

REFLEXOS DA REINCIDÊNCIA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Diego Alan Schöfer Albrecht¹

Marcos Afonso Johnner²

RESUMO

A reincidência é um instituto jurídico-penal que reflete diversificados efeitos na teoria da pena e, conseqüentemente, no cotidiano forense. Estudar criticamente os respectivos efeitos é de suma importância para qualquer pessoa interessada na reflexão do sistema penal, tanto na parte teórica quanto na *práxis*. Este escrito objetiva verificar se a reincidência, utilizada enquanto agravante no cálculo da pena, fere ou não a regra do *ne bis in idem*. Para tanto, num primeiro momento, busca-se definir os contornos do instituto da reincidência e demonstrar quais seus principais efeitos práticos; após, adentra-se na discussão acerca da proibição do *bis in idem*; e, por fim, procura-se explicar o porquê de a agravante da reincidência acarretar dupla punição pelo mesmo fato. Assim, parte-se da hipótese de que, uma vez acobertada pela coisa julgada material, a punição anterior não pode servir como escopo para agravar a pena em concreto de fato superveniente; ou seja, a agravante da reincidência enseja violação à regra do *ne bis in idem*.

Palavras-chave: Agravante. Reincidência. *Bis in idem*.

1 INTRODUÇÃO

A reincidência é um instituto jurídico-penal que reflete diversificados efeitos na teoria da pena e, conseqüentemente, no cotidiano forense. Estudar criticamente os

¹ Doutorando (2016-) e Mestre (2011) em Ciências Criminais pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS). Graduado em Direito pela Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul (2008). Coordenador e Professor do Curso de Direito e Membro do Comitê de Ética em Pesquisa da Faculdades de Itapiranga (FAI).

² Bacharelado em Direito pela Faculdades de Itapiranga (FAI). Pesquisador do grupo Ciências Criminais na Contemporaneidade: diálogos entre criminologia, dogmática penal e política criminal (FAI).

respectivos efeitos é de suma importância para qualquer pessoa interessada na reflexão do sistema penal, tanto na parte teórica quanto (principalmente) na *práxis*.

O presente estudo visa a delinear a reincidência e apresentar suas principais consequências jurídico-penais, para o fim póstumo de verificar se a sua utilização enquanto agravante, na segunda fase de dosimetria da pena, viola a regra proibitiva da dupla punição pelo mesmo fato (*bis in idem*).

Estabelecido o problema, parte-se da hipótese de que a agravante da pena decorrente da reincidência acarreta a dupla punição do réu pelo mesmo fato, violando, por conseguinte, a máxima basilar da vedação do *bis in idem*.

2 O INSTITUTO DA REINCIDÊNCIA

De início, é relevante destacar que a reincidência constitui conceito jurídico-positivo, e não lógico-jurídico, justamente porque não se apresenta como estrutura universal, aplicável a qualquer ordem jurídica; pelo contrário, depende da existência de previsão legal para a sua exteriorização.

Para esclarecer, “o *conceito jurídico-positivo* é construído a partir da observação de uma determinada realidade normativa e, por isso mesmo, apenas a ela é aplicável” (DIDIER JR., 2012, p. 39). Exemplo é a diferenciação entre crime e delito no direito alemão, inextensível ao solo tupiniquim, que não distingue ambas as figuras.

De outra banda, o conceito lógico-jurídico, ou *conceito fundamental*, é aquele que apresenta pretensão de validade universal, visando a “auxiliar a compreensão do fenômeno jurídico onde e quando ele ocorra” (DIDIER, 2012, p. 42). Assim sendo, é concebido *a priori*, desvinculado de qualquer realidade jurídica determinada, porém carregando certa carga de experiência. Por derradeiro, os conceitos fundamentais são construídos a partir da observação do fenômeno jurídico, funcionando como “instrumentos indispensáveis à investigação empírica”; além disso, são tidos como formais e, portanto, invariáveis, pois o que varia é apenas o “conteúdo normativo a ser extraído dos enunciados normativos do Direito positivo” (DIDIER JR., 2012, p. 43-44).

Portanto, a percepção do que vem a constituir o fenômeno da reincidência depende da ordem jurídica em que ela está inserida, já que referida categoria

dogmática não se revela como modelo preconcebido e, por conseguinte, estendível a qualquer ordenamento jurídico; sua compreensão exige prévia constatação do direito positivo.³

No Brasil, *exempli gratia*, “verifica-se a reincidência quando o agente comete novo crime, depois de transitar em julgado a sentença que, no País ou no estrangeiro, o tenha condenado por crime anterior” (art. 63, CP). Não se trata, propriamente, de um conceito, mas tão só da enumeração das *condições de sua verificabilidade* (CARVALHO, 2002, p. 62). De todo modo, estabelece-se requisito formal prévio para sua configuração: *o trânsito em julgado da sentença penal condenatória*. Consequentemente, a prática de novo delito durante o curso do processo penal não pode ser entendida como reincidência.

A redação é clara ao referir-se à sentença penal *condenatória*. Obviamente, absolvido o réu, própria ou imprópria (nos casos de inimputabilidade), não poderá ser considerado reincidente, por imperativo de ordem lógica. Decisões extintivas da punibilidade não eliminam a reincidência, considerando o juízo de culpabilidade que anteriormente incidiu ao injusto praticado pelo agente; excetuam-se os casos de *abolitio criminis* e anistia, que repercutem diretamente na tipicidade do comportamento antecedente, o que implica, por conseguinte, a impossibilidade de censura sobre tipicidade inexistente (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2011, p. 720).

