizes do princípio constitucional da individualização da pena, previsto no art. 5º, XLVI, da Constituição Federal, haja vista, repita-se, em certas situações a reincidência pode não ter significado que acarrete a necessidade do reconhecimento de seus nefastos efeitos.

Na legislação alienígena destaca-se o art. 75.1, parte final, do Código Penal português⁷⁸, que prevê que o reconhecimento da reincidência não é automático, mas dependerá da verificação se a condenação anterior não serviu de advertência contra o novo crime.

O art. 100 do Código Penal italiano, revogado pela Lei de 11 de abril de 1974, previa a hipótese de aplicação facultativa da reincidência, pois, como narra Antolisei (1960), esse artigo determinava que

El rigor de las normas sobre la reincidencia se atenúa por la *facultad* concedida al juez (artículo 100 del Código penal) de excluir la reincidencia entre delitos y contravenciones, entre delitos dolosos o preterintencionales y delitos culposos y entre las contravenciones, siempre que no se trate de infracciones criminales de la misma índole⁷⁹.

⁷⁷ FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal (parte geral)*. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 419.

⁷⁸ Art. 75.1, parte final: “[...] se, de acordo com as circunstâncias do caso, o agente for de censurar por a condenação ou as condenações anteriores não lhe terem servido de suficiente advertência contra o crime”.

⁷⁹ ANTOLISEI, Francesco. *Manual de derecho penal*. Buenos Aires: UTEHA, 1960, p. 483.

Outrossim, o art. 55.3 do Código Penal cubano⁸⁰ previa a possibilidade de a reincidência ser reconhecida facultativamente, de acordo com a natureza dos crimes perpetrados, suas circunstâncias e as características individuais do réu, mas esse artigo foi revogado pela Lei n. 87, de 15 de fevereiro de 1999.

Assim, para que a reincidência não gere uma presunção absoluta de necessidade de sanção mais rigorosa e para que sejam efetivamente atendidas as diretrizes do princípio constitucional de individualização da pena, é de rigor que seja atribuído ao magistrado a possibilidade de analisar a necessidade, ou não, de aplicação dos efeitos gravosos ocasionados pela reincidência.

2.2 Exclusão dos crimes culposos

Entre os principais argumentos para o reconhecimento da reincidência encontra-se o da maior culpabilidade do agente em razão de persistir na prática delituosa.

Assim, apenas seria plausível o acréscimo da pena ao reincidente em crimes dolosos (inclusive os preterdolosos), visto que somente nesta espécie de delito o agente possui consciência e vontade da realização da conduta típica e, portanto, pode-se cogitar de maior culpabilidade em sua conduta⁸¹.

⁸⁰ Art. 55.3. “La reincidencia y la multirreincidencia se apreciarán facultativamente por el tribunal, teniendo en cuenta la índole de los delitos cometidos y sus circunstancias, así como las características individuales del sancionado”.

⁸¹ DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito penal português: as consequências jurídicas do crime*. Coimbra: Coimbra, 2005, p. 264, apresenta a seguinte justificativa: “[...] só relativamente a crimes que tenham sido previstos e queridos pelo agente e se fundamentarem numa atitude pessoal contrária ou indiferente às normas jurídico-penais **ganha sentido o pressuposto material da reincidência** da não motivação do agente pela advertência contida na condenação ou condenações anteriores” (grifo do autor).

Por sua vez, os crimes culposos resultam da inobservância do dever de cuidado do autor, por um agir imprudente, negligente ou imperito e, nessas hipóteses, em regra, não há conhecimento e vontade de praticar a infração penal.

No Brasil existe reincidência entre crimes dolosos, dolosos e culposos, bem como entre culposos. O elemento subjetivo dos crimes dolosos e culposos, todavia, é completamente diverso e, por isso, melhor seria o não reconhecimento da reincidência entre infrações penais dolosas e culposas.

Além disso, apenas é crível cogitar-se em maior censura pela prática de novo crime se o réu tinha plena consciência e vontade de realizar o fato típico, pois é nessa situação que ele demonstra desrespeito ao ordenamento jurídico e desprezo à condenação anterior.

Ao agente descuidado, que pratica crimes culposos, basta a sanção criminal que lhe será aplicada pelo evento danoso, visto que nessa hipótese não lhe é correto imputar maior culpabilidade em virtude de o resultado não ser querido⁸².

Nesse diapasão encontra-se a legislação portuguesa, haja vista o art. 75.1, de seu Código Penal, ser expresso que a reincidência exige a ocorrência de crime doloso. No mesmo teor é o Código Penal cubano, ao mencionar em seu art. 55.1 que há reincidência se o agente tinha sido condenado por “otro delito intencional”.

Ademais, cita Luis Garcia (1992), que o revogado parágrafo 48 do Código Penal alemão (StGB) também era taxativo que para a recidiva era necessário crime doloso⁸³.

⁸² Pimentel entende que há maior culpabilidade do agente no segundo crime culposos perpetrado, pois o resultado lesivo decorreu da renitência do agente na inobservância do dever de cuidado. PIMENTEL, Manoel Pedro. Reincidência específica e crime culposos. In: *JUTACrimSP*, 11, São Paulo, 1970, p. 18.

⁸³ GARCIA, Luis M. *Reincidencia y punibilidad*. Buenos Aires: Astrea, 1992, p. 100: “[...] el texto derogado del antiguo § 48 StGB que se refería a la reincidencia: ‘§ 48. Reincidencia. (1) Si alguien comete un hecho penal doloso, después de haber 1. Sido condenado al menos ya dos veces, em el ámbito espacial de validez de esta ley, por um hecho pena doloso, y [...]’”.

Já o art. 49 do Código Penal uruguaio é expresse em afastar a reincidência entre crimes dolosos e culposos.

Com efeito, em razão da diversidade apontada entre os crimes dolosos e culposos, por não haver maior culpabilidade do autor nos delitos culposos e pela legislação alienígena citada, sugere-se a exclusão, do nosso Código Penal, dos crimes culposos para a finalidade de gerar reincidência.

2.3 Condenação à pena de prisão

A liberdade é um direito assegurado no *caput* do art. 5º da Constituição Federal de 1988. Logo, apenas é possível a restrição da liberdade com base em lei penal anterior que defina o crime e a respectiva pena, nos termos do Princípio da Legalidade (inciso XXXIX do art. 5º da Constituição Federal).

Para que se evitem prisões desnecessárias, por crimes de baixo potencial ofensivo à sociedade, o art. 98, I, do Texto Constitucional, previu a criação dos Juizados Especiais Criminais, que foram efetivamente implantados por meio da Lei n. 9.099/95, na qual são privilegiadas as penas alternativas em vez da privação de liberdade.

Ainda para não haver encarceramento inócuo, que traria consequências funestas ao preso, a Lei n. 9.714/98 alterou o art. 44 do Código Penal e possibilitou que penas de prisão até quatro anos fossem substituídas por restritiva de direitos, aumentando o prazo anterior que era de até um ano.

Para o reconhecimento da reincidência e os seus efeitos gravosos ao réu, no entanto, não há restrição ao tipo de pena aplicada nem à quantidade da sanção imposta.

Assim, a mera advertência prevista na nova lei de drogas⁸⁴ pode ser suficiente para gerar reincidência por novo crime praticado, impondo-se ao autor do crime todos os efeitos prejudiciais mencionadas anteriormente neste trabalho (item 4 do capítulo I).

Na legislação estrangeira, os Códigos Penais argentino⁸⁵ e português⁸⁶ exigem para a caracterização da reincidência o requisito que as condenações, anterior e posterior, sejam a pena privativa de liberdade. Portugal adota critério ainda mais limitador, porque somente penas de prisão superiores a seis meses são aptas a configurar a recidiva.

No Brasil a Lei n. 7.209/84 avançou nesse aspecto, pois introduziu no sistema penal brasileiro que a condenação anterior à pena de multa não impede a concessão do *sursis*, nos termos do art. 77, § 1º, do Código Penal.

Além disso, Delmanto (2007) cita que antes da reforma penal de 1984 havia três posicionamentos jurisprudenciais acerca de a condenação anterior à pena de multa gerar ou não reincidência; a primeira era no sentido da inexistência da recidiva; para a segunda existiria somente se os dois crimes fossem dolosos; já para a terceira haveria em qualquer situação. Conclui esse autor que:

Acreditamos que a primeira posição representa o justo entendimento, pois a *inexpressividade da condenação* anterior por multa não se coaduna com os severos efeitos que a Lei n. 7.209/84 imprime à reincidência. Tal entendimento foi reforçado pela nova redação do art. 51 do CP, que passou a considerar a pena de multa 'dívida de valor', não podendo mais haver conversão em pena privativa de liberdade. De outra parte, a exegese do art. 77, I, do CP – que impõe como condição para o *sursis* que o 'condenado não seja reincidente em crime doloso' – *em conjunto* com o § 1º do mesmo artigo – que dispõe que 'a condenação anterior a pena de multa não impede a concessão do benefício', *ainda que por crime doloso, portanto* -, leva à mesma conclusão. Com efeito, seria *incoerente* não

⁸⁴ Art. 28, I, da Lei n. 11.343/2006.

⁸⁵ "ARTICULO 50. - Habrá reincidencia siempre que quien hubiera cumplido, total o parcialmente, pena privativa de libertad impuesta por un tribunal del país cometiere un nuevo delito punible también con esa clase de pena".

⁸⁶ Art. 75.1 – "É punido como reincidente quem, por si só ou sob qualquer forma de participação, cometer um crime doloso que deva ser punido com prisão efectiva superior a 6 meses, depois de ter sido condenado por sentença transitada em julgado em pena de prisão efectiva superior a 6 meses por outro crime doloso [...]".

considerar a anterior pena de multa como impeditiva do *sursis* e, ao mesmo tempo, considerá-la geradora de reincidência⁸⁷.

Dessa forma, para que crimes de pequena gravidade e que sequer são apenados com pena de prisão não prejudiquem o agente em caso de novel infração penal, seria razoável que somente as condenações que efetivamente impusessem pena de prisão fossem aptas a gerar reincidência.

2.4 Adoção do critério da reincidência real

Não é pacífico na doutrina penal qual é o critério mais justo a ser aplicado, o da reincidência ficta ou da real.

Antolisei (1960)⁸⁸ e Dias (2005)⁸⁹ entendem que a reincidência real acarreta um prêmio ao réu que se furta voluntariamente do cumprimento da pena anterior imposta, visto que sem a execução dessa sanção não será considerado reincidente.

Carrara (1909)⁹⁰, por sua vez, aduz que se o principal argumento para o acolhimento da reincidência é a insuficiência da sanção anterior, a reincidência imprópria trata-se de uma exorbitante ficção que deve ser afastada, uma vez que o réu ainda não foi submetido ao cumprimento, total ou parcial, da pena imposta.

Luis Garcia (1992)⁹¹ também anota que a reincidência real é a mais adequada, haja vista a maior culpabilidade derivar de o reincidente já ter

⁸⁷ DELMANTO, Celso *et al.* *Código Penal comentado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 208.

⁸⁸ ANTOLISEI, Francesco. *Manual de derecho penal*. Buenos Aires: UTEHA, 1960, p. 482.

⁸⁹ DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito penal português: as conseqüências jurídicas do crime*. Coimbra: Coimbra, 2005, p. 267.

⁹⁰ CARRARA, Francesco. *Opuscoli di diritto criminale, v. II*. Firenze: Fratelli Cammelli, 1909, p. 143.

⁹¹ GARCIA, Luis M. *Reincidencia y punibilidad*. Buenos Aires: Astrea, 1992, p. 137.

sido submetido à execução da sanção imposta e, mesmo assim, persistir na prática delituosa.

A legislação brasileira acolheu a recidiva ficta, pois para sua caracterização não é necessário que o réu tenha cumprido, total ou parcialmente, a pena anteriormente exposta.

Mais razoável seria, todavia, a adoção da reincidência real, como ocorre no Código Penal argentino⁹², pois somente com a execução da pena, mesmo que parcial, é que poderá ser verificado se o agente efetivamente não se ressocializou e, por isso, em tese, apresenta maior culpabilidade por reiterar suas ações criminosas.

Ademais, ressalta-se que se o réu tiver bons advogados que posterguem o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, por exemplo, com a interposição recurso extraordinário ou especial, mesmo adotando-se a reincidência ficta, ele não será reincidente se praticar novo delito até o julgamento definitivo desses recursos; logo, há meios legais de furtar-se aos efeitos da recidiva.

Não obstante, se for adotada a reincidência real, se o condenado iniciar o cumprimento de sua pena e posteriormente fugir, a cessação dos efeitos da reincidência só irá terminar após determinado período da extinção de sua pena, o que ocorrerá com sua recaptura ou se ocorrer alguma causa extintiva da punibilidade.

Destarte, sugere-se que o Brasil também adote o critério da reincidência real, para que somente sejam considerados reincidentes os condenados que submetidos à sanção imposta praticarem nova infração penal.

⁹² Art. 50 – “Habrà reincidencia siempre que quien hubiera cumplido, total o parcialmente, pena privativa de libertad impuesta por un tribunal del país cometiere un nuevo delito punible también con esa clase de pena”.

2.5 Alteração do marco inicial para o término da reincidência

Como o Brasil adota o sistema da reincidência ficta, também deveria acolher um sistema semelhante para a cessação de seus efeitos, ou seja, o prazo de cinco anos disposto em nosso Código Penal deveria ter início da data do trânsito em julgado da condenação criminal, e não do término do cumprimento da pena imposta, pois esta é irrelevante para a caracterização da recidiva.

Garraud (1915)⁹³, ao comentar o Código Penal francês de 1810, aponta que para as contravenções penais havia o prazo de doze meses para a cessação dos efeitos da reincidência, que eram contados a partir do trânsito em julgado da sentença condenatória, e não do cumprimento da sanção imposta.

Na atualidade, o Código Penal uruguaio⁹⁴ também adota o prazo de cinco anos para a extinção da reincidência, porém seu marco inicial é a condenação anteriormente imposta, e não o cumprimento da sanção penal, sendo descontado o período em que o agente permaneceu encarcerado.

