



Cássio Chechi de Assis

A solvabilidade constitucional do regime da reincidência criminal

Dissertação de Mestrado, menção Ciências Jurídico-criminais, apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.

Orientador: Professor Doutor Manuel da Costa Andrade

Outubro/2014



UNIVERSIDADE DE COIMBRA



• U • C • FDUC FACULDADE DE DIREITO
UNIVERSIDADE DE COIMBRA

A SOLVABILIDADE CONSTITUCIONAL DO REGIME DA REINCIDÊNCIA
CRIMINAL

*Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra no âmbito
do 2º Ciclo de Estudos em Direito (conducente ao grau de Mestre), menção em Ciências
Jurídico-Criminais.*

CÁSSIO CHECHI DE ASSIS

Orientador: PROFESSOR DOUTOR MANUEL DA COSTA ANDRADE

Coimbra, 2014

À minha Mãe.

AGRADECIMENTOS

Primeiramente, aos meus pais e ao meu irmão, que sempre foram e sempre serão os alicerces afetivos que tanto me incentivam e me motivam na minha jornada acadêmica, sempre ao meu lado mesmo separados por um oceano tangível — Atlântico — e um intangível — de saudade — e, de igual modo, são exemplos fundamentais para mim enquanto estudiosos das ciências jurídicas.

Aos colegas cujos laços de amizade e de irmandade foram traçados em Coimbra através dos estudos e dos debates acadêmicos: os Srs. Drs. Otávio Augusto Wagner Cortes, Rogério César de Almeida Ribeiro, Luiz Elias Miranda, Tiago Junqueira Nolasco, Claudio Britto, Ayres Pablo Bogoni e Marcelo Almeida Ruivo.

Aos colegas e, acima de tudo, inestimáveis amigos, Ney Fayer Júnior, Fabio Fayet, Paulo Fayet, Diego Marty e Felipe Hilgert Mallmann pelo incentivo incondicional em todas as etapas dos meus estudos jurídicos.

Ao meu professor e orientador, Doutor Manuel da Costa Andrade.

Ao Sr. Dr. Desembargador Marcelo Bandeira Pereira, cujo apoio foi fundamental para meu início nesta nova etapa.

Aos professores e colegas do curso de verão da Georg-August-Universität Göttingen.

E, por fim, à Camila, que também atravessou o Atlântico e decidiu enfrentar esta caminhada ao meu lado, e, mesmo constantemente tolhidos um do outro pelos estudos, jamais deixou de incitar-me ânimo para prosseguir.

RESUMO

O presente estudo dedica-se a examinar os principais argumentos envolvendo o questionamento da constitucionalidade do tratamento da reincidência criminal, sob o mote de averiguar se é possível compatibilizar este vetusto instituto com o Direito Penal contemporâneo. Para tanto, lança-se mão da análise do desenvolvimento histórico da agravante de reincidência, sua diferenciação conceitual e modalidades classificativas. Em continuação, apresenta-se o tratamento atribuído ao tema pelo Direito Penal português e demais ordenamentos de relevo para o debate. Passa-se, em seguida, à exposição das principais correntes teóricas que buscam delimitar o fundamento da agravação da pena pela recidiva. Por último, analisam-se todos os conflitos suscitados acerca do tratamento do instituto sob as lentes do Direito Constitucional contemporâneo internacionalmente debatidos tanto na doutrina quanto na jurisprudência.

Palavras-chave: direito penal — direito comparado — direito constitucional — reincidência — circunstância agravante

LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS

Art.	Artigo
BGBI	<i>Bundesgesetzblatt</i> (Diário Oficial Federal alemão)
BVerfG	<i>Bundesverfassungsgericht</i> (Tribunal Constitucional alemão)
BVerGE	<i>Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts</i> (compilação das decisões do Tribunal Constitucional alemão)
CNCrimCorr	<i>Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal</i> (Câmara Nacional de Apelações Criminais e Correccionais da Capital Federal argentina)
CP	Código Penal
CPP	Código de Processo Penal
CSJN	<i>Corte Suprema de Justicia de la Nación</i> (Suprema Corte argentina)
DJ	Diário da Justiça
DJe	Diário da Justiça eletrônico
D.L.	<i>Decreto-legge</i> (Decreto-lei italiano)
G.U.	<i>Gazzetta Ufficiale</i> (Diário Oficial italiano)
HC	<i>Habeas Corpus</i>
Inc.	Inciso
RE	Recurso Extraordinário

STC	<i>Sentencia del Tribunal Constitucional</i> (Sentença do Tribunal Constitucional espanhol)
STF	Supremo Tribunal Federal brasileiro
StGB	<i>Strafgesetzbuch</i> (Código Penal alemão)
SSTS	<i>Sentencias del Tribunal Supremo</i> (sentenças do Tribunal Supremo espanhol)
STS	<i>Sentencia del Tribunal Supremo</i> (sentença do Tribunal Supremo espanhol)
TJRS	Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul

ÍNDICE

INTRODUÇÃO	12
------------------	----

I

DA REINCIDÊNCIA: NOÇÕES PRELIMINARES	15
1.1 BREVE ESCORÇO HISTÓRICO	15
1.2 DO CONCEITO DE REINCIDÊNCIA E SUAS ESPÉCIES	19
1.2.1 Esboço conceitual	19
1.2.2 Institutos análogos	20
1.2.2.1 Concurso de crimes	21
1.2.2.2 Crime continuado	22
1.2.2.3 Delinquência habitual	24
1.2.3 Modalidades	24
1.2.3.1 Reincidência genérica e específica	25
1.2.3.2 Reincidência verdadeira e fictícia	25
1.2.3.3 Reincidência facultativa e obrigatória	26
1.2.3.4 Reincidência perpétua, temporária e mista	26
1.2.3.5 Reincidência relativa, média e absoluta	27
1.3 A REINCIDÊNCIA NO DIREITO PENAL PORTUGUÊS	28
1.3.1 Desenvolvimento histórico	28
1.3.2 A reincidência no Direito Penal vigente	33
1.3.2.1 Pressupostos formais	34
1.3.2.2 Pressuposto material	37
1.3.2.3 Efeitos	38
1.4 A REINCIDÊNCIA NO DIREITO PENAL COMPARADO	39
1.4.1 Espanha	40
1.4.2 Alemanha	42
1.4.3 Itália	44

1.4.4 Brasil	47
---------------------------	----

II

TEORIAS DE FUNDAMENTAÇÃO DA REINCIDÊNCIA	52
2.1 TEORIAS POSITIVAS.....	54
2.1.1 Insuficiência da pena anterior	54
2.1.2 Perigosidade elevada do réu	57
2.1.3 Causa de agravamento do ilícito	59
2.1.4 Maior perversidade do réu	61
2.1.5 Elevado alarme social	62
2.1.6 Elevada capacidade para delinquir	63
2.1.6.1 Maior possibilidade de delinquir no futuro.....	64
2.1.6.2 Personalidade do réu.....	65
2.1.6.3 Maior inclinação a delinquir.....	67
2.1.7 Repetição das infrações	68
2.1.8 Culpa elevada do réu	71
2.2 TEORIAS NEGATIVAS.....	75
2.2.1 Teoria abolicionista	75
2.2.2 Teorias relativas	77
2.2.3 Teoria neoabolicionista	78
2.3 DO FUNDAMENTO DA REINCIDÊNCIA NO DIREITO PENAL PORTUGUÊS.....	79

III

ACERCA DA SOLVABILIDADE CONSTITUCIONAL	82
3.1 REINCIDÊNCIA E PRINCÍPIO DA CULPABILIDADE.....	83
3.1.1 Do princípio da culpabilidade	83
3.1.2 Do confronto com a reincidência	84
3.1.2.1 Menor culpa do réu.....	84
3.1.2.2 Culpa pela condução de vida.....	86
3.2 REINCIDÊNCIA E <i>NE BIS IN IDEM</i>	91

3.2.1 Do princípio do <i>ne bis in idem</i>	91
3.2.2 Do confronto com a reincidência	92
3.3 REINCIDÊNCIA E PRINCÍPIO DA IGUALDADE	95
3.4.1 Do princípio da igualdade	95
3.3.2 Do confronto com a reincidência	96
3.4 REINCIDÊNCIA E PROPORCIONALIDADE	98
3.4.1 Do princípio da proporcionalidade	98
3.4.2 Do confronto com a reincidência	100
3.5 REINCIDÊNCIA E PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA	102
3.5.1 Do princípio da presunção de inocência	102
3.5.2 Do confronto com a reincidência	103
3.6 REINCIDÊNCIA E PRINCÍPIO DA LEGALIDADE	105
3.6.1 Do princípio da legalidade	105
3.6.2 Do confronto com a reincidência	107
CONCLUSÕES	110
BIBLIOGRAFIA	118

INTRODUÇÃO

O agravamento da pena pela reincidência delitiva — assim como eventuais demais consequências jurídicas — é tomado como trivial e corriqueiro na *praxis* pelos operadores do Direito e encontra-se positivado em esmagadora — e quase unânime — parcela dos ordenamentos jurídicos atuais. De facto, a reincidência é um instituto de antiga concepção e permaneceu, em sua essência, virtualmente inalterado, mesmo com o advento das constituições modernas e a ascensão de uma concepção de garantias no Direito Penal do Estado de Direito.

No ano de 2013, o Supremo Tribunal Federal da República Federativa do Brasil, finalmente, examinou, em sede de repercussão geral, a constitucionalidade do instituto frente à Carta Republicana de 1988, fomentado por certos julgados controversos das cortes inferiores. Decidiu-se, neste julgamento, à unanimidade, pela sua perfeita conformidade constitucional ao examinar-se três princípios constitucionais possivelmente conflituosos: o princípio do *ne bis in idem*, o princípio da proporcionalidade e o princípio da individualização da pena¹.

E é deste *decisum* que formou-se o fio condutor de interesse no presente estudo. Levando-se em consideração as noções atuais da relação entre Direito Penal e Constituição, questiona-se: seria o tratamento dado ao instituto da reincidência compatível com os ditames constitucionais atuais? Destarte, adquire relevância o estudo, pois, aqui, indaga-se sobre a legitimidade de uma das pedras angulares mais antigas do sistema punitivo como o conhecemos.

É fato notório que o Direito Penal e seus fundamentos jamais mantêm-se inertes, estando sujeitos a um constante processo evolutivo doutrinário e legislativo. É inconcebível, portanto, que o tratamento da reincidência — uma das noções mais antigas ainda inseridas nas codificações atuais — não tome parte nesta constante análise crítica de atualização do regramento da esfera punitiva estatal.

¹ STF, RE n.º 453000, relator: Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, julgado em 04/04/2013, Acórdão Eletrônico de Repercussão Geral julgado em 04/04/2013, divulgado em 02/10/2013, publicado no DJe n.º 194 em 03/10/2013.

É possível dizer, de igual modo, que o tema não recebe a devida consideração por parte das letras jurídicas, isto é, em proporcionalidade à sua importância, em que pese a polêmica não ser atual. Embora abordado, na atualidade principalmente pela doutrina espanhola, ainda não é possível evidenciar um caráter de solução definitiva para a questão, o que impõe, e justifica ainda mais, um exame de tão relevante *domanda*.

Na busca de cumprir seu objetivo (*i.e.*, averiguar a solvabilidade constitucional da reincidência e de seus demais eventuais efeitos legais), o trabalho dar-se-á em três etapas distintas. Na primeira, realizar-se-á um exame da reincidência *per se*, buscando-se a compreensão de como esta é entendida à luz do Direito contemporâneo. Tal tarefa, logo, exige a realização de um traçado da evolução histórica do que é compreendido como reincidência para fins de Direito Penal até chegar-se à concepção atual.

O esboço histórico permite a elaboração de um conceito para reincidência como atualmente é conhecida, claramente delimitado porém amplo o suficiente para abarcar quaisquer eventuais peculiaridades que o instituto pode trazer de acordo como é positivado pelos diversos ordenamentos. Contudo, para delimitar-se o que é, efetivamente, reincidência, também faz-se necessário excluir o que *não é* reincidência. Dado a existência de diversos institutos que tratam da pluralidade fatos puníveis cometidos pelo mesmo agente, mister apontar as diferenças entre as modalidades semelhantes de reiteração de crimes, a saber: o concurso de crimes, o crime continuado e a delinquência habitual². Uma vez delimitado o que é reincidência num sentido amplo, passar-se-á a exposição das diferentes espécies classificativas que o instituto pode assumir de acordo como é regrado nos ordenamentos jurídicos. Tais noções são essenciais para que se compreenda o próximo ponto do estudo.

Segue-se, então, ao exame em concreto do atual funcionamento do instituto no Direito Penal português — evidentemente, por ser o ordenamento jurídico da casa em que se apresenta este estudo — auxiliado pela apresentação de sua evolução histórica no país. Em seguida, e de igual modo, examinar-se-á como a agravante — e suas demais consequências — é abordada pelas legislações espanhola, alemã, italiana e brasileira. A escolha destes ordenamentos para a análise do Direito comparado não se deu de forma

² Desde já, faz-se a ressalva que, doravante, para fins meramente expositivos, tratar-se-á *reincidência* — o instituto que a lei delimita e regula — e o seu *regime legal* como sinônimos. Alerta-se para evitar-se eventuais confusões entre as duas expressões, embora tal questão seja trivial e não deva suscitar maiores dúvidas pelo modo como o presente estudo é conduzido.

aleatória ou exemplificativa. Tais países são de máxima relevância para o tema na medida em que apresentam importantíssimas contribuições legais, doutrinárias e/ou jurisprudenciais no confronto da reincidência com as suas cartas constitucionais. Além do Supremo Tribunal Federal brasileiro, como supracitado, as Cortes superiores espanholas já abordaram o assunto sob diferentes perspectivas. O Direito Penal germânico é o berço de importantes considerações teóricas acerca do fundamento justificativo da agravante e é referência como um dos primeiros países a revogar o instituto de sua lei em decorrência de dúvidas aventadas pela sua natureza diferenciada. A Itália, por sua vez, embora não tenha paradigmaticamente abordado o cerne deste trabalho teve importantíssima contribuição doutrinária para a formação da reincidência como a atualmente conhecemos nos ordenamentos de herança romano-germânica.

Na segunda etapa, realizar-se-á o exame das principais teorias justificativas da reincidência. Dada a controvérsia do assunto por natureza, não é sequer possível declarar unanimidade ao verdadeiro fundamento para agravar-se a pena do agente em decorrência de sua recaída em delito, o que desagua em inúmeras teorias que buscam uma solução para esta questão. O assunto não é de simples elaboração e poderia, sozinho, ser objeto de um estudo próprio. Contudo, a exposição das teses justificativas é de máxima importância e de íntima conexão com a questão da solvabilidade constitucional do instituto. Deste modo, apresentar-se-á as principais correntes teóricas fundamentadoras, de maior relevo doutrinário e jurisprudencial e de maior número de adeptos, sem a pretensão de esgotar-se a discussão. É importante, como será exposto, alertar da impossibilidade de chegar-se a apenas uma tese definitiva em decorrência das variações de tratamento que a recidiva recebe por escolha dos legisladores dos respectivos países.

Por fim, cumpre à terceira parte do estudo o objetivo de analisar uma possível resposta para a pergunta acima formulada. Para tal finalidade, organizar-se-á a exposição de acordo com os pontos de conflito constitucional que atitam-se com a reincidência, expondo-se, primeiramente, o fundamento constitucional, e, após, seu confronto com a agravante. O exame lançará mão não só dos levantamentos trazidos pela doutrina jurídica internacional bem como estear-se-á nos exames realizados pelas cortes. Os questionamentos a serem tecidos são a violação dos seguintes princípios: 1. da culpabilidade; 2. da proibição da dupla valoração; 3. da igualdade; 4. da proporcionalidade; e 5) da presunção de inocência. É possível aventar outros eventuais conflitos com a ordem

constitucional, contudo, destacam-se aqui os de maior relevo doutrinário e jurisprudencial pela ausência de abordagem científica suficiente dos demais, muitas vezes motivadas pelas questões serem reflexos das acima expostas ou desdobramentos lógicos daquelas.

Assim, uma vez apresentado o tema e o *iter* de abordagem, o presente estudo buscará expor, na tentativa de um *tour de force*, os principais pontos da questão sob lentes críticas, permitindo a fomentação de um mais aprofundado debate. Ressalva-se desde já, portanto, que o objeto do trabalho limita-se apenas ao estudo da solvabilidade constitucional da recidiva sob lentes predominantemente dogmáticas. É inegável, contudo, a importância do estudo da reincidência sob as lentes da criminologia e da política-criminal em relação à efetiva possibilidade de reinserir o indivíduo e compreender os motivos que levam o infrator a recair em delito e todas as demais consequências adversas oriundas do tratamento diferenciado. Estas questões, no entanto, justamente pela sua equânime importância e dificuldade de exame, não serão aqui abordadas, devendo ser objeto de pesquisa própria. Outrossim, para atingir-se o escopo do presente estudo, lança-se mão dos métodos de abordagem dedutivo e dialético, com pesquisa, conforme suprarreferido, efetuada na doutrina e jurisprudência nacionais e internacionais.

I

DA REINCIDÊNCIA: NOÇÕES PRELIMINARES

1.1 BREVE ESCORÇO HISTÓRICO

É seguro afirmar que a ideia de pluralidade de atos socialmente reprováveis cometidos por um só indivíduo e, assim, a necessidade de aplicar-se tratamento punitivo mais severo em decorrência desta multiplicidade, existe desde priscas eras. Outrossim, é igualmente inegável que a maior parcela das codificações repressivas modernas consubstanciam a ideia de reincidência — cada qual em sua peculiar maneira —, acentuando, destarte, o caráter universal do instituto³.

Contudo, a sua gênese não coincide com a do próprio Direito Penal. Civilizações mais antigas com frequência aplicavam a pena de morte ao infrator primário. Em outros casos — e antes do advento dos registros criminais —, havia extrema dificuldade de identificar um sujeito já anteriormente sancionado nas sociedades que não utilizavam ferimentos ou mutilações corporais para marcá-lo⁴.

Mesmo na impossibilidade de determinar-se, com precisão, o sistema normativo pioneiro na matéria, é notório que a reincidência penal já encontrava-se consubstanciada de maneira muito semelhante a atual em antiquíssimos ordenamentos jurídicos. Na legislação da civilização hindu — mais precisamente no compêndio *Manava Dharma Sastra* (200 a.C. a 200 d.C.) —, a sanção progredia em intensidade de acordo com o número de infrações já cometidas: desde simples admoestação, passando por penas corporais e culminando em um concurso de todas as penas simultaneamente. Resta claro que esta progressão de intensidade punitiva fundamenta-se na sua função de prevenção especial negativa, como deixa explícito o início da disposição 130, capítulo VIII: «quando tampouco o rei consiga refrear os culpáveis com castigos corporais, aplicar-se-á as quatro penas de uma vez»⁵.

³ MARTÍNEZ DE ZAMORA, 1971, p. 15-16. Na mesma senda: CORREIA, 1961, p. 49.

⁴ MARTÍNEZ DE ZAMORA, 1971, p. 16; CEBALLOS, 1999, p. 7-8.

⁵ MARTÍNEZ DE ZAMORA, 1971, p. 16-17; SUSANO, 2012, p. 15-16; FERNÁNDEZ, 2009, p. 28. Ainda conforme MARTÍNEZ DE ZAMORA (1971, p. 17), após simples admoestação, aplica-se a sanção de

A figura da reincidência também tornou-se presente no ordenamento jurídico da China imperial a partir do abrandamento das sanções penais, que outrora impediam a possibilidade de recaída por parte do agente. Destaca-se, neste aspecto, o imperador *Shun* (2233–2184 a.C.), que aplicava a pena de morte em caso de reincidência ou premeditação delituosa, medida esta que foi restringida ulteriormente aos crimes patrimoniais⁶. Contudo, o termo atual utilizado pelo Direito Penal chinês para assinalar o instituto da reincidência — *leifan* — foi utilizado apenas a partir do código *Qing* de 1910, equânime à *zaifan*, expressão anteriormente utilizada durante a dinastia *Wei* do norte (386-534 d.C.)⁷.

Além dos supracitados ordenamentos do passado, pensadores da antiguidade também contemplavam a noção de punição diferenciada para o agente que comete um novel delito. Platão, no diálogo *Leis*, e Aristóteles, na *Retórica*, possuíam semelhante ideia da reincidência como causa de agravamento da pena. Do mesmo modo, Confúcio repreendia, em seus *Analectos*, aquele que não se corrige. No campo religioso, destaca-se a noção incipiente de reincidência no capítulo XXVI do Levítico da Bíblia, que prevê a cólera divina com progressão de intensidade de acordo com a reiteração pecaminosa⁸.

Posteriormente, no Direito romano, a reincidência possuía um campo de abrangência mais restrito, aplicando-se somente nos casos de identidade entre os dois delitos ou, genericamente, como agravante da pena cominada ao arbítrio do órgão julgador. Sua aplicação possuía como único esteio o combate ao *consuetudo deliquendi* — i.e., o hábito de delinquir. Por tal motivo, inexistia, outrossim, distinção entre reincidência, reiteração e concurso de crimes⁹. O Direito dos povos bárbaros, amplamente

severa repreensão na segunda vez, pune-se a terceira com a cominação de multa, aplica-se castigo corporal na próxima recaída e, após, as quatro sanções eram administradas concomitantemente.

⁶ MARTÍNEZ DE ZAMORA, 1971, p. 17; SUSANO, 2012, p. 16.

⁷ PEREIRA, 2007, p. 427. Curiosamente, o ordenamento jurídico chinês, posteriormente, quando do domínio da dinastia Tang (618-907 d.C.), possuía também uma modalidade especial de reincidência — *sanfan* —, aplicável na prática de três ou mais delitos.

⁸ SUSANO, 2012, p. 16. MARTÍNEZ DE ZAMORA, 1971, p. 17. A figura do agravamento da pena quando da segunda punição resta explícita especialmente nos versículos 23-24 do suprarreferido capítulo bíblico, *in verbis*: «se ainda com estas coisas não vos corrigirdes voltando para mim, mas ainda andardes contrariamente para comigo, Eu também andarei contrariamente para convosco, e eu, eu mesmo, vos ferirei sete vezes mais por causa dos vossos pecados».

⁹ CORREIA, 1961, p. 49. Nessa senda: MARTÍNEZ DE ZAMORA, 1971, p. 18; FIGUEIREDO DIAS, 2011b, p. 258; SOUZA, 1903, p. 16; BELESTÁ SEGURA, 2001, p. 575; MANZINI, 1908, p. 548-549. Tal distinção será melhor explicada e analisada posteriormente no presente estudo (vide ponto 1.2.2). Outrossim, como bem lembra a lição de LOPES (2014, p. 9), o Direito romano contemplava, inclusive, a aplicação facultativa da reincidência internacional.

fundamentados na ideia da composição privada previam em poucos casos sanções especiais aos reincidentes, notoriamente nos casos de furto¹⁰.

Tal senda manteve-se durante o decorrer do medievo, prescindindo, inclusive, quando da alta Idade Média, de condenação anterior para configurar-se causa de agravamento¹¹. Mais especificamente, o Direito canônico, consoante o *Decretum Gratiani* (de publicação entre os anos de 1140-1150), reconhecia o agravamento da pena pela reincidência em delitos específicos, embora não possuísse, no corpo do texto, uma definição ou termo técnico para o instituto¹². O direito germânico, por sua vez, era desprovido da ideia de reincidência em quase sua totalidade, com exceção das leis do rei lombardo Liutprando e os capítulos legislativos de Carlos Magno, nas quais o instituto limitava-se somente ao delito de furto¹³.

Ademais, é notável, para o desenvolvimento da reincidência como a conhecemos na atualidade, o contributo dos estudos italianos. Diversas compilações medievais da península itálica previam a reincidência, especialmente no que concerne aos delitos patrimoniais¹⁴. No entanto, foram os glosadores bolonheses que, pela primeira vez, desenvolveram «uma verdadeira teoria científica da reincidência»¹⁵.

Contudo, somente a partir do século XVII, com os estudos de Farinacci, difundiu-se a ideia de exigir-se a condenação anterior do agente como pressuposto para a aplicação da agravante de reincidência («*nisi de primis delictis fuerit condemnatus et punitus*»), efetuando-se tardia distinção entre reincidência e concurso de crimes, concepção adotada pela maior parte das legislações do século XIX. A mudança, desdobramento da difusão do pensamento «*peccare humanum est, sed perseverare est diabolicum*»¹⁶, deveu-se à consolidação do pensamento que o reincidente teria elevada tendência antissocial e inclinação à delinquência por decorrência de seu menoscabo à advertência formal anterior que é o primeiro édito condenatório. Outrossim, em seu conceito de reincidência, Farinacci

¹⁰ MANZINI, 1908, p. 549.

¹¹ CORREIA, 1961, p. 49. No mesmo sentido: SUSANO, 2012, p. 17; BELESTÁ SEGURA, 2001, p. 575.

¹² MARTÍNEZ DE ZAMORA, 1971, p. 18. De igual modo: MANZINI, 1908, p. 549; SUSANO, 2012, p. 17.

¹³ MARTÍNEZ DE ZAMORA, 1971, p. 18. De igual modo: SUSANO, 2012, p. 17.

¹⁴ A título de exemplo, grifa-se o Estatuto de Pádua, de 1236, e a *Promissione del Maleficio*, de 1232, do *doge veneziano* Jacopo Tiepolo.

¹⁵ MARTÍNEZ DE ZAMORA, 1971, p. 19. Ainda conforme o autor, credita-se ao glosador bolonhês Odofredo o brocardo «*consuetudine delinquendi est circumstantia agravandi delictum et delinquentem acrius*».

¹⁶ CORREIA, 1961, p. 50.

impunha a noção de identidade entre os delitos cometidos: «*consuetudinis delinquendi praesumptio tantum in oedem vel simili generi mali, secus si in diverso*». Assim, para o jurista italiano, somente poderia punir-se a reincidência entre crimes de mesma natureza¹⁷.