O texto esculpido no art. 63 do Código Penal permite seja considerada a sentença condenatória proferida tanto em solo nacional quanto no exterior para fins de verificação da reincidência. Relativamente à decisão estrangeira, Zaffaroni e Pierangeli (2011, p. 720) lecionam que ela deve decorrer “de uma conduta que também seja típica no Brasil, pois seria absurdo que alguém fosse considerado reincidente, em razão de uma condenação anterior fundada num fato atípico no território nacional”.

Além do mais, com o objetivo de preservar o núcleo de direitos e garantias da Constituição Federal (o que a cada dia parece sempre mais distante), a condenação estrangeira deve ter sido prolatada em observância ao princípio do devido processo legal, que configura axioma indispensável ao processo penal democrático - *nulla culpa sine iudicio* (FERRAJOLI, 2002, p. 75). Destarte, caso o sujeito tenha sido condenado em país que não assegura o direito de defesa, não poderá ser considerado reincidente no Brasil (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2011, p. 720-721).

Por fim, a legislação estrangeira sob a qual se assentou o édito condenatório deve coadunar-se com o direito positivo pátrio em relação aos efeitos da

³ Veja-se, a propósito, o que enunciou Zaffaroni (1988, p. 343, tradução livre): “analisar em abstrato a natureza da reincidência não é factível, pois cada legislação tem seu próprio sistema, que a dogmática deve respeitar”.

reincidência; afinal, “não seria possível condenar como reincidente no Brasil uma pessoa condenada na Colômbia, porque a legislação deste país não admite a reincidência” (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2011, p. 721).

Tais pressupostos de alinhamento do instituto em estudo delineiam logicamente a estrutura de sua aplicação normativa, assegurando eficácia ao direito nacional vigente, para que, assim, as condenações estrangeiras não se desalinhem teleologicamente da positividade da ordem jurídica brasileira.

Para efeito de reincidência “não prevalece a condenação anterior, se entre a data do cumprimento ou extinção da pena e a infração posterior tiver decorrido período de tempo superior a 5 (cinco) anos, computado o período de prova da suspensão ou do livramento condicional, se não ocorrer revogação” (art. 64, I, CP). A lei estabelece, assim, um espaço de tempo com o objetivo de evitar a perpetuação das consequências da reincidência.⁴

Do mesmo modo, não se consideram os crimes militares próprios e políticos (art. 64, II, CP). Delitos militares próprios são “aqueles que só um militar pode cometer, por sua própria condição, os quais, se realizados por pessoa que não seja militar, são atípicos” e, por derradeiro, não importam em reincidência. Políticos são os crimes que atentam, “exclusivamente, contra os interesses do Estado” (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2011, p. 721-722), e, diante do silêncio da lei, aí se incluem tanto “os delitos políticos *próprios* (que somente lesam ou põem em risco a organização política) como ainda os crimes políticos *impróprios* (que também ofendem outros interesses, além da organização política)” (DELMANTO et al, 2002, p. 128).

Por último, cumpre destacar que a Reforma da Parte Geral, em 1984, aboliu a divisão entre reincidência genérica e específica, pelo menos em regra, constante da redação original do diploma repressor. Falava-se em reincidência genérica, quando os crimes eram de natureza diversa, e em reincidência específica, quando da mesma natureza (art. 46, § 1º, I e II, redação original do CP). A segunda modalidade provocava efeitos nefastos, uma vez que importava na aplicação da pena privativa de liberdade acima da metade da soma do mínimo com o máximo, e a aplicação da pena mais grave em qualidade, dentre as cominadas alternativamente, sem prejuízo da cumulação com o escrito antes da conjunção aditiva (art. 47, I e II, redação original do CP).

⁴ A redação original do Código Penal, em 1940, não estabelecia tal limite, o qual só ganhou previsão legal a partir da Lei n. 6.416, de 1977.

2.1 Consequências práticas da reincidência no Código Penal

Topologicamente, o primeiro gravame da reincidência influi no regime inicial de cumprimento de pena. Com efeito, o condenado *não reincidente*, cuja pena seja superior a quatro anos e não exceda a oito, poderá, desde o princípio, cumpri-la em regime semiaberto, e o *não reincidente* condenado a pena igual ou inferior a quatro anos poderá, desde o início, cumpri-la em regime aberto (art. 33, § 2º, “b” e “c”, CP).

A determinação do regime inicial de cumprimento da pena far-se-á com observância da culpabilidade, dos antecedentes, da conduta social, da personalidade do agente, dos motivos, das circunstâncias e das consequências do crime, bem como do comportamento da vítima, de acordo com a necessidade e suficiência para reprovação e prevenção do crime (art. 33, § 3º c/c art. 59, *caput*, ambos do CP). Assim, é possível que o juiz, desde que motivadamente, aplique regime mais gravoso do que aquele que corresponderia à pena fixada, independentemente da reincidência. Rogério Greco explica:

Suponhamos que o agente tenha sido condenado ao cumprimento de uma pena de seis anos de reclusão. Se analisássemos somente as alíneas do § 2º do art. 33 do Código Penal, teríamos de concluir que, não sendo reincidente, o seu regime inicial seria o semiaberto. Contudo, além da quantidade de pena aplicada e da primariedade, é preciso saber se as condições judiciais elencadas pelo art. 59 do Código Penal permitem que a pena seja cumprida sob essa modalidade de regime. Não sendo possível, o juiz deverá explicitar os motivos pelos quais está determinando ao sentenciado regime mais rigoroso do que aquele previsto para a quantidade de pena a ele aplicada (GRECO, 2014, p. 491).