Com efeito, sendo mantido no Brasil o sistema da reincidência ficta, no qual o cumprimento da pena imposta não interfere em sua caracterização, seria mais adequada a alteração do início do prazo para a cessação de seus efeitos a partir do trânsito em julgado da condenação anterior, descontado o período em que o réu esteve privado de sua liberdade.

⁹³ GARRAUD, René. *Compendio de direito criminal*, v. I. Lisboa: Clássica, 1915, p. 551.

⁹⁴ Art. 48.1 – “(La reincidencia).- Se entiende por tal, el acto de cometer un delito, antes de transcurridos cinco años de la condena por un delito anterior, haya o no sufrido el agente la pena cometido en el país o fuera de él, debiendo descontarse, para la determinación del plazo, los días que el agente permaneciera privado de la libertad, o por la detención preventiva, o por la pena”.

2.6 Prazo da pena imposta para a cessação dos efeitos da reincidência

O Brasil acolhe o prazo de cinco anos para a extinção dos efeitos da condenação anterior para a finalidade de gerar reincidência, pouco importando o montante e o tipo de pena impostos na sentença condenatória.

O prazo fixo de cinco anos disposto no art. 64, I, do nosso Código Penal, todavia, pode acarretar situações injustas, pois uma pessoa condenada à mera pena de multa, ou de advertência conforme a nova lei de tóxicos⁹⁵, deve esperar o mesmo prazo de um homicida, submetido à pena privativa de liberdade, para retornar a ser primário.

Vieira de Souza (1969), ao analisar o Projeto do Código Penal de 1969, já apontava que o prazo de cinco anos adotado “indiscriminadamente a todo e qualquer condenado, pode ser insuficiente para alguns e demasiado para outros”⁹⁶.

Critério mais adequado com a sanção imposta é o disposto no art. 136.2.2 do Código Penal espanhol⁹⁷, que aponta prazos distintos e de acordo com a pena atribuída para o cancelamento dos antecedentes penais e, por conseguinte, da reincidência criminal.

O art. 109 do Código Penal brasileiro já dispõe de maneira semelhante para a prescrição, ao estipular prazos prescricionais diversos de acordo com a pena em abstrato ou com a efetivamente aplicada.

Desse modo, a fixação de prazos distintos e conforme a sanção aplicada⁹⁸, com o limite máximo de cinco anos, parece ser a solução mais condizente com a evolução do Direito Penal.

⁹⁵ art. 28 da Lei n. 11.343/2006.

⁹⁶ SOUZA, Cid Vieira de. Da reincidência. In: *Revista dos Tribunais*, 403, São Paulo, 1969, p. 46.

⁹⁷ Art. 136.2.2 – “Haber transcurrido, sin delinquir de nuevo el culpable, los siguientes plazos: seis meses para las penas leves; dos años para las penas que no excedan de 12 meses y las impuestas por delitos imprudentes; tres años para las restantes penas menos graves; y cinco para las penas graves”.

⁹⁸ Por exemplo: pena não privativa de liberdade ou inferior a um ano de prisão, cessação em 01 ano; de 01 até menos de 05 anos de prisão, cessa no mesmo período da pena; 05 ou mais anos de prisão, termina em 05 anos.

2.7 Fixação de percentual para a agravação da pena

Conforme exposto no item 1.4 supra, o Código Penal brasileiro não indica o montante de aumento a ser imposto em razão da reincidência, sendo o seu limite o máximo da pena em abstrato cominado no tipo penal, por ser uma circunstância agravante da pena.

O natimorto Código Penal de 1969, em seu artigo 59, estipulava que o juiz fixaria a agravação, ou atenuação, da pena entre um quinto e um terço, não podendo ultrapassar o máximo previsto para o crime praticado⁹⁹. Era um critério mais correto do que o aplicado pelo Código Penal vigente, pois evitaria aumentos exagerados e desproporcionais ao número de crimes praticados pelo réu.

Os Códigos Penais italiano¹⁰⁰ e português¹⁰¹ estipulam percentuais fixos para o aumento da reincidência, que variam de um terço a dois terços no italiano e é de um terço no português.

Adverte Bandeira de Mello (1970), todavia, que o aumento decorrente de uma circunstância agravante não pode ser maior do que ocasionado por uma causa de aumento, porque esta, em princípio, apresenta maior gravidade; por conseguinte, a agravante genérica da reincidência não pode acarretar aumento superior a um sexto da pena, uma vez que há causas de aumento limitadas a este percentual¹⁰².

⁹⁹ Art. 59 do Código Penal de 1969: “Quando a lei determina a agravação ou atenuação da pena sem mencionar o *quantum*, deve o juiz fixá-lo entre um quinto e um terço, guardados os limites da pena cominada ao crime”.

¹⁰⁰ Art. 99.

¹⁰¹ Art. 76.1.

¹⁰² MELLO, Lydio Machado Bandeira de. *O criminoso, o crime e a pena*. Belo Horizonte: Prisma, 1970, p. 155.

Nucci (2007)¹⁰³ também sustenta que as circunstâncias agravantes devem ficar limitadas ao percentual de um sexto da aplicada, sem ultrapassar o teto máximo da sanção prevista no tipo penal.

Dessa maneira, é mais adequada a fixação do limite máximo de um sexto para o aumento de uma circunstância agravante, inclusive para a reincidência.

¹⁰³ NUCCI, Guilherme de Souza. *Individualização da pena*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 209.

CAPÍTULO III

1 Fundamentos da sanção penal

Neste capítulo serão analisados, principalmente, alguns efeitos decorrentes da aplicação da pena privativa de liberdade, com a consequente inserção do condenado no sistema penitenciário e seus reflexos na reincidência criminal. Não serão sugeridas soluções para a crise penitenciária, mas, apenas, apontados seus principais defeitos.

Com a prática de uma infração penal surge o poder-dever de punir do Estado. O fundamento da sanção penal é diverso de acordo com a teoria adotada; predomina na doutrina que as principais teorias acerca da natureza e fins da pena são as absolutas, relativas, mistas e da defesa social¹.

De acordo com Mirabete (1992)², para os adeptos das teorias absolutas (de retribuição ou retribucionistas), mormente para a Escola Clássica, “pune-se o agente porque cometeu o crime”, sendo a pena retribuição do mal praticado. As teorias relativas (utilitárias ou utilitaristas), por sua vez, dão “à pena um fim exclusivamente prático, em especial o de prevenção” e, por isso, sua finalidade é a prevenção geral, ao intimidar toda a sociedade, e a prevenção particular, para impedir que o delinquente pratique novo crime. Os positivistas acolheram as teorias relativas, que com sua preocupação com a pessoa do criminoso buscavam meios para sua readaptação social.

Prossegue Mirabete que as teorias mistas, ou ecléticas, fundiram as correntes absolutas e relativas e, então, o objetivo da pena é retribuir e prevenir novas infrações. Mais recentemente, a Escola da Defesa Social, e depois da Nova Defesa Social, adotou o posicionamento que a pena não poderia

¹ Para uma análise detalhada sobre os fundamentos da pena consultar: MARQUES, Oswaldo Henrique Duek. *Fundamentos da pena*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2008.

² MIRABETE, Julio Fabbrini. *Manual de direito penal*, v. I. São Paulo: Atlas, 1992, p. 234-235.

“mais ser entendida como expiação ou retribuição de culpa, mas sim como instrumento de ressocialização do condenado”³.

Concluiu o autor supra que “desde a origem até hoje, porém, a pena sempre teve o caráter predominantemente de retribuição, de castigo, acrescentando-se a ela uma finalidade de prevenção e ressocialização do criminoso”⁴.

O Direito brasileiro admite penas de privação e restrição de liberdade, de perda de bens, multa, prestação social alternativa, suspensão ou interdição de direitos, sendo vedada a pena de morte, salvo em caso de guerra, perpétua, de trabalhos forçados e de banimento, nos termos do art. 5º, XLVI e XLVII, da Constituição Federal.

É com a pena privativa de liberdade que fica bem acentuado o caráter de retribuição da sanção penal, pois o ingresso do condenado ao sistema carcerário não atende suas diretrizes ressocializadoras, em razão de esse isolar o sentenciado do convívio social, inserindo-o em um meio pernicioso que lhe trará consequências negativas, que podem influenciar seu retorno às atividades criminosas, como demonstram as altas taxas de reincidência criminal entre ex-presidiários.

2 Sistema carcerário e seus reflexos na reincidência criminal

Bitencourt (2004) aponta que a origem da pena de prisão é remota e que não há unanimidade na doutrina sobre seu surgimento como sanção penal, visto que entre as diversas nações existem períodos descontínuos

³MIRABETE, Julio Fabbrini, op. cit., p. 235.

⁴*Ibid.*, p. 235.

de sua aplicação; cita o exemplo da aparição da “*prisão-pena*, que ocorreu em fins do século XVI, para depois ficar sepultada nos dois séculos seguintes”⁵.

Lyra (1955), por sua vez, destaca que a prisão, como sanção, é “método penal moderno” que surgiu para atenuar o rigor da pena capital e das corporais que eram aplicadas constantemente na Idade Média. Aponta que a Igreja teve grande influência na aplicação da reprimenda carcerária, pois defendeu a personalidade humana e preparação para a correção e a readaptação⁶.

No Brasil, a pena de prisão também teve surgimento tardio. Falconi (1998) aduz que até o início de vigência do Código Criminal de 1830 a prisão só era utilizada “para a guarda de acusados que esperavam a condenação, ou mesmo a execução da pena, de regra a capital”. Esclarece, ainda, que os primeiros presídios brasileiros foram a Casa de Correção de São Paulo, de 1851, e a do Rio de Janeiro, que entrou em funcionamento em 1850⁷.

É inegável que a sociedade moderna não consegue conviver sem a pena de prisão, haja vista a necessidade de serem retirados do convívio social os criminosos de maior periculosidade. O sistema carcerário, entretanto, precisa ser reformulado, para também ser atendido o caráter ressocializador da pena de privativa de liberdade, pois, do contrário, os altos índices de reincidência persistirão.

A segregação social do preso o insere ao convívio forçado com outros criminosos, em um ambiente diverso do qual ele estava acostumado, inclusive com costumes e “leis” próprias, que devem ser obedecidos, sob pena de ser colocada em risco a própria integridade física do detento.

Nesse teor são esclarecedoras as palavras de Yarochevsky (2005):

⁵ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Falência da pena de prisão: causas e alternativas*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 3.

⁶ LYRA, Roberto. *Comentários ao Código Penal*, v. II. Rio de Janeiro: Forense, 1955, p. 87

⁷ FALCONI, Romeu. *Sistema presidial: reinserção social?*. São Paulo: Ícone, 1998, p. 63.

Por mais incrível que possa parecer, aquele que ficou preso durante anos acaba se incorporando à “sociedade prisional”; isto porque dentro das prisões existem outros costumes, outra linguagem, outros “códigos”, outras “leis”, estas impostas pelo perverso sistema penitenciário, passam a vigorar, e aquele que ousar afrontar as normas estabelecidas pelo sistema, certamente, será punido, muitas das vezes, com a pena capital⁸.

Cervini (2002) destaca o fenômeno da “prisonização”, também conhecido por “aculturação”, surgindo nas instituições fechadas uma subcultura específica, que no caso das prisões, é a “sociedade carcerária”, com a coexistência de dois sistemas de vida, o oficial, que são as normas legais, e o não-oficial, “que realmente rege a vida dos internos e as relações entre eles, uma espécie de ‘código interno’”⁹.

Em razão de o sistema carcerário ser um ambiente artificial, se comparado à vida em liberdade, e pela ausência de estrutura material e humana para uma adequada ressocialização do preso, parte da doutrina prega que a pena de prisão está em crise¹⁰, não apenas nos países em desenvolvimento, mas também nos do chamado primeiro mundo.

Bitencourt (2004) elenca várias deficiências do sistema penitenciário, como pode ser observado no seguinte trecho:

As mazelas da prisão não são privilégios apenas dos países do terceiro mundo. De modo geral, as deficiências prisionais compendiadas na literatura especializada apresentam muitas características semelhantes: maus-tratos (insultos, grosserias etc.) ou de fato (castigos sádicos, crueldades injustificadas e vários métodos sutis de fazer o recluso sofrer sem incorrer em evidente violação do ordenamento etc.); superpopulação carcerária, o que também leva a uma drástica redução do aproveitamento de outras atividades que o centro penal deve proporcionar (a população excessiva reduz a privacidade do recluso, facilita grande quantidade de abusos sexuais e de condutas inconvenientes); falta de higiene (grande quantidade de insetos e parasitas, sujeiras e imundícies nas celas, corredores, cozinhas etc.); condições deficientes de trabalho, que podem significar uma inaceitável exploração dos reclusos ou o ócio completo; deficiência nos serviços médicos, que pode chegar, inclusive, a sua absoluta inexistência;

⁸ YAROCHEWSKY, Leonardo Isaac. *Da reincidência criminal*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2005, p. 196.

⁹ CERVINI, Raúl. *Os processos de descriminalização*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 47.

¹⁰ Nesse diapasão: BITENCOURT, Cezar Roberto, op cit.; CERVINI, Raúl, op. cit.; YAROCHEWSKY, Leonardo Isaac, op. cit.; FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir: nascimento da prisão*. Petrópolis: Vozes, 1987. NASSIF, Aramis. Reincidência: necessidade de um novo paradigma. In: *Revista Ibero-Americana de Ciências Penais* n. 4, p. 19-31, Porto Alegre, 2001. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Em busca das penas perdidas*. Rio de Janeiro: Revan, 1991.

assistência psiquiátrica deficiente ou abusiva (em casos de delinquentes políticos ou dissidentes pode-se chegar a utilizar a psiquiatria como bom pretexto “científico” para impor determinada ordem ou para convertê-lo em um “castigo civilizado”); regime alimentar deficiente; elevado índice de consumo de drogas, muitas vezes originado pela venalidade e corrupção de alguns funcionários penitenciários, que permitem e até realizam o tráfico ilegal de drogas; reiterados abusos sexuais, nos quais normalmente levam a pior os jovens reclusos recém-ingressos, sem ignorar, evidentemente, os graves problemas de homossexualismo e onanismo; ambiente propício à violência, em que impera a utilização de meios brutais, onde sempre se impõe o mais forte¹¹.