O delineamento conceitual de Farinacci, todavia, fomentou, à época, acirrado debate, eis que havia dificuldade em consentir-se na definição de crimes da mesma natureza ou espécie para a aplicação da agravante e, de igual modo, se, efetivamente, as duas modalidades de reiteração (*i.e.*, entre crimes de mesma natureza e entre crimes de natureza dissemelhante) mereciam tratamentos distintos devido à existência, ou não, de diversidade de perigosidade criminal¹⁸. Ademais, a difusão do trabalho do jurista romano não obstaculizou a adoção de diferentes critérios e modalidades de aplicação da reincidência nas diversas codificações europeias posteriores, embora seja praticamente uníssona a exigência de prévia condenação¹⁹.

Seguindo tal sequência cronológica em nosso delineamento histórico, chega-se, então, ao ponto, principalmente a partir do século XIX, do surgimento de considerável quantidade de modalidades diferentes para aplicar-se a agravante de reincidência. Em seguimento lógico do presente estudo, faz-se assim necessário analisar seu conceito e possíveis espécies que podem tomar forma. Somente após tal exame poder-se-á passar aos critérios de aplicação nos ordenamentos jurídicos contemporâneos, arcabouço essencial para o acurado debate da questão cerne aqui esgrimida.

¹⁷ CORREIA, 1961, p. 50. No mesmo sentido: FIGUEIREDO DIAS, 2011b, p. 258-259. Bem aponta BELEZA DOS SANTOS (1942, p. 50) que Farinacci não vislumbrava a possibilidade de correção do reincidente: «*delictorum frequentia delinquentis incorrigibilitatem denotat*».

¹⁸ SOUZA, 1903, p. 20; FIGUEIREDO DIAS, 2011b, p. 259.

¹⁹ CORREIA, 1961, p. 51.

1.2 DO CONCEITO DE REINCIDÊNCIA E SUAS ESPÉCIES

1.2.1 Esboço conceitual

A dificuldade em conceituar-se a reincidência reside nas suas diversas modalidades e nos distintos modos como é positivada nos ordenamentos jurídicos que a contemplam. Caso o presente estudo apenas se ocupasse de um sistema normativo, seria possível, inclusive, confundir-se o conceito de reincidência com o próprio dispositivo que regula seu funcionamento e aplicação. Nesse aspecto, alerta ZAFFARONI que tentativas anteriores de uma definição internacional para o instituto da recidiva restaram infrutíferas, sendo a disparidade de requisitos legais para a sua incidência um dos principais obstáculos²⁰.

Destarte, com o escopo de buscar-se uma imagem que seja capaz de responder satisfatoriamente o que é a reincidência, num plano externo a um determinado ordenamento normativo, faz-se necessário abarcar-se, no presente estudo, um conceito mais amplo, deixando-se os pormenores sob responsabilidade de suas espécies diferentes e de determinados sistemas em concreto a serem eventualmente analisados²¹. Cumpre ressaltar, de igual modo, que tal delimitação conceitual aplica-se somente ao direito contemporâneo, eis que, como já analisado no presente estudo, a reincidência, no passado, frequentemente confundia-se com outras figuras análogas de multiplicidade de delitos.

Igualmente, mister explicitar que não há, nesse ponto, nenhuma pretensão de buscar-se uma solução definitiva para esta questão. Apenas é de extrema importância que seja esboçado um conceito para fins explicativos no presente estudo, o que nos possibilitará analisar com a devida precisão o seu tema principal. Por este mesmo motivo, fez-se a escolha de evitar-se falar em *definição* da reincidência — expressão que carrega, em si, o fardo da absoluta e incontestável certeza científica —, mas sim em um *conceito*.

Consequentemente, é possível afirmar que a reincidência é, *contemporaneamente*, uma causa de agravamento da pena do agente pela existência de anterior condenação transitada em julgado. A obrigatoriedade, ou não, deste acréscimo, restrição somente aos

²⁰ ZAFFARONI, 1993, p. 117. No mesmo sentido: LOPES, 2014, p. 11.

²¹ Vide subcapítulos 1.3 e 1.4.

delitos dolosos, cumprimento da pena anterior, outros requisitos para sua aplicação e demais consequências legais que podem decorrer de sua aplicação, variam intensamente de acordo com a sua regulação nos sistemas normativos²². Em suma, e consoante a lição de SUSANO, a reincidência, em seu conceito, é composta por três elementos: «i) o sujeito único, ii) a pluralidade de delitos e iii) a sentença penal intermédia»²³.

1.2.2 Institutos análogos

Uma vez realizado um esboço conceitual do que é a reincidência, torna-se possível — e, de fato, imperativo — separá-la de institutos eventualmente, de alguma maneira, semelhantes por também envolverem pluralidade de condutas típico-ilícitas realizadas pelo mesmo agente²⁴. É notório que a recidiva não é o único instituto normativo a regular eventuais hipóteses de *reiteração criminal* — nome atribuído por LATAGLIATA ao gênero dogmático do qual a reincidência é espécie²⁵. Destarte, tal tarefa nada mais é do que um lógico desdobramento da conceitualização do nosso objeto de estudo para melhor compreender o seu funcionamento.

²² Por estes motivos é que prefere ZAFFARONI (1993, p. 118) falar apenas em «consecuencia más grave», seja ela agravamento da pena, perda de benefícios legais, entre outros. Contudo, como será exposto no presente trabalho, quando da análise da reincidência no Direito português e no Direito comparado (subcapítulos 1.3 e 1.4), o agravamento de pena apresenta-se sempre como uma constante em todos os sistemas normativos.

²³ SUSANO, 2012, p. 62. A condenação prévia é o pressuposto basilar do conceito de reincidência e, destarte, está presente em todas as codificações modernas de tal instituto (cf. CORREIA, 1951, p. 50).

²⁴ MARTÍNEZ DE ZAMORA, 1971, p. 10-11.

²⁵ LATAGLIATA, 1963, p. 17. no mesmo sentido: CASTEX, 1998, p. 545. Em sentido contrário posiciona-se a doutrina de MARTÍNEZ DE ZAMORA (1971, p. 14), para a qual a inclusão da reincidência no amplo campo da reiteração é inconveniente. Primeiro, pela seu peculiar caráter de proibição de recaída ao delito; e, segundo, pelo fundamento do instituto não se justificar na repetição criminal. Acerca do exame do fundamento da reincidência, vide o capítulo 3 do presente estudo.

1.2.2.1 Concurso de Crimes

Então, em primeiro ponto, importante ressaltar que a reincidência não se confunde com o concurso de crimes. O concurso de crimes caracteriza-se pela conduta, ou pluralidade de condutas — melhor denominado por FIGUEIREDO DIAS como «comportamento global»²⁶ —, que se enquadra como dois ou mais atos puníveis, sejam eles de tipos penais diversos ou várias vezes do mesmo²⁷.

No caso do «comportamento global» ser composto por uma pluralidade de ações que produzem uma pluralidade de resultados, existentes no mesmo processo criminal («ou em processo penal posterior destinado ao conhecimento de um concurso superveniente», no caso do Direito português²⁸), o concurso será *material* (*efetivo, puro* ou *real*). Se tais condutas ilícito-típicas possuírem igualdade substancial (*e.g.*, três violações, art. 164.º do Código Penal português), o concurso *material* será *homogêneo*. Por outro lado, será *heterogêneo* sempre que o «comportamento global» for composto de diferentes figuras típicas (*e.g.*, um furto simples, uma violação e um delito de burla simples, respectivamente artigos 203.º, 164.º e 217.º do Código Penal português)²⁹. O concurso material é regulado no Direito português pelo disposto no art. 77.º do Código Penal, que impõe a aplicação de única pena, cujo limite é a soma das penas concretamente aplicáveis às condutas ilícito-típicas caso não estivessem moduladas pelo concurso, desde que tal quantia não ultrapasse 25 anos³⁰.

²⁶ FIGUEIREDO DIAS, 2011a, p. 1005.

²⁷ CADOPPI / VENEZIANI, 2012, p. 457; MANTOVANI, 2011, p. 464; FAYET JÚNIOR, 2014, p. 93.

²⁸ FIGUEIREDO DIAS, 2011a, p. 1005. No mesmo sentido, a lição de JESCHEK e WEIGEND (2002, p. 783) ainda resalta que as disposições relativas ao concurso possuem cunho tanto de Direito Penal material quanto processual, eis que dependem das normas processuais para sua existência. Outrossim, cumpre grifar, na senda de FAYET JÚNIOR (2014, p. 100), que a pluralidade de ações penais — e, inclusive, de sentenças — não afasta a existência de concurso material. Com efeito, haverá concurso caso haja entre as condutas ilícito-típicas vínculo «ideológico (ou teleológico), consequencial ou mesmo ocasional». O ordenamento jurídico português prevê a possibilidade de conhecimento superveniente do concurso e o regula no art. 78.º do Código Penal.

²⁹ CADOPPI / VENEZIANI, 2012, p. 458; MANTOVANI, 2011, p. 466; FAYET JÚNIOR, 2014, p. 98-99; MIR PUIG, 2011b, p. 642; MUÑOZ CONDE / ARÁN, 2010, p. 468; WESSELS, 1976, p. 178-179; MARINUCCI / DOLCINI, 2012, p. 476.

³⁰ *In verbis*: «Regras da punição do concurso: 1 - Quando alguém tiver praticado vários crimes antes de transitar em julgado a condenação por qualquer deles é condenado numa única pena. Na medida da pena são considerados, em conjunto, os factos e a personalidade do agente. 2 - A pena aplicável tem como limite máximo a soma das penas concretamente aplicadas aos vários crimes, não podendo ultrapassar 25 anos tratando-se de pena de prisão e 900 dias tratando-se de pena de multa; e como limite mínimo a mais

Por sua vez, denomina-se *concurso formal (ideal, impuro ou aparente)* a pluralidade de resultados oriundos de uma conduta única, tenha ela um ou mais desígnios. Assim como o concurso formal, é possível dividir esta modalidade de acordo com seus desdobramentos: *homogênea*, caso todos os resultados sejam da mesma figura típica, e, caso contrário, *heterogênea*³¹.

Destarte, resta claro que o concurso de crimes e a reincidência são institutos diversos. Esta é agravamento da pena por cometimento de novo crime pelo indivíduo já condenado, muito dissonante daquele, caracterizado por um «comportamento global» causador de uma pluralidade de resultados ilícitos-típicos. A verdadeira independência entre estas duas matérias surgiu, como já esgrimido *supra* (item 2.1), com a difusão da doutrina de Farinacci, que impõe a necessidade de condenação anterior para configurar-se recidiva, o seu maior diferencial frente aos demais institutos (aparentemente) similares³².

1.2.2.2 Crime Continuado

Também não há de se confundir o instituto da reincidência com o *crime continuado*. Este traduz-se numa realização delituosa plúrima que recebe tratamento especial — e mais benéfico — da lei penal como se um crime só fosse: uma unidade

elevada das penas concretamente aplicadas aos vários crimes. 3 - Se as penas aplicadas aos crimes em concurso forem umas de prisão e outras de multa, a diferente natureza destas mantém-se na pena única resultante da aplicação dos critérios estabelecidos nos números anteriores. 4 - As penas acessórias e as medidas de segurança são sempre aplicadas ao agente, ainda que previstas por uma só das leis aplicáveis».

³¹ MANTOVANI, 2011, p. 467; CADOPPI / VENEZIANI, 2012, p. 457-458; FAYET JÚNIOR, 2014, p. 101-10; MUÑOZ CONDE / ARÁN, 2010, p. 466; JESCHEK / WEIGEND, 2002, p. 773-775; MIR PUIG, 2011b, p. 656-657; MARINUCCI / DOLCINI, 2012, p. 470; WESSELS, 1976, p. 177. Nesse ponto, discorda FIGUEIREDO DIAS (2011a, p. 1011-1027) acerca do critério de determinação da existência de concurso formal. Para o autor, a configuração de concurso formal independe na singularidade da conduta. Por outro lado, o critério determinante seria a presença de um «parentesco ou afinidade do ilícito». Isto é, uma conexão «objectiva e/ou subjectiva tal que deixa aparecer um daqueles sentidos de ilícito como absolutamente dominante, preponderante, ou principal, e *hoc sensu* autónomo, enquanto o restante ou os restantes surgem, também a uma consideração jurídico-social segundo o sentido, como dominados, subsidiários ou dependentes» (p. 1015).

³² Com efeito, a angular diferença, entre tantas outras, da reincidência para outros institutos de reiteração criminal é a exigência de condenação anterior. Nesse sentido: SOUZA, 1903, p. 15; MANZINI, 1908, p. 550; CORREIA, 1961, p. 50; BARROS, 1982, p. 18; MARTÍNEZ DE ZAMORA, 1971, p. 13; SUSANO, 2012, p. 66; ANTUNES, 2013, p. 51; FREITAS, 2009, p. 96. Contudo, pondera LATAGLIATA (1963, p. 27) que, se tal critério for tomado apenas como um mero limite formal estabelecido legalmente para distinguir a reincidência do concurso material, o requisito torna-se desvalorizado, e perde-se o sentido da existência de dois institutos separados.

jurídica de ação. Caso diversas condutas da mesma espécie sejam realizadas homogeneamente em objetiva e subjetiva semelhança (e, nesse ponto, os critérios para tal determinação não são sempre uníssonos nas ordens jurídicas³³), cria-se esta *fictio juris*, cujo escopo principal é evitar o cúmulo material de penas³⁴.

Efetivamente, como é explícita a diferença entre a reincidência e o concurso de crimes, também há de ser com o *delictum continuatum*. Tal figura é, justamente, espécie do gênero *concurso material homogêneo*³⁵, normativamente tratada por um prisma diferenciado não só para evitar obstáculos procedimentais de julgar-se uma longa cadeia de condutas ilícito-típicas, mas, outrossim, almejando-se obstaculizar punições desproporcionais e injustas face ao caráter invulgar de continuidade homogênea das ações — o que não encontra-se presente no concurso material homogêneo *lato sensu*³⁶. Assim, é possível afirmar-se que este assunto já foi examinado e superado *supra*. De qualquer modo, resta ainda mais óbvia a completa ausência de identidade entre o crime continuado e a recidiva quando leva-se em consideração o fato desta ser uma consequência mais gravosa à cominação da pena, enquanto aquela é, efetivamente, um benefício legal³⁷.

³³ À guisa de exemplo, o Direito Penal português, que regula o delito continuado no art. 30.º-2 de seu Código Penal, exige que os crimes protejam o mesmo bem jurídico e sejam executados «por forma essencialmente homogênea». A punição desta modalidade é regulada pelo art. 79.º do mesmo diploma legal, que dispõe, em seu número 1, que a pena aplicável é aquela da conduta mais grave da continuidade. Por sua vez, o Código Penal brasileiro, em seu art. 71, impõe que os crimes sejam «da mesma espécie» e com similitude de «tempo, lugar, maneira de execução e outras». A pena aplicada, regulada no mesmo dispositivo, será, em regra, a de um único delito ou, em caso de crimes diferentes, do mais grave, aumentada de um sexto a dois terços (*caput*). Exceto nos casos enquadrados no parágrafo único do dispositivo, *ipsis litteris*: «nos crimes dolosos, contra vítimas diferentes, cometidos com violência ou grave ameaça à pessoa, poderá o juiz, considerando a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias, aumentar a pena de um só dos crimes, se idênticas, ou a mais grave, se diversas, até o triplo, observadas as regras do parágrafo único do art. 70 e do art. 75 deste Código».

³⁴ FIGUEIREDO DIAS, 2011a, p. 1027; FAYET JÚNIOR, 2014, p. 108-109; MANTOVANI, 2011, p. 494; MUÑOZ CONDE / ARÁN, 2010, p. 469; JESCHEK / WEIGEND, 2002, p. 783; MIR PUIG, 2011b, p. 652; WESSELS, 1976, p. 175-176; MARINUCCI / DOLCINI, 2012, p. 478.

³⁵ «(...) não se lhe restando, assim sendo, logicamente, outra colocação possível senão à qual se encontra inserto» (FAYET JÚNIOR, 2014, p. 93). Nessa mesma esteira: FIGUEIREDO DIAS, 2011a, p. 1027).

³⁶ FIGUEIREDO DIAS, 2011a, p. 1028. Nesse ponto, alerta FAYET JÚNIOR (2014, p. 108) da possibilidade, em certos casos, da aplicação conjunta tanto do crime continuado quanto do concurso material homogêneo.

³⁷ FAYET JÚNIOR, 2014, p. 190.

1.2.2.3 *Delinquência Habitual*

Sob semelhantes aspectos é que a reincidência torna-se, de igual modo, completamente divergente da ideia de *delinquência habitual*, que define-se por um hábito contínuo de cometimento de delitos que molda o modo de vida do sujeito³⁸. A habitualidade, ao contrário do objeto do presente estudo, não é um conceito jurídico, mas sim de origem criminológica³⁹. É o constante costume de delinquir, ideia evoluída a partir das noções do *estado de perigo presumido* do positivismo e do *estado de pecado* do tomismo⁴⁰. A recidiva, pelo contrário, é uma causa de agravamento da pena, não um *modus vivendi*, e sua existência depende sempre de determinação normativa⁴¹.

1.2.3 Modalidades

Realizado o esboço conceitual da reincidência e, efetivamente, também delineado o que *não é* reincidência, teceu-se uma visão ampla — e internacional — deste instituto. Contudo, para analisar-se o seu funcionamento de acordo com determinados ordenamentos jurídicos, é de alta importância cotejar as diferentes espécies classificativas que esta agravante pode assumir tanto no Direito português quanto em demais sistemas. De igual modo, cumpre antecipadamente alertar que eventuais dúvidas e obscuridades aventadas pelos sistemas de classificação — aqui apresentados sob um espectro mais amplo — serão estudadas de acordo com exemplos concretos quando do estudo da reincidência em codificações específicas (subcapítulo 1.3, *infra*).

³⁸ ALLEGRA, 1933, p. 164. No mesmo sentido: LERMA, 2008, p. 96.

³⁹ LERMA, 2008, p. 96.

⁴⁰ ZAFFARONI, 1993, p. 123.

⁴¹ SUSANO, 2012, p. 66. No mesmo sentido: ALMEIDA, 2012, p. 68.

1.2.3.1 Reincidência Genérica e Específica

O instituto da recidiva pode ser classificado de acordo com a natureza dos delitos cometido pelo agente. Por reincidência *genérica* — também conhecida como *heterogênea, geral, polítropa* ou *imprópria*— define-se a recaída em cometimento de delito de natureza diversa. Logicamente, por outro lado, classifica-se *específica* — *homogênea, especial, homótropa* ou *própria* — a reincidência entre crimes de mesma espécie ou natureza⁴². A classificação, de critério aparentemente trivial, possui sua dificuldade em justamente definir o que efetivamente entende-se por *delitos de mesma espécie ou natureza*. Deste aspecto dogmático também ocupou-se o açulado debate no século XIX oriundo da disseminação dos estudos de Farinacci. Dentre as propostas de solução destacam-se a identidade dos bens jurídicos violados, similaridade subjetiva ou objetiva na execução do crime, identidade de sanção cominada aos crimes, semelhança no dolo do agente, entre diversas outras⁴³. Atualmente, em casos concretos de normatização da modalidade específica da reincidência, caso a lei seja omissa na definição de seus critérios para crimes de mesma natureza/espécie, incumbe-se de tal tarefa a doutrina e a jurisprudência nacionais, tal qual é o exemplo do Direito espanhol⁴⁴.

1.2.3.2 Reincidência Verdadeira e Fictícia

Esta classificação dá-se em relação ao cumprimento da pena do crime pelo qual o reincidente foi anteriormente condenado. Caso o cumprimento seja total ou parcial, fala-se

⁴² LATAGLIATA, 1963, p. 14. No mesmo sentido: SOUZA, 1903, p. 15; SANTOS, J. B., 1942, p. 50-53; FERNÁNDEZ, 2009, p. 81-82; CORREIA, 1951, p. 51-52; ALMEIDA, 2012, p. 70; CAPELA, 2013, p. 76; SUSANO, 2012, p. 63; CARNEIRO, 1996, p. 31-32; VARGAS / MOTTA, 2009, p. 11-12; ZAFFARONI / PIERANGELI, 2004, p. 792.

⁴³ FIGUEIREDO DIAS, 2011b, p. 259. Em seguimento, anota o mesmo autor, ainda acerca da supracitada contenda nas letras jurídicas internacionais, que a questão espraiou-se igualmente sob um prisma criminológico. Ou seja, se é justificável, sob tal ponto de vista, agravar a pena apenas do reincidente específico por este demonstrar elevada perigosidade que eventualmente desaguaria em uma propensão à «carreira delinquente», ou, pelo contrário, se tal tendência estaria conectada ao reincidente geral e este sim deveria receber o tratamento mais severo.

⁴⁴ A reincidência no Direito Penal espanhol é estudada no ponto 1.4.1.

em reincidência *verdadeira*, ou *real*. A modalidade *fictícia*, ou *ficta*, pelo contrário, exige apenas a condenação pelo fato anterior transitada em julgado⁴⁵.

1.2.3.3 Reincidência Facultativa e Obrigatória

Como o próprio nome logicamente mostra, *facultativa* é a agravante de reincidência que, conforme prescreve a norma penal *in casu*, é aplicada de acordo com o livre convencimento motivado do órgão julgador. Em sentido contrário, obrigatória é a reincidência que deverá configurar-se forçosamente no caso desde que os requisitos legais sejam devidamente atendidos⁴⁶.

1.2.3.4 Reincidência Perpétua, Temporária e Mista

Tal critério classificativo relaciona-se com a existência do chamado prazo de *prescrição da reincidência*, que possui fundamento na impossibilidade de estabelecer-se conexão material entre os dois crimes após a decorrência do prazo para justificar maior culpa do agente reincidente⁴⁷. Trata-se de reincidência *temporária* caso a norma que regule a agravante determine que somente será reincidente o agente que cometer o segundo crime dentro de um certo espaço de tempo entre dois marcos temporais predeterminados — *e.g.*,

⁴⁵ ALMEIDA, 2012, p. 69. Na mesma esteira: CAPELA, 2013, p. 75-76; CARNEIRO, 1996, p. 31; FREITAS, 2009, p. 98; VARGAS / MOTTA, 2009, p. 12; BERLA, 2010, p. 303; ZAFFARONI / PIERANGELI, 2004, p. 792.

⁴⁶ SUSANO, 2012, p. 65.

⁴⁷ FIGUEIREDO DIAS, 2011b, p. 266. De igual modo: SOUZA, 1903, p. 21; MIGUEZ GARCIA / RIO, 2014, p. 381; SÁ PEREIRA / LAFAYETTE, 2014, p. 252. Contudo, logicamente, para a existência deste prazo, parte-se da premissa que o agravamento pela reincidência justifica-se na culpabilidade elevada do agente por desconsiderar a advertência contida no édito condenatório pretérito. Esta justificativa, bem como as demais teorias fundamentadoras da reincidência, será propriamente analisada em separado, no presente trabalho, no capítulo 3, dada a importância de seu conhecimento para examinar a constitucionalidade do instituto.

as datas do cometimento do primeiro e do segundo delito, as datas do trânsito em julgado das respectivas condenações, ou qualquer outro parâmetro que a lei positivar⁴⁸.

A agravante de reincidência será *perpétua*, portanto, se a lei não prever prazo prescricional em relação ao primeiro e ao segundo delito, impedindo *ad eternum* que o agente volte à condição de primariedade. Entre estas duas espécies supracitadas surge um sistema híbrido, denominado *misto*. Nele, o agente mantém o estatuto eterno de eventual reincidente, sob a diferença que a severidade da agravante a ser imposta no cálculo da pena será proporcionalmente menor de acordo com o lapso decorrido entre os dois marcos temporais. Ou seja, quanto maior for o tempo que o agente levar para recair em delinquência, menor será o *quantum* de acréscimo⁴⁹.

1.2.3.5 Reincidência Relativa, Média e Absoluta

O critério da classificação da recidiva em *relativa*, *média* e *absoluta* é um desdobramento da classificação entre *genérica* e *específica*, cujo critério é a *identidade de natureza* entre o primeiro e o segundo delito. Assim, será *relativa* a reincidência em delito de mesma espécie do anterior; classifica-se em *média* a reincidência em delito de espécie distinta, porém de mesmo gênero; e, por último, *absoluta* será a reincidência ausente de qualquer identidade de natureza entre os delitos⁵⁰. Como é explícito pelo suprarreferido, este parâmetro classificatório padece da mesma dificuldade conceitual para determinar-se o critério para *identidade de natureza* entre os crimes contida na distinção entre reincidência *genérica* e *específica*.

⁴⁸ ALMEIDA, 2012, p. 73. No mesmo sentido: CAPELA, 2013, p. 76; CARNEIRO, 1996, p. 35.

⁴⁹ CARNEIRO, 1996, p. 35-36; ALMEIDA, 2012, p. 73; SOUZA, 1903, p. 21; FREITAS, 2009, p. 97.

⁵⁰ SECCO, 1876, p. 161; SUSANO, 2012, p. 62-63.

1.3 A REINCIDÊNCIA NO DIREITO PENAL PORTUGUÊS

Superados os prolegômenos conceituais do instituto da reincidência, bem como devidamente traçada sua evolução histórica, é possível prosseguir-se com o exame da reincidência em espécie nos ordenamentos jurídicos atuais. Obviamente, tratando-se da ordem jurídica pátria do presente estudo, dar-se-á prioridade ao Direito Penal português. O exame dividir-se-á em duas partes: primeiro, mister tecer considerações acerca de sua evolução histórica; após, far-se-á o devido exame da recidiva conforme a codificação lusa contemporânea.