De acordo com o enunciado da Súmula nº 719 da Corte Suprema, “a imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea”. Referido precedente é de todo desnecessário, pois a regra da motivação das decisões judiciais consta expressamente na Constituição Federal (art. 93, IX); no entanto, como a letra do texto magno é de pouca ou quase nenhuma utilidade nos tempos recentes, diante da (super)valorização da jurisprudência frente a lei (a exemplo das orientações jurisprudenciais no direito trabalhista), é bom fazer menção à Constituição, apenas a título de complementação ao enunciado sumular.

De mais a mais, o enunciado da Súmula nº 718 do Supremo Tribunal Federal (STF) contém situação caracterizadora de decisão não fundamentada, ao aduzir que “a opinião do julgador sobre a gravidade em abstrato do crime não constitui motivação idônea para a imposição de regime mais severo do que o permitido segundo a pena aplicada”. O

Superior Tribunal de Justiça (STJ), por sua vez, editou a Súmula nº 440, estabelecendo que, “fixada a pena-base no mínimo legal, é vedado o estabelecimento de regime prisional mais gravoso do que o cabível em razão da sanção imposta, com base apenas na gravidade abstrata do delito”.

Portanto, o regime mais gravoso somente será aplicado em decisão fundamentada e atenta às circunstâncias concretas que ensejaram o processo penal; do contrário, tendo como escopo apenas a gravidade abstrata do crime, não se considerará motivada. Ao reverso, verificando-se a reincidência do réu, o regime inicial há de ser-lhe mais oneroso, independentemente da gravidade concreta, nos termos do precitado art. 33, § 2º, do CP.

Adiante, outro empecilho decorrente da reincidência é a barreira que se impõe à substituição da pena privativa de liberdade por pena restritiva de direitos. Destaca-se que o óbice atinge a reiteração por delito doloso, não se aplicando aos culposos, conforme a dicção do art. 44, II, do CP; é dizer, se o agente possui condenação transitada em julgado pelo crime de furto e, depois disso, vem a praticar o delito de lesão corporal culposa, não lhe poderá ser negado o benefício do art. 44.

Abre-se espaço para transcrever a redação do § 3º do art. 44 do CP, o qual dispõe que, “se o condenado for reincidente, o juiz poderá aplicar a substituição, 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 lucidez, esclarece Rogério Greco:

Portanto, o juiz terá de avaliar se, mesmo tendo havido condenação anterior por crime doloso, sendo concedida a substituição, ela atingirá sua dupla finalidade: evitar o desnecessário encarceramento do condenado, impedindo, com isso, o seu contato com presos que cumprem penas em virtude da prática de infrações graves, afastando-o do ambiente promíscuo e dessocializador do sistema penitenciário, bem como se a substituição também trará em si o seu efeito preventivo (GRECO, 2014, p. 544).

Entretanto, a exceção não é o mar de rosas que aparenta. Basta ler a parte final do dispositivo para perceber a herança deixada pela abolida Parte Geral de 1940: a *reincidência específica*. A conjunção aditiva expressa trata-se de requisito cumulativo, cuja constatação impede a substituição. Exemplificativamente, se o acusado é detentor de condenação transitada em julgado pelo crime de furto e, *a posteriori*, vem a subtrair coisas alheias móveis, ainda que de ínfimo valor, não poderá ser agraciado pela benesse do art. 44, § 3º, diante da vedação legal.

De modo semelhante, a reincidência em crime doloso é fator impeditivo à concessão da suspensão condicional da pena (*sursis*). Como a redação do art. 77, I, do CP alude tão só a crime, inexistente embaraço quanto à anterior condenação pela prática de contravenção penal; e, além do mais, o delito deve ser doloso, porquanto é possível a concessão do *sursis* se a infração superveniente for culposa. O decurso do prazo de cinco anos do art. 64, I, do CP recoloca o réu na primariedade, motivo pelo qual também é cabível o *sursis* se praticado crime posteriormente.

A condenação anterior à pena de multa não impede a concessão do benefício (art. 77, § 1º, CP). Para os efeitos da legislação penal, a multa deve ter sido aplicada *isoladamente* ou em *substituição* à pena privativa de liberdade, e não cumulativamente com esta última. Destarte, embora se verifique a reincidência – sujeito é condenado à pena de multa pelo crime de ameaça (art. 147, CP) e, futuramente, pratica furto simples –, é possível a suspensão da pena.

A reincidência também repercute efeitos no instituto do *livramento condicional*, que poderá ser concedido pelo juiz ao condenado a pena privativa de liberdade igual ou superior a dois anos, desde que cumprido mais de um terço da pena, se o condenado não for reincidente em crime doloso e tiver bons antecedentes, e mais da metade da pena, se o condenado for reincidente em crime doloso (art. 83, I e II, CP). Em se tratando de condenado por crime hediondo, prática de tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, tráfico de pessoas e terrorismo, é necessário o cumprimento de mais de dois terços da pena e a não reincidência específica nos delitos de tal natureza (art. 83, V, CP).