Assim, em um ambiente cercado de fatores negativos dificilmente poderá ser alcançada a reabilitação do criminoso e, por isso, geralmente, ao sair do cárcere, este aprimorou seu conhecimento sobre novas práticas delituosas e contribuirá para a elevação dos índices de reincidência. É o chamado efeito criminógeno da prisão¹².

É tarefa árdua, todavia, a apuração dos fatores que efetivamente levaram o agente (ex-presidiário) a reincidir ou não, pois estes variam para cada pessoa e podem derivar, além do convívio no cárcere, de aspectos sociais positivos ou negativos.

Sá (1987) destaca alguns microfatores externos, negativos e positivos, que podem interferir na ocorrência ou não da recidiva. São microfatores externos negativos, que podem induzir à reincidência, o número de entradas no sistema carcerário, pois ficará mais acentuada a “marca” de criminoso e será criado “um círculo vicioso”; a severidade no trato com o detento também seria outro microfator estimulador da reincidência, visto que a disciplina muito rigorosa e os castigos constantes causam um “processo de autodesvalorização”, que “realimentará os impulsos agressivos com vistas à autodefesa”. Como microfatores positivos, que tornam menos provável a reincidência, esse autor assinala as “visitas constantes de familiares e entes queridos, respeito à condição

¹¹ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Falência da pena de prisão: causas e alternativas*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 156.

¹² BITENCOURT, Cezar Roberto, op. cit., p. 158, cita interessante exemplo sobre os efeitos criminógenos da prisão fornecido por C. Hibber: “... Fui enviado a uma instituição para jovens com idade de 15 anos e saí dali com 16 convertido em um bom ladrão de bolsos – confessou um criminoso comum. Aos 16, fui enviado a um reformatório como batedor de carteiras e saí como ladrão ... Como ladrão, fui enviado a uma instituição total onde adquiri todas as características de um delinquente profissional, praticando desde então todo tipo de delitos que praticam os criminosos e fico esperando que a minha vida acabe como a de um criminoso”.

do preso como pessoa e indivíduo, cursos profissionalizantes escolhidos com critério e discriminação”¹³.

A seguir, sem pretensão de esgotar o assunto em tela, serão abordadas a ausência de ressocialização e a superlotação carcerária que, de certa forma, contribuem para a elevação das taxas de reincidência.

2.1 Ressocialização

A atual Constituição Federal brasileira¹⁴ proíbe a instituição de prisão perpétua. Logo, toda pessoa que ingressar no sistema carcerário sairá dele em determinada data.

É categórico, portanto, que a pena de prisão cumpra seu caráter ressocializador, para que ao deixar o cárcere o ex-presidiário tenha condições mínimas de reintegrar-se à sociedade.

O art. 1º da Lei n. 7.210/84 (Lei de Execução Penal) expõe que um dos objetivos dessa lei é “proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado”. O item quatorze de sua Exposição de Motivos narra que sem questionar profundamente a finalidade da pena, o então Projeto sancionado na Lei n. 7.210/84 segue o princípio que as penas e medidas de segurança devem “realizar a *proteção dos bens jurídicos* e a *reincorporação do autor à comunidade*”.

Cervini (2002), no entanto, aduz que é difícil descobrir-se o exato sentido da ressocialização para fins de execução penal.

É claro que ninguém ocupou-se de dar um conteúdo concreto e determinado à expressão “ressocialização”. Provavelmente, contudo, a chave de sua aceitação geral funda-se nesta mesma falta de previsão, uma vez que cada um atribui-lhe um conteúdo e finalidade distintas de

¹³ SÁ, Alvino Augusto. *Reincidência criminal: sob o enfoque da psicologia clínica preventiva*. São Paulo: Pedagógica e Universitária, 1987, p. 25.

¹⁴ Art. 5º, XLVII, b.

acordo com sua ideologia pessoal. Paradoxalmente, essa mesma indeterminação, diz-nos Muñoz Conde, é, sem embargo, seu principal defeito, porque não permite nem um controle racional de seu funcionamento, nem uma análise de seu conteúdo¹⁵.

No mesmo diapasão Yarochevsky (2005) questiona os critérios utilizados para considerar-se alguém reintegrado à sociedade, bem como o significado de estar apto ao convívio social e quando se pode dizer que um detento está ressocializado¹⁶.

Cervini ainda aborda outra interessante questão; no seu entender a “ressocialização, em sua essência, supõe um processo de interação e comunicação entre o indivíduo e a sociedade, que não pode ser determinado unilateralmente nem pelo indivíduo nem pela sociedade”¹⁷.

Assim, conclui Cervini que a ressocialização não deve ser apenas do detento, mas também é imprescindível a mudança de mentalidade da sociedade, para que propicie meios aos ex-reclusos para que sejam aceitos em seu seio e, por conseguinte, efetivamente reintegrados e não voltem a delinquir¹⁸.

A realidade do sistema penitenciário brasileiro demonstra que a almejada ressocialização é quase inexistente, principalmente por falta de estrutura material de nossos presídios e cadeias públicas, despreparo dos agentes públicos responsáveis pelos presos e desrespeito a regras mínimas pertinentes aos Direitos Humanos.

O Brasil é signatário do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos¹⁹, que expõe em seu art. 7º que ninguém poderá ser submetido a

¹⁵ CERVINI, Raúl. *Os processos de descriminalização*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 39.

¹⁶ YAROCHEWSKY, Leonardo Isaac. *Da reincidência criminal*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2005, p. 198.

¹⁷ *Ibid.*, p. 40.

¹⁸ *Ibid.*, p. 43. A fls. 42 esse autor dá o seguinte exemplo: “Como ressocializar para o respeito à vida um delinqüente violento, sem criticar ao mesmo tempo uma sociedade que continuamente reproduz a violência através dos meios de comunicação e desencadeia ou exerce uma agressão brutal (guerras, violação de direitos humanos) contra outros grupos mais fracos ou marginais, entre os quais provavelmente se encontra o delinqüente”.

¹⁹ Adotado pela Resolução 2.200-A (XXI) da Assembléia Geral das Nações Unidas, em 06/12/1966, ratificado pelo Brasil em 24/01/1992, aprovado pelo Decreto Legislativo n. 226, de 12/12/1991, e promulgado pelo Decreto n. 592, de 06/07/1992.

“penas ou tratamento cruéis, desumanos ou degradantes”, bem como seu art. 10.1 dispõe que “toda pessoa privada de sua liberdade deverá ser tratada com humanidade e respeito à dignidade inerente à pessoa humana”.

No mesmo teor é o art. 5º, XLVII, “e”, e XLIX, da nossa Constituição Federal, ao proibir a previsão de penas cruéis e assegurar o respeito à integridade física e moral dos presos.

O Brasil, todavia, não respeita sua legislação no que tange aos presos.

A degradante situação dos nossos presídios e cadeias públicas foi documentada no relatório final da Comissão Parlamentar de Inquérito - CPI, da Câmara dos Deputados, sobre o sistema carcerário²⁰, que constatou graves violações aos Direitos Humanos dos presos e relatou que “ao invés de recuperar quem se desviou da legalidade, o Estado embrutece, cria e devolve às ruas verdadeiras feras humanas”²¹.

A CPI supracitada constatou a não observação de direitos básicos dos detentos, afrontando-se a Lei de Execução Penal, em razão de falta de assistência material, acomodações insalubres, precária assistência médica, farmacêutica, odontológica, psicológica e jurídica, existência de tortura e maus-tratos, ausência de apoio ao egresso e, principalmente, a superlotação²².

Diante do nefasto panorama do nosso sistema carcerário, reconhecido por nossa Câmara dos Deputados, torna-se inviável a reintegração social do preso, restando à pena seu caráter meramente retributivo e preventivo, o que repercute diretamente nos elevados índices de reincidência criminal.

Nesse prisma, Nassif (2001) relatou com precisão a relação entre falta de ressocialização e reincidência:

²⁰ CPI presidida pelo Deputado Neucimar Fraga e sob relatoria do Deputado Domingos Dutra, com relatório final apresentado em julho de 2008. Relatório disponível no site oficial da Câmara dos Deputados: <<http://www2.camara.gov.br/>>. Acesso em: 13/03/2009 às 11h.

²¹ Relatório final da CPI do Sistema Carcerário, p. 174.

²² Relatório final da CPI do Sistema Carcerário, p. 175-252.

Refletir sobre a reincidência é remeter para a discussão, sempre presente, a respeito da função da pena e, se assim fizermos, devemos relacioná-la com o indivíduo, ou seja, àquele a quem a aplicação da sanção atinge. A pena tem como objetivo a recuperação do agente. Trata-se, em tese, de aplicar medidas orientadas para a ressocialização do delinqüente e, por óbvio, significa mais que evitar simplesmente a reincidência. O cumprimento da sanção, para realizar seu conteúdo teleológico, deveria, por exemplo, resultar em preparação profissional, ensinar a fazer uso do ócio de uma forma construtiva, educar, melhorar as relações pessoais e despertar a consciência sociaxiológica.

Raramente ocorre.

Tratar dessa frustração seria repristinar o antigo debate relativo à nocividade, violência e inadequação do sistema prisional brasileiro, para o momento inútil, mas que serve ao alerta de que, ignorar a reincidência, e considerar apenas a recuperação do apenado com o resultado positivo eventualmente ocorrente, deve ser visto com cautela.

No meu entendimento anterior, acreditava na aplicabilidade fisiológica da pena, ou seja, que a pena tem função, e que esta realização deve ser buscada. Assim poderia concluir que, se não aprendeu com o castigo, da recidiva resultará exasperação da pena. Da meditação que propus, cheguei à desconfortável constatação: aplica-se para a mesma doença o remédio que não curou. Pior, o remédio será sempre o mesmo, até que o paciente morra de seu próprio consumo²³.

Ainda são oportunos os ensinamentos de Cervini (2002), no sentido de que,

Na prisão, o interno geralmente não aprende a viver em sociedade, pelo contrário, continua, e ainda aperfeiçoa, sua carreira criminosa por meio do contato e das relações com os outros delinqüentes. Certamente a prisão muda o delinqüente, quase sempre para pior. Ali não lhe ensinam sobre valores positivos mas negativos para uma vida livre na sociedade. Como assinala de forma aguda o norte-americano Nimmer, o interno entra numa instituição como “graduado” e sai com um “doutorado”²⁴.

Dessa forma, a ineficácia estatal no caráter ressocializador da pena privativa de liberdade contribui para o aumento dos índices de reincidência, como bem salientado por Zaffaroni (1993), “os sistemas penais, muito freqüentemente, não passam de aparelhos fabricantes de reincidência, e suas instituições totais, de verdadeiros campos de treinamento de candidatos a reincidentes e habituais”²⁵.

²³ NASSIF, Aramis. Reincidência: necessidade de um novo paradigma. In: *Revista Ibero-Americana de Ciências Penais* n. 4, p. 19-31, Porto Alegre, 2001, p. 20.

²⁴ CERVINI, Raúl. *Os processos de descriminalização*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 48.

²⁵ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Reincidência: um conceito do direito penal autoritário. In: *Livro de Estudos Jurídicos* n. 6. Rio de Janeiro: Instituto de Estudos Jurídicos, 1993, p. 58.

2.2 Superlotação e sua interferência na ressocialização

Entre os vários problemas do sistema carcerário²⁶, que impedem a ressocialização dos presos, destaca-se a superlotação das penitenciárias e, principalmente, das cadeias públicas. Não por acaso, mas em virtude de a superpopulação carcerária, salvo melhor juízo, interferir diretamente na execução da pena privativa de liberdade, impedindo a correta aplicação dos direitos assegurados na Lei de Execução Penal.

A Lei n. 7.210/84 assegura em seus arts. 88 e 104 área mínima de seis metros quadrados para cada cela individual, nos presídios e cadeias públicas. Alojamento coletivo apenas está previsto para colônias do regime semi-aberto (art. 92).

No mesmo teor é o item 98 da Exposição de Motivos da Lei de Execução Penal, ao dispor que as “Penitenciárias e Cadeias Públicas terão, necessariamente, as celas individuais”.

Em atendimento às diretrizes do parágrafo único do art. 85 da Lei de Execução penal, a Resolução n. 03, do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária – CNPCP – de 23 de setembro de 2005²⁷, estipulou regras para a construção, ampliação e reforma de estabelecimentos penais. O item três de seu anexo IV determina área mínima de seis metros quadrados para as celas individuais; já para as celas coletivas as dimensões variam de sete, sete e meio, oito, nove e dez metros quadrados, respectivamente, se a capacidade for para dois, três, quatro, cinco e seis indivíduos.

²⁶ Esclarece Yarochevsky: “Sem dúvida, a privação da liberdade é a consequência mais visível da pena de prisão. Contudo, outros sofrimentos, algumas vezes obscuros, infligem ao preso um sofrimento ainda maior: a falta de privacidade; a privação de ar, de sol, de luz, de espaço em celas superlotadas; os castigos físicos (torturas); a falta de higiene; a alimentação, nem sempre saudável; as doenças inimagináveis; a violência e os atentados sexuais cometidos ora pelos próprios companheiros de infortúnio, ora pelos próprios carcereiros ou agentes penitenciários; a humilhação imposta inclusive aos familiares dos presos, o uso de drogas como meio de ‘fuga’, etc.”. YAROCHEWSKY, Leonardo Isaac. *Da reincidência criminal*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2005, p. 194.

²⁷ Publicada no Diário Oficial da União em 30 de setembro de 2005.

A Resolução supracitada também é aplicável às cadeias públicas; logo, conclui-se que a capacidade máxima de uma cela, a partir de setembro de 2005, é para seis pessoas.

A realidade brasileira, contudo, demonstra que a grande maioria das nossas penitenciárias, colônias e cadeias públicas está superlotada²⁸, onde presos se aglutinam em celas insalubres. Minhoto (2000)²⁹ adverte que no ano de 1995 o Brasil já era deficitário em mais de setenta e duas mil vagas.