1.3.1 Desenvolvimento histórico

A noção de aumentar-se a pena em caso de reiteração delituosa encontra-se enraizada no Direito português desde as ordenações monárquicas, evidentemente sobre clara influência do restante do Direito europeu da época. O princípio do *crimina repetita graviter puniuntur* era aceito à época pela doutrina, que clamava pela existência da reincidência como uma agravante modificativa comum. Contudo, a legislação portuguesa ainda a positivava como um princípio de aplicação facultativa, e somente em relação a determinados crimes⁵¹.

Na mesma senda seguiu o projeto de Pascoal de Melo e Freire, elaborado a mando da Rainha D. Maria I para substituir o livro V das ordenações filipinas, sem apresentar nenhuma inovação neste ponto. O projeto, assim como seu pretendido antecessor, tratava sobre a reincidência apenas como efeito facultativo e restrito a certas figuras típicas⁵².

⁵¹ Cf. SOUZA, 1903, p. 16. No mesmo sentido: CORREIA, 1961, p. 81; SUSANO, 2012, p. 20. Ilustrativo é o exemplo das ordenações filipinas trazido por BARROS (1982, p. 38). Consoante o título 2, §1, os reincidentes no crime de blasfêmia contra a Virgem Santíssima ou outro Santo tinham suas penas cominadas em dobro.

⁵² BARROS, 1982, p. 40; CORREIA, 1961, p. 81.

Por outro lado, o projeto de Código Penal de José Manuel da Veiga — adotado como Código Penal por decreto no ano de 1837, mas jamais entrado em vigor — já continha disposições gerais acerca da agravação da pena pela reincidência. Em seu conteúdo, definia a reincidência como a prática do mesmo crime no espaço de três anos, ou do mesmo delito ou contravenção no período de um ano. Trata-se, pois, de uma modalidade *específica*, por configurar-se apenas entre a mesma figura típica; *temporária*, por prever um limite de tempo para sua incidência; e *obrigatória*, por não ter sua aplicação aberta à discricionariedade do órgão julgador. Nestes casos, havia a previsão de uma progressão em intensidade da pena cominada (degradação cívica, exílio, degredo e morte, respectivamente, para a reincidência no mesmo crime) de acordo com o número de recaídas⁵³. Embora a doutrina afirme que a modalidade de reincidência *genérica* só tenha sido contemplada, na sua totalidade, no Direito português com a reforma penal de 1884 no Código de 1852⁵⁴, importante lembrar que este projeto previa a imposição de pena máxima ao réu que, já condenado por crime, cometia posteriormente um delito⁵⁵.

A punição da reincidência como agravante comum entrou por fim em vigor com o Código Penal de 1852⁵⁶, em que pese a presença de casos excepcionais na parte especial da lei, nos quais a pena pela reincidência era predeterminada. O funcionário público, por exemplo, que fosse duplamente reincidente em crime no exercício de sua função — tipificados nos arts. 284.º a 323.º —, era exonerado de seu cargo⁵⁷.

O art. 85.º deste diploma implementou somente a modalidade de reincidência *específica* (ou seja, exigia, para sua configuração, «outro crime da mesma natureza») para reincidência de *crimes*, com o limite temporal prescritivo de dez anos entre a data do ilícito-típico posterior e o trânsito em julgado da primeira condenação. Curiosamente, contudo, o parágrafo segundo contempla a possibilidade de reincidência *genérica* exclusivamente para as contravenções, com prazo especial de um ano⁵⁸.

⁵³ Cf. CORREIA, 1961, p. 81-82; BARROS, 1982, p. 41.

⁵⁴ Nesse sentido: CORREIA, 1961, p. 83

⁵⁵ Para que reste claro, assim dispunha o art. 63.º: «aquele que, tendo já sido condenado às penas de um crime, cometer um delito, será condenado ao máximo das penas que a lei impõe a tal delito; e da segunda reincidência em diante, será, outrossim, condenado à vigilância da polícia».

⁵⁶ CORREIA, 1961, p. 82. No mesmo sentido: FIGUEIREDO DIAS, 2011b, p. 260.

⁵⁷ Nesse sentido ordenava o art. 326.º-2º: «verificando-se em qualquer caso, e em qualquer tempo, segunda reincidencia, o empregado, que duas vezes tiver sido condenado, será demittido».

⁵⁸ Assim dispunha a referida norma: «Artigo 85.º A reincidencia verifica-se todas as vezes que o criminoso,

A Reforma Penal de Sampaio e Melo, de 1884, motivada por estudos das legislações espanhola, belga e italiana, ampliou a abrangência da reincidência quando do seu advento por decreto em 14 de junho. Pela primeira vez, de fato, em Portugal, consagrou-se e entrou em vigor, além da reincidência *específica*, a modalidade *genérica*, ou *heterogénea*, para todos os tipos de condutas ilícito-típicas, a qual o legislador preferiu denominar *sucessão de crimes* (por ausência de melhor designação, conforme o próprio confessa), impondo menor severidade em seu tratamento⁵⁹.

A modalidade *específica*, por sua vez, manteve-se de maneira semelhante, tanto em seu aspecto geral como em certos tipos penais na parte especial do estatuto. Diminuiu-se, porém, o limite temporal de dez para oito anos em relação aos crimes e de um ano para seis meses no que concerne às contravenções. Apenas a partir deste diploma legal excluíram-se os crimes culposos para o cômputo de reincidência, doravante destinando-se exclusivamente às condutas dolosas⁶⁰.

Os dispositivos que tratam da reincidência, e da sucessão de crimes, na Reforma — *i.e.*, os artigos 25, 26 e 27 —, foram mnemonicamente reproduzidos pelo Código Penal de 1886, nos artigos 35, 36 e 37⁶¹. As modalidades de recidiva previstas na parte especial do diploma, de igual modo, mantiveram-se praticamente inalteradas⁶².

tendo sido condenado por sentença passada em julgado por algum crime, commette outro crime da mesma natureza antes de terem passado dez annos desde a dita condemnação ; e ainda que a pena do primeiro crime tenha sido perdoada. § 1.º Não se considera reincidencia quando o primeiro crime foi amnistiado, ou o criminoso foi rehabilitado. § 2.º nas contravenções o termo é de um anno ; e não se requer que a segunda contravenção seja da mesma natureza».

⁵⁹ CORREIA, 1961, p. 82-83. De igual modo: SOUZA, 1903, p. 25; CORREIA, 1953, p. 227; BARROS, 1982, p. 46; FIGUEIREDO DIAS, 2011b, p. 260.

⁶⁰ SUSANO, 2012, p. 23-25.

⁶¹ Assim dispunha os referidos artigos do Código de 1886: «Art. 35.º Dá-se a reincidência quando o agente, tendo sido condenado por sentença passada em julgado por algum crime, comete outro crime da mesma natureza, antes de terem passado oito annos desde a dita condemnação, ainda que a pena do primeiro crime tenha sido prescrita ou perdoada. § 1.º Quando a pena do primeiro crime tenha sido amnistiada, não se verifica a reincidência. § 2.º Se um dos crimes for intencional e o outro culposo, não há reincidência. § 3.º Os crimes podem ser da mesma natureza, ainda que não tenham sido consumados ambos, ou algum dêles. § 4.º Não são computadas para a reincidência, por crimes previstos e punidos no código penal, as condemnações proferidas pelos tribunais militares por crimes militares não previstos no mesmo código, nem as proferidas por tribunais estrangeiros. § 5.º Não exclui a reincidência a circunstância de ter sido o agente autor de um dos crimes e cúmplice do outro. Art. 36.º Nas contravenções dá-se a reincidência quando o agente, condenado por uma contravenção, comete contravenção idêntica antes de decorrerem seis mezes, contados desde a dita punição. Art. 37.º Verifica-se a sucessão de crimes nos termos declarados no artigo 35.º, sempre que os crimes não sejam da mesma natureza, e sem atenção ao tempo que mediou entre a primeira condemnação e o segundo crime, ou sempre que, sendo da mesma natureza, tenham passado mais

O Decreto de 15 de dezembro de 1894 externou, em seu relatório, preocupação com a insuficiência repressiva da reincidência nos ilícitos-típicos puníveis com prisão correccional. Diante de tal inquietude no combate à ascendente criminalidade de menor potencial ofensivo é que se desencadeia a elaboração da Lei de 3 de julho de 1896, que regulava disposições específicas para a reincidência — e a sua multiplicidade de recaídas — nos casos de pena por prisão correccional⁶³.

A próxima grande inovação adveio com a reforma prisional do Decreto-lei n.º 26.643, de 28 de maio de 1936, que positivou, no Direito português, a distinção entre reincidente, delinquente habitual e delinquente por tendência. Tal diploma estabeleceu definições normativas para estas duas últimas categorias, além de determinar a criação de prisões específicas para os indivíduos assim caracterizados⁶⁴.

Assim, delinquente habitual, conforme a disposição de seu art. 109.º, seria o agente que: a) após condenado pelo menos duas vezes nas iras de prisão maior ou degredo, cometesse novel crime doloso punível com uma destas modalidades; b) após condenado ao menos três vezes por crime doloso punível com qualquer prisão, prisão maior ou degredo num período de cinco anos, cometa novo crime doloso de pena correspondente; ou c) reste provado que tenha cometido ao menos três crimes dolosos — independente de sua consumação ou não —, puníveis com prisão maior ou degredo, ou aos menos quatro puníveis com prisão, prisão maior e degredo, e que, de acordo com as circunstâncias da execução e a conduta do agente, denote hábito para delinquência. Por sua vez, definiu a lei, em seu art. 110.º, delinquente por tendência todo agente não enquadrado como habitual que cometa um crime doloso — prescindindo sua consumação — de homicídio ou ofensas corporais punível com pena maior, e que revele nas circunstâncias da execução e em sua conduta de vida «perversão e malvadez» para ser considerado gravemente perigoso.

O Código Penal português sofreu nova reforma no ano de 1954, incluindo, em suas disposições gerais, transcrição da definição de delinquente habitual do Decreto-lei da

de oito anos entre a condenação definitiva pelo primeiro e a perpetração do segundo. § único. Para os efeitos do que dispõe o artigo 101.º e parágrafos é aplicável à sucessão de crimes o que para a reincidência estabelecem os §§ 2.º e 5.º do artigo 35.º». Os critérios para a aplicação da pena nesses casos constam no art. 100 e seguintes.

⁶² SUSANO, 2012, p. 26-27.

⁶³ CORREIA, 1953, p. 226-227.

⁶⁴ CORREIA, 1953, p. 227.

reforma prisional. A grande mudança, contudo, adveio no art. 100.º, que pioneiramente submetia o *quantum* da agravação ao exame casuístico do juiz⁶⁵.

Em 1982, o Código Penal de 1886 é sucedido por um novo diploma por força da Lei n.º 400/82, de 23 de setembro. Nele, os pressupostos da reincidência e seus efeitos sofreram drásticas alterações que muito se aproximam à codificação atual. Além de fulminar a existência de modalidades específicas de reincidência na parte especial, o Código de 1982 previa tratamento equânime tanto para a espécie *homogênea* quanto para a *heterogênea*, lidando com ambas conjuntamente como um único instituto⁶⁶. Também não sobreviveu à reforma legal a punição especial para a segunda reincidência⁶⁷. Ademais, possuía tal agravante caráter *temporário*, pois estabelecia prazo temporal de cinco anos entre as datas das práticas dos crimes para a incidência da prescrição da recidiva. Em continuação à inovação introduzida na reforma de 1954 da carta anterior, consolidou-se o estatuto *facultativo* da recidiva, cabendo ao órgão julgador determinar se a(s) condenação(ões) anterior(es) não lograram êxito em prevenir o crime⁶⁸. Uma grande inovação desta codificação, outrossim, foi a equiparação de sentenças proferidas no estrangeiro para a configuração de reincidência, tema muito debatido no passado mas nunca contemplado fora de projetos⁶⁹. Em que pese certas alterações sofridas por este

⁶⁵ SUSANO, 2012, p. 28.

⁶⁶ MAIA GONÇALVES, 2005, p. 269; LEAL-HENRIQUES / SIMAS SANTOS, 1986, p. 402.

⁶⁷ MAIA GONÇALVES, 2005, p. 270; LEAL-HENRIQUES / SIMAS SANTOS, 1986, p. 406.

⁶⁸ SUSANO, 2012, p. 28-29. Assim dispunha do art. 76.º (pressupostos da reincidência): «1 - Será punido como reincidente aquele que, por si só ou sob qualquer forma de participação, cometer um crime doloso a que corresponda pena de prisão, depois de ter sido condenado por sentença transitada em julgado em pena de prisão total ou parcialmente cumprida, por outro crime doloso, se as circunstâncias do caso mostrarem que a condenação ou condenações anteriores não constituíram suficiente prevenção contra o crime. 2 - O crime anterior por que o agente tenha sido condenado não conta para a reincidência se entre a sua prática e a do crime seguinte tiverem decorrido mais de 5 anos; neste prazo não é, porém, contado o tempo durante o qual o agente cumpriu pena de prisão ou medida de segurança privativa de liberdade. 3 - As condenações proferidas por tribunais estrangeiros só contam para efeitos da reincidência quando o facto constituir também crime doloso segundo o direito português. 4 - A prescrição, a amnistia e o indulto da pena equiparam-se, para efeito deste artigo, ao seu cumprimento». O *quantum* de agravamento era regulado pelo art. 77.º de modo muito semelhante ao que encontra-se atualmente em vigor. Destarte, deixará sua análise acurada para o ponto 2.3.2 deste trabalho. Não obstante, para finalidade meramente expositiva, transcreve-se o referido dispositivo: «1 - Em caso de reincidência é elevado de um terço o limite mínimo da pena aplicável ao crime. A agravação, porém, não excederá a medida da pena mais grave aplicada nas condenações anteriores e a pena aplicável não pode ir além do máximo previsto no tipo legal do crime. 2 - As disposições respeitantes à pena relativamente indeterminada, quando aplicáveis, prevalecem sobre as regras próprias da punição da reincidência».

⁶⁹ BARROS, 1982, p. 45.

Código, nenhuma delas atingiu as disposições referentes à recidiva. Destarte, permaneceram tais normas inalteradas até a entrada em vigor do Código Penal atual.

1.3.2 A reincidência no Direito Penal vigente

No atual Código Penal — aprovado pelo Decreto-lei n.º 48/95, de 15 de março —, a reincidência está prevista no teor dos artigos 75 e 76⁷⁰, e abrange, assim como a codificação antecessora, tanto a modalidade *homogênea* quanto a *heterogênea*, sem diferenciação terminológica ou de tratamento⁷¹. Conforme parte da doutrina nacional, a manutenção da reincidência como uma agravante da pena — e não como uma modificação na moldura do tipo penal — dá seguimento à tradição do Direito Penal português (iniciada pelo Código Penal de 1982⁷²) de fundamentá-la no aumento da culpa do agente, pois este menoscaba a «solene advertência» outrora imposta pelo estado no formato da pena anteriormente cominada⁷³. Embora não caiba, neste ponto do estudo, prosseguir com o confronto das possíveis teorias fundamentadoras da reincidência — tarefa da qual

⁷⁰ *In verbis*: «Artigo 75 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 76 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».

⁷¹ FIGUEIREDO DIAS, 2011b, p. 263. No mesmo sentido: SÁ PEREIRA / LAFAYETTE, 2014, p. 250; LEAL-HENRIQUES / SIMAS SANTOS, 2002, p. 893; ALBUQUERQUE, 2010, p. 279. O que claramente indica, de igual modo, que o legislador português não vê necessidade de punir mais severamente qualquer uma das modalidades, seja por demonstrar maior culpa, maior perigosidade ou qualquer outro motivo (SUSANO, 2011, p. 99). Nesse sentido: FERREIRA, 2010, p. 147-148.

⁷² LEAL-HENRIQUES / SIMAS SANTOS, 1986, p. 403.

⁷³ LEAL-HENRIQUES / SIMAS SANTOS, 2002, p. 893. SÁ PEREIRA e LAFAYETTE anotam, outrossim, que a reincidência, por tal motivo, pode ser catalisadora da *função preventiva especial da pena* (2014, p. 251). Contudo, para tomar-se uma conclusão fundamentada acerca desta questão, faz-se necessário, primeiramente, o exame das possíveis teorias justificativas do instituto. Vide capítulo 2.

incumbe-se o segundo capítulo —, não há de ser menos importante esta breve menção ao iniciarmos o exame da abordagem da reincidência pelo Direito Penal português contemporâneo.

Para sua aplicação no caso concreto, a reincidência impõe o cumprimento de pressupostos de ordem formal e material, com força no art. 75.º do Código Penal. O art. 76.º, por sua vez, determina os efeitos de sua incidência. Passa-se, então, de imediato, à análise destas normas.

1.3.2.1 Pressupostos formais

O primeiro pressuposto formal, por óbvio, impõe que a reincidência somente consubstancie-se entre *crimes dolosos*⁷⁴, como impõe a primeira parte do art. 75.º-1 do Código Penal⁷⁵. Tal exigência sustenta-se no próprio fundamento do instituto, conforme acima exposto, eis que somente os delitos previstos e intencionados pelo agente demonstram seu desrespeito à formal advertência anterior. Por tal motivo não há sentido em falar na reincidência de crimes negligentes. Assim, para efeitos deste pressuposto formal, consideram-se dolosos os crimes conforme tanto o tipo-de-ilícito subjetivo quanto o tipo-de-culpa. Ou seja, é aplicável a agravante nos casos de falta censurável de consciência do ilícito (art. 17.º-2), crimes preterdolosos (art. 18.º), e crime tentado (art. 22.º), mas não é aplicável em caso de erro sobre as circunstâncias do fato (art. 16.º)⁷⁶. Pelos mesmos motivos, o crime tentado é passível de configurar reincidência⁷⁷.

Sobre este ponto, aponta GARCÍA que, pelo fato do Código Penal português vislumbrar a aplicabilidade do instituto somente em caso de crime doloso, torna-se a

⁷⁴ De igual modo, resta explícita a possibilidade de reincidência em qualquer modalidade de participação do agente na execução do ilícito-típico. Nesse sentido: FIGUEIREDO DIAS, 2011b, p. 263; SUSANO, 2012, p. 98-99.

⁷⁵ «É punido como reincidente quem, por si só ou sob qualquer forma de participação, cometer um crime doloso (...)». Cumpre grifar, outrossim, que, conforme o art. 75.º-3, as sentenças estrangeiras são igualmente válidas para operar-se a reincidência, desde que o fato também constitua crime em Portugal.

⁷⁶ FIGUEIREDO DIAS, 2011b, p. 263-264; ANTUNES, 2013, p. 51; SÁ PEREIRA / LAFAYETTE, 2014, p. 251; ALBUQUERQUE, 2010, p. 279.

⁷⁷ MIGUEZ GARCIA / RIO, 2014, p. 381.

reincidência «relativamente específica»⁷⁸. Contudo, sob a óptica do presente trabalho, tal argumento não faz sentido. A inaplicabilidade da reincidência no caso de tipos de negligência é natural e faz sentido sob o fundamento do próprio instituto. Não obstante, os critérios de classificação da reincidência em *genérica* ou *específica* (ponto 2.2.3.1, *supra*) relacionam-se com a natureza do delito. No Direito português vigente, a reincidência configura-se unissonamente tanto entre crimes de mesma natureza quanto em crimes de natureza distinta, contemplando-se, uma só figura, a recidiva *homótopa* e *polítropa*.

Como segundo pressuposto formal, tem-se a exigência de configuração de reincidência somente entre crimes punidos com *pena de prisão efetiva de duração superior a seis meses* (art. 75.º-1, segunda parte). Tal requisito fundamenta-se no afastamento da criminalidade bagatelar, buscando, assim, melhor adequação à corrente da função ressocializadora da pena⁷⁹.

Justamente, por tal motivo, sofreu o Código Penal de 1982 cáusticas críticas pela doutrina nacional, eis que, *in contrario sensu*, não exigia uma duração mínima à pena efetiva de prisão⁸⁰. Contudo, é possível afirmar que a novel codificação trouxe apenas uma solução parcial para o problema. De fato, uma vez que o limite mínimo das penas é acima de seis meses de duração, ainda é possível configurar-se reincidência no casos de prisão por dias livres (art. 45.º) e regime de semidetenção (art. 46.º), institutos que, apesar de terem fulcro na ideia de criminalidade bagatelar, possuem um ano como limite máximo para sua aplicação e são, com efeito, *penas de prisão efetiva*⁸¹.

Cumprir dizer que, como bem resta explícito pelo dispositivo legal, este pressuposto afasta a possibilidade de reincidência caso uma das penas seja pecuniária ou substitutiva. De igual modo, não é possível incidir reincidência em caso de conversão da pena de multa não paga em prisão subsidiária (art. 49.º). Embora seja a codificação omissa acerca de tal ponto, ensina FIGUEIREDO DIAS que tal possibilidade seria *in contrario sensu* ao

⁷⁸ GARCÍA, 1992, p. 96. Em que pese esta afirmação tenha como destino o Código Penal de 1982 — em vigência quando da publicação da referida obra —, neste ponto a novel codificação manteve-se inalterada. Logo, ainda é válido o apontamento.

⁷⁹ SUSANO, 2012, p. 101.

⁸⁰ Nesse sentido, FIGUEIREDO DIAS (2011b, p. 264-265) sugeria a adoção do supracitado limite mínimo de seis meses.

⁸¹ FIGUEIREDO DIAS, 2011b, p. 264-265; SUSANO, 2012, p. 102; SÁ PEREIRA / LAFAYETTE, 2014, p. 251. Em sentido contrário, não consideram possível a reincidência nestes casos: ALBUQUERQUE, 2010, p. 280; MAIA GONÇALVES, 2005, p. 270.

espírito da lei, restando claro a necessidade da pena de prisão efetiva ser de aplicação direta. Ademais, caso contrário, o agente que tivesse sua prestação pecuniária convertida em prisão receberia tratamento mais desfavorável em relação àquele que pagou a multa ou a substituiu por trabalho à luz do art. 48.⁸². Contudo, caso a multa em si seja originária de substituição de pena de prisão (com fulcro no art. 43.^o), e sua inadimplência meramente determinou a execução da pena de prisão efetiva imposta na sentença condenatória, torna-se lógico, à luz do espírito da norma, a possibilidade de configuração de reincidência⁸³.

Por sua vez, o requisito do *trânsito em julgado da condenação anterior* possui fulcro no fato da condenação anterior ganhar estatuto de advertência formal somente após tornar-se coisa julgada⁸⁴. Ademais, a exigência da coisa julgada também é reflexo direto e óbvio do princípio da presunção de inocência, atualmente plasmado no art. 32.^o-2 da Constituição da República Portuguesa⁸⁵.

Por último, há o pressuposto da *ausência de prescrição de reincidência*, que, no Direito luso, possui como prazo cinco anos, contabilizados entre as datas da prática do crime anterior e do crime posterior, conforme dispõe o art. 75.^o-2 do Código Penal⁸⁶. A contagem de tal prazo é suspensa durante o cumprimento, pelo agente, de pena, medida processual ou medida de segurança privativas de liberdade, quer em Portugal, quer no estrangeiro, sob a justificativa de que, conforme a lição de FIGUEIREDO DIAS, o indivíduo, durante este *iter*, não estaria plenamente advertido a não cometer outros crimes pela condenação anterior⁸⁷. Em caso de crime continuado, conta-se o prazo a partir da data da prática da última conduta, seguindo o raciocínio do espírito da codificação pela consonância com a contagem da prescrição penal, conforme disposto no art. 119.^o-2, alínea

⁸² FIGUEIREDO DIAS, 2011b, p. 265. No mesmo sentido: ANTUNES, 2013, p. 51; SÁ PEREIRA / LAFAYETTE, 2014, p. 251; MAIA GONÇALVES, 2005, p. 269. Cumpre grifar que não há unanimidade quanto a esta posição. Discordam da impossibilidade de reincidência nos casos de prisão substitutiva: ALBUQUERQUE, 2010, p. 280; MIGUEZ GARCIA / RIO, 2014, p. 381.

⁸³ SUSANO, 2012, p. 104; MAIA GONÇALVES, 2005, p. 270.

⁸⁴ FIGUEIREDO DIAS, 2011b, p. 265; MIGUEZ GARCIA / RIO, 2014, p. 381.

⁸⁵ Já durante a vigência do Código de 1886, SOUZA (1903, p. 23) afirmava que é pleonástico alertar que a condenação deverá transitar em julgado, pois somente é considerado culpado o agente condenado por sentença transitada em julgado. No mesmo sentido: BARROS, 1982, p. 85-86.

⁸⁶ Assim regula o dispositivo: «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 cinco 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».

⁸⁷ FIGUEIREDO DIAS, 2011b, p. 266-267.

b, do Código Penal⁸⁸. Em caso de concurso de crimes, somente serão pertinentes apenas os crimes punidos com pena de prisão efetiva, e deverão ser sopesados separadamente, utilizando-se, para o cálculo, o último deles a ser cometido⁸⁹.

A exigência de cumprimento — parcial ou total — da pena anterior (anteriormente prevista no ordenamento português) não foi contemplada na presente codificação após extenuante discussão quando da reforma legislativa⁹⁰. Esta escolha do legislador atende ao pedido da doutrina, que firmemente exproba tal pressuposto. Este requisito não fazia sentido caso parta-se do princípio que a reincidência tem seu fulcro no desrespeito à advertência contida no édito condenatório, o que independe de cumprimento de pena para ocorrer. Ademais, a lei assim brindava com injusta gratificação o condenado que, embora tivesse preenchido todos os outros pressupostos, evadia-se da execução da pena anterior⁹¹.