A *reabilitação* é atingida pela reincidência, conforme se deflui da leitura do art. 95 do Código Penal: “a reabilitação será revogada, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, se o reabilitado for condenado, como reincidente, por decisão definitiva, a pena que não seja de multa”.

A *multa substitutiva* tem como requisito negativo a inexistência de reincidência em crime doloso. A propósito, leia-se o art. 60, § 2º, do CP: “a pena privativa de liberdade aplicada, não superior a 6 (seis) meses, pode ser substituída pela de multa, observados os critérios dos incisos II e III do art. 44 deste Código”. O critério do inciso II é aquele que remete, justamente, à reincidência em crime doloso.

Pode-se sintetizar o tema com base nas lições de Celso Delmanto:

Conseqüências da reincidência: São estas as *principais*: 1. É circunstância agravante (CP, art. 61, I). 2. É uma das circunstâncias preponderantes no concurso

de agravantes (CP, art. 67, última parte). 3. Impede a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos (CP, art. 44, II) ou multa (CP, art. 60, § 2), a não ser que a reincidência seja *genérica* e a substituição socialmente recomendável (CP, art. 44, § 3). [...] 4. Quando a reincidência for por crime doloso, impede o *sursis* (CP, art. 77, I) e aumenta o prazo para o livramento condicional (CP, art. 83, II). Impede o livramento condicional (CP, art. 83, V) quando houver reincidência específica em crime hediondo, prática da tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, e terrorismo [...]. 5. Aumenta o prazo de prescrição da pretensão executória (CP, art. 110, caput, última parte) e interrompe o seu curso (CP, art. 117, VI). 6. Impede a aplicação de algumas causas de diminuição da pena (CP, arts. 155, § 2, 170 e 171, § 1). [...] 8. Influi na revogação do *sursis*, do livramento condicional e da reabilitação (CP, arts. 81, I e § 1, 86, 87 e 95). (DELMANTO et al, 2002, p. 126).

Os efeitos da agravante prevista no art. 61, I, do CP serão analisados posteriormente.

2.2 Consequências práticas da reincidência na Lei nº 9.099/1995

A Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995, dispôs sobre os juizados especiais cíveis e criminais. Foi/é uma tentativa de reduzir o encarceramento por infrações consideradas de menor potencial ofensivo, assim consideradas as contravenções penais e os delitos cuja pena máxima não exceda a dois anos, cumulada ou não com multa (art. 61).

Um dos institutos do diploma mencionado é a *transação penal*, “que permite ao juiz, de imediato, aplicar uma pena alternativa ao autuado, justa para a acusação e defesa, encerrando o procedimento” (JESUS, 2010, p. 73). A previsão legal consta do art. 76, assim redigido: “havendo representação ou tratando-se de crime de ação penal pública incondicionada, não sendo caso de arquivamento, o Ministério Público poderá propor a aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou multas, a ser especificada na proposta”.

No entanto, um dos requisitos para a proposta de transação penal é o de que o autor da infração não tenha sido condenado, pela prática de crime, à pena privativa de liberdade, por sentença definitiva (art. 76, § 2º, I). Aury Lopes Jr. (2017, p. 756) ensina que não há impedimento “quando a condenação anterior for por contravenção penal e tampouco diferenciou o legislador se o crime anterior é doloso ou culposo”, entendendo o autor que parece “claramente desproporcional o impedimento de transação penal quando a condenação anterior decorre da prática de delito culposo”.

A suspensão condicional do processo é outra novidade que a Lei nº 9.099/1995 trouxe ao âmbito da justiça criminal. Damásio de Jesus (2010, p. 121) aponta que se trata “de uma alternativa à jurisdição penal, um instituto de despenalização: sem que haja

exclusão do caráter ilícito do fato, o legislador procura evitar a aplicação da pena”. A previsão legal consta do art. 89:

Nos crimes em que a pena mínima cominada for igual ou inferior a um ano, abrangidas ou não por esta Lei, o Ministério Público, ao oferecer a denúncia, poderá propor a suspensão do processo, por dois a quatro anos, desde que o acusado não esteja sendo processado ou não tenha sido condenado por outro crime, presentes os demais requisitos que autorizariam a suspensão condicional da pena (art. 77 do Código Penal). (Art. 89, *caput*, Lei nº 9.099/1995).

Referido instituto não se confunde com a suspensão condicional da pena, “pois, naquela, há processo com sentença condenatória, ficando apenas a execução da pena privativa de liberdade suspensa por um período”. Do contrário, aqui “é o processo que fica suspenso, desde o início, logo, sem que exista uma sentença condenatória” (LOPES JR., 2017, p. 762).

A disciplina da suspensão condicional do processo é ainda mais drástica do que as demais medidas despenalizadoras, tendo em vista que o simples processamento de outro fato impede a sua concessão. O dispositivo anteriormente transcrito é de questionável constitucionalidade, visto que afronta diretamente o princípio da presunção de inocência (art. 5º, LVII, CF). Nessa senda, está-se de acordo com a lição de Aury Lopes Jr.:

O simples fato de estar sendo processado criminalmente (existência de outro processo) não pode, por si só, justificar uma recusa em ofertar e conceder a suspensão condicional. Há que se considerar, além da proporcionalidade, o postulado constitucional da presunção de inocência (art. 5º, LVII, da Constituição). Negar a suspensão condicional sob o argumento de que o réu responde a outro ou outros processos significa puni-lo antes do julgamento final. Viola, portanto, a presunção de inocência, na medida em que gera consequências negativas (juízo de desvalor) ao réu que ainda não teve seu caso penal definitivamente julgado (LOPES JR., 2017, p. 767).