O relatório final da Comissão Parlamentar de Inquérito do sistema carcerário, acima mencionado, constatou que persiste a defasagem de vagas nos estabelecimentos penais, não apenas nas cadeias públicas, mas também nas penitenciárias e colônias. À guisa de exemplo, é oportuna a transcrição do seguinte trecho desse relatório:

O Presídio Central de Porto Alegre, que possui a capacidade para 1.565 detentos, quando da visita da Comissão Parlamentar de Inquérito contava com 4.235 presos para 80 Policiais Militares de Plantão.

Em São Paulo, o Centro de Detenção Provisória I, de Pinheiros, tinha **1.026** homens onde caberiam **504**; em Ribeirão Preto, interior de São Paulo, **1.500** estavam em espaço onde só deveriam estar **500**.

A Colônia Agrícola de Mato Grosso do Sul, projetada para acomodar **80 presos** já no regime semi-aberto, possuía **680**, muitos morando debaixo de barracas e na pocilga. A cadeia pública de Contagem, em Minas Gerais, em uma de suas celas tinha **70 presos** amontoados em um espaço suficiente para **12 presos**³⁰. (grifos do original)

Outrossim, é inadmissível que presos condenados, mesmo que provisoriamente, cumpram suas penas privativas de liberdade em cadeias públicas, pois além da superpopulação carcerária, esses estabelecimentos não possuem estrutura material³¹ para sequer iniciar a ressocialização de seus detentos.

²⁸ Falconi cita que no Brasil a área média dos presos é de aproximadamente sessenta centímetros por metro quadrado. FALCONI, Romeu. *Sistema presidial: reinserção social?* São Paulo: Ícone, 1998, p. 103.

²⁹ MINHOTO, Laurindo Dias. *Privatização de presídios e criminalidade*. São Paulo: Max Limonad, 2000, p. 163.

³⁰ Relatório final da CPI do Sistema Carcerário, p. 226.

³¹ Por exemplo, as cadeias não possuem oficina de trabalho, sala de aula, biblioteca, ambulatório médico etc.

Thompson (1976), na década de setenta do século passado, já havia detectado que as cadeias públicas brasileiras são a porta de entrada do sistema carcerário, mas em inúmeros casos funcionam como único estabelecimento prisional do condenado, em razão do diminuto número de vagas das penitenciárias e colônias; por conseguinte, “a estada do cliente, nas prisões de entrada, em vez de durar horas ou poucos dias, tende a estender-se por alguns anos ou muitos anos”³².

A superlotação carcerária, portanto, interfere negativamente na ressocialização do encarcerado. Se um estabelecimento penal, por exemplo, está com o dobro de sua capacidade, não haverá possibilidade de ser propiciado trabalho interno a todos os detentos, nem a realização de cursos profissionalizantes ou ter uma adequada assistência médica e jurídica.

A situação ainda é pior nas cadeias públicas, onde os presos ficam entregues ao ócio em virtude da ausência de estrutura para o cumprimento do caráter ressocializador da pena.

Ademais, em razão do excesso populacional há total desrespeito ao art. 84 da Lei de Execução Penal, pois inexistente separação entre presos provisórios e condenados definitivamente, nem entre primários e reincidentes, o que também prejudica a ressocialização em razão de os detentos com maior experiência criminal influenciarem negativamente os recém ingressos ao sistema carcerário.

Dessa forma, como constatado pela CPI do Sistema Carcerário, a superlotação é “talvez a mãe de todos os demais problemas do sistema carcerário. Celas superlotadas ocasionam insalubridade, doenças, motins, rebeliões, mortes, degradação da pessoa humana”³³.

A construção de novos presídios, colônias e centros de detenção provisória, a ágil assistência jurídica na fase de execução penal e o

³² THOMPSON, Augusto F. G. *A questão penitenciária*. Petrópolis: Vozes, 1976, p. 22.

³³ Relatório final da CPI do Sistema Carcerário, p. 228. Também compartilha desse entendimento Augusto F. G. Thompson, *op. cit.*, p. 32, para quem “parece irrecusável, pois, assentar que o primeiro passo para uma reforma penitenciária consistira em dar condições ao sistema de absorver toda a clientela, sem o que quaisquer outras medidas mostrar-se-iam anódinas”.

incremento das penas restritivas de direitos, sem dizer do maciço investimento em educação para que se evite o ingresso no mundo do crime, podem ser alternativas para a redução da superpopulação carcerária e, por conseguinte, de uma chance para que a pena privativa de liberdade cumpra seu caráter ressocializador e possa ajudar a diminuir a reincidência criminal.

3 Índices de reincidência

Neste tópico serão verificadas as taxas de reincidência, mormente no Brasil considerando-se as pessoas que se encontram encarceradas no sistema prisional.

A princípio, salienta-se que Bitencourt (2004) adverte sobre a inexistência de informações científicas precisas dos efeitos criminógenos da prisão, os quais podem levar o ex-detento a reincidir, ou seja, qual seria o fator preponderante no retorno ao crime, “a personalidade do recluso, sua experiência anterior à prisão ou o meio social em que se desenvolverá ao ser liberado”, mas concluiu que é inegável a influência prejudicial do cárcere sobre o recluso³⁴.

Os dados sobre as taxas de reincidência penitenciária, ou seja, de quem já foi encarcerado, não são muito precisos, apresentando variações de acordo com os critérios utilizados³⁵.

No Brasil, em pesquisas realizadas na década de oitenta do século passado, Sá (1987)³⁶ cita que a reincidência penitenciária oscilava de trinta

³⁴ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Falência da pena de prisão: causas e alternativas*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 160.

³⁵ Espinoza e Machuca destacam a dificuldade na obtenção de dados uniformes para a aferição da reincidência. ESPINOZA, Andrés Co; MACHUCA, Benjamin Núñez. Consideraciones teoricas y metodologicas acerca de la investigación de la reincidencia delictual em criminologia. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais* n. 19. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 225.

³⁶ SÁ, Alvino Augusto. *Reincidência criminal: sob o enfoque da psicologia clínica preventiva*. São Paulo: Pedagógica e Universitária, 1987, p. 31.

a trinta e seis por cento (30 a 36%). Yarochevsky (2005)³⁷, por sua vez, apresenta taxa de aproximadamente quarenta por cento (40%).

Rodrigues (2002)³⁸ menciona que, no Estado do Paraná, aproximadamente sessenta por cento (60%) das pessoas que cumpre pena nas cadeias pública reincide. No sistema penitenciário (regime fechado e semi-aberto) esse índice é de trinta e cinco por cento (35%), diminuindo para onze por cento (11%) para os condenados que ingressaram apenas ao regime aberto.

Na atualidade, existe o registro de informações sobre a população carcerária brasileira denominado InfoPen, realizado pelo Departamento Penitenciário Nacional – DEPEN – e com dados inseridos pelas Secretarias de Segurança Pública Estaduais.

A análise do último relatório estatístico do InfoPen³⁹, elaborado em junho de 2008, demonstra que a taxa média de reincidentes recolhidos nos estabelecimentos penais brasileiros é de aproximadamente trinta e três por cento (33,01%), pois de duzentos e vinte e seis mil trezentos e setenta e seis presos verificados, setenta e quatro mil setecentos e trinta e seis eram reincidentes⁴⁰.

Para a realização deste trabalho também foram verificados os relatórios estatísticos encaminhados por dois estados-membros de cada região brasileira⁴¹.

Do cotejo supracitado verificou-se que o estado de São Paulo apresenta o maior índice de reincidência penitenciária, de quase quarenta por

³⁷ YAROCHEWSKY, Leonardo Isaac. *Da reincidência criminal*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2005, p. 206.

³⁸ RODRIGUES, Margareth. A importância dos recursos humanos penitenciários para evitar a reincidência. In: *Coleção Segurança e Sociedade* – v. 1. Belo Horizonte: Fundação João Pinheiro, 2002, p. 158.

³⁹ Disponível no site do Ministério da Justiça em: <<http://www.mj.gov.br>>. Acesso em: 19 de março de 2009 às 10h.

⁴⁰ De acordo com o relatório da CPI do Sistema Carcerário, p. 264, a taxa de reincidência carcerária, no Brasil, oscila de 70% a 85%; enquanto no caso de penas e medidas alternativa não ultrapassa 12%.

⁴¹ Foram examinados os relatórios encaminhados pelos seguintes entes federativos: Amazonas, Pará, Bahia, Pernambuco, Distrito Federal, Mato Grosso do Sul, Paraná, Santa Catarina, Rio de Janeiro e São Paulo.

cento (39,94%), com quarenta e um mil cento e dois reincidentes de um total de cento e dois mil e noventa e um mil presos analisados. Já o estado do Pará obteve a menor taxa, pouco mais de treze por cento (13,29%), com mil e quarenta reincidentes do total de sete mil e oitocentos e vinte e cinco encarcerados.

Da mesma forma as informações estrangeiras sobre reincidência não são animadoras. Bitencourt (2004) narra que nos Estados Unidos os índices de reincidência “oscilam entre 40 e 80%”; na Espanha, entre 1957 e 1973, esse percentual médio foi de 60,3%; já na Costa Rica essa cifra é de 48%⁴².

Assim, os autos índices de reincidência apresentados, não apenas no Brasil, mas também em países do chamado primeiro mundo, demonstram que a pena de prisão falhou em duas de suas finalidades, a preventiva e a ressocializadora⁴³.

4 Reinserção social do egresso

Nos tópicos anteriores foi demonstrada a crise da eficácia ressocializadora do sistema carcerário. A ausência de preparação para a reintegração social do preso repercute, diretamente, nos elevados índices de reincidência criminal.

Ao deixar a prisão, o libertado carregará o estigma de criminoso, de ex-presidiário. Se atualmente já está difícil colocação no mercado de trabalho de pessoas, em tese, qualificadas e sem antecedentes criminais, será

⁴² BITENCOURT, Cezar Roberto. *Falência da pena de prisão: causas e alternativas*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 161.

⁴³ Nesse diapasão dispõe THOMPSON, Augusto F. G. *A questão penitenciária*. Petrópolis: Vozes, 1976, p. 40: “A repetição freqüente da recidiva, por parte daqueles que cumpriram pena, representada, às vezes, pelo retorno ao cárcere de pessoas que mal saíram dele. Trata-se de prova manifesta de que a instituição falhou nos objetivos, sobretudo no que atende à intimidação e à recuperação”.

muitíssimo dificultoso ao ex-detento obter trabalho formal⁴⁴. A esse, portanto, geralmente, restam duas alternativas, juntar-se aos milhares de brasileiros que sobrevivem na economia informal ou retornar ao mundo do crime.

Nassif (2001) destaca a importância do amparo ao egresso, pois está verificado por meio de pesquisas que a maior taxa de reincidência ocorre no primeiro ano de saída do cárcere⁴⁵.

Não apenas ao Estado, mas também à sociedade é importantíssimo o apoio ao recém saído da prisão para que este possa realmente reintegrar-se ao meio social. Na prática, todavia, não é o que ocorre.

O art. 26 da Lei de Execução Penal considera egresso o liberado definitivo, pelo prazo de um ano a partir da saída da prisão, e o liberado condicional durante o período probatório. Seu art. 25 dispõe que ao egresso será prestado orientação e apoio para reintegrá-lo à sociedade, bem como, se necessário, a concessão de alimentação e alojamento por dois meses. Outrossim, o art. 27 expõe que o serviço de assistência social apoiará o egresso para sua entrada ao mercado de trabalho.

O Estado, além de não cumprir a almejada ressocialização no cumprimento da pena privativa de liberdade, da mesma forma não apóia devidamente o egresso durante o início do retorno à sua vida em liberdade, mais uma vez desrespeitando a Lei de Execução Penal e colaborando para a elevação dos índices de reincidência.

De acordo com o art. 78 da Lei de Execução Penal, incumbe ao patronato a prestação de assistência aos albergados e egressos. Já a casa do albergado, nos termos do art. 93 dessa lei, destina-se ao cumprimento da pena

⁴⁴ Nesse teor NASSIF, Aramis. Reincidência: necessidade de um novo paradigma. In: *Revista Ibero-Americana de Ciências Penais* n. 4, p. 19-31, Porto Alegre, 2001, p. 23, “sabemos todos da dificuldade de emprego no Brasil, atualmente e, mais, ainda, quando envolve ex-presidiário”.

⁴⁵ NASSIF, Aramis, op. cit., p. 23. Da mesma forma dispõe SÁ, Alvino Augusto. *Reincidência criminal: sob o enfoque da psicologia clínica preventiva*. São Paulo: Pedagógica e Universitária, 1987, p. 33.

privativa de liberdade em regime aberto, bem como os serviços de fiscalização e orientação dos condenados.

No que tange aos patronatos, a realidade é totalmente frustrante. Novamente as informações fornecidas pelo Departamento Penitenciário Nacional – DEPEN – agora no quadro geral de estabelecimentos penais por estado⁴⁶, de junho de 2008, demonstram que no Brasil existem apenas três patronatos, sendo dois no Paraná e um no Rio Grande do Sul.

Com relação às casas do albergado a situação é menos desesperadora, pois o relatório supra aponta a existência de quarenta e sete desses estabelecimentos em todo o Brasil, mas no estado de São Paulo, considerado o mais rico da nação, não há casa do albergado.

Dessa forma, o Estado também falha na reintegração social do egresso, o que repercute no aumento dos índices de reincidência.

Nesse sentido dispõe Delmanto (2007),

O alto índice de reincidência envolvendo os egressos do falido sistema prisional brasileiro, os quais não recebem qualquer apoio do Estado, note-se, é fenômeno extremamente preocupante, demandando que as autoridades do Poder Executivo e do Poder Judiciário efetivamente cumpram os preceitos constantes na Lei de Execução Penal, a fim de que se busque uma efetiva reintegração e reinserção social da pessoa que foi segregada de seu convívio por determinado período, com altíssimo custo, não só para o condenado mas também para a sociedade⁴⁷.