1.3.2.2 Pressuposto material

O pressuposto material da aplicação da reincidência, consubstanciado no art. 75.º-1, *in fine*, do Código Penal, é o responsável por calcar, no Direito português, o fundamento do próprio instituto no desrespeito do agente à anterior admonição⁹². Assim, para configurar-se a reincidência, é necessário a comprovação, no caso concreto, de conexão material entre os crimes cometidos, de modo a afirmar que o agente desconsiderou sua condenação anterior, afinal, o cometimento de novo crime não implica, obrigatoriamente, em maior culpa do agente⁹³. E é justamente desta necessidade de exame de acordo com o

⁸⁸ *In verbis*: «2 - O prazo de prescrição só corre: (...) b) Nos crimes continuados e nos crimes habituais, desde o dia da prática do último acto».

⁸⁹ SUSANO, 2012, p. 107.

⁹⁰ Para um melhor aprofundamento nos debates legislativos da Comissão Revisora do Código Penal, vide SUSANO, 2012, p. 104-105.

⁹¹ Nesse sentido: FIGUEIREDO DIAS, 2011b, p. 267; SÁ PEREIRA / LAFAYETTE, 2014, p. 250; MAIA GONÇALVES, 2005, p. 271.

⁹² Assim dispõe: «(...) 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».

⁹³ SUSANO, 2012, p. 108; ANTUNES, 2013, p. 52; MIGUEZ GARCIA / RIO, 2014, p. 381; SÁ PEREIRA / LAFAYETTE, 2014, p. 250; ALBUQUERQUE, 2010, p. 281. Nessa senda, lecionam JESCHECK e WEIGEND (2002, p. 962): «(...) este elemento qualificador da culpa, que realmente permite fundamentar uma necessidade de pena elevada, não pode ser deduzido apenas do mero fato da repetição na consumação

caso concreto para determinar-se a situação de reincidência que torna este requisito de ordem material⁹⁴.

De fato, tal requisito também previne eventual confusão entre a *verdadeira reincidência* e o simples agente *multiocasional*, motivado a recair em delito por razões exógenas⁹⁵. Contudo, é de extrema dificuldade apurar-se tal requisito durante a instrução processual⁹⁶, principalmente no caso de reincidência heterogênea. Com efeito, tal liame material deve demonstrar uma íntima conexão entre o posterior e o ulterior delito, o que é de mensuração mais simples nos casos dos delitos de semelhante natureza, onde esta conexão torna-se visível com mais facilidade⁹⁷.

1.3.2.3 Efeitos

O cálculo para a dosimetria da pena, quando da aplicação da agravante da reincidência, com força no art. 76.º-1 do Código Penal⁹⁸, se dá em cinco etapas distintas. Primeiro, o órgão julgador decide se o agente está sujeito à aplicação de pena relativamente indeterminada por delinquência por tendência, consoante o art. 83.º, caso em que esta deverá predominar sob a reincidência, com força no art. 76.º-2 do mesmo diploma⁹⁹.

Após, realiza-se a fixação da pena desconsiderando-se a agravante, como se o agente primário fosse, para, assim, verificar-se o requisito da *pena de prisão efetiva*

de delitos, pois esta pode dever-se a debilidades da vontade, ou depende da influência de terceiros que promovem a conduta criminal. O tribunal deve conduzir melhor a comprovação da atitude interna do autor tal como é expressada em seu comportamento punível, devendo somente agravar a pena «em razão da reincidência» quando o sujeito manifesta, com seu ato, um menosprezo ao bem jurídico violado, que não tenha sido advertido pelas penas anteriores» (tradução do autor) No mesmo sentido: BARROS, 1982, p. 99.

⁹⁴ FIGUEIREDO DIAS, 2011b, p. 268.

⁹⁵ FIGUEIREDO DIAS, 2011b, p. 269. No mesmo sentido: FERREIRA, 2010, p. 148-149; SÁ PEREIRA / LAFAYETTE, 2014, p. 250-251; LEAL-HENRIQUES / SIMAS SANTOS, 2002, p. 895.

⁹⁶ SUSANO, 2012, p. 108.

⁹⁷ FIGUEIREDO DIAS, 2011b, p. 268-269. SUSANO, 2012, p. 109.

⁹⁸ «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».

⁹⁹ MAIA GONÇALVES, 2005, p. 274. Dispõe o art. 76-2 do Código Penal: «As disposições respeitantes à pena relativamente indeterminada, quando aplicáveis, prevalecem sobre as regras da punição da reincidência».

superior a seis meses. Superada tal etapa, parte-se para a dosagem da moldura penal *considerando a reincidência*: o limite mínimo legalmente previsto elevado de um terço e o limite máximo previsto inalterado, para após determinar-se a pena concreta a ser aplicada de acordo com os critérios gerais do art. 72.^{o100}.

Por último, realiza-se a *limitação* da pena dosada, em atendimento à disposição do art. 76.^o-1, *in fine*. Como a agravação não pode exceder a medida da pena mais grave das condenações anteriores, o órgão julgador deve comparar a pena atingida na primeira etapa (sem a agravação) com a pena atingida na quarta etapa (com a agravação) e, caso a diferença entre estas supere a pena mais grave das condenações anteriores, o *quantum* deverá ser diminuído até atender-se a imposição legal¹⁰¹. Tal limitação tem um fundamento lógico e louvável, impedindo a cominação de sanções desproporcionais cujas agravações são inclusive maiores que a pena total anteriormente cumprida pelo reincidente.

1.4 A REINCIDÊNCIA NO DIREITO PENAL COMPARADO

De igual modo, nos é de bom alvitre o exame, mesmo que *en passant*, do tratamento dado à reincidência no Direito comparado. Tais noções são de grande valia para a devida compreensão da análise crítica do instituto conforme sua constitucionalidade sob um prisma abrangente em nível internacional. A escolha dos países aqui estudados fundamenta-se não apenas como meros exemplos para ilustrar as diferentes abordagens que a reincidência pode receber no Direito Penal contemporâneo mas também porque tais ordenamentos presenciaram relevantes debates acerca dos fundamentos e/ou da própria constitucionalidade da agravante tanto em sede legislativa quanto doutrinária e judicial.

¹⁰⁰ ANTUNES, 2013, p. 53; MIGUEZ GARCIA / RIO, 2014, p. 383; SÁ PEREIRA / LAFAYETTE, 2014, p. 253; LEAL-HENRIQUES / SIMAS SANTOS, 2002, p. 906.

¹⁰¹ SUSANO, 2012, p. 113-114; FIGUEIREDO DIAS, 2011b, p. 270-274. ANTUNES, 2013, p. 54; MIGUEZ GARCIA / RIO, 2014, p. 383; SÁ PEREIRA / LAFAYETTE, 2014, p. 253-254; LEAL-HENRIQUES / SIMAS SANTOS, 2002, p. 906.

1.4.1 Espanha

O Direito Penal espanhol possuiu uma evolução histórica semelhante ao do português no que concerne à reincidência. Em sua mais distante época, contemplava o instituto apenas para determinadas espécies de tipos penais, especialmente os delitos patrimoniais. A circunstância geral de agravação da pena da reincidência adveio com o Código Penal de 1822, que previa tanto a reincidência *genérica* quanto a *específica*¹⁰².

O Código Penal de 1973 dividiu a matéria em três modalidades distintas: reincidência, multirreincidência e reiteração (*reiteración*)¹⁰³. Assim, para o Direito espanhol, reincidência trata apenas da modalidade *específica* da agravante — ou seja, entre delitos de mesma natureza —, enquanto a *reiteración* é o nome atribuído à espécie *genérica*¹⁰⁴. Por sua vez, a multirreincidência nada mais era do que um tratamento mais severo destinado aos reincidentes específicos no caso de multiplicidade de recaídas, inclusive aumentando-se a pena acima do limite máximo cominado em lei¹⁰⁵.

Durante a época de discussão legislativa para a elaboração de uma atualização da lei penal, chegou-se a propor a eliminação por completo das figuras de reincidência no projeto de 1983. Contudo, a *Ley* 8/1983, de 25 de junho, de reforma urgente do Código Penal, apenas fulminou a figura da multirreincidência e passou a tratar da reincidência e da reiteração sob a mesma nomenclatura abrangente de *reincidência*¹⁰⁶.

Para o Código Penal atual, aprovado pela *Ley Orgánica* 10/1995, de 23 de novembro, opera-se a reincidência caso o agente cometa novo crime do mesmo título do Código Penal, e de mesma natureza, após o trânsito em julgado da primeira condenação, conforme preceitua o art. 22.8 da carta¹⁰⁷. Assim, salta aos olhos que o legislador espanhol

¹⁰² FERNÁNDEZ, 2009, p. 32; BELESTÁ SEGURA, 2001, p. 575; VICENTE MARTÍNEZ, 1997, p. 169; CALLE RODRÍGUEZ, 2006, p. 15; LERMA, 2008, p. 20; CEBALLOS, 1999, p. 11.

¹⁰³ BELESTÁ SEGURA, 2001, p. 576; CALLE RODRÍGUEZ, 2006, p. 15; CEBALLOS, 1999, p. 27.

¹⁰⁴ VICENTE MARTÍNEZ, 1997, p. 171; SERRANO GÓMEZ, 1976, p. 47.

¹⁰⁵ SERRANO GÓMEZ, 1976, p. 61; MIR PUIG, 2011b, p. 641.

¹⁰⁶ BELESTÁ SEGURA, 2001, p. 575. No mesmo sentido: VICENTE MARTÍNEZ, 1997, p. 171; VAELLO ESQUERDO, 2001, p. 1360; CALLE RODRÍGUEZ, 2006, p. 15-16; LERMA, 2008, p. 26; CEBALLOS, 1999, p. 28-29.

¹⁰⁷ E assim dispõe a referida norma: «artigo 22 — são circunstâncias agravantes: 8.ª Ser reincidente. Há reincidência quando, ao delinquir, o culpável tenha sido condenado executoriamente por um delito compreendido no mesmo título deste Código, sempre que seja de mesma natureza. Aos efeitos deste

escolheu por prever somente a modalidade *específica* da reincidência, em oposição à antiga codificação que também previa a modalidade *genérica*¹⁰⁸. A dificuldade surge, então, em definir o que seriam crimes *da mesma natureza*, como muito fora debatido em Portugal quando da vigência do Código de 1886. E tal discussão apresenta, *in casu*, um obstáculo diferenciado, eis que a definição de *mesma natureza* não poderá ser reduzida meramente a identidade de título entre os fatos típicos — como é corriqueiramente sugerido em debates análogos — pois esta já é um pressuposto formal *per se*¹⁰⁹.

Na busca de uma possível solução para tal dissídio, muito debateu-se a questão no Tribunal Supremo espanhol. Nas decisões mais recentes, o pretório define como *de mesma natureza* os crimes que não só violam o mesmo bem jurídico, mas também lançam mão do mesmo modo de ataque. E nesse sentido são as decisões de 23 de julho de 1999, 11 de maio de 2000 e 30 de setembro de 2003¹¹⁰.

No ano de 2003, a *Ley Orgánica* 11/2003, de 29 de setembro, tornou-se o próximo grande foco de debate no ordenamento espanhol, pois reintroduziu a *multirreincidência* na 5.^a regra do art. 66.1 do Código Penal¹¹¹, o que contrariou o prognóstico da doutrina espanhola da tendência de limitação da reincidência até seu desaparecimento¹¹². Conforme tal disposição, caso o reincidente acumule três condenações anteriores transitadas em julgado por fatos da mesma natureza e compreendidos no mesmo Título, o órgão julgador pode aplicar, quando da quarta condenação, pena superior ao limite máximo legalmente

número, não se computarão os antecedentes penais cancelados ou os que assim deveriam ser» (tradução do autor). Pela leitura, é possível depreender que a reincidência no Direito espanhol opera também entre crimes negligentes, eis que não exige a presença de dolo nas condutas. E isso assim já é pacificamente aceito desde codificações anteriores. E em tal sentido decidiu o Tribunal Supremo em sentença prolatada em 26 de junho de 1970 (cf. SERRANO GÓMEZ, 1976, p. 56).

¹⁰⁸ VICENTE MARTÍNEZ, 1997, p. 169; FERNÁNDEZ, 2009, p. 82; VAELLO ESQUERDO, 2001, p. 1366; LERMA, 2008, p. 59; MIR PUIG, 2011b, p. 641.

¹⁰⁹ Inclusive, bem relembra a lição de VICENTE MARTÍNEZ (1997, p. 171) que a codificação de 1870 definia explicitamente crime de mesma natureza como «*comprendido en el mismo Título de este Código*».

¹¹⁰ LERMA, 2008, p. 81; MUÑOZ CONDE / ARÁN, 2010, p. 491; FERNÁNDEZ, 2009, p. 108.

¹¹¹ Assim dispõe: «artigo 66 – 1. Na aplicação da pena, tratando-se de delitos dolosos, os juízes ou tribunais observarão, caso haja, ou não, circunstâncias atenuantes ou agravantes, as seguintes regras: (...) 5.^a Quando concorra a circunstância agravante de reincidência com a qualificação de que o réu, ao delinquir, havia sido condenado executoriamente por aos menos três delitos compreendidos no mesmo título desde Código, sempre que sejam de mesma natureza, poder-se-á aplicar pena superior daquela prevista em lei para o crime de que se trata, tendo em conta as condenações anteriores, assim como a gravidade do novo delito cometido. Aos efeitos desta regra, não se computarão os antecedentes penais cancelados ou os que assim deveriam ser» (tradução do autor).

¹¹² BELESTÁ SEGURA, 2001, p. 576. No mesmo sentido: VICENTE MARTÍNEZ, 1997, p. 169; VAELLO ESQUERDO, 2001, p. 1360; MIR PUIG, 2011b, p. 641. A figura da multirreincidência já sofria enérgicas críticas antes da reforma de 1983, que a derogou anteriormente (vide MOURULLO, 1972, p. 289 e ss).

cominado, caso justifique-se de acordo com a gravidade do novo delito e as condenações anteriores, não se computando os antecedentes extintos¹¹³.

Mister também anotar que a reincidência, no ordenamento espanhol, gera outros efeitos além do agravamento da pena do agente. O reincidente não possui direito à suspensão condicional da pena, forte no art. 81.1, salvo em caso de crime negligente; pode não ter direito ao cancelamento dos antecedentes caso não atenda aos prazos do art. 136.2.2; pode ter aplicado, contra si, medida de segurança por força dos artigos 95 e seguintes; e, por último, não possui direito ao indulto, salvo casos excepcionais, como dispõe o art. 2.3 da Lei de 18 de junho de 1870¹¹⁴.

1.4.2 Alemanha

No ordenamento jurídico alemão, por sua vez, não há norma que defina reincidência como uma causa agravante genérica da pena. E é justamente por tal motivo que torna-se importante, para o presente estudo, apresentar-se a abordagem germânica do tema.

Anteriormente à reforma do *Strafgesetzbuch* de 1970, a reincidência era prevista como agravante da pena em relação a determinados tipos na Parte Especial da codificação¹¹⁵. Somente nesta época que foi introduzido o § 48, que regulava a reincidência nas modalidades *genérica* e *específica*, bem como previa sua *prescrição*. O grande diferencial neste ordenamento era a exigência de *duas* condenações anteriores. Ou seja, somente configurava-se reincidência quando do cometimento de um *terceiro* crime, desde que: a) o agente tivesse cumprido pena privativa de liberdade de, no mínimo, três meses (inclusive, neste cálculo, qualquer medida privativa de liberdade); b) o novo crime seja punido com pena privativa de liberdade de, no mínimo, um ano; e c) transcorrência de

¹¹³ Nas palavras de MIR PUIG (2011, p. 642), «ha supuesto un retrocesso». Nesse sentido, completa LERMA (2008, p. 93): «a supressão da antiga circunstância de multirreincidência teve sua razão de ser» (tradução do autor).

¹¹⁴ VICENTE MARTÍNEZ, 1997, p. 174-175; VAELLO ESQUERDO, 2001, p. 1360.

¹¹⁵ CEBALLOS, 1999, p. 38.

menos de cinco anos entre a consumação do primeiro delito e o começo do segundo¹¹⁶. Também havia a exigência do pressuposto material, análogo àquele presente no Direito português, impondo, assim, a comprovação da ausência de eficácia das admoestações formais anteriores consubstanciadas nas primeiras duas condenações: a chamada *fórmula de advertência*¹¹⁷.

No ano de 1986, por força da 23.^a lei de reforma de 13 de abril, BGBl. I 393, o § 48, foi revogado¹¹⁸. Entre os fundamentos para tal mudança, destacam-se, fora outros argumentos: a ausência de proporcionalidade na agravação; ausência de efeito admonitório nas condenações anteriores; falta de eficácia preventiva do instituto; indevida aplicação em crimes de bagatela e delitos sem conexão material íntima com o primeiro crime; e a presença de dúvidas quanto o aumento de culpabilidade do agente pela reincidência¹¹⁹.

Contudo, desde a revogação do § 48 StGB, a jurisprudência alemã leva a reincidência em consideração como circunstância de individualização da pena, englobada dentro dos *antecedentes* (ou *vida passada*) do infrator (*Vorleben des Täters*), insculpido no § 46, II, StGB. Destarte, em que pese não ser mais circunstância agravante da pena, a lógica que inspira a reincidência mantém-se, de certo modo, presente no Direito alemão: a condenação anterior ainda detém influência sob a pena. Tal mudança fomentou entre os órgãos julgadores germânicos questionamentos se efetivamente uma condenação anterior

¹¹⁶ Assim dispunha o texto do dispositivo revogado: «§ 48. Reincidência. (1) Se alguém comete um delito doloso, depois de: 1. condenado, ao menos, duas vezes, no âmbito de validade desta lei, por delito doloso; e 2. cumprido pena privativa de liberdade por um ou mais destes delitos, por pelo menos três meses, e se lhe é censurável pelas condenações anteriores não terem servido de advertência, o mínimo da pena privativa de liberdade será de seis meses, se o fato já não possui pena prevista com um mínimo superior. O máximo da pena privativa de liberdade permanece invariável. (2) O parágrafo 1 não é aplicável quando o máximo da pena privativa de liberdade prevista para o novo fato seja menor que um ano. (3) Para fins do parágrafo 1, n.º 1, uma condenação à pena única equivale a uma única condenação. Se a prisão preventiva ou outra privação de liberdade é computada à pena privativa de liberdade, não é válido como pena cumprida para fins do parágrafo 1, n.º 2. (4) A condenação anterior não é considerada caso entre os dois fatos transcorreram-se mais de cinco anos. Dentro deste prazo não é computado o tempo durante o qual o réu esteve sob custódia em estabelecimento prisional por ordem de autoridade» (tradução do autor).

¹¹⁷ JESCHECK / WEIGEND, 2002, p. 962; HAFFKE, 2012, p. 230; CEBALLOS, 1999, p. 40; SUSANO, 2012, p. 35; ZIFFER, 1997, p. 110.

¹¹⁸ ROXIN, 1997, p. 186; FERNÁNDEZ, 2009, p. 65.

¹¹⁹ CEBALLOS, 1999, p. 41-42; SUSANO, 2012, p. 35; DOLCINI, 2008, p. 830. Para ROXIN (1997, p. 186), a culpa pela condução de vida era indissociável da regulação da reincidência. Toma-se, aqui, a opção de não aprofundar-se muito nesses argumentos, que serão objeto de exame no capítulo 3 do presente estudo.

indica um grau elevado de culpa pelo desrespeito da admonição formal do estado e se a recaída em delito indica uma acentuação na necessidade de prevenção especial na pena¹²⁰.

Ademais, caso o agente revele estado de especial perigosidade pela reiterada prática delituosa, deverá obrigatoriamente sofrer medida de internação por motivo de incapacidade (chamada *custódia de segurança*, ou *Sicherungsverwahrung*), forte no § 66 StGB¹²¹. Esse instituto sofreu, nos últimos anos, uma potencialização na sua aplicação, com o advento dos §§ 66a e 66b nos anos de 2002 e 2004, respectivamente. Tais mudanças permitem novas situações em que a *Sicherungsverwahrung* poderá ser determinada pelo órgão julgador. Esta inovação não deixa de ser uma mudança na abordagem da reiteração delituosa em sentido amplo¹²².

1.4.3 Itália

No Direito Penal italiano, a reincidência não recebe tratamento de uma circunstância agravante comum e, por tal motivo, não toma parte do rol destas disposto no art. 61 do *Codice Penale* (originalmente promulgado pelo *Regio Decreto* de 19 de outubro de 1930, e desde então alvo de considerável número de alterações)¹²³, inserido no Título III («do delito»), Capítulo II («das circunstâncias do delito»). Pelo contrário, o instituto possui capítulo próprio, que também dispõe acerca da habitualidade e profissionalidade no delito

¹²⁰ DOLCINI, 2007, p. 517-518; DOLCINI, 2008, p. 832; CEBALLOS, 1999, p. 42. Nessa senda, é possível aventar que a lição de ROXIN posiciona-se contrariamente a utilização de condenações anteriores como circunstância de valoração da pena. Resta explícito, conforme acima exposto, que, para o autor, a reincidência como agravante genérica era incompatível com o princípio da culpabilidade em face da evidente culpa pela condução de vida (1997, p. 186), e, ademais, em mesma obra, posiciona-se contrariamente a utilização de qualquer critério de culpa pelo autor no sopeso do § 46 (1997, p. 188).

¹²¹ JESCHECK / WEIGEND, 2002, p. 961-962; CEBALLOS, 1999, p. 54; SUSANO, 2012, p. 36-37; GARCÍA, 1992, p. 99-100.

¹²² DOLCINI, 2007, p. 519; DOLCINI, 2008, p. 830. Inclusive, nesse ponto, cumpre mencionar que JAKOBS (2006, p. 26) considera a *Sicherungsverwahrung* medida predominantemente inclinada ao Direito Penal do inimigo, pois está não busca só uma resposta ao fato pretérito, mas funda-se na perigosidade do agente e na tendência a cometer delitos de considerável gravidade no futuro. Assim, a custódia de segurança busca a neutralização de um indivíduo considerado perigoso — não um agente que tenha erroneamente claudicado — através de uma medida de segurança.

¹²³ Originalmente, a reincidência no Código Penal italiano possuía caráter genérico, obrigatório e perpétuo. As reformas efetuadas em 1974 e 2005 desenvolveram, conjuntamente, o atual funcionamento desta agravante (cf. MESSINA, 2008, p. 883).

e tendência delincente, no Título IV («do réu e do ofendido no delito»), e é regrado pelo art. 99¹²⁴.

A reincidência do Código Penal italiano é operável em mais de uma modalidade e com tratamentos diferenciados. Antes de analisa-los, contudo, é importante ressaltar que, de um modo geral, a aplicação de tal agravante é *facultativa*, e assim é desde a reforma legislativa de 1974¹²⁵. E tal característica decorre não só do próprio art. 99, que claramente utiliza a expressão *pode*, e não *deve*, acerca do *quantum* de acréscimo, mas também do exercício discricionário que o juiz italiano possui para a aplicação da pena e a necessidade de considerar-se a vida pretérita e os antecedentes criminais e judiciais do réu — consubstanciados, respectivamente, nos artigos 132 e 133 da mesma carta¹²⁶. Excepcionalmente, e por força do quinto parágrafo do art. 99, a aplicação da agravante é *obrigatória* nos delitos arrolados no art. 407, segundo parágrafo, letra *a*, do Código de Processo Penal. *Exempli gratia*: a) devastação, pilhagem e massacre em atentado à segurança nacional (art. 285 do CP); b) guerra civil (art. 286); c) associação de espécie mafiosa (art. 416-bis); d) massacre (art. 422); e) contrabando de tabaco estrangeiro (art. 291-bis do Decreto do Presidente da República de 23 de janeiro de 1973, n.º 43, somente nas hipóteses específicas determinadas em lei); f) homicídio (art. 575 do CP); g) roubo qualificado (art. 628, terceiro parágrafo), entre outros¹²⁷.

Assim, conforme o primeiro parágrafo do art. 99, *pode-se* aplicar a reincidência *genérica* ao réu que, após condenado por delito doloso, comete outro, aumentando-se a

¹²⁴ Assim dispõe: «aquele que, após ser condenado por um delito não culposo, comete outro, pode ter agravada, em até um terço, a pena a ser cominada pelo novo delito não culposo. A pena não pode ser aumentada até a metade: 1) se o novo delito não culposo é da mesma índole; 2) se o novo delito não culposo é consumado dentro de cinco anos da condenação anterior; 3) se o novo delito não culposo é consumado durante ou após a execução da pena, ou durante o tempo no qual o condenado se subtraiu voluntariamente da execução da pena. Caso concorram mais de uma circunstância entre aquelas indicadas no segundo parágrafo, o aumento da pena é de metade. Se o reincidente comete outro delito não culposo, o aumento da pena, no caso do primeiro parágrafo, é de metade, e, nos casos previstos no segundo parágrafo, é de dois terços. Se se trata de um dos delitos indicados no artigo 407, parágrafo 2, letra a), do código de processo penal, o aumento da pena pela reincidência é obrigatório e, nos casos indicados no segundo parágrafo, não pode ser inferior a um terço da pena a ser cominada pelo novo delito. Em nenhum caso o aumento da pena por efeito da reincidência pode ser superior ao cúmulo das penas resultantes das condenações anteriores à consumação do novo delito não culposo» (tradução do autor).

¹²⁵ GARZÓN REAL / MANJÓN-CABEZA OLMEDA, 1991, p. 9. As outras duas inovações abarcadas pela reforma (D.L. n.º 99, de 11 de abril de 1974) são a redução dos aumentos de pena para a reincidência nas modalidades reiterada e agravada (abaixo examinadas), bem como a fixação de um limite geral para o aumento da pena (ANTOLISEI, 2003, p. 660).

¹²⁶ DOLCINI, 2007, p. 532. No mesmo sentido: MELCHIONDA, 1978, p. 78; MARINUCCI / DOLCINI, 2012, p. 532; CADOPPI / VENEZIANI, 2012, p. 405-406; LERMA, 2008, p. 81.

