

A REINCIDÊNCIA CRIMINAL: CULTURA PUNITIVISTA E AS IMPLICAÇÕES NA DOSIMETRIA DA PENA

RECIDIVISM: PUNITIVE CULTURE AND THE IMPLICATIONS IN THE DOSSIER OF THE PENALTY

Lisandra Moreira Martins

Muriel Amaral Jacob ¹

Isael José Santana

Resumo

O instituto da reincidência criminal sempre esteve presente no ordenamento jurídico brasileiro e, desde as mais antigas legislações, apresenta um caráter repressor que reflete em todas as fases judiciais em desfavor do processado. No Brasil, diferentemente de alguns países, é aplicado de forma automática a todos e indistintamente, resultando consequências negativas ao condenado. Delimitando a discussão, serão analisados os efeitos da reincidência criminal quando da dosimetria da pena, a forma de valoração realizada pelo juiz, com a exposição pontual de algumas discussões doutrinárias e jurisprudenciais a respeito, tudo por meio do método dedutivo.

Palavras-chave: Reincidente, Efeitos na pena, Punitivismo

Abstract/Resumen/Résumé

The institute of criminal recidivism has always been present in the Brazilian legal system and, since the oldest laws, presents a repressive character that reflects in all judicial phases in detriment of the defendant. In Brazil, unlike some countries, it is applied automatically to all, without distinction, resulting in negative consequences for the convicted person. Delimiting the discussion, will be analyzed the effects of criminal recidivism when the dosimetry of the sentence, the form of valuation carried out by the judge, with the punctual exposition of some doctrinal and jurisprudential discussions about it, all through the deductive method.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Recidivist, Effects on the penalty, Punitivism

¹ Doutoranda em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP); BolsistaCapes; Docente Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul (UEMS) – Curso de Direito, Advogada.

1. INTRODUÇÃO

Desde o advento do Estado Democrático de Direito houve a necessidade de uma leitura constitucional de diversas normas do Direito Penal e Processual Penal. Essa filtragem delimita o poder punitivo estatal e garante a observância dos direitos e garantias fundamentais do processado.

A fim de compatibilizar o regramento anterior com a Constituição Federal de 1988, diversos institutos, dentre estes a reincidência criminal, devem ser analisados de forma detida, pontuando a justificativa de sua existência dentro do ordenamento jurídico e os seus reflexos na vida do processado.

Atualmente, é recorrente a discussão em torno do novo direcionamento das normas penais e processuais penais, com ênfase da necessária repreensão ao aumento da criminalidade, recrudescimento das leis e adoção de medidas extremamente rigorosas.

Neste contexto, a reincidência criminal pode ser considerada como um componente de uma política criminal maximalista, que a todo custo busca a maior punição do sujeito sem, contudo, apresentar resultados práticos positivos.

Por isso, impera realizar uma análise dos efeitos causados pela valoração da reincidência criminal na dosimetria da pena, bem como levantar algumas discussões e entendimentos jurisprudenciais a respeito.

Utilizou-se o método dedutivo, partindo do geral para o específico, com apoio em pesquisa bibliográfica e análise de jurisprudência sobre o tema. Os resultados apresentados não esgotam a discussão em torno dos efeitos gravosos sobre a reincidência criminal na vida do sujeito condenado, mas demonstra que é preciso analisar sistematicamente e com maior amplitude esse instituto que remonta a uma época onde prevalecia a punição a qualquer preço.

2. ANÁLISE DA REINCIDÊNCIA CRIMINAL NA DOSIMETRIA DA PENA

Arelada a uma cultura punitivista rígida, surge a reincidência criminal no Brasil. Durante o decorrer da história da legislação brasileira sofreu poucas mudanças, porém sempre manteve o seu caráter incisivo de censura incisiva.