A sociedade igualmente não participa adequadamente da reintegração social do egresso. Conforme os arts. 80 e 81 da Lei de Execução Penal, em todas as comarcas, integrantes da sociedade formarão os Conselhos da Comunidade, com a incumbência de auxiliarem na execução da pena privativa de liberdade.

⁴⁶ Disponível no site do Ministério da Justiça em: <<http://www.mj.gov.br>>. Acesso em: 19 de março de 2009 às 10h30min.

⁴⁷ DELMANTO, Celso *et al.* *Código Penal comentado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 207.

O relatório da Comissão Parlamentar de Inquérito do Sistema Carcerário⁴⁸ apontou que em aproximadamente três mil comarcas brasileiras existem apenas quinhentos Conselhos da Comunidade, o que demonstra a falta de participação social.

Além disso, para a grande maioria das pessoas, o ex-detento é sempre um criminoso⁴⁹. Cernelutti (1995) destaca esse estigma nos seguintes termos:

O preso, ao sair da prisão, acredita não ser mais um preso; mas as pessoas não. Para as pessoas ele é sempre detento; quando muito se diz ex-detento; nesta fórmula está a crueldade e o engano. A crueldade está no pensar que, se foi, deve continuar a ser. A sociedade fixa cada um de nós ao passado⁵⁰.

Da mesma forma Thompson (1976) atenta para o fato de que a sociedade entende normal o retorno do ex-detento às atividades criminosas, pois “a reentrada de ex-convictos na prisão, de que se tem notícia a todo o momento, é fenômeno assimilado de maneira bastante tranqüila, não chegando, sequer, a arranhar a sensibilidade social”⁵¹.

Destarte, é de suma importância a união de esforços do Estado e da sociedade para que aos egressos sejam dadas oportunidades de uma efetiva reintegração ao meio social e, por conseguinte, haja redução dos índices de reincidência, pois, do contrário, permanecerá intacta a seguinte reflexão de Cernelutti (1995), “a pena, para não dizer sempre, em nove vezes de cada dez casos não termina jamais. Quem pecou está perdido. Cristo perdoa, mas os homens, não”⁵².

⁴⁸ Relatório final da CPI do Sistema Carcerário, p. 264.

⁴⁹ CERVINI, Raúl. *Os processos de descriminalização*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 50: “No âmbito mais pessoal, a pena produz uma fratura-chave na vida do interno que, ao sair em liberdade, encontra a maioria das portas fechadas. O fenômeno da estigmatização é bem conhecido, ou seja, o alto grau de marca jurídica ou social que a pena acarreta”.

⁵⁰ CARNELUTTI, Francesco. *As misérias do processo penal*. São Paulo: Canan, 1995, p. 79.

⁵¹ THOMPSON, Augusto F. G. *A questão penitenciária*. Petrópolis: Vozes, 1976, p. 40.

⁵² *Ibid.*, p. 82.

CONCLUSÃO

O crime é uma preocupação de todos os povos organizados. O retorno à ilicitude é um difícil problema a ser enfrentado e está presente nas sociedades modernas.

A reincidência criminal possui um conceito legal, que varia de acordo com a legislação de cada país, uma vez que estes apresentam requisitos e pressupostos próprios. No Brasil sua definição pode ser extraída do art. 63 do Código Penal.

Reincidência não se confunde com institutos afins, como antecedentes criminais, delinquente habitual, profissional e por tendência.

A recidiva é classificada em ficta, real, genérica, específica e internacional, bem como o entendimento consentâneo com o Direito Penal moderno é que seus efeitos não podem ser perpétuos. No Brasil ela é ficta, genérica, reconhece-se a reincidência internacional e possui efeitos temporários.

É controvertida a natureza jurídica da reincidência, optando-se, neste trabalho, por acolher a tese de que se trata de um estado subjetivo do réu que lhe acarretará efeitos gravosos.

São pressupostos da reincidência a prática de nova infração penal e o trânsito em julgado de sentença penal condenatória precedente, bem como para sua caracterização é imprescindível prova documental emanada do Poder Judiciário.

A extinção da punibilidade do crime anterior apenas tem reflexo na reincidência se desaparecem todos os efeitos penais da condenação antecedente.

A origem da reincidência é atribuída ao Direito Romano. No Brasil, a semente da recidiva já estava presente em disposições esparsas do Livro V das Ordenações Filipinas.

Todos os Códigos Penais brasileiros previram expressamente a reincidência, porém seus requisitos modificaram-se sucessivamente nos

Códigos de 1830, 1890, 1940 e no natimorto Código Penal de 1969, mas foram as Leis n. 6.416/77 e n. 7.209/84 que alteraram os critérios da recidiva de acordo com a legislação penal vigente.

As Leis n. 8.072/90 e n. 9.714/98 retrocederam ao reintroduzirem na legislação brasileira a polêmica distinção entre reincidência genérica e específica, uma vez que negaram benefícios ao reincidente homogêneo.

O Projeto de Lei n. 3.473/2000 apresenta importantes alterações no instituto da reincidência, pois de circunstância agravante obrigatória da pena passará a constar do rol das circunstâncias judiciais, permitindo seu reconhecimento ou não pelo juiz, porém a tramitação desse projeto encontra-se parada na Câmara dos Deputados desde 31 de julho de 2003.

A análise do direito comparado demonstrou que a recidiva impõe ao réu consequências gravosas de natureza penal e processual penal, com exceção da Colômbia que a aboliu de sua legislação.

No Brasil, a agravação da pena do réu não é o único efeito decorrente do reconhecimento da recidiva, há outros, como a aplicação de regime prisional mais severo, não concessão de benefícios ao réu, aumento do prazo da prescrição da pretensão executória etc.

A reincidência, no Código Penal pátrio, está arrolada como a primeira circunstância agravante da pena prevista em seu art. 61.

As teorias que pretendem fundamentar a majoração da sanção decorrente da reincidência, maior culpabilidade, maior periculosidade, insuficiência da pena anterior, maior alarme social e hábito de delinquir, não a justificam adequadamente de acordo com o direito penal do fato, haja vista nem sempre o crime executado pelo reincidente é merecedor de pena mais severa.

Conforme a legislação brasileira atual, a incidência da reincidência é obrigatória, bem como o aumento da pena não está taxado na lei, sendo apenas limitado pelo máximo da pena em abstrato prevista para o tipo penal, e é considerada circunstância preponderante no concurso entre agravantes e atenuantes.

É questionável o aumento obrigatório da pena em razão da reincidência consoante os princípios penais constitucionais da culpabilidade, individualização da pena, proporcionalidade da pena e do *non bis in idem*, pois a sanção penal somente deve ser agravada de acordo com a gravidade do ato ilícito praticado e não com base na personalidade do autor.

De lege ferenda, propõe-se que a reincidência tenha aplicação facultativa, que os crimes culposos não sejam considerados para sua ocorrência, que apenas incida se as infrações perpetradas forem apenadas com prisão, a adoção do critério da reincidência real, a alteração do marco inicial para a cessação de seus efeitos, a admissão de prazos diferenciados para seu término de acordo com a pena imposta e a estipulação legal de percentual para o aumento da sanção.

A sanção penal, mormente a pena privativa de liberdade, possui caráter retributivo, preventivo e ressocializador. A crise do sistema penitenciário demonstra o fracasso da função ressocializadora da pena de prisão, em razão dos altos índices de reincidência criminal.

A superlotação dos estabelecimentos penais interfere negativamente na ressocialização do detento, visto que compromete a já deficiente estrutura material do sistema carcerário e impede a efetiva aplicação de medidas previstas na Lei de Execução Penal destinadas à reintegração social do recluso.

As pesquisas sobre índices de reincidência criminal apresentam percentuais que variam de acordo com os métodos utilizados, porém tanto o Brasil como outros países apresentam taxas elevadas que ultrapassam trinta e três por cento.

Para uma verdadeira reinserção social do egresso é imprescindível que o Estado e a própria sociedade prestem apoio ao ex-detento para que ele seja aceito no meio social e possa recomeçar sua vida em liberdade honestamente e sem preconceitos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANTOLISEI, Francesco. *Manual de derecho penal*. Tradução Juan del Rosa e Angel Torio. Buenos Aires: UTEHA, 1960.

ARAGÃO, Antonio Moniz Sodré de. *As três escolas penais*. 2ª ed., Rio de Janeiro: J. R. dos Santos, 1917.

BETTIOL, Giuseppe. *Direito penal, v. III*. Tradução Paulo José da Costa Júnior e Alberto Silva Franco. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1976.

BIANCHINI, Alice. A reincidência específica na Lei n. 9.714/98 e os princípios da igualdade e da proporcionalidade. *In: Boletim IBCCRIM n. 80*, São Paulo, julho/1999.

BISSOLI FILHO, Francisco. *Estigmas da criminalização*: dos antecedentes à reincidência criminal. Florianópolis: Obra Jurídica, 1988.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Falência da pena de prisão*: causas e alternativas. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

_____. *Tratado de Direito Penal*: parte geral, v. 1. 14ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

BONESANA, Cesare (Marquês de Beccaria). *Dos delitos e das penas*. 2ª ed., 2ª tiragem. Tradução J. Cretella Jr. e Agnes Cretella. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

BRUNO, Aníbal. *Direito penal, tomos I e III*. 3ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1967.

CARNEIRO, José Carlos Scalabrini. Estudo sobre a reincidência. *In: Revista dos Tribunais*, 732, p. 496-503, São Paulo, 1996.

CARNELUTTI, Francesco. *As misérias do processo penal*. Tradução José Antônio Cardinalli. São Paulo: Canan, 1995.

CARRARA, Francesco. *Programa do curso de direito criminal. Parte Geral, v. II*. Tradução José Luiz V. A. Franceschini e J. R. Prestes Barra. São Paulo: Saraiva, 1957.

_____. *Opuscoli di diritto criminale, v. II*. 6ª ed., Firenze: Fratelli Cammelli, 1909.

CARVALHO, Salo de. Reincidência e antecedentes criminais: abordagem crítica desde o marco garantista. *In: Revista de Estudos Criminais n. 1*, p. 109-119, Porto Alegre, 2001.

CARVALHO FILHO, Aloysio de. *Comentários ao Código Penal, v. IV*. 4ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1958.

CERVINI, Raúl. *Os processos de descriminalização*. Tradução Eliana Granja et al. 2ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

COSTA e SILVA, Antonio José da. *Código Penal dos Estados Unidos do Brasil comentado*, v. I. Obra fac-similar. Coleção histórica do direito. Brasília: Conselho Editorial do Senado Federal, 2004.

_____. *Código Penal (Decreto-lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940)*, v. I. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1943.

DELMANTO, Celso et al. *Código Penal comentado*. 7ª ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito penal português: as conseqüências jurídicas do crime*. Coimbra: Coimbra, 2005.

ESPINOZA, Andrés Co; MACHUCA, Benjamin Núñez. Consideraciones teoricas y metodologicas acerca de la investigación de la reincidencia delictual em criminologia. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais* n. 19, p. 215-226, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

FALCONI, Romeu. *Sistema presdial: reinserção social?*. São Paulo: Ícone, 1998.

FARIA, Bento de. *Código Penal brasileiro (comentado)*, v. III (parte segunda). Rio de Janeiro: Récord, 1959.

FERNANDES, Antônio Scarance. *Processo Penal constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão. Teoria do garantismo penal*. Tradução Ana Paula Zomer Sica et al. 2ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

FERRI, Enrico. *Princípios de direito criminal: o criminoso e o crime*. Tradução Paolo Capitanio. Campinas: Bookseller, 1996.

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir: nascimento da prisão*. Tradução Lúcia M. Pondé Vassalo. Petrópolis: Vozes, 1987.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal (parte geral)*. Atualizador Fernando Fragoso. 16ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2004.

_____. A terceira reunião da comissão redatora do Código Penal tipo para a América Latina. In: *Revista Brasileira de Criminologia e Direito Penal* n. 16, ano 4, p. 55-73, Rio de Janeiro, 1967.

FRANCO, Alberto Silva et al. *Código Penal e sua interpretação jurisprudencial*, tomo 1. 5ª ed., 2ª tiragem. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

GARCIA, Basileu. *Instituições de direito penal*, v. I, tomo II. 4ª ed., 33ª tiragem, São Paulo: Max Limonad, 1971.

GARCIA, Luis M. *Reincidencia y punibilidad*. Buenos Aires: Astrea, 1992.

GARRAUD, René. *Compendio de direito criminal*, v. I. Tradução A. T. de Menezes. Lisboa: Clássica, 1915.

HUNGRIA, Nélon. *Comentários ao Código Penal*, v. I, tomo II. 5ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1978.

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

JESUS, Damásio Evangelista de. *Direito penal: parte geral*. 28ª ed., 3ª tiragem, São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. *Código Penal anotado*. 15ª ed., São Paulo: Saraiva, 2004.

LATAGLIATA, Angelo Raffaele. *Contribución al estudio de la reincidencia*. Tradução de Carlos A. Tozzini. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1963.

LUIZI, Luiz. *Os princípios constitucionais penais*. 2ª ed., Porto Alegre: S. A. Fabris, 2003.

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

MANZINI, Vincenzo. *La recidiva nella sociologia, nella legislazione e nella scienza del diritto penale*. Firenze: Casa Editrice, 1899.

MARCÃO, Renato. *Tóxicos: Lei n. 11.343, de 23 de agosto de 2006 – nova lei de drogas*. 5ª ed., São Paulo: Saraiva, 2008.

MARQUES, José Frederico. *Curso de direito penal*, v. III. São Paulo: Saraiva, 1956.

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

MARTINS, José Salgado. *Direito penal: introdução e parte geral*. São Paulo: Saraiva, 1974.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 12ª ed., 2ª tiragem, São Paulo: Malheiros, 2000.

MELLO, Dirceu de. Das penas no Direito Penal e sua aplicação. Pena indeterminada: uma infeliz criação do novo Estatuto Penal brasileiro. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 64, vol. 475, p. 229-234, 1975.

MELLO, Lydio Machado Bandeira de. *O criminoso, o crime e a pena: segundo o Código Penal de 21 de outubro de 1969*. Belo Horizonte: Prisma, 1970.