¹²⁷ DOLCINI, 2007, p. 534; LERMA, 2008, p. 37; MARINUCCI / DOLCINI, 2012, p. 536.

pena concreta em um terço. Caso os crimes sejam de mesma natureza (ou *indole*, como preferiu o legislador), a pena poderá ser aumentada até a metade (parágrafo segundo, n.º 1), o que também é aplicável caso o novo crime seja cometido em até cinco anos após a primeira condenação (n.º 2) e caso o novo crime consuma-se durante ou após a execução da pena, ou durante o período em que o condenado subtraiu-se voluntariamente da execução (n.º 3). Tais possibilidades receberam a alcunha doutrinária reincidência agravada (*recidiva aggravata*)¹²⁸. Na hipótese de concurso entre duas das circunstâncias acima descritas (*recidiva pluriaggravata*), o *quantum* de aumento deverá ser obrigatoriamente a metade¹²⁹.

Outrossim, em tal dispositivo, também há a previsão de uma modalidade com tratamento mais severo para o multirreincidente, chamada *recidiva reiterata*¹³⁰. Consoante o quarto parágrafo, na hipótese de uma segunda recaída, a pena sofrerá acréscimo de metade para a reincidência *genérica* do primeiro parágrafo e de dois terços para as situações previstas no segundo parágrafo¹³¹.

Logo, é possível verificar que a reincidência possui um especto muito abrangente no ordenamento italiano¹³². Há previsão das espécies *genérica* e *específica*, bem como das modalidades *facultativa* e *obrigatória*, envoltos em um tipo *misto* peculiar quanto a sua temporalidade, pois, embora não exista a previsão de prescrição da reincidência, sua intensidade é variável de acordo com a distância entre o novo crime e a primeira sentença condenatória. Inclusive, até o ano de 2005, quando reformou-se o Código Penal com a Lei de 5 de dezembro, n.º 251, G.U. de 7 de dezembro (chamada *Legge ex Cirielli*), inexistia a expressão *delito não culposo* («*delitto non culposo*») no texto legal, de modo que operava-se a *recidiva* tanto em crimes dolosos quanto em crimes negligentes, mudança que foi alvo de debates e controvérsias¹³³. Os casos de aplicação obrigatória da agravante, outrora revogados quando da reforma de 1974, foram reintroduzidos ao ordenamento pela *Legge*

¹²⁸ ANTOLISEI, 2003, p. 658-659.

¹²⁹ MESSINA, 2008, p. 886; LERMA, 2008, p. 35.

¹³⁰ DOLCINI, 2007, p. 532; MARINUCCI / DOLCINI, 2012, p. 535; ANTOLISEI, 2003, p. 659. MESSINA, 2008, p. 887; LERMA, 2008, p. 36.

¹³¹ Nesse ponto, o texto legal traz dúvidas sobre a obrigatoriedade da aplicação da reincidência reiterada. A *Corte di Cassazione*, entretanto, segue uma tendência em manter sua aplicação à discricionariedade do juiz, como segue o espírito da reincidência no Direito Penal italiano (cf. MESSINA, 2008, p. 887 e ss).

¹³² Nesse sentido: BELESTÁ SEGURA, 2001, p. 58.

¹³³ DOLCINI, 2007, p. 531. Na mesma senda: PAVARINI, 2006, p. 8; MARINUCCI / DOLCINI, 2012, p. 531; MESSINA, 2008, p. 886; CADOPPI / VENEZIANI, 2012, p. 405; LERMA, 2008, p. 32; MANTOVANI, 2011, p. 654.

ex Cirielli, o que caracterizou uma verdadeira inversão de sentido no pensamento do legislador italiano¹³⁴.

Acerca da definição de delitos de mesma *índole* — expressão contida na disposição da reincidência específica, no art. 99, parágrafo segundo, n.º 1 —, ao contrário do Código Penal espanhol, a lei italiana traz em si o conceito no art. 101 da carta. Destarte, serão de mesma índole os delitos que violem a mesma disposição legal, ou, no caso de estarem previstos em disposições distintas ou até mesmo em outras leis, possuam características fundamentais em comum pela natureza dos fatos que os constituem ou pelos motivos que os determinaram¹³⁵.

Ademais, a configuração de situação de reincidente gera outros efeitos jurídicos além da agravação da pena. O condenado reincidente não possui direito a suspensão condicional da pena (art. 164 do CP), a anistia (art. 151), a perdão judicial (art. 169), sofre restrições na concessão de liberdade condicional (art. 176) e possui um prazo quase três vezes maior para a reabilitação (art. 179)¹³⁶.

1.4.4 Brasil

O Código Criminal do Império do Brasil de 1830 — primeira codificação penal do país desde sua independência de Portugal — previa, em seu art. 16, § 3.º, somente a reincidência específica como circunstância agravante genérica, mostrando-se, assim, em confluência com a orientação legislativa europeia da época. Não obstante, incorreu o legislador em crasso erro ao omitir uma definição para *crimes de mesma natureza*. Quando

¹³⁴ DOLCINI, 2007, p. 529; PAVARINI, 2006, p. 8; CADOPPI / VENEZIANI, 2012, p. 408; LERMA, 2008, p. 32.

¹³⁵ Assim dispõe o texto original: «para efeitos da lei penal, são considerados crimes de mesma índole não só aqueles que violam a mesma disposição legal, mas também aqueles que, mesmo sendo de disposições diversas deste código ou mesmo de leis diversas, no entanto, pela natureza dos fatos que os constituem ou dos motivos que os determinaram, apresentam, nos casos concretos, características fundamentais comuns» (tradução do autor).

¹³⁶ MELCHIONDA, 1978, p. 78; SUSANO, 2012, p. 43. PAVARINI (2006, p. 8-12) faz questão de destacar que a grande disparidade de tratamento dos reincidentes para a lei italiana é quando da execução da pena. Ao fazer a análise destes efeitos jurídicos diversos da agravação da pena após as modificações abarcadas pela *Legge ex-Cirielli*, chega à conclusão que a compulsão penal do legislador durante o governo Berlusconi, além de postar-se contra o posicionamento majoritário da doutrina italiana, decreta a morte da reforma penitenciária e orienta o país a um futuro de encarceramento em massa.

da instauração da república no país, adveio, no ano de 1890, o Código Penal dos Estados Unidos do Brasil, que manteve a reincidência nos mesmos moldes de seu antecessor. Contudo, inovava ao trazer a definição de crimes de mesma natureza, pois caracterizava-os como condutas previstas no mesmo artigo da lei. Tais disposições foram mnemonicamente reproduzidas na posterior Consolidação das Leis Penais de 1932¹³⁷.

O atual Código Penal brasileiro — Decreto-lei n.º 2.848, de 7 de dezembro de 1940 — previa, em sua redação original, tanto a reincidência genérica quanto a específica, impondo tratamento mais severo a esta. Outrossim, a codificação ampliou o alcance da modalidade homótrona ao definir como crimes de mesma natureza não só aqueles que possuem identidade de dispositivo, mas também os que apresentam características fundamentais comuns de acordo com os fatos e os motivos determinantes das condutas. E, pela primeira vez, também admitia a possibilidade — atualmente inexistente — de imposição de medida de segurança ao reincidente condenado por crime doloso¹³⁸. A codificação manteve-se virtualmente inalterada, salvo a revogação do tratamento mais severo da reincidência específica pela Lei n.º 6.416/1977, até à grande reforma de 1984, que deu ao instituto o seu tratamento atual¹³⁹.

Assim, de acordo com a legislação brasileira vigente, a reincidência é circunstância agravante da pena obrigatória, conforme o art. 61, inc. I, não brindando qualquer pressuposto material para aplicação facultativa do instituto¹⁴⁰. Verifica-se que, por força do art. 63 — que define a reincidência para o Direito brasileiro —, como na maioria das legislações contemporâneas, o instituto configura-se após o trânsito em julgado da condenação anterior, seja ela nacional ou estrangeira, independentemente do cumprimento da primeira pena (*i.e.*, reincidência *facta*)¹⁴¹. O mesmo dispositivo também não diferencia as espécies *homótrona* e *polítropa* da reincidência, de modo que ambas possuem tratamento equânime, salvo na substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direito, o que é vedado aos reincidentes específicos por força da redação dada ao art. 44, § 3.º, do Código Penal pela Lei n.º 9.715/1998¹⁴².

¹³⁷ ALMEIDA, 2012, p. 37-39. No mesmo sentido: FREITAS, 2009, p. 103-105.

¹³⁸ FREITAS, 2009, p. 107; ALMEIDA, 2012, p. 39-41.

¹³⁹ ALMEIDA, 2012, p. 43.

¹⁴⁰ «Art. 61 - São circunstâncias que sempre agravam a pena, quando não constituem ou qualificam o crime: I - a reincidência».

¹⁴¹ «Art. 63 - 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».

¹⁴² Nesse ponto, discorda-se da posição adotada por parte da doutrina brasileira (FREITAS, 2009, p. 96-97;

Contudo, a legislação não prevê pena mínima e sequer exige que esta seja privativa de liberdade¹⁴³, bem como não possui mecanismo semelhante ao da limitação da agravação do art. 76-1, *in fine*, do Código Penal português¹⁴⁴. Denota-se, assim, um tratamento mais severo, especialmente no que concerne à delinquência bagatelar. E, nesse mesmo sentido, também não exige a lei dolo para a configuração da agravante, devendo ser aplicada em casos de reiteração dolosa ou negligente¹⁴⁵.

Prevista pela primeira vez no ordenamento brasileiro, a prescrição da reincidência, consubstanciada no art. 64, inc. I, tem seu prazo de cinco anos calculado entre a data do cumprimento ou extinção da pena e o novo fato, incluído na soma o prazo de suspensão ou livramento condicional não revogado do agente¹⁴⁶. Outrossim, são desconsiderados para efeitos desta agravante os crimes militares próprios e políticos por força do inciso II do mesmo artigo¹⁴⁷. A reincidência é aplicada mesmo nos casos de extinção da punibilidade após a sentença condenatória e apenas não incide tratando-se de anistia ou *abolitio criminis* em relação ao primeiro fato¹⁴⁸.

VARGAS / MOTTA, 2009, p. 12; BERLA, 2010, p. 302; NASSIF, 2001, p. 114; GRECO, 2008, p. 572; ZAFFARONI / PIERANGELI, 2004, p. 793) que defende ter a lei brasileira apenas contemplado a reincidência genérica. Se verdade fosse, não haveria a incidência da agravante nos casos envolvendo crimes de mesma natureza. O que ocorre, em realidade, é o tratamento indiferenciado das duas espécies como um instituto único *como agravante geral*. Contudo, atualmente, o Direito brasileiro também prevê tratamento diferenciado para reincidentes específicos em determinados casos, a saber (cf. ALMEIDA, 2012, p. 46-54): i) há proibição de concessão de livramento condicional para os reincidentes específicos em crimes hediondos, prática de tortura, tráfico de entorpecentes e terrorismo, conforme o art. 83, inc. V, do Código Penal; ii) é obrigatória a aplicação da pena de suspensão da permissão ou habilitação para conduzir, além das outras penas cabíveis, nos casos de reincidência na prática de crime previsto no Código de Trânsito Brasileiro, de acordo com o art. 296 da Lei n.º 11.705/2008; iii) no caso de cometimento de crime de natureza ambiental, só será reincidente o réu cujo primeiro crime também tenha sido ambiental, forte no art. 15 da Lei n.º 9.605/1998; e iv) impossibilidade de concessão de livramento condicional aos reincidentes específicos em determinados crimes previstos na nova Lei de Drogas (n.º 11.464/2007).

¹⁴³ De fato, é possível haver reincidência mesmo se o primeiro crime foi punido com multa ou pena restritiva de direitos (cf. FREITAS, 2009, p. 97). No mesmo sentido: VARGAS / MOTTA, 2009, p. 12.

¹⁴⁴ SANTOS, J. C., 2008, p. 579.

¹⁴⁵ FREITAS, 2009, p. 96; ZAFFARONI / PIERANGELI, 2004, p. 796.

¹⁴⁶ «Art. 64 - Para efeito de reincidência: I - não prevalece a condenação anterior, se entre a data do cumprimento ou extinção da pena e a infração posterior tiver decorrido período de tempo superior a 5 (cinco) anos, computado o período de prova da suspensão ou do livramento condicional, se não ocorrer revogação».

¹⁴⁷ «II - não se consideram os crimes militares próprios e políticos». A lei, nesse ponto, é omissa quanto a definição de crime político para efeitos de não incidência da agravante. A doutrina considera que só será incólume à reincidência os crimes puramente políticos, ou seja, aqueles que violam única e exclusivamente os interesses dos Estado e não tutelam bens jurídicos protegidos pela legislação comum (cf. FREITAS, 2009, p. 99; ALMEIDA, 2012, p. 76-77; ZAFFARONI / PIERANGELI, 2004, p. 792).

¹⁴⁸ FREITAS, 2009, p. 97.

Salta aos olhos que surge no Direito penal brasileiro um problema de *proporcionalidade* na aplicação da agravante de reincidência. Ao contrário dos outros sistemas acima analisados, o ordenamento brasileiro não fixa em sua legislação o *quantum* das circunstâncias agravantes e atenuantes da pena, entre elas a reincidência. O acréscimo, ou decréscimo, é determinado exclusivamente pelo órgão julgador por decisão fundamentada de acordo com o princípio insculpido no art. 93, inc. IX, da Constituição Federal¹⁴⁹. Contudo, é fato notório e doutrinariamente aceito que, na *praxis*, o valor atribuído varia entre 1/5 a 1/6 da pena-base fixada na primeira fase de dosimetria (art. 59 do Código Penal¹⁵⁰) do método trifásico (art. 68, *caput*, do Código Penal¹⁵¹), à luz do princípio da razoabilidade¹⁵². Isso, aliado à ausência de pena mínima e de limitação da agravação, pode levar a valores de acréscimo que extrapolam a própria pena anteriormente cumprida pelo agente.

Outrossim, mister asseverar que a reincidência gera outros efeitos no Direito Penal brasileiro. Entre os mais notórios, é possível arrolar: a) determina regime inicial fechado para o cumprimento da novel pena privativa de liberdade, exceto nos casos de pena de detenção (art. 33, § 2º); b) impossibilita a concessão de suspensão condicional da pena nos crimes dolosos (art. 77, inc. I); c) impossibilita a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos ou multa (art. 44, inc. II, c/c 62, § 2º); d) amplia os prazos para obtenção de livramento condicional (art. 83); e) amplia os prazos da prescrição da pretensão executória (art. 110); f) constitui marco interruptivo da prescrição penal (art. 117, inc. VI); g) exclui o privilégio legal especial do delito de furto (art. 155, § 2º); h) impede a aplicação do perdão judicial especial previsto para o crime de receptação culposa (art. 180, § 5º); i) prepondera no concurso de circunstâncias agravantes (art. 67, *in fine*); e

¹⁴⁹ «Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios: (...) IX — todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação».

¹⁵⁰ «Art. 59 - O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e conseqüências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime: I - as penas aplicáveis dentre as cominadas; II - a quantidade de pena aplicável, dentro dos limites previstos; III - o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade; IV - a substituição da pena privativa da liberdade aplicada, por outra espécie de pena, se cabível».

¹⁵¹ «Art. 68 - A pena-base será fixada atendendo-se ao critério do art. 59 deste Código; em seguida serão consideradas as circunstâncias atenuantes e agravantes; por último, as causas de diminuição e de aumento».

¹⁵² SANTOS, J. C., 2008, p. 577. No mesmo sentido: GRECO, 2008, p. 569.

j) revoga obrigatoriamente a suspensão condicional da pena nos casos de condenação por crime doloso (art. 81, inc. I) e facultativamente nas hipóteses culposas ou contravenções penais, desde que a pena cominada não seja privativa de liberdade (art. 81, § 1.º)¹⁵³.

Ademais, em que pese a legislação brasileira prever a sua prescrição, a reincidência continua a gerar efeitos *ad eternum* pois uma condenação anterior na vida do réu constitui maus antecedentes para o cálculo da pena-base conforme os critérios do supracitado art. 59¹⁵⁴. Evidentemente, tal cômputo se dá somente após a prescrição da reincidência como agravante, caso contrário seria flagrante a dupla valoração constitucionalmente proibida¹⁵⁵.

¹⁵³ CARNEIRO, 1996, p. 34-35; ALMEIDA, 2012, p. 83-85; SANTOS, J. C., 2008, p. 581; FREITAS, 2009, p. 101; BERLA, 2010, p. 305.

¹⁵⁴ BERLA, 2010, p. 307; PÊCEGO, 2014, p. 7.

¹⁵⁵ *Exempli gratia*, assim decidiu o Superior Tribunal de Justiça brasileiro: «(...) 4. O decurso de lapso temporal superior a 5 (cinco) anos entre a data do término da pena da condenação anterior e a data da infração posterior, embora afaste os efeitos da reincidência, não impede o reconhecimento de maus antecedentes, ensejando, assim, o aumento da pena-base acima do mínimo legal. Precedentes. 5. Se o réu ostenta mais de uma condenação definitiva, não há ilegalidade na utilização de uma delas na fixação da pena-base e de outra no reconhecimento da reincidência, com acréscimo na segunda fase do cálculo penal. O que não se admite, sob pena de bis in idem, é a valoração de um mesmo fato em momentos diversos da aplicação da pena, circunstância esta não evidenciada na hipótese. Precedentes (...)» (HC 289974/SP, Relatora Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, julgado em 19/08/2014, DJe 28/08/2014). No mesmo sentido é o entendimento do Supremo Tribunal Federal: «(...) 2. O magistrado sentenciante considerou condenações transitadas em julgado, anteriores e distintas, para aumentar a pena-base por maus antecedentes e para aplicar a agravante da reincidência. Inocorrência de ilegalidade flagrante ou abuso de poder. Precedentes. 4. Habeas corpus indeferido» (HC 107456, Relator Ministro Roberto Barroso, Primeira Turma, julgado em 03/06/2014, DJe-149 04/08/2014).

II

TEORIAS DE FUNDAMENTAÇÃO DA REINCIDÊNCIA

Em sequência lógica ao presente estudo, é da máxima importância analisar-se as principais teorias de fundamentação para a agravação da pena no caso de reincidente, como são aceitas pela doutrina. Este ponto possui estreita e relevantíssima conexão com o principal objetivo do trabalho: a análise da conformidade constitucional do tratamento da reincidência. Com efeito, antes de perguntar-se *se é correto* agravar, é necessário perguntar-se *por que* agrava-se a pena. Qual, afinal, é o motivo para este fenômeno ser tratado de maneira tão diversa de seus semelhantes pela lei penal, pois, como ressalta SUSANO, a reincidência é o único caso de multiplicidade de delitos que resulta no aumento da pena e não num tratamento mais benéfico ao réu¹⁵⁶. Contudo, impõe-se a elaboração, aqui, de algumas ressalvas preliminares.

A possível justificação para o instituto da reincidência é tema completamente divorciado da possibilidade de consenso doutrinário ou jurisprudencial, que jaz, *ab initio*, remota¹⁵⁷. Por tal motivo, são inúmeras as diferentes teorias elaboradas para buscar-se solução à questão. E devido a sua extensão, tal ponto de discussão, *per se*, poderia ser objeto de um estudo próprio, unicamente destinado a sua análise de maneira mais acurada. Assim, faz-se, aqui, a escolha de apresentar apenas as teorias de maior relevância para a devida compreensão do objetivo final deste trabalho, que, de igual modo, possuem o maior número de adeptos ou são constante objeto de debate nas letras jurídicas internacionais. As teses, inclusive, podem concorrer em muitas semelhanças, desdobrar-se uma de outra, ou serem compostas pela adição de outras em seu conteúdo.

De igual modo, alerta-se para a inexistência de consenso até mesmo acerca do nome a se atribuir a certas correntes — e como máximo exemplo, tem-se a teoria da repetição das infrações, ponto 2.1.7. Destarte, é necessário tomar-se em consideração que

¹⁵⁶ SUSANO, 2012, p. 68.

¹⁵⁷ Diante de tal dificuldade, o Tribunal Constitucional espanhol, quando do julgamento de questões envolvendo a constitucionalidade da reincidência, na STC n.º 150/91, de 4 de julho, decidiu por não tomar posição quanto ao fundamento da reincidência, por entender não existir preceito algum para balizar uma conclusão ao assunto além de construções doutrinárias (STC n.º 150/91, p. 18; MIR PUIG, 1993, p. 1143).

as nomenclaturas aqui adotadas possuem meramente finalidade expositiva por considerar-se que melhor refletem a ideia de suas respectivas teses como um todo.

E, continuando-se com a visão ampla do tratamento da reincidência sob uma perspectiva internacional, cabe ressaltar que não necessariamente deverá existir uma teoria que englobe o possível fundamento para todos os ordenamentos jurídicos que dispõe da reincidência como causa de aumento da pena. Como bem alerta GARCÍA, não é possível «analisar, em abstrato, a natureza da reincidência»¹⁵⁸. Os diferentes modos de regular-se esta agravante exigem que, para tentar apontar o melhor fundamento do instituto num determinado ordenamento, é necessário identificar a teoria explicativa que melhor enquadra-se com a escolha do legislador nos seu tratamento, pressupostos e efeitos¹⁵⁹. E, nesse sentido, defende MIR PUIG ser tal fundamento *jurídico-positivo*, pois sua obtenção não se dá *a priori*, mas sim a partir de como a lei penal regra a agravante¹⁶⁰.

De igual modo, para a devida compreensão do assunto — e, ainda mais, do objeto deste trabalho —, também é necessário apresentar-se o extremo oposto das teorias justificativas da reincidência: as teses que negam a existência de um fundamento para tal agravante. Assim, divide-se este capítulo nas teorias que defendem a agravação da pena para reincidentes (chamadas *positivas*) e aquelas que impugnam sua eficácia ou advogam a ausência de fundamento: as chamadas *teorias negativas*. Contudo, pelos seus próprios argumentos, o exame das teorias negativas conurba-se com o estudo da solvabilidade constitucional, finalidade deste trabalho, de modo que reserva-se a análise aprofundada de determinados pontos e argumentos para o último capítulo.

Após o exame das teses justificativas do instituto, torna-se, por fim, possível buscar a delimitação do fundamento da reincidência no Direito Penal português. Como suprarreferido, tomou-se a posição de não adentrar no assunto, embora importante, quando da análise do tratamento da agravante na lei portuguesa. Não obstante, uma vez já grifada a importância desta análise, far-se-ão as devidas considerações ao final do capítulo.

¹⁵⁸ GARCÍA, 1992, p. 103.

¹⁵⁹ Também é digno de ressalva apontar que há extrema dificuldade de indicar-se um único fundamento, inclusive por parte de cortes superiores. Notoriamente, o Tribunal Supremo espanhol não logra êxito em atingir um consenso para a tese justificativa do instituto na sua lei penal, alternando entre variados posicionamentos, como apontam: SERRANO GÓMEZ, 1976, p. 72; LERMA, 2008, p. 62; VICENTE MARTÍNEZ, 1997, p. 175. De igual modo, a Corte Constitucional, quando confrontada com o tema, também não deixa preciso o verdadeiro fundamento à luz da Constituição espanhola (LERMA, 2008, p. 65-67).

¹⁶⁰ MIR PUIG, 1974, p. 427.

2.1 TEORIAS POSITIVAS

2.1.1 Insuficiência da pena anterior

Sob influência do difundido trabalho de Beccaria, a tese da insuficiência da pena anterior foi formulada pela primeira vez pelo jurista italiano CARRARA, da escola clássica, aferrada defensora do princípio retributivo como máxima de justiça, e do Direito Penal totalmente orientado sob um sentido objetivo¹⁶¹. A teoria possui como seu cerne a ideia de que a reincidência fundamenta-se como causa de agravamento pois a pena anteriormente cominada ao réu foi ineficaz em ensiná-lo a conviver em sociedade. Esta formulação buscou, em realidade, afastar o argumento da teoria negativa abolicionista, segundo o qual a reincidência constitui violação ao princípio do *ne bis in idem*¹⁶².

Assim, conforme esta corrente, se o condenado volta a delinquir, em que pese ter-se passado tempo suficiente para a sua reinserção social, a pena anteriormente imposta não logrou êxito em sua tarefa de evitar o novel ato ilícito-típico¹⁶³. O indivíduo que viola a lei penal o faz por desconhecer o mal da execução do édito condenatório, e, se o tivesse experimentado, não voltaria a delinquir. Assim, a aplicação da mesma pena novamente seria igualmente nugativo¹⁶⁴. Torna-se claro que os adeptos de tal corrente de pensamento atribuem à pena uma função correccional para com o delinquente, que mostra-se nula quando do seu fracasso, o que motiva a imposição de medida mais gravosa¹⁶⁵. Sob a ótica da finalidade preventiva geral, a cominação da pena em abstrato é suficiente para impedir a delinquência por parte da parcela majoritária dos cidadãos. E, brindando critérios de

¹⁶¹ FERNÁNDEZ, 2009, p. 101-102; MARTÍNEZ DE ZAMORA, 1971, p. 36; SUSANO, 2012, p. 71. Tal visão resta clara em: CARRARA, 1890, p. 141.

¹⁶² MIR PUIG, 1974, p. 432. Acerca da mencionada corrente teórica, vide o ponto 2.2.1. O confronto da agravante com o princípio do *ne bis in idem* é examinado no item 3.2.

¹⁶³ CARRARA, 1890, p. 143. No mesmo sentido: CEBALLOS, 1999, p. 174; SOUZA, 1903, p. 17; BETTIOL, 1962, p. 530; ALMEIDA, 2012, p. 56; ALMEIDA, 2013, p. 47; FREITAS, 2009, p. 110; SUSANO, 2012, p. 72; CASTEX, 1998, p. 546. O presidente da Nação Argentina, quando da reforma penal de 1984, manifestou-se no sentido da permanência da reincidência na lei penal sob o fundamento da insuficiência da pena anterior (cf. FISZER, 2006, p. 350). Nesse sentido, concorda que seja este o fundamento no Direito Penal argentino: VITALE, 2005, p. 171.