Já no período colonial, início do direito penal, era prevista nas Ordenações Afonsinas, vigentes em Portugal quando do descobrimento do Brasil, com reprodução nas Ordenações

Manuelinas e depois nas Filipinas¹. Esteve disposta no Código Imperial de 1830, e teve o marco da distinção das modalidades específica e genérica no Código Penal de 1940, o qual distinguiu de forma expressa estas espécies (ALMEIDA, 2012).

Conforme Suzane Cristina da Silva (2014, p, 59), a “reincidência é uma espécie do gênero antecedentes criminais”. No direito penal é definida da seguinte forma: “Recidiva: prática de novo crime por aquele que já foi anteriormente condenado, revelando sua periculosidade e determinando a agravante” (DINIZ, 2008, p. 135). Criticamente, Rogério Greco (2015, p. 644) conceitua a reincidência como “prova do fracasso do Estado na sua tarefa ressocializadora”.

O artigo 63 do Código Penal vigente apresenta o seguinte conceito: “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”. Contudo, de acordo com Salo de Carvalho (2001, p. 112), o Código Penal não define reincidência, mas indica as condições pelas quais ela pode ser verificada.

Já em âmbito internacional, nas lições de Eugenio Raúl Zaffaroni (1996, p. 119), é difícil alcançar um conceito unânime devido as mais diversas classificações, tais como a diferença entre reincidência genérica e específica, ficta ou real, bem como a sistematização em alguns países de institutos próximos (multirreincidência, habitualidade profissional e por tendência).

No Brasil, a reincidência é analisada na fase judicial e possui reflexos importantíssimos na vida do processado. Delimitando na dosimetria da pena, a reincidência penal é um fator, em muitos casos, decisivo na vida do condenado. Na primeira fase da dosimetria em que são analisadas as circunstâncias judiciais, a reincidência não integra de forma explícita o rol dessas, porém pode ser valorada em prejuízo do réu, conforme construção jurisprudencial.

Consoante Ricardo Augusto Schmitt (2015, p. 190), “é lícito ao juiz, havendo duas condenações com trânsito em julgado, considerar uma delas como antecedentes criminais e

¹ As Ordenações Afonsinas, na verdade, não chegaram a ter aplicação por ausência de uma organização estatal adequada, isto é, até 1521, quando de sua revogação, não havia nenhum núcleo colonizador no Brasil. As Manoelinas, publicadas em 1521 foram aplicadas de forma escassa até a substituição pelas Filipinas, publicadas em 1603 e revalidadas por D. João VI em 1604. No Livro V se encontrava a codificação penal do Reino que foi aplicada durante o Brasil colonial com toda rigidez. (TOLEDO Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal**. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 1994, p.56). Para Zaffaroni e Pierangeli, as Ordenações Afonsinas exaltam importância em razão do seu pioneirismo e da época em que surgiram, sendo ponto de partida para a evolução do direito português. Representaram um marco fundamental na história do direito português.

outra como agravante genérica da reincidência”. Entende o referido autor que isso não configura *bis in idem*, porque são utilizadas duas condenações distintas e com trânsito em julgado, portanto sem dupla valoração.

Esclarece o autor, ainda, que essa regra também não afronta o enunciado da Súmula 241 do STJ². E a jurisprudência é pacífica nesse sentido (STF - HC 96771/SP, HC 99044/SP, HC 94846/RS, HC 94236, RHC 92611, RHC 115994; STJ - HC 83965/RJ, AgRg no REsp 70741/RS, HC 60407/DF, REsp 702844/RS, REsp 1437411/SP).

Desta forma, resta claro o prejuízo do réu pela valoração da reincidência em duas fases distintas da dosimetria da pena. Apesar de a lei prever apenas a hipótese de reincidência, a jurisprudência ampliou o conceito de reincidência para o de multirreincidência ou reincidência qualificada e criou a consequência legal para isso.