MEZZAROBBA, Orides; MONTEIRO, Cláudia Servilha. *Manual de metodologia da pesquisa no direito*. 3ª ed., São Paulo: Saraiva, 2006.

MINHOTO, Laurindo Dias. *Privatização de presídios e criminalidade*. São Paulo: Max Limonad, 2000.

MIR, José Cerezo. *Derecho penal*: parte general. Montevideo: J. C. Fairs, 2008.

MIRABETE, Julio Fabbrini. *Manual de direito penal*, v. I. 6ª ed., São Paulo: Atlas, 1992.

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

NORONHA, Edgard Magalhães. *Direito penal*, v. I. 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 1967.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Individualização da pena*. 2ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

NUNES, Rizzatto. *Manual da monografia jurídica*. 4ª ed., São Paulo: Saraiva, 2002.

PIERANGELI, José Henrique. *Códigos Penais do Brasil*: evolução histórica. 2ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

PIMENTEL, Manoel Pedro. Reincidência específica e crime culposos. In: *JUTACrimSP*, 11, p. 13-18, São Paulo, 1970.

ROCHA, Synesio. *Da reincidência*. Tese apresentada à Congregação da Faculdade de Direito de São Paulo, no concurso para a cátedra de Direito Penal. São Paulo: Saraiva, 1938.

RODRIGUES, Margareth. A importância dos recursos humanos penitenciários para evitar a reincidência. In: *Coleção Segurança e Sociedade* – v. 1, p. 157-167, Belo Horizonte: Fundação João Pinheiro, 2002.

ROSSETTI, Janora Rocha. Reincidência e agravamento da pena em delitos contra o patrimônio. Uma análise da jurisprudência do TACrimSP. In: *Revista dos Tribunais*, v. 638, p. 401-403, São Paulo, 1988.

SÁ, Alvino Augusto. *Reincidência criminal*: sob o enfoque da psicologia clínica preventiva. São Paulo: Pedagógica e Universitária, 1987.

SANTOS, Alberto Marques dos. *Criminalidade*: causas e soluções. 2ª tiragem, Curitiba: Juruá Editora, 2007.

SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito penal*: a nova parte geral. Rio de Janeiro: Forense, 1985.

SCHMITT, Ricardo Augusto (Org.). *Princípios penais constitucionais*. Salvador: Podivm, 2007.

SILVA, Clara H. Em torno da reincidência. *In: Revista dos Tribunais*, 430. São Paulo, 1971, p. 305-309.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional positivo*. 30ª ed., São Paulo: Malheiros, 2008.

SOUZA, Braz Florentino Henriques de. *Lições de direito criminal*. 2ª ed., Recife: Econômica José Nogueira de Souza, 1872.

SOUZA, Cid Vieira de. Da reincidência. *In: Revista dos Tribunais*, 403, p. 43-48, São Paulo, 1969.

THOMPSON, Augusto F. G. *A questão penitenciária*. Petrópolis: Vozes, 1976.

TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*. 5ª ed., 14ª tiragem, São Paulo: Saraiva, 2008.

VANNINI, Ottorino. *Manuale di diritto penale: parte generale*. Firenze: Dott. Carlo Cya, 1947.

YAROCHEWSKY, Leonardo Isaac. *Da reincidência criminal*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2005.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Em busca das penas perdidas*. Tradução Vânia Romano Pedrosa e Amir Lopes da Conceição. Rio de Janeiro: Revan, 1991.

_____. Reincidência: um conceito do direito penal autoritário. *In: Livro de Estudos Jurídicos n. 6*, p. 49-60, tradução de Maria Lúcia Karam, Rio de Janeiro: Instituto de Estudos Jurídicos, 1993.

_____; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro, v. I*. 6ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

ANEXOS

ANEXO A – Código Penal espanhol – arts. 22 e 136

Aprobado por Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre. Actualizado a diciembre de 2007.

CAPITULO IV

De las circunstancias que agravan la responsabilidad criminal

Artículo 22

Son circunstancias agravantes:

1ª. Ejecutar el hecho con alevosía.

Hay alevosía cuando el culpable comete cualquiera de los delitos contra las personas empleando en la ejecución medios, modos o formas que tiendan directa o especialmente a asegurarla, sin el riesgo que para su persona pudiera proceder de la defensa por parte del ofendido.

2ª. Ejecutar el hecho mediante disfraz, con abuso de superioridad o aprovechando las circunstancias de lugar, tiempo o auxilio de otras personas que debiliten la defensa del ofendido o faciliten la impunidad del delincuente.

3ª. Ejecutar el hecho mediante precio, recompensa o promesa.

4ª. Cometer el delito por motivos racistas, antisemitas u otra clase de discriminación referente a la ideología, religión o creencias de la víctima, la etnia, raza o nación a la que pertenezca, su sexo u orientación sexual, o la enfermedad o minusvalía que padezca.

5ª. Aumentar deliberada e inhumanamente el sufrimiento de la víctima, causando a ésta padecimientos innecesarios para la ejecución del delito.

6ª. Obrar con abuso de confianza.

7ª. Prevalerse del carácter público que tenga el culpable.

8ª. Ser reincidente.

Hay reincidencia cuando, al delinquir, el culpable haya sido condenado ejecutoriamente por un delito comprendido en el mismo título de este Código, siempre que sea de la misma naturaleza.

A los efectos de este número no se computarán los antecedentes penales cancelados o que debieran serlo.

CAPITULO II

De la cancelación de antecedentes delictivos

Artículo 136

1. Los condenados que hayan extinguido su responsabilidad penal tienen derecho a obtener del Ministerio de Justicia, de oficio o a instancia de parte, la cancelación de sus antecedentes penales, previo informe del juez o tribunal sentenciador.

2. Para el reconocimiento de este derecho serán requisitos indispensables:

1. Tener satisfechas las responsabilidades civiles provenientes de la infracción, excepto en los supuestos de insolvencia declarada por el juez o tribunal sentenciador, salvo que hubiera mejorado la situación económica del reo.

No obstante lo dispuesto en el párrafo anterior, en el caso previsto en el artículo 125 será suficiente que el reo se halle al corriente de los pagos fraccionados que le hubieran sido señalados por el juez o tribunal y preste, a juicio de éste, garantía suficiente con respecto a la cantidad aplazada.

2. Haber transcurrido, sin delinquir de nuevo el culpable, los siguientes plazos: seis meses para las penas leves; dos años para las penas que no excedan de 12 meses y las impuestas por delitos imprudentes; tres años para las restantes penas menos graves; y cinco para las penas graves.
3. Estos plazos se contarán desde el día siguiente a aquel en que quedara extinguida la pena, pero si ello ocurriese mediante la remisión condicional, el plazo, una vez obtenida la remisión definitiva, se computará retrotrayéndolo al día siguiente a aquel en que hubiere quedado cumplida la pena si no se hubiere disfrutado de este beneficio. En este caso, se tomará como fecha inicial para el cómputo de la duración de la pena, el día siguiente al del otorgamiento de la suspensión.
4. Las inscripciones de antecedentes penales en las distintas Secciones del Registro Central de Penados y Rebeldes no serán públicas. Durante su vigencia sólo se emitirán certificaciones con las limitaciones y garantías previstas en sus normas específicas y en los casos establecidos por la Ley. En todo caso, se librarán las que soliciten los Jueces o Tribunales, se refieran o no a inscripciones canceladas, haciendo constar expresamente, si se da, esta última circunstancia.
5. En los casos en que, a pesar de cumplirse los requisitos establecidos en este artículo para la cancelación, bien por solicitud del interesado, bien de oficio por el Ministerio de Justicia, ésta no se haya producido, el juez o tribunal, acreditadas tales circunstancias, ordenará la cancelación y no tendrá en cuenta dichos antecedentes.

ANEXO B – Código Penal francês – arts. 132-8 a 132-16-2

Lei 92-683, de 22/07/1992, entrou em vigor em 1º/03/1994.
Traduzido para o espanhol.

Subsección 2: De las penas aplicables en caso de reincidencia

§ 1: Personas físicas

Artículo 132-8

Cuando una persona física, ya condenada en sentencia firme por un crimen o por un delito castigado por la ley con diez años de prisión, cometa un crimen, el máximo de la pena de reclusión criminal o de la detención criminal será la perpetuidad si el máximo fijado por la ley para ese crimen es de veinte o de treinta años. El máximo de la pena se elevará a treinta años de reclusión criminal o de detención criminal si el crimen está castigado con una pena de quince años.

Artículo 132-9

Cuando una persona física, ya condenada en sentencia firme por un crimen o por un delito castigado por la ley con diez años de prisión, cometa, en el plazo de diez años a contar desde el cumplimiento o la prescripción de la pena precedente, un delito castigado con la misma pena, se duplicará el máximo de las penas de prisión y de multa aplicables.

Cuando una persona física, ya condenada en sentencia firme por un crimen o por un delito castigado por la ley con diez años de prisión, cometa, en el plazo de cinco años a contar desde el cumplimiento o la prescripción de la pena precedente, un delito castigado con pena de prisión de duración superior a un año e inferior a diez años, se duplicará el máximo de las penas de prisión y de multa aplicables.

Artículo 132-10

Cuando una persona física, ya condenada en sentencia firme por un delito, cometa, en el plazo de cinco años a contar desde el cumplimiento o la prescripción de la pena precedente, o bien el mismo delito, o bien un delito asimilado a los efectos de la reincidencia, se duplicará el máximo de las penas de prisión y de multa aplicables.

Artículo 132-11

En los casos previstos reglamentariamente, cuando la persona física, ya condenada en sentencia firme por una falta de 5ª clase, cometa, en el plazo de un año a contar desde el cumplimiento o la prescripción de la pena precedente, la misma falta, el máximo de multa aplicable será de 20.000 francos.

§ 2 Personas jurídicas

Artículo 132-12

Cuando una persona jurídica, ya condenada en sentencia firme por un crimen o por un delito castigado por la ley con 700.000 francos de multa en caso de que sea cometido por una persona física, incurra en responsabilidad penal por un crimen, el grado máximo de la pena aplicable será igual a diez veces el previsto por la ley que castigue dicho crimen. En ese caso, la persona jurídica incurrirá,

además, en las penas mencionadas en el artículo 131-39, sin perjuicio de las disposiciones del último apartado de este artículo.

Artículo 132-13

(introducido por la Ley nº 2001-504 de 12 de junio de 2001 art. 15 Diario Oficial de 13 de junio de 2001)

Cuando una persona jurídica, ya condenada en sentencia firme por un crimen o por un delito castigado por la ley con una multa de 700.000 francos en caso de que sea cometido por una persona física, en el plazo de diez años a contar desde el cumplimiento o la prescripción de la pena precedente, incurra en responsabilidad penal por un delito castigado con la misma pena, el grado máximo de la multa aplicable será igual a diez veces el previsto por la ley que castigue este delito.

Cuando una persona jurídica, ya condenada anteriormente en sentencia firme por un crimen o por un delito castigado por la ley con una multa de 700.000 francos en caso de que sea cometido por una persona física, en el plazo de diez años a contar desde el cumplimiento o la prescripción de la pena precedente, incurra en responsabilidad penal por un delito castigado con la misma pena, el grado máximo de la multa aplicable será igual a diez veces el previsto por la ley que castigue este delito.

En los casos previstos en los dos párrafos anteriores, la persona jurídica incurrirá, además, en las penas mencionadas en el artículo 131-39, sin perjuicio de las disposiciones del último apartado de este artículo.

Artículo 132-14

Cuando una persona jurídica, ya condenada en sentencia firme por un delito, en un plazo de cinco años a contar desde el cumplimiento o la prescripción de la pena precedente incurra en responsabilidad penal o bien por el mismo delito, o bien por un delito afín, a efectos de reincidencia, el grado máximo de la multa aplicable será igual a diez veces el previsto por la ley que castigue este delito en cuanto a las personas físicas.

Artículo 132-15

En caso de que el reglamento lo prevea, cuando una persona jurídica, ya condenada en sentencia firme por una falta de 5ª clase, en el plazo de un año a contar desde el cumplimiento o la prescripción de la pena precedente, incurra en responsabilidad penal por la misma falta, el grado máximo de la multa aplicable será igual a diez veces el previsto en el reglamento que castigue esta falta en cuanto a las personas físicas.

§ 3: Disposiciones generales

Artículo 132-16

El robo, la extorsión, el chantaje, la estafa y la apropiación indebida serán considerados, a efectos de reincidencia, como una misma infracción.

Artículo 132-16-1

(introducido por la Ley nº 98-468 de 17 de junio de 1998 art. 10 Diario Oficial de 18 de junio de 1998)

Los delitos de agresiones sexuales y de ataques sexuales serán considerados, a efectos de reincidencia, como una misma infracción.

Artículo 132-16-2

(introducido por Ley nº 2003-495 de 12 de junio de 2003, art. 4 III, Diario Oficial de 13 de junio de 2003)

Los delitos de homicidio involuntario o de atentado involuntario a la integridad de la persona cometidos con ocasión de la conducción de un vehículo terrestre de motor previstos por los artículos 221-6-1, 222-19-1 y 222-20-1 serán considerados como una misma infracción a efectos de la reincidencia.

Los delitos previstos por los artículos L.221-2, L.324-1, L.235-1 y L.413-1 del código de la circulación serán considerados como una misma infracción a efectos de la reincidencia. Serán igualmente asimilados a los delitos mencionados en el párrafo precedente cuando constituyan el segundo término de la reincidencia.

ANEXO C – Código Penal italiano arts. 99 a 109

DE 19 de outubro de 1930.

Capo II - DELLA RECIDIVA, DELLA ABITUALITÀ E PROFESSIONALITÀ NEL REATO E

DELLA TENDENZA A DELINQUERE

Art. 99 - Recidiva

Chi, dopo essere stato condannato per un reato, ne commette un altro, può essere sottoposto a un aumento fino ad un sesto della pena da infliggere per il nuovo reato.

La pena può essere aumentata fino ad un terzo:

- 1) se il nuovo reato è della stessa indole;
- 2) se il nuovo reato è stato commesso nei cinque anni dalla condanna precedente;
- 3) se il nuovo reato è stato commesso durante o dopo l'esecuzione della pena, ovvero durante il tempo in cui il condannato si sottrae volontariamente all'esecuzione della pena.