¹⁶⁴ CARRARA, 1890, p. 143; MIR PUIG, 1974, p. 432; CEBALLOS, 1999, p. 174; SUSANO, 2012, p. 72.

¹⁶⁵ CARRARA, 1890, p. 141; BETTIOL, 1962, p. 530; MARTÍNEZ DE ZAMORA, 1971, p. 36.

prevenção especial, na eventualidade de um deles violar lei penal, a experiência punitiva pela qual este será submetido deve ser suficiente para abster-lo de recair em delito. Caso efetivamente ocorra a reincidência, resta claro que ambas estas presunções perdem sua validade, motivando, assim, acréscimo punitivo¹⁶⁶. Deve, logo, haver um equilíbrio de «forças objetivas»: por um lado, do delito; por outro, da pena¹⁶⁷.

Em prol dos supracitados critérios de prevenção geral e especial, a postulação de CARRARA parte de dois pressupostos de caráter negativo. Primeiramente, a reincidência não agrava o *quantum* do novel delito. A circunstância deriva da primeira infração já saldada¹⁶⁸. Em segundo ponto, não cabe, outrossim, buscar justificativa para o acréscimo punitivo na elevada perversidade do reincidente, pois seria transgressão clara por parte do órgão julgador extrapolar os limites do fato e adentrar no campo psicológico do autor, em que pese CARRARA admitir a possibilidade casuística da reincidência gerar eventual maior alarme social, mas que jamais poderá ser utilizada para fundamentar a agravação da pena¹⁶⁹. O que se busca, aqui, é desligar a agravante de reincidência da teoria do delito, sob o fundamento de que a reincidência não possui com esta nenhum vínculo lógico ou jurídico¹⁷⁰.

Logicamente, como tal teoria tem como pedra angular a ineficácia da pena anterior, é necessário o *cumprimento integral* desta pelo agente antes do cometimento da nova infração. Assim sendo, não é possível afirmar que a pena não surtiu efeito em prevenir a recaída se esta não foi ainda devidamente executada¹⁷¹. Em que pese parte da doutrina aceite que seja possível falar-se em tal fundamento mesmo com o parcial cumprimento da condenação, somente após o pleno cumprimento da sanção, sob uma perspectiva da própria teoria da pena, torna-se possível medir a eficácia de seu efeito intimidatório. Resta óbvio que, para um determinado ordenamento jurídico fundamentar seu tratamento da reincidência sob este prisma, faz-se necessário exigir o pressuposto formal do integral cumprimento da pena antes do cometimento do novel ilícito-típico¹⁷².

¹⁶⁶ MIR PUIG, 1974, p. 433. No mesmo sentido: MARTÍNEZ DE ZAMORA, 1971, p. 36.

¹⁶⁷ CARRARA, 1890, p. 143-144. No mesmo sentido: MIR PUIG, 1974, p. 434.

¹⁶⁸ CARRARA, 1890, p. 141.

¹⁶⁹ CARRARA, 1890, p. 140-141; FERNÁNDEZ, 2009, p. 103.

¹⁷⁰ MIR PUIG, 1974, p. 432; MARTÍNEZ DE ZAMORA, 1971, p. 36-37.

¹⁷¹ GARCÍA, 1992, p. 105-106; MARTÍNEZ DE ZAMORA, 1971, p. 37; SUSANO, 2012, p. 72.

¹⁷² CEBALLOS, 1999, p. 174.

A parcela da doutrina contrária a esta teoria justificativa critica a ausência de lógica na sua linha de raciocínio. Se a punição fracassou pela primeira vez, não há motivo para insistir-se no mesmo tratamento ao reincidente¹⁷³. Não é, pois, a diferença de duração da pena que poderá, então, refrear a recidiva. Não há sentido em aumentar-se a dose do remédio que não traz a cura. Ademais, se tal corrente defende o viés reabilitador da pena, e presume a absoluta eficácia correcional do sistema punitivo, cai em contradição ao aventar o seu malogro¹⁷⁴.

Aponta-se, também, outra contradição em seus postulados. A escola de pensamento da qual CARRARA faz parte defende, sem exceções, a completa separação das qualidades subjetivas do agente para o cálculo da pena, que deverá versar apenas acerca do fato em si. Contudo, como alerta MARTÍNEZ DE ZAMORA, busca-se, aqui, justificar a agravante de reincidência na insensibilidade do agente à pena anterior, que é notoriamente uma qualidade pessoal¹⁷⁵.

Outrossim, a teoria de CARRARA realiza presunção *iuris et de iure* ao atribuir automaticamente a causa da recaída em delito à insuficiência da punição anterior¹⁷⁶. De igual modo, não é possível falar-se em necessidade de prevenção especial presumida. Esta necessidade deve obrigatoriamente ser quantificada. Destarte, um sistema normativo que permita a aplicação da agravante de reincidência baseada numa presunção não pode embasar-se nas ideias de prevenção especial, mas tão somente na finalidade de prevenção geral da pena¹⁷⁷. E, se a eficácia da pena é relativa, a tese deveria aceitar a graduação da insensibilidade do agente frente à anterior punição, de modo a permitir a correta individualização da nova pena quando da consideração da agravante da recidiva¹⁷⁸. CARRARA, contudo, defende a aplicação obrigatória do instituto, e, se não é possível basear-se em qualidades pessoais do agente, o único critério que resta para comprovar a insuficiência da pena é o dado objetivo da pena anteriormente cumprida¹⁷⁹.

¹⁷³ CEBALLOS, 1999, p. 175; ALMEIDA, 2013, p. 48.

¹⁷⁴ ALMEIDA, 2012, p. 56-57.

¹⁷⁵ MARTÍNEZ DE ZAMORA, 1971, p. 37-38.

¹⁷⁶ CARRARA, 1890, p. 143-144.

¹⁷⁷ GARCÍA, 1992, p. 106; ALMEIDA, 2013, p. 47. Por sua vez, a lição de MIR PUIG (1974, p. 435) critica a tese de CARRARA justamente por fundar-se sob uma abordagem exclusivamente preventiva. Conforme o autor, para um sistema penal binário, caso o escopo seja apenas a prevenção, mais correto seria administrar medida de segurança.

¹⁷⁸ MARTÍNEZ DE ZAMORA, 1971, p. 38.

¹⁷⁹ MIR PUIG, 1874, p. 434.

Ainda, parcela da doutrina acusa o autor italiano de excessivo formalismo e incorreção na formulação de seus dois pressupostos, pois seu postulado considera suficiente um fundamento unicamente preventivo da agravante de reincidência. Tais argumentos são insustentáveis sob a limitação da pena na medida da culpa do indivíduo¹⁸⁰. E, se o escopo final da exasperação é manter em paridade a força objetiva do delito e a força objetiva da pena, desvia-se o foco da teoria novamente para o autor, e coloca-se este no centro do sistema, ao invés do fato¹⁸¹.

2.1.2 Perigosidade elevada do réu

A tese de que o reincidente possuiria elevada perigosidade frente ao réu primário, e logo, assim legitima-se o acréscimo punitivo, é de autoria da escola positiva italiana, sequazes da teoria da Defesa Social e da noção de crime e criminoso como patologias sociais¹⁸². Esta teoria, portanto, justifica o agravamento da pena pela reincidência ao supor que o reincidente é mais perigoso porque persiste na delinquência. Tal ideia parte da noção de que a *probabilidade de delinquir* é sinônimo de perigosidade criminal, logo, para aquele que recaiu em delito, essa probabilidade torna-se certeza¹⁸³. Se o indivíduo recaiu em delito após a tentativa de ressocialização da pena anterior, demonstra uma especial tendência ao crime¹⁸⁴. Não há, destarte, prova melhor da perigosidade do agente do que o cometimento de novo crime após uma primeira condenação, ou seja, a consubstanciada insistência na desobediência das normas penais. A repetição de crimes, portanto, torna-se critério, conforme a maioria dos adeptos, de perigosidade elevada¹⁸⁵. Conforme da lição de

¹⁸⁰ FERNÁNDEZ, 2009, p. 103.

¹⁸¹ MIR PUIG, 1874, p. 434.

¹⁸² MARTÍNEZ DE ZAMORA, 1971, p. 42; ALMEIDA, 2012, p. 57-58; ALMEIDA, 2013, p. 48; VARGAS / MOTTA, 2009, p. 12; SUSANO, 2012, p. 76; CASTEX, 1998, p. 545.

¹⁸³ CEBALLOS, 1999, p. 175; MARTÍNEZ DE ZAMORA, 1971, p. 42; ZAFFARONI / PIERANGELI, 2004, p. 793; CASTEX, 1998, p. 546.

¹⁸⁴ FAUTH, 2006, p. 148.

¹⁸⁵ MIR PUIG, 1974, p. 447. Sob ideias semelhantes, PAVARINI (2006, p. 12-13), sem discorrer precisamente acerca da agravante, toma como fundamento para o tratamento diferenciado na execução da pena de reincidentes, no Direito Penal italiano pós *Legge ex-Cirielli*, a elevada perigosidade do apenado, que resulta na diferenciação de tratamento por *tipos de autor*. De igual modo, como aponta CARVALHO (2001, p. 113), esta é a teoria que melhor fundamenta a reincidência para o Direito Penal brasileiro, «muito embora o discurso oficial tente ocultar (...)», pelo o que se depreende do exame da exposição de

GARZÓN REAL e MANJÓN-CABEZA OLMEDA, a única maneira possível de fundamentar esta agravante sem incorrer em argumentos que advoguem a diminuição da pena do reincidente ou simplesmente o mesmo tratamento do réu primário é fora da teoria do fato punível o que, invariavelmente desagua na elevada perigosidade¹⁸⁶. Há, outrossim, seguidores da corrente que justificam esta diferenciada qualidade do reincidente pela modificação psicológica produzida pelo cometimento da infração que o inclina à delinquência¹⁸⁷.

E tal perigosidade elevada significa um prognóstico futuro, de modo que a resposta punitiva do Estado deverá ter carga preventiva, e não repressiva. Assim, sendo pressuposto da pena a perigosidade ao invés da culpa, aquela justifica ao reincidente a imposição de sanção mais severa. Justamente por esta razão, a proposta é frequentemente utilizada na doutrina entre os estudos que afastam a possibilidade de fundamentar-se a agravante com base em teorias de culpa elevada do agente¹⁸⁸. Assim, não há diferença na gravidade objetiva entre um delito cometido em primariedade ou em reincidência. A diferença ocorre quanto ao agente em si¹⁸⁹.

Esta tese tem como sua principal crítica — bem como grande parcela das demais teorias — a evidente contrariedade ao Direito Penal da culpa, ao realizar defesa presunção *iuris et de iure* quanto à perigosidade do reincidente, considerando, automaticamente, todo reincidente um sujeito que voltará a delinquir. Assim, em realidade, confunde-se o reincidente com o delinquente habitual¹⁹⁰. Outrossim cumpre grifar a incoerência desta

motivos do Código Penal, que indica clara inclinação ao combate de categorias de agentes de elevada perigosidade (no mesmo sentido: FREITAS, 2009, p. 112).

¹⁸⁶ GARZÓN REAL / MANJÓN-CABEZA OLMEDA, 1991, p. 5.

¹⁸⁷ MARTÍNEZ DE ZAMORA, 1971, p. 42.

¹⁸⁸ FERNÁNDEZ, 2009, p. 107-108; MIR PUIG, 1974, p. 446-447. O que, conforme continua MIR PUIG (*idem*, p. 449), coaduna-se com o postulado da Escola Positiva que fundamenta toda sanção penal na perigosidade do réu, não na culpa. Todo indivíduo que infringe a lei penal é tomado como perigoso e possui certa probabilidade de tornar a delinquir. O reincidente, contudo, revela, quantitativamente, maior perigosidade porque *de fato* claudicou novamente.

¹⁸⁹ MIR PUIG, 1974, p. 446.

¹⁹⁰ MARTÍNEZ DE ZAMORA, 1971, p. 42; ZAFFARONI / PIERANGELI, 2004, p. 793; FREITAS, 2009, p. 130. Para MUÑOZ CONDE e ARÁN (2010, p. 492), esta teoria aparenta a ser a que melhor se enquadra para buscar um fundamento ao tratamento da reincidência no Direito espanhol. Contudo, alertam que a lei penal presume esta perigosidade. Ademais, este conceito não é adequado para catalisar aumento na pena do réu, que deve somente relacionar-se com a sua culpa. Em que pese a já mencionada inconsistência jurisprudencial espanhola quanto a esta questão, destaca CALLE RODRÍGUEZ (2006, p. 18) que são notórios os precedentes do Tribunal Supremo que fundamentam a reincidência na perigosidade elevada do agente, a saber: SSTS 1250/2003, de 30 de setembro e 2133/2002, de 16 de dezembro.

linha de raciocínio que pode vir a considerar um reincidente em crime de menor potencial ofensivo mais perigoso que o agente primário de crime gravíssimo¹⁹¹. E, de igual modo, a tese também é expressamente objurgada em face da incompatibilidade com o Direito Penal do fato pela perigosidade ser uma característica pessoal e não estar relacionada ao fato punível¹⁹².

Ademais, a pena deve sempre ser dosada na medida da culpa do agente, de modo que não pode a perigosidade presumida servir para tal critério. Destarte, é possível afirmar que tal pensamento desdobra-se na ideia de que todo reincidente necessariamente voltará a delinquir, o que não é sequer remotamente tangível. E, de qualquer modo, não é possível conceber que a agravação da pena no caso de reincidência ajude a combater a perigosidade do agente. Caso este fosse o objetivo de um determinado ordenamento jurídico, o correto seria impor medida de segurança ao reincidente, e não agravamento na pena¹⁹³.

2.1.3 Causa de agravação do ilícito

Outro prisma utilizado para justificar a agravação da pena pela reincidência é pela agravação do ilícito quando da recaída. Conforme tal posição, o reincidente demonstra um maior desprezo e rebeldia aos bens jurídicos penalmente tutelados mesmo após a oportunidade de efetivamente viver tal tutela pela anterior condenação. O sujeito possui diferenciada compreensão dos bens tutelados, na formulação abstrata da lei e sobre si mesmo, por força da pena pretérita, e, não obstante, isso não logrou êxito para refreá-lo a cometer nova infração¹⁹⁴. E, por tal motivo, representa a reincidência, para esta corrente, aumento na gravidade do ilícito do fato.

¹⁹¹ FREITAS, 2009, p. 130. E ainda, como suprarreferido, a perigosidade da teoria se traduz em probabilidade de delinquir, contudo «nada faz presumir ser mais provável que venha a praticar um delito de emissão de cheque sem provisão de fundos, quem antes causou um homicídio culposo com seu veículo, do que aquele que nada fez até então» (ZAFFARONI / PIERANGELI, 2004, p. 793).

¹⁹² CARVALHO (2001, p. 110) assevera que a reincidência, consoante a criminologia etiológica da Escola Positiva italiana, simboliza seu «modelo inquisitorial do direito penal do autor» (no mesmo sentido: FREITAS, 2009, p. 127).

¹⁹³ CEBALLOS, 1999, p. 176; FERNÁNDEZ, 2009, p. 109; MARTÍNEZ DE ZAMORA, 1971, p. 42; MIR PUIG, 1974, p. 450; FREITAS, 2009, p. 131; SUSANO, 2012, p. 77.

¹⁹⁴ CEBALLOS, 1999, p. 180; FERNÁNDEZ, 2009, p. 125; GARCÍA, 1992, p. 114-115.

Novamente, resta claro que tal teoria só poderia fazer sentido caso a lei penal exija, para aplicação da agravante, cumprimento ao menos parcial da pena anteriormente imposta ao réu. Caso o réu não tenha enfrentado ao menos uma parte da execução penal, não é possível falar que ele tenha adquirido maior experiência em relação ao réu primário.

Contudo, o ponto principal desta tese — isto é, a atitude ética de desrespeito à pena e aos bens jurídicos tutelados — é criticado pela dificuldade que o abarca. O fato da teoria não averiguar eventual aumento no desvalor da ação ou do resultado no novel delito por parte do reincidente impõe a presunção *iuris et de iure*, o que é, *per se*, inaceitável à luz da concepção atual das garantias individuais no Direito Penal¹⁹⁵. É possível que o delito cometido não possua íntima conexão com a pena anteriormente sofrida e tenha origem em fatores exógenos que independem dos efeitos da pena anterior no indivíduo¹⁹⁶.

Outro ponto atacado pela doutrina contrária a esta justificativa é o fato dela não averiguar eventual aumento no desvalor da ação ou do resultado no novel delito por parte do reincidente¹⁹⁷. Ademais, o simples fato do réu não ostentar a condição de primário não pode influir no grau de ilicitude do novo delito consumado. A gravidade do fato não varia de acordo com o número de condenações anteriores pois a folha de antecedentes criminais do indivíduo em nada se relaciona com o ilícito-típico realizado¹⁹⁸. E, não obstante, agravar a pena pela reincidência em decorrência de um aumento no ilícito por um estado psicológico de desrespeito do reincidente resulta em valorar a pena pelas circunstâncias pessoais deste, o que caracteriza flagrante manifestação de um Direito Penal do autor, e não do fato¹⁹⁹.

¹⁹⁵ CEBALLOS, 1999, p. 181. No mesmo sentido: FERNÁNDEZ, 2009, p. 122.

¹⁹⁶ E é isso que pretende averiguar o pressuposto material para a configuração de reincidência positivado no Direito Penal português, como exposto no item 1.3.2.2. Por tal motivo, é equivocado concluir que a agravante, no ordenamento luso, possui esteio nesta teoria justificativa.

¹⁹⁷ FERNÁNDEZ, 2009, p. 126-127.

¹⁹⁸ FERNÁNDEZ, 2009, p. 126.

¹⁹⁹ CEBALLOS, 1999, p. 180.

2.1.4 Maior perversidade do réu

A presente tese busca justificar o tratamento da reincidência na perversidade elevada do réu reincidente, ou no chamado *hábito delinquente*. O termo *perversidade*, no início do século passado — quando começou a ser utilizado em relação à recidiva —, significava uma característica pessoal na personalidade do indivíduo que demonstrava sua tendência delitiva. Esse conceito evoluiu e desvinculou-se desta ideia de personalidade perversa para significar, atualmente, a habitualidade criminal, *i.e.*, a especialização na perpetração de determinados ilícitos-típicos deduzida do próprio dado objetivo da frequente consumação destes. Por tal motivo, o termo *perversidade* não mais se relaciona a uma condição psíquica do indivíduo mas sim à quantidade e espécie dos seus antecedentes criminais²⁰⁰. Destarte, nota-se que, para buscar-se uma unidade para comprovar uma tendência à habitualidade por parte do reincidente, esse fundamento somente faria sentido para justificar a agravação da reincidência *homótopa*.

Tal tese busca justificativa para o acréscimo da pena na perversidade do réu fundada no adquirente hábito de recair em determinado delito. Conforme os autores que defendem esta corrente, reincidência é o tratamento jurídico para o conceito criminológico de *delinquência habitual*. O objetivo da reincidência, logo, sob as lentes da prevenção especial, combater a inclinação ao delito²⁰¹.

Contudo, como aponta CEBALLOS, ao fundamentar a reincidência na tendência delinquente, pune-se o reincidente pelo seu estilo de vida: viver do delito. Esta teoria, pois, procura agravar a pena por uma característica pessoal do agente, e não por algum fato do ato punível, seja ela justificada num conceito *stricto sensu* de perversidade psicológica ou pelos dados objetivos da folha de antecedentes do réu²⁰².

²⁰⁰ CEBALLOS, 1999, p. 182-183.

²⁰¹ LERMA, 2008, p. 60-61. Notoriamente, a perversidade do réu reincidente foi o fundamento utilizado pela comissão redatora do Código Penal chileno de 1874 para a inserção da agravante na codificação (MORENO SANTANDER, 2003, p. 10-11), bem como é a tese que enquadra-se no tratamento dado pelo Código Penal espanhol de 1822 (LERMA, 2008, p. 60).

²⁰² CEBALLOS, 1999, p. 184.

2.1.5 Elevado alarme social

Para esta determinada corrente de pensamento, o aumento da pena para o reincidente justifica-se pelo alarme social elevado que este causa com o cometimento do segundo delito. Embora a recaída tenha se dado por causa da perigosidade do sujeito, deve-se aumentar sua pena em busca da defesa da sociedade e, assim, transmitir tranquilidade a esta²⁰³. Sob o temor da consumação de novos delitos, deverá a pena assumir função intimidatória, conforme exige a sociedade, brindando, assim, finalidade de prevenção geral²⁰⁴. Esta corrente adveio da relação ministerial acerca o projeto do Código Penal italiano de 1887, formulada por Zanardelli, que explicitamente fundamentou a reincidência no elevado alarme social causado pelo agente. Nas palavras do próprio texto, um «elemento político», ou seja, o mal causado pelo delito reincidente é, outrossim, social e político, e causa mal estar social e serve de exemplo de insistência na desrespeito à lei penal²⁰⁵.

Esta teoria, em realidade, é usada pela doutrina em conjunto com outras (geralmente a teoria da culpa elevada ou maior perversidade), como complemento acessório a levar-se em consideração ao sopesar-se a justificativa para a agravante. A elevação da comoção social seria, assim, consequência da insuficiência da pena anterior ou da elevada perigosidade do réu, por exemplo²⁰⁶.

Atacada sob um aspecto que muito preocupa a doutrina quando do estudo dos possíveis fundamentos para a reincidência, a teoria, efetivamente, lança mão de presunção *iuris et de iure* para determinar que a reincidência causa, necessária e automaticamente, comoção social. Não é possível afirmar, de modo condizente ao Direito Penal contemporâneo, que a recaída em delito do agente eleva a sensação de insegurança da população sem restar devidamente comprovado que esta tomou conhecimento que a infração foi cometida por um reincidente de perigosidade elevada e que tal fato acarretou

²⁰³ MIR PUIG, 1974, p. 441.

²⁰⁴ CEBALLOS, 1999, p. 185. De igual modo: LERMA, 2008, p. 61-62.

²⁰⁵ MARTÍNEZ DE ZAMORA, 1971, p. 50. Nesse sentido: MIR PUIG, 1974, p. 440-441; SUSANO, 2012, p. 74-75.

²⁰⁶ CEBALLOS, 1999, p. 185; MARTÍNEZ DE ZAMORA, 1971, p. 50.

em clamor social e aumento na sensação insegurança²⁰⁷. Nesse ponto, bem ressalta MARTÍNEZ DE ZAMORA a inversão de valores que a tese realiza. De fato, a reincidência pode, eventualmente, causar maior alarme social, caso a sociedade tome conhecimento do fato, mas esta *consequência* da recaída jamais pode ser seu fundamento²⁰⁸.

2.1.6 Elevada capacidade para delinquir

O art. 133 do *Codice Penale* italiano, responsável por determinar a discricionariedade judicial na aplicação da pena (conforme exposto no item 1.4.3, *supra*) prevê que o órgão julgador deverá levar em consideração, quando da dosimetria da pena, a *capacidade de delinquir do agente* como critério de graduação. Em decorrência de tal disposição, surgem, na Itália, três correntes de pensamento que buscam justificar o acréscimo da reincidência neste dispositivo legal²⁰⁹. Todas consideram, como ponto de partida, a assunção da reincidência como característica inerente ao agente²¹⁰.

A primeira, pioneira, baseia-se unicamente na elevada probabilidade do reincidente delinquir no futuro, enquanto as outras duas dizem respeito a esta capacidade estar relacionada, ou não, com a culpa do agente. Essas correntes, embora formuladas e abarcadas no escopo do Direito Penal italiano, repercutiram internacionalmente pela sua importância na ainda discutida busca de uma justificativa para o tratamento da recidiva.

²⁰⁷ GARCÍA, 1992, p. 115; MIR PUIG, 1974, p. 441.

²⁰⁸ MARTÍNEZ DE ZAMORA, 1971, p. 50.

²⁰⁹ SUSANO, 2012, p. 77-78.

²¹⁰ MARTÍNEZ DE ZAMORA, 1971, p. 42. Ademais, como relembra o autor, «foi precisamente o problema da reincidência, junto ao dos menores e ao dos semi-enfermos, que induziu os penalistas a estudar o conceito de personalidade» (*ibid.*).

2.1.6.1 Maior possibilidade de delinquir no futuro

A primeira linha de pensamento a extrair a fundamentação da agravante de reincidência de elevada capacidade para delinquir do art. 133 do CP italiano possui como seu principal expoente ANTOLISEI. Conforme esta corrente, a reincidência aponta para uma insistência em delinquir e, logo, elevada capacidade para tal²¹¹. Cada crime que o agente comete é de execução mais fácil que o outro, pois requer menos energia para a prática devido a diminuição de seus freios inibitórios frente aos bens penalmente tutelados, o que resulta, outrossim, em maior frequência na perpetração. «O seu comportamento autoriza o temor de ulteriores delitos no futuro»²¹².

Diferentemente de muitas outras teorias explicativas, esta corrente não constrói, *prima facie*, presunções *iuris et de iure* contra o agente. Como bem demonstra a denominação aqui adotada para esta corrente, trata-se de *possibilidade* de delinquir no futuro, não de *presunção de certeza*. A criação desta teoria à luz do princípio do poder discricionário do órgão julgador italiano insculpido no art. 133 do Código Penal, como acima referido, torna explícito o seu caráter de sujeição ao exame casuístico²¹³.

Contudo, o próprio fato de justificar-se a agravante de reincidência numa possibilidade futura de delinquir extraída pela insistência do agente em infringir a lei penal desagua na inaceitável confusão entre reincidência, habitualidade e qualquer outro instituto semelhante que possa estar previsto no ordenamento jurídico no caso concreto. Nesse sentido é a crítica de FERNÁNDEZ sob um aspecto do Direito Penal espanhol, que prevê tratamento distintos para os institutos da reincidência, habitualidade, profissionalidade e delinquência por tendência²¹⁴. A teoria de ANTOLISEI utiliza-se um mecanismo de dosimetria da pena de fato *passado* como critério para prevenir acontecimentos *futuros*, o que, em realidade, caberia às medidas de segurança²¹⁵.