Na mesma linha, tudo o que não configurar reincidência serve como maus antecedentes na primeira fase, ou seja, condenação definitiva anterior que não configure reincidência servirá na dosimetria da pena. Nesse ponto, vale destacar Amilton Bueno de Carvalho (2006, p. 103), o qual entende que esse critério “representa o injusto modelo penal de periculosidade, paradigma que legitimou a atuação dos Estados Totalitários, onde vigora o repulsivo e antidemocrático direito penal do autor”. Ainda, entende que essa valoração “representa *bis in idem* inadmissível em processo penal garantista e democrático, pois, a cada nova condenação, impõe-se ao cidadão-réu novo apenamento em virtude de fato pretérito, do qual já prestou contas” (2006, p. 104).

Na preponderância da reincidência no concurso entre circunstâncias agravantes, merece destaque a possível compensação com a confissão e não está pacificado o entendimento jurisprudencial a respeito.

O STJ, como mencionado, possui vários julgados com o entendimento que a reincidência e a confissão devem ser neutralizar, compensando-se os seus efeitos (HC 250821/RS, HC 236227/DF, HC 251566/ES e REsp 1.154.752/RS).

Recentemente, em 10/02/2017, no Recurso Extraordinário 983765, interposto pelo Ministério Público Federal contra acórdão do STJ, o qual interpretou o artigo 67 do Código Penal e entendeu que é possível a compensação entre a agravante da reincidência e a atenuante da confissão espontânea, por serem igualmente preponderantes, salvo se houver justificativa

²Súmula 241: “A reincidência penal não pode ser considerada como circunstância agravante e, simultaneamente, como circunstância judicial.”

concreta que aponte para a prevalência da agravante, como reincidência específica ou multirreincidência, o STF entendeu que a discussão a respeito tem natureza infraconstitucional. Houve o entendimento de que a matéria não tem natureza constitucional, não cabendo, portanto, ao Supremo examiná-la em sede de recurso extraordinário.

No entanto, acresce-se que o STF entende que não é possível a inclusão da confissão como circunstância preponderante (HC 112.774/MS, HC 112.830/AC, HC 111.454/MS, HC 111.849/SP), pois é ato posterior ao cometimento do crime e não tem relação com este, tampouco tem caráter subjetivo dos motivos determinantes do crime ou faz parte da personalidade do agente (SCHMITT, 2015, p. 2013).

Essa questão está longe de ser pacificada e requer uma análise dos efeitos desse impasse na vida do condenado. Ricardo Augusto Schmitt apresenta o entendimento de que a confissão deve integrar a personalidade do agente, porém no concurso com a reincidência não pode ser compensada, isto porque a reincidência é um “fator de discriminação penal, pois merecedor o condenado de maior repreensão porque voltara a delinquir a despeito de condenação definitiva havida anteriormente” (SCHMITT, 2015, p. 214). E, ainda, o condenado poderia ter adotado outra postura perante a sociedade, entretanto, a reincidência demonstra que a “condenação anterior do acusado não foi capaz de fazê-lo refletir sobre a sua atitude a ponto de escolher um novo caminho diverso da criminalidade” (SCHMITT, 2015, p. 214). É contra o entendimento do STF ao rechaçar a confissão como parte da personalidade do agente, mas concorda pela não compensação, contrariando a posição do STJ.

Entende-se, todavia, que o melhor entendimento é o adotado, na sua maioria, pelo STJ. Assim como a reincidência criminal, a confissão do réu também compõe a mesma política criminal desenvolvida pelo legislador brasileiro. Se o intuito da confissão como atenuante de pena é a colaboração do réu com a investigação ou a instrução criminal, trazendo a verdade dos fatos, essa deve perpassar uma mera estratégia de defesa para abrandar a pena e servir efetivamente como uma benesse ao denunciado.

Desta feita, com respeito à voluntariedade e a análise de todo arcabouço probatório para testar a possibilidade de absolvição ou extinção da punibilidade do réu, a confissão deve integrar a personalidade do agente para ser compensada com a reincidência criminal.

Aliás, a confissão única e exclusivamente jamais pode servir para fundamentar uma condenação criminal. O juiz deve analisar se há mais provas nos autos que corroboram a versão do réu.