Qualora concorrano più circostanze fra quelle indicate nei numeri precedenti, l'aumento di pena può essere fino alla metà.

Se il recidivo commette un altro reato, l'aumento della pena, nel caso preveduto dalla prima parte di questo articolo, può essere fino alla metà e, nei casi preveduti dai numeri 1) e 2)

del primo capoverso, può essere fino a due terzi; nel caso preveduto dal numero 3) dello stesso capoverso può essere da un terzo ai due terzi.

In nessun caso l'aumento di pena per effetto della recidiva può superare il cumulo delle pene risultante dalle condanne precedenti alla commissione del nuovo reato.

Art. 100 - Recidiva facoltativa (abrogato)

Art. 101 - Reati della stessa indole

Agli effetti della legge penale, sono considerati reati della stessa indole non soltanto quelli che violano una stessa disposizione di legge, ma anche quelli che, pure essendo preveduti da disposizioni diverse di questo codice ovvero da leggi diverse, nondimeno, per

la natura dei fatti che li costituiscono o dei motivi che li determinarono, presentano, nei casi concreti, caratteri fondamentali comuni.

Art. 102 - Abitualità presunta dalla legge

È dichiarato delinquente abituale chi, dopo essere stato condannato alla reclusione in misura superiore complessivamente a cinque anni per tre delitti non colposi, della stessa indole, commessi entro dieci anni, e non contestualmente, riporta un'altra condanna per un

delitto, non colposo, della stessa indole, e commesso entro i dieci anni successivi all'ultimo dei delitti precedenti.

Nei dieci anni indicati nella disposizione precedente non si computa il tempo in cui il condannato ha scontato pene detentive o è stato sottoposto a misure di sicurezza detentive.

Art. 103 - Abitualità ritenuta dal giudice

Fuori del caso indicato nell'articolo precedente, la dichiarazione di abitualità nel delitto è pronunciata anche contro chi, dopo essere stato condannato per due delitti non colposi, riporta un'altra condanna per delitto non colposo, se il giudice, tenuto conto della specie e gravità dei reati, del tempo entro il quale sono stati commessi, della condotta e del genere di vita del colpevole e delle altre circostanze indicate nel capoverso dell'articolo 133, ritiene che il colpevole sia dedito al delitto.

Art. 104 - Abitualità nelle contravvenzioni

Chi, dopo essere stato condannato alla pena dell'arresto per tre contravvenzioni della stessa indole, riporta condanna per un'altra contravvenzione, anche della stessa indole, è dichiarato contravventore abituale, se il giudice, tenuto conto della specie e gravità dei reati, del tempo entro il quale sono stati commessi, della condotta e del genere di vita del colpevole e delle altre circostanze indicate nel capoverso dell'articolo 133, ritiene che il colpevole sia dedito al reato.

Art. 105 - Professionalità nel reato

Chi, trovandosi nelle condizioni richieste per la dichiarazione di abitualità, riporta condanna per un altro reato, è dichiarato delinquente o contravventore professionale, qualora, avuto riguardo alla natura dei reati, alla condotta e al genere di vita del colpevole e alle altre circostanze indicate nel capoverso dell'articolo 133, debba ritenersi che egli viva abitualmente, anche in parte soltanto, dei proventi del reato.

Art. 106 - Effetti dell'estinzione del reato o della pena

Agli effetti della recidiva e della dichiarazione di abitualità o di professionalità nel reato, si tien conto altresì delle condanne per le quali è intervenuta una causa di estinzione del reato o della pena.

Tale disposizione non si applica quando la causa estingue anche gli effetti penali.

Art. 107 - Condanna per vari reati con una sola sentenza

Le disposizioni relative alla dichiarazione di abitualità o di professionalità nel reato si applicano anche se, per i vari reati, è pronunciata condanna con una sola sentenza.

Art. 108 - Tendenza a delinquere

È dichiarato delinquente per tendenza chi, sebbene non recidivo o delinquente abituale o professionale, commette un delitto non colposo, contro la vita o l'incolumità individuale, anche non preveduto dal capo I del titolo XII del libro II di questo codice, il quale, per

se e unitamente alle circostanze indicate nel capoverso dell'articolo 133, riveli una speciale inclinazione al delitto, che trovi sua causa nell'indole particolarmente malvagia del colpevole.

La disposizione di questo articolo non si applica se la inclinazione al delitto è originata dall'infermità preveduta dagli artt. 88 e 89.

Art. 109 - Effetti della dichiarazione di abitualità, professionalità o tendenza a delinquere

Oltre gli aumenti di pena stabiliti per la recidiva e i particolari effetti indicati da altre disposizioni di legge, la dichiarazione di abitualità o di professionalità nel reato o di tendenza a delinquere importa l'applicazione di misure di sicurezza.

La dichiarazione di abitualità o di professionalità nel reato può essere pronunciata in ogni tempo, anche dopo la esecuzione della pena; ma se è pronunciata dopo la sentenza di condanna, non si tien conto della successiva condotta del colpevole e rimane ferma la pena inflitta.

La dichiarazione di tendenza a delinquere non può essere pronunciata che con la sentenza di condanna.

La dichiarazione di abitualità e professionalità nel reato e quella di tendenza a delinquere si estinguono per effetto della riabilitazione.

ANEXO D – Código Penal português – arts. 75, 76, 83 a 89

Decreto-Lei n.º 400/82, de 23 de Setembro, revisto pelo Decreto-Lei n.º 48/95, de 15 de Março.

SECÇÃO II**Reincidência****Artigo 75º****Pressupostos**

1 - É punido como reincidente quem, por si só ou sob qualquer forma de participação, cometer um crime doloso que deva ser punido com prisão efectiva superior a 6 meses, depois de ter sido condenado por sentença transitada em julgado em pena de prisão efectiva superior a 6 meses por outro crime doloso, se, de acordo com as circunstâncias do caso, o agente for de censurar por a condenação ou as condenações anteriores não lhe terem servido de suficiente advertência contra o crime.

2 - O crime anterior por que o agente tenha sido condenado não releva para a reincidência se entre a sua prática e a do crime seguinte tiverem decorrido mais de 5 anos; neste prazo não é computado o tempo durante o qual o agente tenha cumprido medida processual, pena ou medida de segurança privativas da liberdade.

3 - As condenações proferidas por tribunais estrangeiros contam para a reincidência nos termos dos números anteriores, desde que o facto constitua crime segundo a lei portuguesa.

4 - A prescrição da pena, a amnistia, o perdão genérico e o indulto, não obstam à verificação da reincidência.

Artigo 76º**Efeitos**

1 - Em caso de reincidência, o limite mínimo da pena aplicável ao crime é elevado de um terço e o limite máximo permanece inalterado. A agravação não pode exceder a medida da pena mais grave aplicada nas condenações anteriores.

2 - As disposições respeitantes à pena relativamente indeterminada, quando aplicáveis, prevalecem sobre as regras da punição da reincidência.

CAPÍTULO V**Pena relativamente indeterminada****SECÇÃO I****Delinquentes por tendência****Artigo 83º****Pressupostos e efeitos**

1 - Quem praticar crime doloso a que devesse aplicar-se concretamente prisão efectiva por mais de 2 anos e tiver cometido anteriormente dois ou mais crimes dolosos, a cada um dos quais tenha sido ou seja aplicada prisão efectiva também por mais de 2 anos, é punido com uma pena relativamente indeterminada, sempre que a avaliação conjunta dos factos praticados e da personalidade do agente

revelar uma acentuada inclinação para o crime, que no momento da condenação ainda persista.

2 - A pena relativamente indeterminada tem um mínimo correspondente a dois terços da pena de prisão que concretamente caberia ao crime cometido e um máximo correspondente a esta pena acrescida de 6 anos, sem exceder 25 anos no total.

3 - Qualquer crime anterior deixa de ser tomado em conta, para efeito do disposto no nº 1, quando entre a sua prática e a do crime seguinte tiverem decorrido mais de 5 anos; neste prazo não é computado o período durante o qual o agente cumpriu medida processual, pena de prisão ou medida de segurança privativa da liberdade.

4 - São tomados em conta, nos termos dos números anteriores, os factos julgados em país estrangeiro que tiverem conduzido à aplicação de prisão efectiva por mais de 2 anos, desde que a eles seja aplicável, segundo a lei portuguesa, pena de prisão superior a 2 anos.

(Redacção da Lei nº 65/98, de 2 de Setembro)

Artigo 84º

Outros casos de aplicação da pena

1 - Quem praticar crime doloso a que devesse aplicar-se concretamente prisão efectiva e tiver cometido anteriormente quatro ou mais crimes dolosos, a cada um dos quais tenha sido ou seja aplicada pena de prisão efectiva, é punido com uma pena relativamente indeterminada sempre que se verificarem os restantes pressupostos fixados no nº 1 do artigo anterior.

2 - A pena relativamente indeterminada tem um mínimo correspondente a dois terços da pena de prisão que concretamente caberia ao crime e um máximo correspondente a esta pena acrescida de 4 anos, sem exceder 25 anos no total.

3 - É correspondentemente aplicável o disposto no nº 3 do artigo anterior.

4 - São tomados em conta, nos termos dos números anteriores, os factos julgados em país estrangeiro que tiverem conduzido à aplicação de prisão efectiva, desde que a eles seja aplicável, segundo a lei portuguesa, pena de prisão.

(Redacção da Lei nº 65/98, de 2 de Setembro)

Artigo 85º

Restrições

1 - Se os crimes forem praticados antes de o agente ter completado 25 anos de idade, o disposto nos artigos 83º e 84º só é aplicável se aquele tiver cumprido prisão no mínimo de 1 ano.

2 - No caso do número anterior, o limite máximo da pena relativamente indeterminada corresponde a um acréscimo de 4 ou de 2 anos à prisão que concretamente caberia ao crime cometido, consoante se verificarem os pressupostos do artigo 83º ou do artigo 84º.

3 - O prazo referido no nº 3 do artigo 83º é, para efeito do disposto neste artigo, de 3 anos.

SECÇÃO II

Alcoólicos e equiparados

Artigo 86º

Pressupostos e efeitos

1 - Se um alcoólico ou pessoa com tendência para abusar de bebidas alcoólicas praticar crime a que devesse aplicar-se concretamente prisão efectiva e tiver cometido anteriormente crime a que tenha sido aplicada também prisão efectiva, é punido com uma pena relativamente indeterminada sempre que os crimes tiverem sido praticados em estado de embriaguez ou estiverem relacionados com o alcoolismo ou com a tendência do agente.

2 - A pena relativamente indeterminada tem um mínimo correspondente a dois terços da pena de prisão que concretamente caberia ao crime cometido e um máximo correspondente a esta pena acrescida de 2 anos na primeira condenação e de 4 anos nas restantes, sem exceder 25 anos no total. (Redacção da Lei nº 65/98, de 2 de Setembro)

Artigo 87º

Sentido da execução da pena

A execução da pena prevista no artigo anterior é orientada no sentido de eliminar o alcoolismo do agente ou combater a sua tendência para abusar de bebidas alcoólicas.

Artigo 88º

Abuso de estupefacientes

O disposto nos artigos 86º e 87º é correspondentemente aplicável aos agentes que abusarem de estupefacientes.

SECÇÃO III

Disposições comuns

Artigo 89º

Plano de readaptação

1 - Em caso de aplicação de pena relativamente indeterminada, é elaborado, com a brevidade possível, um plano individual de readaptação do delinquente com base nos conhecimentos que sobre ele houver e, sempre que possível, com a sua concordância.

2 - No decurso do cumprimento da pena são feitas no plano as modificações exigidas pelo progresso do delinquente e por outras circunstâncias relevantes.

3 - O plano e as suas modificações são comunicados ao delinquente.

ANEXO E – Código Penal argentino – arts. 50 a 53

LEY 11.179

(T.O. 1984 actualizado)

TITULO VIII

REINCIDENCIA

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

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

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

ARTICULO 51.- Todo ente oficial que lleve registros penales se abstendrá de informar sobre datos de un proceso terminado por sobreseimiento o sentencia absolutoria. En ningún caso se informará la existencia de detenciones que no provengan de la formación de causa, salvo que los informes se requieran para resolver un hábeas corpus o en causas por delitos de que haya sido víctima el detenido.

El registro de las sentencias condenatorias caducará a todos sus efectos:

1. Después de transcurridos diez años desde la sentencia (art. 27) para las condenas condicionales;
2. Después de transcurridos diez años desde su extinción para las demás condenas a penas privativas de la libertad;
3. Después de transcurridos cinco años desde su extinción para las condenas a pena de multa o inhabilitación.

En todos los casos se deberá brindar la información cuando mediare expreso consentimiento del interesado. Asimismo, los jueces podrán requerir la información, excepcionalmente, por resolución que sólo podrá fundarse en la necesidad concreta del antecedente como elemento de prueba de los hechos en un proceso judicial.

Los tribunales deberán comunicar a los organismos de registro la fecha de caducidad:

1. Cuando se extingan las penas perpetuas;
2. Cuando se lleve a cabo el cómputo de las penas temporales, sean condicionales o de cumplimiento efectivo;
3. Cuando se cumpla totalmente la pena de multa o, en caso de su sustitución por prisión (art. 21, párr. 2º), al efectuar el cómputo de la prisión impuesta;
4. Cuando declaren la extinción de las penas en los casos previstos por los artículos 65, 68 y 69.

La violación de la prohibición de informar será considerada como violación de secreto en los términos del artículo 157, si el hecho no constituyere un delito más severamente penado.

ARTICULO 52.- Se impondrá reclusión por tiempo indeterminado como accesoria de la última condena, cuando la reincidencia fuere múltiple en forma tal que mediaren las siguientes penas anteriores:

1. Cuatro penas privativas de libertad, siendo una de ellas mayor de tres años;
2. Cinco penas privativas de libertad, de tres años o menores.

Los tribunales podrán, por una única vez, dejar en suspenso la aplicación de esta medida accesoria, fundando expresamente su decisión en la forma prevista en el artículo 26.