²¹¹ ANTOLISEI, 2003, p. 663. No mesmo sentido: MANTOVANI, 2011, p. 652; FERNÁNDEZ, 2009, p. 111-112; MIR PUIG, 1974, p. 451; SUSANO, 2012, p. 78.

²¹² ANTOLISEI, 2003, p. 663.

²¹³ SUSANO, 2012, p. 78.

²¹⁴ FERNÁNDEZ, 2009, p. 112.

²¹⁵ MIR PUIG, 1974, p. 452.

Uma vez disseminada, esta proposição tornou-se fio condutor de debates pelas letras jurídicas italianas. Em busca para a resolução da crítica acima exposta, a escola jurídica ocupou-se em discutir se a chamada *maior capacidade para delinquir* formava parte do tipo de culpa nas categorias dogmáticas do fato punível ou, pelo contrário, possuía natureza diversa²¹⁶. Dividiu-se, assim, as opiniões em dois polos distintos.

2.1.6.2 Personalidade do réu

Esta teoria desdobra-se da proposta capitaneada por ANTOLISEI por considerar que a capacidade para delinquir não possui relação com a culpa do reincidente. Esta corrente, em realidade, alinha-se com outras (*e.g.*, as teorias da perigosidade elevada e da maior perversidade) no aspecto de atribuir um distinto grau de reprovação sobre o *sujeito* reincidente, e não sua conduta²¹⁷.

Para tal corrente, logo, a maior possibilidade de delinquir relaciona-se com a *personalidade do réu*, que possui *elevada capacidade para delinquir*. A teoria, representada pela lição de RANIERI, não baseia a capacidade delitiva na possibilidade de fatos futuros, mas sim na personalidade manifestada pelo reincidente quando da consumação do ato configurado como reincidência. Ou seja, a capacidade para delinquir é, efetivamente, uma qualificação jurídica subjetiva do agente²¹⁸.

Este traço de personalidade não possui qualquer relação ao tipo de culpa, o que acarreta na ausência de sua elevação, e sequer pertence a qualquer outra parte constitutiva do fato punível, embora tenha reflexo sobre este²¹⁹. É, efetivamente, uma qualidade inerente ao reincidente, definida pela aptidão à violação da lei penal, e apenas revela como o agente foi levado a cometer o novo delito e qual a intensidade de sua inclinação para tanto, não incrementando a culpa — ou qualquer outra categoria do fato punível — em relação a um delito cometido por réu primário. Não é portanto, juízo de um prognóstico

²¹⁶ MIR PUIG, 1974, p. 452.

²¹⁷ RANIERI, 1952, p. 443. No mesmo sentido: FERNÁNDEZ, 2009, p. 112; SUSANO, 2012, p. 78-79.

²¹⁸ RANIERI, 1952, p. 443; MIR PUIG, 1974, p. 452; SUSANO, 2012, p. 79.

²¹⁹ RANIERI, 1952, p. 443; FERNÁNDEZ, 2009, p. 113.

futuro²²⁰. O reincidente porta esta capacidade anteriormente à novel infração, cuja consumação meramente revela este traço de personalidade. Portanto, se a maior capacidade para delinquir é uma característica subjetiva juridicamente qualificada, o reincidente é, de fato, um *tipo especial de autor*²²¹.

Embora frequentemente elogiada por autores que tomam como acertado desvincular o fundamento da reincidência da teoria do fato punível, deve-se levar em consideração que a teoria de RANIERI mostra-se subdesenvolvida por não dar a devida importância para o pressuposto determinante da agravante de reincidência como é contemporaneamente aceita: a sentença penal condenatória anterior. E, em que pese seja oriunda da proposta de ANTOLISEI, quando da busca de uma solução para as dificuldades que esta acarreta, encontra-se, na tese de RANIERI, presunção desta capacidade elevada do reincidente, na medida em que não se admite que a recidiva não necessariamente indique personalidade voltada à delinquência²²².

De igual modo, a doutrina acusa considerável dificuldade em apontar, neste postulado, o significado da referida maior aptidão para violação de leis penais consubstanciada na reincidência. Em tal sentido é a consideração de MIR PUIG, que afirma não ser possível localizar, na lição de RANIERI, uma definida relação entre a inclinação a delinquir e a reincidência se a tese recusa-se a realizar projeção ao futuro, e, ainda mais, não examina a função da sentença penal condenatória anterior. Tudo indica, então, que esta corrente, assim como a teoria de MANZINI (tópico 2.1.7, *infra*), somente poderá fundamentar a agravante no elemento material da constatação objetiva da repetição de delitos²²³.

Ademais, não é possível afirmar que esta tese soluciona o ponto nevrálgico da ideia de ANTOLISEI, pois ainda mantém confusão acerca das distinções entre reincidência e habitualidade²²⁴. Ao agravar-se a punição por força de uma característica pessoal do réu, corta-se a proporcionalidade entre a ação em si por ele cometida e a pena dosada. Esta desvinculação denota uma finalidade preventiva da sanção causada por uma qualidade subjetiva do agente que não influencia o delito em si, apenas é explicitada na sua

²²⁰ MIR PUIG, 1974, p. 452.

²²¹ MARTÍNEZ DE ZAMORA, 1971, p. 46-47.

²²² MARTÍNEZ DE ZAMORA, 1971, p. 48; SUSANO, 2012, p. 79.

²²³ MIR PUIG, 1974, p. 453. No mesmo sentido: SUSANO, 2012, p. 79.

²²⁴ MARTÍNEZ DE ZAMORA, 1971, p. 48. No mesmo sentido: MIR PUIG, 1974, p. 453.

consumação. E é neste ponto que a teoria sobrepõe habitualidade e reincidência, medida de segurança e pena. Novamente, adentra-se no campo do Direito Penal do autor. Sob este aspecto, a tese aparenta almejar a punição da personalidade reincidente aproveitando-se da oportunidade criada pela consumação do delito²²⁵.

2.1.6.3 *Maior inclinação a delinquir*

Em sentido contrário a linha de pensamento acima exposta, encontra-se a tese de que a capacidade para delinquir constitui parte do tipo de culpa, cujo maior representante é BETTIOL. A teoria foi formulada com o escopo de coadunar a agravante com o axioma político-criminal *nullum crimen sine culpa*, na busca de relacionar a punição apenas com o novel fato a ser punido. O fato do indivíduo ser reincidente merece especial censura pois este, quando reincide, constrói em si uma peculiar inclinação à reiteração delituosa. Assim, o aumento da pena justifica-se pela culpa elevada do agente pelo seu *modo de vida*²²⁶. Considera-se o reincidente verdadeiro *tipo legal repressivo*²²⁷.

Destarte, o agravamento da pena pela recidiva é resultante de uma censurabilidade elevada em decorrência do *modus vivendi* conduzido pelo reincidente. A reincidência é, portanto, uma «qualificação jurídica subjetiva», cuja essência localiza-se na inclinação ao delito consubstanciada no ânimo do agente. Em suma, a agravante possui natureza subjetiva, e a inclinação de delinquir é um componente psicológico-naturalista que o agente deveria evitar. Assim, o reincidente, devendo esquivar-se de recair em delito, é eticamente valorado por não tê-lo feito e, conseqüentemente, eleva-se a culpa pela sua conduta de vida²²⁸.

²²⁵ MARTÍNEZ DE ZAMORA, 1971, p. 48. Nessa senda: SUSANO, 2012, p. 79.

²²⁶ BETTIOL, 1962, p. 530-531. No mesmo sentido: MIR PUIG, 1974, p. 454-455. Em sentido semelhante, o Tribunal Supremo espanhol já fundamentou a agravante na inclinação ao cometimento de delitos do reincidente. Os precedentes de maior destaque, conforme compila CALLE RODRÍGUEZ (2006, p. 18), são as SSTS 5/2003, de 14 de janeiro e 1250/2004, de 30 de setembro.

²²⁷ BETTIOL, 1962, p. 531. Tal classificação como tipo legal repressivo é de fácil depreensão na obra do autor, inclusive pelo fato deste posicionar o estudo do reincidente no subcapítulo «*i tipi legali criminologici repressivi*» (*Ibid.*, p. 527 e ss).

²²⁸ BETTIOL, 1962, p. 531. No mesmo sentido: MIR PUIG, 1974, p. 454; SUSANO, 2012, p. 79.

Em que pese a maior inclinação em delinquir resulte em culpa elevada, esta culpa radica não na nova infração, mas sim na condução da série de atos da vida do réu que constituem a sua personalidade. Trata-se da culpa do autor, e não do ato. Deste modo, não é possível considerar, nesta teoria, a reincidência como uma circunstância agravante no sentido estrito da definição, eis que a reincidência não é interpretada, aqui, como uma agravação do novo delito²²⁹.

Critica-se tal teoria primeiramente por lançar mão da ideia de culpabilidade pela condução de vida, tese que originou-se na Alemanha sob a égide do regime nacional socialista para possibilitar a inserção, no Direito Penal, de figuras de difícil equalização que coadunavam com as pretensões do governo da época²³⁰. Caracteriza-se, portanto, assim como em outras teses, um Direito Penal do autor, e não do fato²³¹, o que, como acima alertado, não é possível conceber-se sob a ideia de Estado Democrático de Direito e do princípio da culpabilidade.

De qualquer maneira, como aponta a lição de FERNÁNDEZ, caso fosse possível seguir-se o raciocínio desta tese, além do flagrante risco de cair-se em defesa presunção *iuris et de iure*, deveria expandir-se o âmbito de atuação desta culpa elevada em decorrência da vida do agente. Isto desaguardaria em inconcebíveis consequências, como, à guisa de exemplo, aumentar-se, de igual modo, a culpa do réu profissional das Ciências Jurídicas, pois, de acordo com sua condução de vida, este deveria ter melhor conhecimento da gravidade de seu ato violador do bem jurídico tutelado²³².

2.1.7 Repetição das infrações

Esta teoria justificativa da reincidência, desenvolvida primeiramente por MANZINI, possui esteio, primeiramente, na fato objetivo da reiteração das infrações. Para tal teoria, da simples repetição de delitos justifica deduz-se a consequência jurídica mais

²²⁹ MIR PUIG, 1975, p. 455; FERNÁNDEZ, 2009, p. 114.

²³⁰ FERNÁNDEZ, 2009, p. 115.

²³¹ MIR PUIG, 1974, p. 455. No mesmo sentido: ALMEIDA, 2012, p. 57.

²³² FERNÁNDEZ, 2009, p. 115.

grave para o réu reincidente, pois revela uma maior aptidão do indivíduo para infringir a lei penal²³³. Explica-se.

A agravação da pena pela recidiva teria dois pressupostos basilares: o maior alarme social causado — o que já é uma teoria justificativa *per se*, como exposto no ponto 2.1.5 — e a violação ao interesse geral da conservação da ordem jurídica. A proposta do elevado alarme social, nesta tese, é expandida, e o delito do reincidente é concebido como uma *dupla lesão de bens jurídicos*, ou uma lesão mais profunda de um único bem: para o direito penal em si (lesão imediata) e para o interesse geral da manutenção da ordem jurídica²³⁴ (lesão mediata). Consoante tal raciocínio, a violação à manutenção da ordem jurídica — interesse desdobrado do direito geral de segurança detido pelo cidadão — é um adicional de maior intensidade nos casos de reincidência, presumido em decorrência da constatação da repetição de infrações²³⁵. A lesão mediata também ocorre no caso dos agentes primários, porém esta confunde-se com a lesão imediata. A violação do bem da manutenção do ordenamento desdobra-se no caso do reincidente e torna-se um *plus* da lesão do bem jurídico específico tutelado pela norma infringida²³⁶. E, como se fala em dupla lesão, também há, por parte do reincidente um duplo caráter volitivo: de um lado, demonstra vontade de violar a norma penal; de outro, demonstra vontade de não conformar-se com o Direito²³⁷.

Logo, consoante a lição de MANZINI, o reincidente demonstra elevada gravidade quanto ao ilícito objetivo do delito, à época, o autor italiano denominou de *imputabilidade*, constituindo a parte subjetiva do fato punível, ou *culpa em sentido psicológico*²³⁸. O reincidente, logo, manifesta vontade persistente em delinquir e não conformar-se com a ordem jurídica. Por isso, fundamenta-se a agravação na culpa psicológica do reincidente,

²³³ FERNÁNDEZ, 2009, p. 104.

²³⁴ Assim compreendido não como elevado alarme social, mas sim como a necessidade do Estado de tutelar juridicamente a reparação da lesão imediata causada (*i.e.*, bem jurídico específico) pelo novel delito, para a plena proteção do ordenamento jurídico que fora maculado com diferenciada intensidade pela reincidência (MIR PUIG, 1974, p. 443).

²³⁵ MANZINI, 1908, p. 551-552; FERNÁNDEZ, 2009, p. 104-105; ZAFFARONI, 1993, p. 119. CARVALHO, 2001, p. 112; FAUTH, 2006, p. 149; VARGAS / MOTTA, 2009, p. 14; ZAFFARONI / PIERANGELI, 2004, p. 794-795; SUSANO, 2012, p. 75; LOPES, 2014, p. 12; CASTEX, 1998, p. 547-548.

²³⁶ MANZINI, 1908, p. 551-552. No mesmo sentido: MIR PUIG, 1974, p. 442.

²³⁷ MARTÍNEZ DE ZAMORA, 1971, p. 52.

²³⁸ MANZINI, 1908, p. 551. No mesmo sentido: MIR PUIG, 1974, p. 443; CEBALLOS, 1999, p. 177; FERNÁNDEZ, 2009, p. 105; SUSANO, 2012, p. 75.

ou, como chama o autor, *imputabilidade*. Exige-se, logo, aumento na ilicitude do novel delito²³⁹.

Mas cumpre alertar que tal tese foi cunhada sob vigência da ideia *psicológica* de culpa, já há muito superada em prol de concepções *normativas*. Assim, é possível afirmar, sob uma noção atual de culpa, seja ela puramente normativa ou não, que este prisma relaciona-se com o plano objetivo do ilícito e não da culpa. Por este motivo, faz-se, aqui, a escolha de não denominar tal tese como uma das teorias de culpa elevada do réu, *in contratio sensu* a determinada parcela da doutrina, que subdivide esta em teoria psicológica da culpa (*i.e.*, a repetição de infrações) e teoria normativa da culpa (ponto 2.1.7, *infra*). Evita-se, assim, desnecessária e incorreta relação da tese de MANZINI com o plano da culpa como o é atualmente aceito²⁴⁰.

E, não obstante, critica-se a tese por fundamentar a reincidência numa agravação da imputabilidade. A culpa, num sentido psicológico, pode possuir causas que a diminuam, mas jamais que a agravam. Não se confunde, pois, com a subjetividade do fato punível. Assim, a tese da repetição de infrações parte de uma «incorreção terminológica»²⁴¹. A insistência em tornar a delinquir não é capaz de elevar a culpa sob concepção psicológica. Logo, se a tese procura amparo na ideia de culpa como nexa causal psicológico, não há possibilidade de explicar a vontade persistente de delinquir sem levar em consideração a primeira infração. Por isso, argumentam autores que a tese de MANZINI, em realidade, só poderia conseguir fundamentar a reincidência na mera constatação objetiva da repetição de infrações²⁴². Nota-se, logo, que as ideais do autor italiano baseiam-se apenas na repetição material delituosa para agravar a pena, restringindo-se ao plano da ilicitude sem pôr em

²³⁹ MANZINI, 1908, p. 552; FERNÁNDEZ, 2009, p. 105.

²⁴⁰ Prefere, contudo, assim classificar: ALMEIDA, 2012, p. 58.

²⁴¹ MARTÍNEZ DE ZAMORA, 1971, p. 44.

²⁴² Nesse sentido: MIR PUIG, 1974, p. 444; MARTÍNEZ DE ZAMORA, 1971, p. 44. Por tal razão, toma-se a posição de assim denominar a teoria, conforme consta no título do item. Cabe aqui, outrossim, mencionar a crítica de LATAGLIATA (1963, p. 20-28) quanto a possibilidade de fundamentar-se a agravante na mera repetição de infrações. Para este autor, conforme já exposto no presente trabalho (ponto 1.2.2), é possível classificar a reincidência como *espécie* do gênero *pluralidade de delitos cometidos pelo mesmo agente*, de modo que seria equivocado não levar em consideração a característica diferenciadora determinante da reincidência como atualmente é concebida em relação aos institutos análogos: a condenação anterior. É possível, portanto, considerar válido este apontamento de igual modo para a teoria da personalidade do réu de MANZINI, caso efetivamente aceite-se ser impossível fundamentá-la em algo além da mera repetição de infrações.

causa o exame casuístico da subjetividade do autor²⁴³. E, assim como em outras teorias, apontam doutrinadores sua correlação inaceitável com o Direito Penal do autor por exasperar a pena do reincidente em fundamentos alheios ao fato julgado²⁴⁴.

Ademais, se, efetivamente, quando do cometimento de qualquer delito, ocorre a violação de dois bens jurídicos, um específico ao tipo e outro genérico — a saber: o direito de segurança da ordem jurídica —, a tese peca por não explicar efetivamente por qual razão estes dois interesses se confundem na primariedade do agente e são desdobrados em caso de recaída²⁴⁵. E, de fato, a ideia de dupla lesão é de difícil conciliação com o princípio da ofensividade e da teoria do bem jurídico²⁴⁶. É inegável, de qualquer maneira, que a ideia de dupla lesão aproxima-se de doutrinas de segurança nacional, ao criar-se um bem jurídico autoritário de obediência ao Estado²⁴⁷.

2.1.8 Culpa elevada do réu

A corrente justificativa do tratamento agravante da recidiva pela culpa elevada do réu quiçá é, atualmente, o prisma que angaria o maior número de adeptos em torno de si²⁴⁸. Sumariamente, reflete a concepção de que a culpa do reincidente é elevada e, conseqüentemente, impõe aumento na pena, pois aquele, ao recair em delito, demonstra desrespeito à formal admonição anterior consubstanciada no primeiro édito condenatório recebido. Antes de aprofundar-se este postulado, entretanto, faz-se necessário tecer breves considerações preliminares acerca da culpa.

O conceito de culpa para o Direito Penal varia intensamente de acordo com a corrente teórica e de acordo com o autor em exame. Não cabe na via do presente estudo, e muito menos no seu objetivo, expor as principais linhas de pensamento e discorrer-se sobre as diferentes abordagens da ideia de culpa, o que *per se*, merece um estudo de dedicação

²⁴³ FERNÁNDEZ, 2009, p. 107.

²⁴⁴ ALMEIDA, 2012, p. 59.

²⁴⁵ MARTÍNEZ DE ZAMORA, 1971, p. 52-53.

²⁴⁶ ZAFFARONI, 1993, p. 119. No mesmo sentido: CASTEX, 1998, p. 549.

²⁴⁷ KARAM, 1994, p. 125.

²⁴⁸ À guisa de exemplo, a *Corte Suprema de Justicia de la Nación* argentina considerou esta teoria como a mais adequada ao seu ordenamento (CSJN, 16/10/86, ED 123-426, decisões do tomo 308, página 1938), cf. GARCÍA, 1992, p. 112; ZIFFER, 1997, p. 108; JULIANO, 2001, p. 119.

própria. Não é possível esquecer, outrossim, o momento atual de crise da própria noção de culpa pela doutrina crítica²⁴⁹. Mas, não há de ser menos importante a tomada de posição de um determinado conceito de culpa. Pelo contrário: a compreensão da tese justificativa da reincidência aqui analisada requer a elaboração de uma noção preliminar acerca da culpa. Ressalta-se, porém, que tal tarefa possui finalidade expositiva e que a tomada de uma posição diversa não prejudicaria a compreensão do objeto deste subcapítulo²⁵⁰.

Portanto, a culpa, enquanto elemento constituinte do fato punível, possui função limitadora da intervenção do Estado, detentor do *ius puniendi*, contra eventuais abusos e arbitrariedades que possam acometer o réu, em decorrência do basilar princípio da dignidade da pessoa humana insculpido no Estado Democrático de Direito. Sem culpa, não há pena criminal²⁵¹. A culpa é, portanto, a censura jurídica ao réu pela prática do ilícito-típico. Contudo, como leciona FIGUEIREDO DIAS, posição tomada para os fins do presente estudo, mais do que um juízo de censura, a culpa materialmente consubstancia-se na violação, pelo indivíduo, do seu dever de agir em conformidade às exigências do Direito, para não lesionar ou ameaçar bens penalmente tutelados. Ademais, a partir da noção de que a decisão do indivíduo é determinada por si próprio e deriva do que é possível chamar de *personalidade*, nada mais é a culpa, em sentido material, do que o juízo de censura «pelas qualidades juridicamente desvaliosas da personalidade que fundamentam um facto ilícito-típico e nele se exprimem»²⁵².

Por sua vez, sob consideração dos pontos suprarreferidos, a teoria da culpa elevada considera que o grau de culpa do reincidente é maior — e, conseqüentemente, impõe-se o aumento na dosagem de sua pena — pois lhe é mais exigível que lançasse mão de seus freios inibitórios para conformar-se com a lei penal. Afinal, uma vez já condenado criminalmente, já recebeu uma formal advertência do Estado, detentor do poder punitivo. Efetivamente, faz-se uso gravidade objetiva do édito condenatório em si para medir a

²⁴⁹ Acerca do tema, vide: SCHÜNEMANN, 2012, p. 179 e ss; LOEBENFELDER, 2001, p. 87 e ss.

²⁵⁰ Conforme leciona SILVEIRA (1999, p. 5), a relevância do conceito tomado de culpa, independentemente de qual seja, é a ideia do limite de intervenção ao poder punitivo estatal como critério de individualização da pena no caso concreto.

²⁵¹ FIGUEIREDO DIAS, 2011a, p. 274.

²⁵² FIGUEIREDO DIAS, 2011a, p. 524-525.

maior necessidade, do condenado, em relação ao indivíduo primário, de não lesionar ou ameaçar os bens jurídico-penais²⁵³.

Esta corrente de pensamento é de considerável eminência para a doutrina alemã, especialmente sob a lição de MAURACH, que influenciou o fundamento da criação do supracitado (item 1.4.2), e já revogado, § 48 do *Strafgeszbuch*²⁵⁴. Segundo a posição deste autor, a experiência anterior do reincidente com o sistema penal demonstra que este, ao recair em delito, denota diferenciada inconformidade com o ordenamento. Ele possui maior consciência da violação da lei penal em relação ao primário. Em melhores palavras, o condenado adquire verdadeiro «conhecimento do significado de punibilidade»²⁵⁵. E se, mesmo dotado deste conhecimento especial e diferenciado do significado de atuar contra o Direito, volta a delinquir, é porque mostra elevada rebeldia frente à ordem social²⁵⁶. Por estes motivos, é elevada a culpa do reincidente e assim justifica-se a agravante da pena²⁵⁷.

Nota-se, logo, que tal teoria — de considerável número de adeptos, diga-se de passagem — possui como principal alicerce, e principal motivo de elogios por parte de seus seguidores, a atribuição de especial importância à sentença penal condenatória anterior. Destaca-se, portanto, o diferencial que delimitou a noção contemporânea de reincidência, e que afasta a confusão entre figuras análogas, como incorrem outras teorias justificativas. Para esta linha de raciocínio, a condenação anterior não deve servir meramente como limite formal de distinção entre institutos. A reincidência serve como «negação do valor do arrependimento». É através da condenação anterior que o réu desenvolve consciência do verdadeiro significado da ilicitude de seu fato pretérito²⁵⁸.

²⁵³ MIR PUIG, 1974, p. 496-497; MARTÍNEZ DE ZAMORA, 1971, p. 62-63; CARVALHO, 2001, p. 112; FAUTH, 2006, p. 148; ALMEIDA, 2013, p. 50; LOPES, 2014, p. 14-15; ZIFFER, 1997, p. 109; CASTEX, 1998, p. 546-547.

²⁵⁴ GARCÍA, 1992, p. 109; JESCHEK / WEIGEND, 2002, p. 962; SUSANO, 2012, p. 84. Outrossim, a tese foi confirmada pelo BVerfG no julgamento de 16 de janeiro de 1976 (MARGARIÑOS, 1997, p. 89).

²⁵⁵ SUSANO, 2012, p. 84. Nesse sentido: GARCÍA, 1992, p. 109; ZIFFER, 1997, p. 109.

²⁵⁶ MIR PUIG, 1974, p. 499.

²⁵⁷ Este fundamento foi utilizado pela *Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina* quando do emblemático julgamento do caso *Ramón Rafael L'Eveque (fallos 311:1451)* para legitimar a agravante de reincidência (MARGARIÑOS, 1997, p. 88). O pensamento de MAURACH também possui muitos pontos de contato com a proposição de SILVEIRA (1999, p. 5) para definir o fundamento da agravante no ordenamento jurídico brasileiro. Segundo este, presume-se (o que, *per se*, já é digno de crítica) que o reincidente tenha intensa consciência da ilicitude em decorrência de sua experiência passada com o sistema punitivo, por isso a recaída é mais reprovável, e, logo, o agente é mais culpável. Assim, o fundamento do instituto possui esteio não no fato punível, mas no agente, de modo que não seria propriamente correto denominar a agravante como uma *circunstância*, palavra que indica acontecimentos que orbitam o fato punível.