Se o menos grave impede a suspensão, o mais grave trilha idêntico caminho; ou seja, a reincidência também impossibilita a aplicação dos benefícios do art. 89 da Lei nº 9.099/1995. No entanto, como o texto faz menção à observância dos demais requisitos do *sursis*, é de se concluir que a condenação anterior à pena de multa não impede a suspensão condicional do processo (art. 77, § 1º, CP).

2.3 Consequências práticas da reincidência no Código de Processo Penal

O principal efeito da reincidência no âmbito processual penal é permitir a decretação de *prisão preventiva*. Esta é espécie de medida cautelar de natureza pessoal, cujo escopo é privar o réu de sua liberdade durante o curso do processo, como forma de garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria (art. 312, CPP).

Nos termos acima, será admitida a decretação da prisão preventiva se o réu/investigado tiver sido condenado por outro crime doloso, em sentença transitada em julgado, com as ressalvas do quinquênio do art. 64, I, do CP (art. 313, II, CPP). Aury Lopes Jr. (2017, p. 640) entende que o requisito, isoladamente, não é apto a autorizar a prisão preventiva, por violar a presunção de inocência e configurar *bis in idem*.

3 NE BIS IN IDEM

As *normas jurídicas* constituem o supraconceito que abarca tanto as *regras* quanto os *princípios*; norma é gênero, do qual regras e princípios são espécies. A distinção entre ambos é bastante tênue, sendo o tema alvo de incontáveis discussões nos tempos recentes, mormente pela sua importância dogmática na teoria do Direito.

Nesse viés, a proposta de Robert Alexy tem ganhado atenção considerável da doutrina contemporânea. Segundo o autor alemão, “*princípios* são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes”; são, portanto, “*mandamentos de otimização*, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas” (ALEXY, 2008, p. 90).

De outro lado, “*regras* são normas que são sempre ou satisfeitas ou não satisfeitas. Se uma regra vale, então, deve se fazer exatamente aquilo que ela exige; nem mais, nem menos”. Assim sendo, as regras contêm “*determinações* no âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível”. Por isso, assevera o jurista, “a distinção entre regras e princípios é uma distinção qualitativa, e não uma distinção de grau” (ALEXY, 2008, p. 91).

O ponto de desenlace entre ambas as espécies fica mais nítido quando se analisa o *conflito entre regras* e a *colisão entre princípios*, com antagonismo na solução. Na primeira hipótese, o impasse “somente pode ser solucionado se se introduz, em uma das regras, uma cláusula de exceção que elimine o conflito, ou se pelo menos uma das regras for declarada inválida” (ALEXY, 2008, p. 92).

A solução para a *colisão entre princípios* segue caminho diverso: se dois princípios colidem, um terá que ceder. Todavia, isso não significa “nem que o princípio cedente deva ser declarado inválido, nem que nele deverá ser introduzida uma cláusula de exceção”. Verifica-se, na realidade, “que um dos princípios tem precedência em face do outro sob determinadas condições. [...] nos casos concretos, os princípios têm pesos diferentes e [...] os princípios com o maior peso têm precedência” (ALEXY, 2008, p. 93-94).

Portanto, o conflito entre regras se encontra num *plano de validade*, ao passo que o conflito entre princípios, numa *dimensão de peso* (ALEXY, 2008, p. 94). Uma regra não cede à outra; ou ela vale, ou não vale e, por derradeiro, deve ser cumprida, ou não deve ser cumprida, tal e qual a sua prescrição. Os princípios são sopesados, sem que isso acarrete a sua dilapidação; tudo depende das circunstâncias concretas.

Essa abordagem inicial fez-se necessária para situar o *ne bis in idem*; comumente, a doutrina trabalha-o como um princípio, e não como regra, visão da qual se discorda. A proibição do *bis in idem* significa que a pessoa não pode ser punida, processada ou julgada duas vezes pelo mesmo fato. Destarte, abordar a referida proibição como princípio permitiria a respectiva ponderação; vislumbrando-a como regra, retiram-se as margens para discussão, pois o mandamento normativo deve ser cumprido tal e qual é, sem relativizações.

Embora não previsto no texto da Constituição Federal, a regra do *ne bis in idem* consta expressamente no Pacto de San José da Costa Rica, por força do que dispõe o art. 8º, item “4”: “o acusado absolvido por sentença transitada em julgado não poderá ser submetido a novo processo pelos mesmos fatos”. As disposições constantes do pacto foram integradas à ordem jurídica nacional por intermédio do Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992.

Não é norma constitucional, porque não foi incorporada na forma do art. 5º, § 3º, da CF. Entretanto, considerando que os direitos e garantias expressos na Lei Maior não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte (art. 5º, § 2º, CF), o Supremo Tribunal Federal concluiu que o Pacto de San José da Costa Rica prevalece como

norma supralegal no direito pátrio, abaixo da Constituição, mas acima da legislação ordinária (HC nº 94.013/SP).