ARTICULO 53.- En los casos del artículo anterior, transcurridos cinco años del cumplimiento de la reclusión accesoria, el tribunal que hubiera dictado la última condena o impuesto la pena única estará facultado para otorgarle la libertad condicional, previo informe de la autoridad penitenciaria, en las condiciones compromisorias previstas en el artículo 13, y siempre que el condenado hubiera mantenido buena conducta, demostrando aptitud y hábito para el trabajo, y demás actitudes que permitan suponer verosímilmente que no constituirá un peligro para la sociedad. Transcurridos cinco años de obtenida la libertad condicional el condenado podrá solicitar su libertad definitiva al tribunal que la concedió, el que decidirá según sea el resultado obtenido en el período de prueba y previo informe del patronato, institución o persona digna de confianza, a cuyo cargo haya estado el control de la actividad del liberado. Los condenados con la reclusión accesoria por tiempo indeterminado deberán cumplirla en establecimientos federales.

La violación por parte del liberado de cualquiera de las condiciones establecidas en el artículo 13 podrá determinar la revocatoria del beneficio acordado y su reintegro al régimen carcelario anterior. Después de transcurridos cinco años de su reintegro al régimen carcelario podrá en los casos de los incisos 1º, 2º, 3º y 5º del artículo 13, solicitar nuevamente su libertad condicional.

ANEXO F – Código Penal uruguayo – arts. 47 a 53

Lei n. 9.414, de 29 de junho de 1934.

CAPITULO II

De las circunstancias agravantes

Artículo 47.

Agravan el delito, cuando no constituyen elementos constitutivos o circunstancias agravantes especiales del mismo, las circunstancias siguientes :

1. (Alevosía).- Se entiende que existe alevosía cuando la víctima se halla en condiciones inadecuadas de cualquier naturaleza que fueren, para prevenir el ataque o defenderse de la agresión.
2. (Móvil de interés).- Cometerlo mediante precio, recompensa o promesa remuneratoria.
3. (Causa de estrago).- Ejecutar el delito de inundación, incendio, veneno, explosión, varamiento de nave o averías causada de propósito, descarrilamiento de ferrocarril u otro artificio que pueda ocasionar grandes estragos o dañar a otras personas.
4. (Causación de males innecesarios).- Aumentar deliberadamente el mal del delito, causando otros males innecesarios para su ejecución.
5. (Premeditación y engaño).- Obrar con premeditación conocida, o emplear astucia, fraude o disfraz.
6. (Abuso de fuerza).- Abusar de la superioridad del sexo, de las fuerzas o de las armas, en condiciones que el ofendido no pueda defenderse con probabilidades de repeler la ofensa.
7. (Abuso de confianza).- Cometer el delito con abuso de confianza.
8. (Carácter público del agente).- Prevalerse del carácter público que tenga el culpable.
9. (Móvil de ignominia).- Emplear Medios o hacer que concurren circunstancias que añadan la ignominia a los efectos propios del hecho.
10. (Disminución de la defensa).- Cometer el delito con ocasión de incendio, naufragio, sedición, tumulto o conmoción popular u otra calamidad o desgracia.
11. (Substracción a las consecuencias naturales o legales del delito).- Ejecutarlo con auxilio de gente armada o de personas que aseguren o proporcionen la impunidad.
12. (Facilidades de orden natural).- Ejecutarlo de noche o en despoblado, salvo que el Juez, según el delito y las circunstancias no juzgara conveniente su aplicación.
13. (Menosprecio de la autoridad).- Ejecutarlo en desprecio o con ofensa de la autoridad pública, o en el lugar en que se halla ejerciendo sus funciones.
14. (Abuso de autoridad, de relaciones domésticas, etc.).- Haber cometido el hecho con abuso de autoridad, o de las relaciones domésticas o de la cohabitación o con violación de los deberes inherentes al estado, cargo, oficio o profesión.

15. (De las cosas públicas, o expuestas a la fe pública).- Haber cometido el hecho sobre cosas existentes en establecimientos públicos o que se hallaren bajo secuestro, o expuestas por necesidad o por la costumbre a la fe pública, o destinadas al servicio pública, o de utilidad, defensa o reverencia pública.

48.

Agravan también la responsabilidad :

1. (La reincidencia).- Se entiende por tal, el acto de cometer un delito, antes de transcurridos cinco años de la condena por un delito anterior, haya o no sufrido el agente la pena cometido en el país o fuera de él, debiendo descontarse, para la determinación del plazo, los días que el agente permaneciera privado de la libertad, o por la detención preventiva, o por la pena.
2. (Habitualidad facultativa).- Puede ser considerado habitual el que habiendo sido condenado por dos delitos anteriores, cometidos en el país o fuera de él, haya o no sufrido la pena, cometiere un nuevo delito, antes de transcurridos diez años desde la condena por el primer delito.
3. (Habitualidad preceptiva).- Debe ser considerado habitual el que, además de hallarse en las condiciones especificados en el inciso precedente, acusare una tendencia definida al delito en concepto del Juez, por el género de vida que lleva, su inclinación a la ociosidad, la inferioridad moral del medio en que actúa, las relaciones que cultiva, los móviles que surgen del delito cometido y todos los demás antecedentes de análogo carácter.

La habitualidad, lo obliga al Juez a adoptar medidas de seguridad.

49. (Limitaciones a la reincidencia y a la habitualidad)

No existe reincidencia ni habitualidad entre delitos dolosos y culpables, entre delitos comunes y militares, entre delitos comunes y políticos, entre delitos y faltas.

CAPITULO III

Efectos de las circunstancias agravantes y atenuantes, de su concurrencia, y de su comunicabilidad

Artículo 50. (Efectos de las circunstancias agravantes y atenuantes)

Las circunstancias agravantes, tanto las generales como las especiales, le permiten al Juez llegar al máximo ; y las atenuantes, el mínimo de la pena establecida para cada delito.

Para elevar o rebajar la pena, el Juez atenderá, preferentemente, a la calidad de las circunstancias concurrentes y a las conclusiones que ellas permitan derivar acerca de la mayor o menor peligrosidad del agente.

51. (Circunstancias que no se tienen en cuenta)

No influyen en el aumento de la pena las circunstancias inherentes al delito, las que constituyen, por sí mismas, delitos independientes y las que la ley ha previsto como agravantes especiales del hecho.

52. (Normas sobre la comunicabilidad)

No se comunican las circunstancias agravantes o atenuantes personales. Se comunican en cambio las agravantes reales y aún las personales que siendo conocidas por los partícipes, contribuyeren a facilitar la ejecución del hecho.

Se llaman personales las que, por causas físicas, morales o sociales, sólo concurren en determinados agentes del delito ; y se denominan reales, las que derivan su carácter del modo, del lugar, de la ocasión, de la hora y de los demás factores que atañen a la ejecución material de hecho, conocidas por los partícipes antes o durante la ejecución.

53. (Concurrencia de circunstancias agravantes y atenuantes)

Cuando concurren circunstancias agravantes y atenuantes en el mismo hecho, el Juez, teniendo en cuenta su valor esencialmente sintomático, tratará de formarse conciencia acerca de la peligrosidad del agente, fijando la pena entre el máximo y el mínimo de acuerdo con las indicaciones que dicho examen le sugiera.

ANEXO G – Código Penal cubano – arts. 55, 67 e 89

Lei n. 62, de 23 de dezembro de 1987.

SECCIÓN OCTAVA: La Reincidencia y Multirreincidencia

Artículo 55. 1. Hay reincidencia cuando al delinquir el culpable ya había sido ejecutoriamente sancionado con anterioridad por otro delito intencional, bien sea éste de la misma especie o de especie diferente.

2. Hay multirreincidencia cuando al delinquir el culpable ya había sido ejecutoriamente sancionado con anterioridad por dos o más delitos intencionales, bien sean éstos de la misma especie o de especies diferentes.

3. Con respecto al acusado que comete un delito intencional reprimido con sanción que exceda de un año de privación de libertad o de trescientas cuotas de multa, el tribunal le adecua la sanción de la manera siguiente:

a) si con anterioridad ha sido sancionado por un delito de la misma especie del que se juzga, dentro de la escala resultante después de haber aumentado en un tercio sus límites mínimo y máximo;

b) si con anterioridad ha sido sancionado por dos o más delitos de la misma especie del que se juzga, dentro de la escala resultante después de haber aumentado en la mitad sus límites mínimo y máximo;

c) si con anterioridad ha sido sancionado por un delito de especie distinta del que se juzga, dentro de la escala resultante después de haber aumentado en una cuarta parte sus límites mínimo y máximo;

ch) si con anterioridad ha sido sancionado por dos o más delitos de especie distinta del que se juzga, dentro de la escala resultante después de haber aumentado en un tercio sus límites mínimo y máximo.

4. Con respecto al acusado que comete un delito intencional, reprimido con sanción hasta un año de privación de libertad o de trescientas cuotas de multa, el tribunal podrá adecuar la sanción en la forma indicada en el apartado que antecede.

5. En cualquiera de estos casos, el tribunal puede disponer, en la propia sentencia, que, una vez cumplida la sanción de privación de libertad, el sancionado quede sujeto a una vigilancia especial de los órganos de la Policía Nacional Revolucionaria por un período de tres a cinco años, e imponerle todas o algunas de las obligaciones siguientes, que pueden ser cambiadas o modificadas en cualquier momento por el propio tribunal:

- a) prohibición de cambiar de residencia sin autorización del tribunal;
- b) prohibición de frecuentar medios o lugares determinados;

c) presentación ante el tribunal en las oportunidades que éste previamente le fije;
ch) cualquier otra medida que pueda contribuir a su reeducación.

6. A los efectos de la aplicación de las disposiciones contenidas en este artículo, los tribunales tendrán en cuenta las sentencias dictadas por los tribunales extranjeros, acreditadas éstas de conformidad con los tratados suscritos por la República o, en su defecto, mediante certificación expedida por el Registro Central de Sancionados.

ARTÍCULO 67.1. Los antecedentes penales se cancelan de oficio o a instancia del propio interesado.

2. Los antecedentes penales se cancelan de oficio cuando el Registro Central de Sancionados, por cualquier medio, tenga conocimiento de que se ha producido alguna de las circunstancias siguientes:

- a) muerte del sancionado;
- b) haber arribado el sancionado a los setenta años de edad y no hallarse cumpliendo sanción;
- c) haberse dictado sentencia absolutoria en proceso de revisión o de inspección judicial;
- ch) amnistía;
- d) indulto definitivo, siempre que en el acuerdo que lo conceda se disponga expresamente la cancelación del antecedente penal;
- e) referirse el antecedente penal a hechos que, por efecto de una ley penal posterior hayan dejado de constituir delito;
- f) estar dispuesto, específicamente, en este Código;
- g) haber transcurrido diez años a partir de la fecha en que fue cumplida la sanción impuesta.

3. La cancelación de oficio, a que se refiere el inciso g) del apartado anterior, no procederá, en ningún caso, cuando se trate de reincidentes o multirreincidentes, o de sancionados por delitos contra la seguridad del Estado.

4. Los antecedentes penales también se cancelan por el Ministerio de Justicia, a instancia del propio sancionado, siempre que se hayan cumplido los requisitos siguientes:

- a) haber extinguido el sancionado todas las sanciones impuestas, ya sea por cumplimiento o, en caso de indulto, remisión condicional, o

libertad condicional, por haber decursado el término en que debieron haber quedado cumplidas;

b) haber satisfecho totalmente el sancionado la responsabilidad civil, o hallarse cumpliéndola satisfactoriamente;

c) haber transcurrido, después de extinguida la sanción, el término que, según la cuantía o naturaleza de la impuesta, se dispone en el apartado siguiente;

ch) haber observado el sancionado con posterioridad al cumplimiento de la sentencia, o desde que fue indultado, remitida la sanción o puesto en libertad condicional, una conducta ajustada a las normas de la convivencia social y una actitud honrada ante el trabajo.

5. El término que debe transcurrir, a los efectos de la cancelación de los antecedentes penales a instancia del propio sancionado, es el que corresponda según la escala siguiente:

a) el de diez años, cuando la sanción impuesta sea la de privación de libertad de diez años y un día a treinta años;

b) el de ocho años, cuando la sanción impuesta sea la de privación de libertad de seis años y un día a diez años;

c) el de cinco años, cuando la sanción impuesta sea la de privación de libertad de tres años y un día a seis años;

ch) el de tres años, cuando la sanción impuesta sea la de privación de libertad de uno a tres años;

d) el de un año, cuando se trate de cualquier otra sanción.

6. No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, si después de cumplida la sentencia, el sancionado observa una conducta ajustada a las normas de la convivencia en sociedad y una actitud ejemplar en el trabajo, el Ministro de Justicia puede, de haberse cumplido los otros requisitos, cancelar los antecedentes penales sin esperar a que transcurra el término correspondiente de a escala anterior.

ARTÍCULO 89. Al reincidente o multirreincidente que no cumpla alguna de las obligaciones que le haya impuesto el tribunal, después de la extinción de la sanción de conformidad con lo dispuesto en el artículo 55, o que haya obstaculizado su cumplimiento, el tribunal puede imponerle una medida de seguridad consistente en su internamiento en un centro para su readaptación por término que no se fija anticipadamente, pero que no puede exceder de cinco años.

ANEXO H - Projeto de Lei n. 3.473/2000 – arts. 59 e 61

Dá nova redação a artigos do Código Penal brasileiro.

Individualização judicial da pena

Art. 59. O juiz, atendendo à culpabilidade, antecedentes, reincidência e condições pessoais do acusado, bem como as oportunidades sociais a ele oferecidas, aos motivos, circunstâncias e conseqüências do crime e ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente à individualização da pena:

I – a espécie e a quantidade de pena aplicável;

II – o regime fechado ou semi-aberto como etapa inicial de cumprimento da pena;

III – a restrição de direito cabível.

Parágrafo único. A escolha do regime inicial de cumprimento de pena independe da quantidade fixada, observados os limites máximos previstos no art. 34. (NR)

Antecedentes

Art. 61. A existência de investigação, instrução preliminar ou ação penal não será considerada como maus antecedentes. (NR)