Desta forma, denota-se uma regra automática prejudicial ao réu pelo fato de carregar o título de reincidente. E, embora o Projeto de Lei do Senado nº 236, de 2012 (projeto do novo Código Penal), sugira uma alteração a respeito da obrigatoriedade da aplicação da reincidência, entende-se que essa regra deve ser complementada com demais requisitos objetivos no critério da faculdade do juiz aplicar ou não a reincidência.

Essas regras são uma clarividência de *bis in idem*. Os efeitos da condenação anterior atingem diretamente uma condenação futura, deixando o réu por mais tempo no constrangimento do processo penal, pelo fato de ser reincidente. Nada justifica essa regra, por ora mantida no projeto do novo Código Penal, isto por que além da pouca eficácia do rigor da regra reincidência, ultrapassa os limites constitucionais da individualização da pena, pois o réu que já teve a pena agravada com a reincidência e todos os demais efeitos já mencionados aplicados.

3. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O instituto da reincidência criminal se faz presente no ordenamento jurídico brasileiro há muito tempo e possui para tanto o forte argumento de ser necessário para o controle da criminalidade. Inserido em diversos dispositivos, desde o Código Penal até legislações específicas, traz consequências gravosas durante todo o transcorrer do processo de conhecimento e de execução penal.

A reincidência criminal compõe atualmente o cenário de uma política criminal falida, onde na prática os métodos aplicados não se justificam. Pondera-se apenas o ato de delinquir do sujeito, aplicando os efeitos ao reincidente de forma automática, sem a observância de princípios constitucionais, a exemplo da individualização da pena, ignorando que o condenado, na maioria dos casos, já esteve submetido ao fracasso da ressocialização.

Na dosimetria da pena, são nítidos os efeitos prejudiciais que a reincidência causa e, apesar de diversas discussões doutrinárias e jurisprudenciais a respeito, como as mencionadas no presente trabalho, ainda são inexpressivas as alterações que possam de fato compatibilizá-la ao modelo estatal democrático de direito.

Desta forma, o tema em torna da reincidência exige uma releitura de forma constitucionalizada, evitando-se que resquícios de um poder punitivo opressor esteja presente em um Estado Democrático de Direito, violando preceitos básicos e afrontando a dignidade da

pessoa humana e indo de encontro à construção de um processo penal democrático. Em suma, o instituto da reincidência criminal não pode deixar de ser debatido por ter o STF decidido ser constitucional, isto porque é um problema que envolve os mais diversos ramos da ciência penal e precisa ser repensado.

Assim, é imperiosa uma releitura de seus fundamentos, objetivos e, sobretudo, compatibilidade da forma como vem sendo aplicado ao modelo de estado atual. Adotá-lo como um instrumento de política criminal de emergência de forma desmedida pode revelar um retrocesso no caminho perfilado em direção de um processo penal de fato justo e democrático. O tema em torno da reincidência, que é também levantado em diversos países, exige uma releitura compatível com os ditames constitucionais a fim de extirpar fórmulas que acompanham poder punitivo opressor velado.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

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

BRASIL. **Código Penal**. Decreto-Lei n. 2.848 de 7 de dezembro de 1940. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm> Acesso em março de 2017.

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

CARVALHO, Amilton Bueno de. *Garantismo Penal Aplicado*. 2ª ed., Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006.

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

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

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

SILVA, Suzane Cristina. Reincidência e maus antecedentes: crítica a partir da teoria do labelling approach. **Revista Liberdades** nº16, maio-ago., Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, 2014.

SCHMITT, Ricardo Augusto. **Sentença Penal Condenatória: teoria e prática**.9. ed., ver. e atual., Salvador: JusPODIVM, 2015.

Supremo Tribunal Federal. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=335906>> Acesso em março de 2017.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**. v.1 – parte geral.6.ed. São Paulo: RT, 2004.

_____. Reincidencia. **Revista de Ciencias Penales**: Montevideo, v.2, 1996.