A regra apresenta *dimensão material*, pois evita dupla punição, e *dimensão processual*, porque impede o processo e o julgamento pelo fato anteriormente discutido. É de se destacar que a decisão impeditiva é aquela que analisa o mérito do processo, isto é, que condena ou absolve, ou, ainda, declara extinta a punibilidade. Do contrário, se se produz apenas coisa julgada formal, a exemplo da rejeição da denúncia inepta, o oferecimento de nova peça acusatória não ofende o *ne bis in idem*, tendo em vista que os fatos ainda não foram examinados.

Acerca da dimensão material, são interessantes as lições de Luiz Régis Prado:

O conteúdo penal substancial do *ne bis in idem* exige a concorrência da denominada tríplice identidade entre *sujeito* (identidade subjetivo ou de agentes), *fato* (identidade fática) e *fundamento* (necessidade de se evitar a dupla punição, quando o desvalor total do fato é abarcado por apenas um dos preceitos incriminadores), o que implica maior precisão conceitual, que vai além da mera tradução literal do brocardo latino de não ser punido duas vezes pelo mesmo fato. Saliente-se que, no âmbito penal, a identidade fática deve ser obtida por meio da análise do tipo penal em seu conjunto, e não de seus elementos individualmente considerados (PRADO; CARVALHO; CARVALHO, 2015, p. 129).

Dessa forma, o *ne bis in idem* é uma regra existente na ordem jurídica brasileira, que, por ser plenamente válida, deve ser cumprida nos seus exatos termos, tendo como principal efeito, de ordem material e processual, impedir que a pessoa seja processada, julgada e punida por fato cujo mérito já foi examinado em momento anterior; é, portanto, garantia de segurança jurídica.

4 A AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA E O NE BIS IN IDEM

Com a reforma da Parte Geral, em 1984, o Código Penal adotou o *modelo trifásico* proposto por Nelson Hungria para a dosimetria da pena, a ser feita da seguinte forma: a *pena-base* será fixada atendendo-se aos critérios do art. 59 do diploma; em seguida serão consideradas as *circunstâncias atenuantes e agravantes*; por último, as *causas de diminuição ou de aumento* (art. 68, *caput*, CP).

A reincidência incide na segunda fase, pois, nos termos do art. 61, I, do CP, é circunstância que sempre agrava a pena. Nos escólios de Rogério Greco (2014, p. 577),

“circunstâncias são dados periféricos que gravitam ao redor da figura típica e têm por finalidade diminuir ou aumentar a pena aplicada ao sentenciado”. Além do mais, é considerada circunstância agravante *preponderante*.⁵

Assim, percebe-se que o réu é condenado em processo anterior pela prática de determinado fato; a sentença transita em julgado; a partir daí, começam a fluir os efeitos penais da decisão; posteriormente, o réu pratica novo crime; o fato é levado a julgamento; na segunda etapa da dosimetria, o juiz agrava a pena com base na reincidência, isto é, com base em fato já julgado. Pergunta-se: em casos tais, o réu é punido duas vezes pelo mesmo fato e, por conseguinte, ocorre ofensa à regra que proíbe o *bis in idem*?

No que diz respeito à pergunta recém-formulada, a jurisprudência do STJ vem entendendo que “a utilização de condenações anteriores transitadas em julgado como fundamento [...] para exasperar a pena, em razão da agravante da reincidência, não caracteriza *bis in idem*”, desde que não se a utilize, na primeira fase, como Maus antecedentes (HC nº 400.923/SC). É o que se extrai, ainda, do enunciado da Súmula nº 241 da Corte: “a reincidência penal não pode ser considerada como circunstância agravante e, simultaneamente, como circunstância judicial”.

Em 2013, o STF atribuiu Repercussão Geral ao Recurso Extraordinário nº 453.000/RS e pacificou seu entendimento sobre o assunto, assentando que “surge harmônico com a Constituição Federal o inciso I do artigo 61 do Código Penal, no que prevê, como agravante, a reincidência”. Entre os argumentos, os ministros sustentaram que, declarando-se a inconstitucionalidade da agravante da reincidência, *mutatis mutandis* toda a disciplina e sistemática das leis penais seriam atingidas, a exemplo do regime inicial de cumprimento da pena. Além disso, afirmou-se, de forma comparativa, não ser possível conferir o mesmo peso a casos concretos em que o réu é primário e a outros em que o réu é reincidente.

Na doutrina, Guilherme de Souza Nucci compartilha desse entendimento:

Algumas vezes, entretanto, sustentam que levar em consideração, ilustrando, um furto anteriormente cometido por Fulano, pelo qual já foi condenado e cumpriu pena, com o fito de, em processo por roubo posterior, noutra cenário portanto, ser condenado como reincidente, seria uma maneira indireta de punir alguém duas vezes pelo mesmo fato. [...] A ideia, em nosso entendimento, peca pela simplicidade. O

⁵ Nos termos do art. 67 do CP: “no concurso de agravantes e atenuantes, a pena deve aproximar-se do limite indicado pelas circunstâncias preponderantes, entendendo-se como tais as que resultam dos motivos determinantes do crime, da personalidade do agente e da reincidência”.

sistema de fixação de penas obedece a outro preceito constitucional, merecedor de integração com os demais princípios penais, que é a individualização da pena (art. 5º, XLVI, CF). [...] Logo, no exemplo acima, Fulano não está recebendo *nova punição* pelo seu anterior furto. Ao contrário, a pena do seu mais recente crime - o roubo - comporta gradação e o magistrado nada mais faz do que considerar o fato de Fulano, já tendo sido apenado pelo Estado, tornar a delinquir, desafiando a ordem pública e as leis vigentes (NUCCI, 2010, p. 434).

Com a devida vênia, ousa-se discordar do posicionamento dominante nos tribunais pátrios e em parte da doutrina; a agravante da reincidência configura, sim, violação à regra proibitiva do *bis in idem*. Pense-se por meio do exemplo inserido no terceiro parágrafo deste tópico e acrescente-se o seguinte: no julgamento do fato praticado após o trânsito em julgado da sentença condenatória, o juiz fixa a pena provisória, tendo por parâmetro a pena-base que ficara em um ano, no patamar de um ano e seis meses, reconhecendo a reincidência. Ora, são agregados seis meses, cujo estabelecimento decorre de fato anterior, e não daquele que originou o atual processo; portanto, esses seis meses decorrem de coisa julgada material, ferindo a segurança jurídica.

A problemática só revela que a pena outrora imposta não surtiu os efeitos almejados - punição e prevenção. Afinal, é de todo ilógico que o encarceramento, do modo em que atualmente é aplicado no sistema penitenciário, auxiliará o apenado a não voltar a delinquir, já que “os presos, amontoados em celas coletivas, sem trabalho, sem programa individualizador da execução, estigmatizados, sofrendo todas as espécies de violência, dificilmente [...] conseguem revisar valores, fazer a autocrítica, restabelecer seus vínculos sociais” e, assim, “recolocar-se no mercado de trabalho, projetar o futuro” (BOSCHI, 2013, p. 204). Leiam-se, a propósito, os ensinamentos de Cezar Bitencourt:

A prisão, em vez de conter a delinquência, tem-lhe servido de estímulo, convertendo-se em um instrumento que oportuniza toda espécie de desumanidades. Não traz nenhum benefício ao apenado; ao contrário, possibilita toda a sorte de vícios e degradações. A literatura especializada é rica em exemplos dos *efeitos criminógenos* da prisão. Enfim, a maioria dos fatores que domina a vida carcerária imprime a esta um caráter criminógeno, de sorte que, em qualquer prisão clássica, as condições materiais e humanas podem exercer efeitos nefastos na personalidade dos reclusos (BITENCOURT, 2017, p. 608).

Na precisa síntese de Rogério Greco (2014, p. 580), “a reincidência é a prova do fracasso do Estado na sua tarefa ressocializadora”. Desse modo, não pode o próprio Estado, diante de sua ineficácia político-criminal, valer-se do argumento de que o agente representa maior periculosidade por ter voltado a delinquir ou, conforme exposto no RE nº 453.000/RS, de que o réu deveria ter tomado a condenação precedente como alerta, como

“uma advertência maior quanto à necessidade de adoção de postura própria ao homem médio, ao cidadão integrado à vida gregária e solidário aos semelhantes”⁶ (poético, porém não realista). Pragmático, Paulo Queiroz tece argutos comentários:

Cumprir notar, inicialmente, que, com a relativização determinada pelo princípio da presunção legal de inocência, o instituto perdeu grandemente o seu sentido, uma vez que nem sempre o réu reincidente é mais perigoso do que o não reincidente. Afinal, o agente pode ser primário, não obstante ter praticado diversos delitos, assim como pode ser reincidente, mas em crimes de menor potencial ofensivo. É de reconhecer, portanto, que a reincidência já não constitui um sintoma seguro de maior perigosidade, não se justificando, também por essa razão, sua existência (QUEIROZ, 2008, p. 343).

Desse modo, a regra do *ne bis in idem* é descumprida quando da agravação da pena em virtude da reincidência; isso porque o Brasil é signatário do Pacto de San José da Costa Rica, que, diante da validade de seus postulados, há de ser cumprido, na exata medida das respectivas prescrições. Grande parte da doutrina segue o entendimento estampado, a exemplo de Paulo Rangel:

O réu é julgado por um fato (condenado), a sentença transita em julgado e ele cumpre a pena imposta. Posteriormente (dentro de cinco anos do término do cumprimento da pena), comete novo crime e ao ser julgado o juiz aumenta a pena que está sendo imposta, exatamente, por ele já ter, anteriormente, cometido outro crime. Ou seja, ele é punido duas vezes, pelo mesmo fato. [...] Entendemos, portanto, que a reincidência como causa, exclusivamente, de majoração da pena é inconstitucional [...] (RANGEL, 2014, p. 811).

Juarez Cirino dos Santos assume posição idêntica:

[...] a *reincidência* (ficta ou real) significa *dupla punição* do crime anterior: a primeira punição é a pena aplicada ao crime anterior; a segunda punição é o *quantum* de acréscimo obrigatório da pena do crime posterior, por força da reincidência (SANTOS, 2008, p. 581).

E, ainda, Zaffaroni e Pierangeli:

[...] em toda agravação de pena pela reincidência existe uma violação do princípio *non bis in idem*. A pena maior que se impõe na condenação pelo segundo delito decorre do primeiro, pelo qual a pessoa já havia sido julgada e condenada. Pode-se argumentar que a maior pena do segundo delito não tem seu fundamento no primeiro, e sim na condenação anterior, mas isto não passa de um jogo de palavras, uma vez que a condenação anterior decorre de um delito, e é uma consequência

⁶ Traz-se à baila o lembrete de Lenio Streck (2001, p. 71), no sentido de que o estigma da reincidência “divide os indivíduos em ‘aqueles-que-aprenderam-a-conviver-em-sociedade’ e ‘aqueles-que-não-aprenderam-e-insistem-em-continuar-delinquindo’”.

jurídica do mesmo. E, ao obrigar a produzir seus efeitos num novo julgamento, de alguma maneira se estará modificando as consequências jurídicas de um delito anterior (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2011, p. 719).

Portanto, em que pese o entendimento dominante na jurisprudência, pode-se afirmar que o agravamento da pena decorrente de fato anteriormente julgado viola a regra proibitiva do *bis in idem*, tendo em vista que à nova reprimenda se acresce determinado *quantum* temporal, renascendo a decisão outrora acobertada pela coisa julgada material, o que acarreta a dupla punição do réu.

5 CONCLUSÃO

Verifica-se a reincidência quando o agente pratica novo crime, depois de transitar em julgado a sentença que, no País ou no estrangeiro, o tenha condenado por crime anterior (art. 63, CP). Diversos são os efeitos do instituto no ordenamento jurídico-penal, refletindo, por exemplo, na fixação do regime inicial de cumprimento da pena (art. 33, CP), na substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos (art. 44, CP), na suspensão condicional da pena (art. 77, CP) etc.

Uma das principais consequências desse instituto, há tempo alvo de debates na doutrina e na jurisprudência, é agravar a pena na segunda fase da dosimetria. O objeto da discussão tem por finalidade aferir se o art. 61, I, do CP viola a regra que proíbe a dupla punição pelo mesmo fato (*ne bis in idem*).

A jurisprudência do STJ e do STF entende pacificamente que não há violação do *ne bis in idem* ao se aplicar a agravante da reincidência, sob o argumento de que não é possível conferir o mesmo peso a casos concretos em que o réu é primário e a outros em que o réu é reincidente. Parte da doutrina, a exemplo de Guilherme de Souza Nucci, segue o mesmo entendimento.

No entanto, segmento considerável dos estudiosos do Direito Penal, com nomes de escol como Eugenio Raul Zaffaroni, José Henrique Pierangeli, Paulo Queiroz e Juarez Cirino dos Santos, exemplificativamente, entende de modo diverso, no sentido de que a reincidência acarreta a dupla punição pelo mesmo fato.

Portanto, confirmando-se a hipótese inicial, acredita-se que a utilização da reincidência como agravante, na segunda fase da dosimetria da pena, viola a regra proibitiva do *bis in idem*, tendo em vista que agrega na punição pelo segundo fato

determinada quantia de pena decorrente de fato já julgado e acobertado pela coisa julgada material.

REPERCUSSIONS OF RECURRENCE IN BRAZILIAN LEGAL ORDER

[Diego Alan Schöfer Albrecht](#)

[Marcos Afonso Johner](#)

ABSTRACT

The recurrence is a criminal-law institute that reflects diversified effects on penalty theory and, consequently, everyday forensics. Studying critically its effects is of paramount importance for anyone interested in the reflection of the penal system, both in theory and in praxis. The purpose of that written is to verify whether the recurrence, which is used as an aggravating factor in the calculation of the penalty, does or does not undermine the rule of *ne bis in idem*. In order to do so, the first step is to define the contours of the recurrence institute and to demonstrate its main practical effects; after, enters in the discussion about the ban on *bis in idem*; and, finally, it is tried to explain why the aggravating of the recurrence entails double punishment by the same fact. Thus, it is based on the hypothesis that, once covered by the thing judged material, the previous punishment cannot serve as a scope to aggravate the penalty in supervenient fact; that is to say, the aggravation of recurrence leads to a breach of the *ne bis in idem* rule.

Palavras-chave: Aggravating. Recurrence. *Bis in idem*.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral**. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

BOSCHI, José Antonio Paganella. **Das penas e seus critérios de aplicação**. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça **Habeas Corpus n° 400.923**, Quinta Turma. Relator: Min. Ribeiro Dantas. Brasília, DF, 3 de agosto de 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus n° 94.013**, Primeira Turma. Relator: Min. Carlos Britto. Brasília, DF, 10 de fevereiro de 2009.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus n° 104.306**, Primeira Turma. Relator: Min. Dias Toffoli. Brasília, DF, 30 de agosto de 2011.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n° 453.000** (Repercussão Geral), Tribunal Pleno. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, DF, 4 de abril de 2013.

CARVALHO, Salo de. **Aplicação da pena e garantismo**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

DELMANTO, Celso et al. **Código penal comentado**. 6. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

DIDIER JR., Fredie. **Sobre a teoria geral do processo, essa desconhecida**. Salvador: JusPodivm, 2012.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. Tradução de Ana Paula Zomer Sica, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

GRECO, Rogério. **Curso de direito penal**. 16. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2014. v. 1.

JESUS, Damásio E. de. **Lei dos juizados especiais criminais anotada**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código penal comentado**. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

PRADO, Luiz Regis; CARVALHO, Érika Mendes de; CARVALHO, Gisele Mendes de. **Curso de direito penal brasileiro**. 14. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

QUEIROZ, Paulo. **Direito penal: parte geral**. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal: parte geral**. 3. ed. Curitiba: Lumen Juris, 2008.

STRECK, Lenio Luiz. **Tribunal do júri: símbolos e rituais**. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

ZAFFARONI, Eugenio Raul. **Tratado de derecho penal: parte general, tomo V**. Buenos Aires: Ediar, 1988.

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