²⁵⁸ MARTÍNEZ DE ZAMORA, 1971, p. 62-63. Ainda acerca da importância do édito condenatório pretérito, complementa o referido autor (*idem*, p. 162-165) que este deverá servir como fator intimidatório para

Mister ressaltar, no entanto, que o aumento da culpa é condicionado à averiguação de relação material entre as infrações cometidas, para que seja possível determinar que, na dada situação, o réu recaiu em delito em desrespeito à anterior reprimenda formal, expondo, consoante a doutrina de MAURACH, maior *inimizade* para com o Direito (*Rechtsfeindschaft*), o que é simples constatação no caso da reincidência específica, pela existência de circunstâncias equânimes. Assim, não deverá ser aplicada a agravante quando demonstra-se no caso concreto que o ilícito-típico realizado pelo réu em nada relaciona-se com o efeito admonitório da sentença anterior (*e.g.*, incorrer em delito por necessidade ou motivos altruístas)²⁵⁹.

O que, efetivamente, fundamenta a culpa elevada no caso concreto, segundo MAURACH, é a ocorrência de circunstâncias que demonstrem a *necessidade normativa* de atenção à advertência anterior. O autor não considera, logo, necessária a comprovação da capacidade psicológica do reincidente de ter conhecimento do efetivo significado e peso da condenação anterior. Há verdadeira *exigibilidade normativa* de consideração da formal admonição do primeiro édito condenatório²⁶⁰.

Frequentes são as críticas a esta teoria no que concerne à utilização da condenação anterior para a aferição de culpa elevada. Mesmo que sua aplicação seja submetida ao exame casuístico de relação entre a nova infração e a condenação anterior, a tese ainda parte de uma premissa presumida: o chamado *pretendido dever objetivo de observância da advertência*. Efetivamente, *presume-se* que o primeiro édito condenatório tenha surtido efeito de admonição no agente, o que não necessariamente pode ocorrer²⁶¹. Por tal motivo, *in contrario sensu* é a lição de LATAGLIATA, para a qual o importante, para fins de averiguação do menoscabo à condenação anterior, é a «possibilidade concreta de lembrança». Em outras palavras, possui elevada culpabilidade não só o reincidente que

impedir o condenado de cometer novo delito, causando *temor* de nova condenação. Tal estado subjetivo do reincidente antes da consumação do segundo delito é chamado pelo doutrinador de «*reidad*», e incide pela lembrança da primeira experiência punitiva. Assim, se, mesmo em estado de *reidad*, o agente comete o novo delito, é porque, efetivamente, o resultado era especialmente querido e foi realizado com diferencia força de vontade.

²⁵⁹ MIR PUIG, 1974, p. 500-501. No mesmo sentido: GARCÍA, 1992, p. 109; FERNÁNDEZ, 2009, p. 123.

²⁶⁰ «O fundamento final da própria figura desta agravante, é, pois, para MAURACH, um aumento de poder psicológico delimitado *normativamente* do sujeito» (MIR PUIG, 1974, p. 503).

²⁶¹ MIR PUIG, 1974, p. 523. No mesmo sentido: FERNÁNDEZ, 2009, p. 124; ZIFFER, 1997, p. 109.

conserva a memória psicológica da condenação pretérita, mas também aquele que, capaz para tanto, deveria ter recordado²⁶².

Para ZAFFARONI, a consciência da ilicitude do segundo fato não detém nenhuma relação com a condenação anterior. Aquela pode ser reduzida ou inexistir sem que esta interfira para tanto. Assim, se esta teoria faz algum sentido, seria somente aplicável em casos de reincidência homótopa e em delitos cuja ilicitude seja de difícil compreensão para o agente²⁶³. E mais: a sentença penal condenatória, sem cumprimento, ao menos parcial, da pena, não possui quaisquer efeitos admonitórios, «ressalvada a hipótese de se lhe atribuir efeitos mágicos»²⁶⁴. No mesmo sentido, BARROS pondera que somente seria possível tal efeito, sem presunções, caso a sentença penal contivesse, em seu corpo, ameaça de punição mais severa na eventualidade de reincidência, e esta fosse lida ao condenado²⁶⁵. Por final, é de máxima importância não olvidar que a culpa atua como limite da intervenção estatal, mas jamais deve confundir-se como fundamento de imposição de pena²⁶⁶.

2.2 TEORIAS NEGATIVAS

2.2.1 Teoria abolicionista

Conforme a corrente abolicionista, a pena deverá ser fixada apenas de acordo com o fato punível em si. A agravante de reincidência toma em consideração, para o aumento da pena, fato pretérito da vida do réu que não possui relação com o ilícito-típico a ser então julgado. Ademais, o réu já teve pena cominada pelo fato anterior. Logo lançar mão desta

²⁶² LATAGLIATA, 1963, p. 272. Inclusive, a monografia deste autor citada ao longo do presente trabalho tem como objetivo fundamentar a agravante de reincidência do Código Penal italiano (à época, vigente o texto original, eis que a obra é anterior às modificações de 1975) sob o fundamento da culpa elevada do réu, embora diferindo, em certos aspectos intrínsecos, da proposta de MAURACH, como é o caso supracitado.

²⁶³ ZAFFARONI, 1993, p. 121.

²⁶⁴ ZAFFARONI / PIERANGELI, 2004, p. 794.

²⁶⁵ BARROS, 1982, p. 147.

²⁶⁶ FERNÁNDEZ, 2009, p. 130.

anterior condenação para o cálculo da pena de novel infração altera a medida da retribuição, constitui dupla valoração e violação frontal ao princípio do *ne bis in idem*. Pune-se duas vezes o fato anterior em duas ocasiões distintas. E, não obstante, determinar aumento de pena em decorrência da mera constatação objetiva de repetição de infrações por um mesmo agente é inaceitável²⁶⁷.

Esta tese surge em época concomitante à teoria de CARRARA, mas nega-se a aceitar a agravação da pena pela reincidência justamente pela noção, da época, do delito como um fato objetivo desvinculado de seu autor. Destarte, é inadmissível, sob este aspecto, tecer uma relação entre dos fatos distintos que repercutirá na dosagem da pena. A assunção desta agravante resulta em castigar o homem e não seu feito, invadindo o plano da moral. Fora tais postulações, os defensores da tese também adentram no campo empírico ao defender que a sociedade é a verdadeira causa da reincidência, pois esta mantém estabelecimentos prisionais inadequados para nada além de corromper o apenado, forçando a recaída em delito pela ausência de demais oportunidades²⁶⁸.

Estes argumentos serão examinados na devida profundidade no capítulo 3. Portanto, faz-se apenas a ressalva da existência desta corrente de pensamento. Contudo, também é de bom alvitre brevemente arrolar as críticas que tal linha recebe, cujo principal argumento reside no fato do uso da condenação anterior para fins de agravamento da nova pena não constituir dupla valoração ou uma segunda pena sobre o fato pretérito, sendo apenas um tratamento especial necessário devido a condição diferenciada do réu.²⁶⁹

De igual modo, a ideia da corrente abolicionista da absoluta separação entre indivíduo e fato punível não faz sentido lógico a partir da noção de que, embora puna-se o fato, este é cometido por um indivíduo. O raciocínio abolicionista, logo, não aceita a proposta retributiva por completo. Para MARTÍNEZ DE ZAMORA, os abolicionistas partem de um pressuposto dogmático equivocado, pois a agravação não deriva do fato anterior, apenas é utilizada como pressuposto legal para sua configuração²⁷⁰.

²⁶⁷ SOUZA, 1903, p. 17; CEBALLOS, 1999, p. 178-179; MARTÍNEZ DE ZAMORA, 1971, p. 33; SANTOS, J. B., 1942, p. 50; FREITAS, 2009, p. 123; SUSANO, 2012, p. 69.

²⁶⁸ MARTÍNEZ DE ZAMORA, 1971, p. 32-34.

²⁶⁹ Nesse sentido: LATAGLIATA, 1963, p. 38-39; SUSANO, 2012, p. 69.

²⁷⁰ MARTÍNEZ DE ZAMORA, 1971, p. 34-35.

2.2.2 Teorias relativas

A corrente relativa, por sua vez, é composta de duas linhas de pensamento que não negam fundamento à existência de tratamento diferenciado ao reincidente, mas sim à reincidência como uma causa de agravação da pena. Para uma corrente, a reincidência deverá constituir causa de exclusão da pena, enquanto a outra defende de esta deverá atenuar a pena ao invés de agravá-la²⁷¹. Como ambas as linhas de pensamento tem argumentos comuns, apenas buscam resultados diversos, cabe, aqui, analisá-las conjuntamente.

Assim, argumentam alguns defensores que o reincidente possui imputabilidade diminuída, pois justamente o hábito de delinquir faz com o que o reincidente atue impulsivamente com menor consciência do ato. Curiosamente, esta linha de pensamento se assemelha muito à teoria da perigosidade elevada, porém como um extremo oposto²⁷².

Nesse mesmo sentido, uma parcela da doutrina defende a culpa diminuída do agente, pois o reincidente apresenta, ao recair em delito, menor capacidade de resistência ao cometimento de atos contrários ao Direito²⁷³. É possível afirmar que a reincidência demonstra culpa menor do mesmo modo como é possível afirmar que demonstra culpa maior do agente. Se o juízo de culpa recaí sobre uma pessoa que poderia portar-se de maneira distinta não há sentido em agravar a pena de quem demonstra o contrário²⁷⁴.

E, de igual modo, as teorias relativas também aventam, na defesa de sua posição, considerações de natureza «meramente empírica». Notoriamente, critica-se a sociedade pela sua responsabilidade na recaída do agente, ao não prover estabelecimentos prisionais adequados para ressocializar o apenado, e por não fornecer oportunidades aos egressos do sistema penitenciário que os impeçam de recorrer novamente à delinquência²⁷⁵.

Contudo, parte-se, neste raciocínio, novamente de uma presunção. Presume-se que o agente tenha uma volitiva inclinação ao delito. De igual modo, a tese aparenta confundir o instituto com a pura repetição de delitos, gênero do qual a reincidência é espécie²⁷⁶.

²⁷¹ SUSANO, 2012, p. 70.

²⁷² MARTÍNEZ DE ZAMORA, 1971, p. 40-41.

²⁷³ CEBALLOS, 1999, p. 178; JULIANO, 2001, p. 116.

²⁷⁴ ZIFFER, 1997, p. 109.

²⁷⁵ SUSANO, 2012, p. 70.

²⁷⁶ MARTÍNEZ DE ZAMORA, 1971, p. 41.

2.2.3 Teoria neoabolicionista

Os adeptos da teoria neoabolicionista, à luz dos preceitos doutrinários da Escola Positiva, não negam que o fundamento de reincidência esteja ligado à personalidade do reincidente, ao invés da culpa, mas defendem que a reincidência não deveria causar agravamento na pena do réu. A agravante, então, é mera formalidade desprovida de conteúdo e completamente equivocada sob a óptica do Direito²⁷⁷.

A corrente repudia por absoluto qualquer possibilidade de presunção *iuris et de iure* para a aplicação da agravante de reincidência. A característica da personalidade do reincidente que o inclina à delinquência deveria, em realidade, ser submetida ao exame no caso concreto pelo órgão julgador de acordo com as circunstâncias do fato e do infrator para fundamentar-se a aplicação da agravante, como medida preventiva²⁷⁸.

Em realidade, o neoabolicionismo tem como seu objetivo final a substituição da reincidência pelas ideias de habitualidade e profissionalismo para um tratamento preventivo adequado. Busca-se, assim, afastar a mera aplicação objetiva, pragmática e mecanizada da agravante para instituir o já suprarreferido exame casuístico em nome da função preventiva da pena²⁷⁹. O reincidente pode, de acordo com o exame casuístico, ter cometido o novo delito justamente por manifestar uma menor inibição ao desrespeito à lei penal o que o torna mais perigoso, mas não mais culpável²⁸⁰.

Contudo, tal corrente parece, sob a visão de seus críticos, confundir institutos diversos que possuem tratamentos e finalidades distintas e podem conviver entre si. Para estes críticos, reincidência e habitualidade são compatíveis em coexistência por possuírem diferentes objetivos e fundamentos. MARTÍNEZ DE ZAMORA critica a corrente por confundir o caráter retributivo da reincidência com o viés repressivo da habitualidade²⁸¹.

²⁷⁷ MARTÍNEZ DE ZAMORA, 1971, p. 49.

²⁷⁸ MARTÍNEZ DE ZAMORA, 1971, p. 49.

²⁷⁹ MARTÍNEZ DE ZAMORA, 1971, p. 49; VICENTE MARTÍNEZ, 1997, p. 175. Em sentido semelhante são as considerações finais do estudo de MIR PUIG (1974, p. 546-547). Em que pese partir da busca do fundamento da reincidência para a lei espanhola, à época, na tese da culpa elevada do réu (*idem*, p. 524), chega à conclusão da necessidade da supressão das figuras de reincidência para dar lugar à adequada utilização de medidas de segurança nos casos de demonstrada perigosidade do réu pela habitualidade.

²⁸⁰ GARZÓN REAL / MANJÓN-CABEZA OLMEDA, 1991, p. 5.

²⁸¹ MARTÍNEZ DE ZAMORA, 1971, p. 49.

2.3 DO FUNDAMENTO DA REINCIDÊNCIA NO DIREITO PENAL PORTUGUÊS

Uma vez apresentadas as principais teorias justificativas para a agravante da reincidência, resta, ainda, aventar possível resposta para a questão do fundamento no Direito Penal nacional. Contudo, antes de examinar-se a eventual justificativa para o instituto na lei vigente, não há de se desconsiderar os posicionamentos tecidos anteriormente sob vigência de outras codificações que regulavam a reincidência diferentemente.

Nesse sentido, destaca-se a posição de SECCO, cunhada durante a égide da redação original do Código Penal de 1852 (*i.e.*, antes da Reforma Penal de Sampaio e Melo, de 1884), segundo a qual a agravação da pena pela reincidência é justa por três fundamentos: a) a ineficácia da pena anterior; b) maior imoralidade do segundo delito, em decorrência da rebeldia ao respeito pela lei, ausência de temor pela nova condenação e desdém da opinião pública; c) necessidade social de maior pena em nome da segurança pública²⁸².

De igual modo, grifa-se a proposição de SOUZA, elaborada quando da vigência do Código de 1886, para a qual a reincidência é legítima pela elevada perigosidade do agente (ou predisposição criminosa). Esta demonstra-se pela sua «tendencia tão accentuada para delinquir», e pela «sua maior resistencia em se adaptar ás condições da vida social»²⁸³.

BELEZA DOS SANTOS, por sua vez, fundamentou a reincidência no perigo elevado que o reincidente adquire em resultado de sua culpa: «êle era culpado em se ter tornado perigoso e êste último elemento — o perigo — só deveria ser atendido na agravação da pena, na medida em que resultava do primeiro»²⁸⁴. Esta proposta, elogiada por sua relevância e vanguardismo, auxiliou a sedimentação do caminho que desagua nas concepções atuais de fundamento para a reincidência no Direito português²⁸⁵.

Cumpram também grifar a posição de FERREIRA que, *in contrario sensu* ao pensamento dominante da época (a saber: durante a vigência do Código de 1982), defendeu a fundamentação da agravante com base na insuficiência da pena anterior. Sua

²⁸² SECCO, 1876, p. 162.

²⁸³ SOUZA, 1903, p. 18.

²⁸⁴ SANTOS, J. B., 1942, p. 51. O autor, no mesmo sentido, ratificou sua posição em: SANTOS, J. B., 1943, p. 291; SANTOS, J. B., 1954, p. 690-692.

²⁸⁵ Nesse sentido é o elogio de SUSANO (2012, p. 91), ao afirmar que «o autor coloca em crise a culpa, quer reportada ao facto, quer à personalidade do agente, como fundamento da agravação (...)».

conclusão deriva da exigência de cumprimento parcial ou total da pena anteriormente cominada para a configuração de reincidência, requisito inovador em relação ao Código antecessor²⁸⁶.

No entanto, é na lição de Eduardo CORREIA que encontra-se a maior influência para o posicionamento doutrinário português contemporâneo acerca do tema, especialmente nas ideias apresentadas em seu Projeto de Código Penal de 1963 que refletiram na elaboração da codificação de 1982²⁸⁷. Sua posição — influenciada pela doutrina germânica majoritária representada por MAURACH²⁸⁸ — torna-se clara nas atas das sessões da comissão do supracitado projeto, onde o autor categoricamente assevera que, tanto para a reincidência genérica quanto para a específica, a agravação da pena deverá fundar-se no desrespeito à «solene advertência contida na sentença anterior»²⁸⁹.

Tal posição difundiu-se amplamente nas letras jurídicas portuguesas, de modo que, atualmente, seria possível afirmar que, sob arrimo de parte da doutrina nacional, o legislador português escolheu fundamentar o tratamento da reincidência na lei penal portuguesa à luz da teoria de elevada culpa do reincidente por desrespeito à admonição formal anterior contida na primeira condenação, como já anteriormente mencionado ao longo deste estudo²⁹⁰. Contudo, tomar esta posição implicaria incorrer em incompletude.

A teoria da culpa elevada do réu faz efetivo sentido sob as lentes da lei penal portuguesa, porém somente no que concerne à reincidência genérica. Consoante as considerações tecidas no ponto 1.3.2, a lei portuguesa contempla as modalidades homótopa e polítropa da agravante sem distinção terminológica ou de tratamento. Conforme a lição de FIGUEIREDO DIAS, além da elevada culpa já presente na modalidade genérica, a reincidência específica avulta «indícios de uma maior perigosidade», o que também impõe finalidades preventivas no agravamento da pena.²⁹¹

²⁸⁶ FERREIRA, 2010, p. 148-149.

²⁸⁷ BARROS, 1982, p. 146; SUSANO, 2012, p. 91.

²⁸⁸ BARROS, 1982, p. 148.

²⁸⁹ Actas das sessões da Comissão Revisora do Código Penal: parte geral, vol. II, p. 143 e ss. Embora não defina claramente sua posição quanto à teoria da culpa elevada antes da elaboração do projeto de 1963, o autor já inclinava-se nesse sentido (CORREIA, 1961, p. 69-70; opinião reproduzida também em CORREIA, 1968, p. 143 e ss) e identificava problemas na teoria da maior perigosidade do reincidente, especialmente no que concerne à possibilidade da existência de circunstâncias exógenas que motivem a recaída (*idem*, p. 67).

²⁹⁰ E nesse sentido lecionam: LEAL-HENRIQUES / SIMAS SANTOS, 2002, p. 893; BARROS, 1982, p. 149-150; ALBUQUERQUE, 2012, p. 279.

²⁹¹ FIGUEIREDO DIAS, 2011b, p. 261. Concordam com este posicionamento: ANTUNES, 2013, p. 50-51; MIGUEZ GARCIA / RIO, 2014, p. 380; SÁ PEREIRA / LAFAYETTE, 2014, p. 251; SUSANO, 2012,

Nesse ponto, distancia-se a tese da opinião de MIR PUIG, que, por sua vez, quando do estudo do fundamento das agravantes de *reiteración* (reincidência genérica) e reincidência (específica) — conforme da lei da penal espanhola da época —, defendeu que estas devem possuir fundamento e natureza jurídica «essencialmente coincidentes» por serem ambas o mesmo instituto (a reincidência), mas sob diferentes modalidades. Há, pois, segundo o autor, uma unidade de essência²⁹².

A necessidade preventiva da agravante com base na maior perigosidade do reincidente foi expressa e constantemente criticada por diversos estudiosos do tema conforme foi exposto ao longo deste trabalho. De acordo com FIGUEIREDO DIAS, contudo, a consideração de perigosidade elevada não pode resultar somente na adoção de medida de segurança dentro de um sistema dualista de sanções criminais, embora seja compreensível a relativa proximidade da reincidência específica com as noções de *delinquência habitual ou por tendência*, que, no ordenamento português, refletem na aplicação de pena relativamente indeterminada (art. 83.º e ss da codificação atual). A característica de perigosidade elevada do reincidente específico possui importância para a finalidade preventiva especial, cuja sanção adequada é a pena, não a medida de segurança. Por tal razão, em que pese o fundamento da reincidência no Direito português basear-se, primeiramente, na culpa elevada do agente — até mesmo pelo fato do instituto ser apenas uma causa agravante da pena e não uma modificação da moldura típica —, não é excluída a possibilidade de eventualmente considerar-se, de acordo com o caso concreto, a possível perigosidade diferenciada do agente. No entanto, na hipótese da convergência de pressupostos de aplicação da agravante de reincidência e da imposição de pena relativamente indeterminada — que, ademais, não se confundem —, esta última deverá prevalecer, por fora do art. 76.º-2 do Código Penal²⁹³

p. 95-96.

²⁹² MIR PUIG, 1974, p. 428.

²⁹³ FIGUEIREDO DIAS, 2011b, p. 261-263.

III

ACERCA DA SOLVABILIDADE CONSTITUCIONAL

Embora não receba o merecido relevo, a discussão da constitucionalidade da reincidência é questionada no meio acadêmico e no meio contencioso sob diversos prismas. Diversos são os preceitos constitucionais que, *prima facie*, apontam dificuldades de conciliação da agravante e de seus efeitos com o texto constitucional.

Finalmente, acerca do cerne deste estudo, examinar-se-á as mais relevantes incongruências aventadas pela doutrina e jurisprudência quando da solvabilidade constitucional da reincidência. Primeiro, far-se-á a apresentação e o estudo do princípio constitucional oponível para, após, colocá-lo em conflito com o instituto da reincidência.

Ressalta-se, novamente, o caráter amplo do presente trabalho de não se restringir a um determinado ordenamento jurídico, embora incline-se ao exame da questão no Direito português. As questões constitucionais aqui arguidas são de relevância tanto para o ordenamento pátrio quanto para diversos outros, que brindam, mesmo de modos diversos, os mesmos princípios que eventualmente rejeitam a reincidência. Ademais, como a questão é constantemente examinada no Direito comparado, o estudo da constitucionalidade sob um aspecto internacional não prejudica o trabalho, mas sim o completa.

De tal modo, é de grande valia lançar mão de todas as considerações tecidas acerca do tratamento da reincidência nos ordenamentos jurídicos acima estudados, bem como das teorias justificativas da agravante, que, embora possuem estrita relação com a compatibilidade constitucional, não devem ser o ângulo exclusivo de discussão. Nesse sentido é a posição de MIR PUIG, para o qual a constitucionalidade ou não de uma determinada regulação legal não pode ser decidida apenas pelo prisma de uma particular concepção doutrinária²⁹⁴.

²⁹⁴ «A Constituição há de ser a casa comum de muitas opiniões interpretativas diversas das normas ordinárias e até da mesma Constituição» (MIR PUIG, 1993, p. 1143-1144).

3.1 REINCIDÊNCIA E PRINCÍPIO DA CULPABILIDADE

3.1.1 Do princípio da culpabilidade

Sumariamente, o princípio da culpabilidade é a impossibilidade de aplicar sanção criminal sem existência de delito, e, na existência do delito, sem responsabilidade: sem *culpa* enquanto concepção normativa²⁹⁵. Assim, não cabe confundir o princípio de culpabilidade com a culpa enquanto elemento constitutivo do fato punível, mas, de fato, aquela é a exigência deste. Disto desdobra-se o brocado *nulla poena sine culpa*. No Estado Democrático, somente o Direito Penal culpabilístico é legítimo, de modo que, mesmo não explicitado no texto da carta, o princípio da culpabilidade depreende-se da Constituição²⁹⁶. A culpa possui uma função político-criminal por ser indissociável da pena, ao operar como seu limite intrasistemático para a restrição do *ius puniendi* estatal. Jamais poderá ser extrapolada, e essa exigência é extraída do princípio da culpabilidade²⁹⁷.

O princípio desdobra-se em dois elementos. O primeiro, *objetivo*, consubstancia-se na exigência de condutas lesivas para bens jurídicos penalmente tutelados. O outro, *subjetivo*, é a censura pela conduta lesiva²⁹⁸, ou seja, a exigência de que cada indivíduo deva responder somente pela responsabilidade específica de sua transgressão da norma penal, e jamais por questões alheias como intenções, personalidade, modo de vida ou qualquer outra característica pessoal²⁹⁹. A responsabilidade penal é subjetiva e, portanto, pertence ao autor, por este ser responsável pela infração cometida³⁰⁰. A culpa, portanto, é individual, e cada agente tem direito a uma pena própria, fixada exclusivamente a este, o que não significa que este respeito à individualidade deverá versar sobre a pessoa em si³⁰¹.

Isto porque o princípio da culpabilidade exige a responsabilização subjetiva — e nunca objetiva — pela infração de bens jurídicos penalmente tutelados, com limite nas

²⁹⁵ ACOSTA CASCO, 2005, p. 270.

²⁹⁶ MAURACH / ZIPF, 1994, p. 155; LOEBENFELDER, 2001, p. 63.

²⁹⁷ ROXIN, 1981, p. 42; FIGUEIREDO DIAS, 2011a, p. 274; ACOSTA CASCO, 2005, p. 270; SANCHÍS, 2011, p. 132.

²⁹⁸ JESCHEK / WEIGEND, 2002, p. 24-25. JULIANO, 2001, p. 120.

²⁹⁹ JULIANO, 2001, p. 118; FRANCO, 2010b, p. 8; MIR PUIG, 2011a, p. 126.

³⁰⁰ FRANCO, 2010a, p. 3; FRANCO, 2010b, p. 10; LOEBENFELDER, 2001, p. 82.

³⁰¹ BUSATO, 2008, p. 213; MIR PUIG, 2011a, p. 126.

causas de exclusão e ausência de culpa, e, outrossim, impedindo qualquer possibilidade de responsabilidade moral³⁰². Pena alguma pode ser imposta pelo o que o agente é. A culpa é individual, mas sempre em relação ao fato punível. O princípio da culpabilidade, assim, é a proibição de um Direito Penal do autor, que sopesa características pessoais do agente como perigosidade e personalidade para a fixação da pena³⁰³. E, de tal modo, este também é natural desdobramento do princípio da dignidade da pessoa humana, pois, caso julgue-se a existência do indivíduo, viola-se, outrossim, este valor constitucional da máxima ordem³⁰⁴.

Qualquer juízo de (des)valor sobre a personalidade do autor, seja ele judicial ou legislativo, e não sobre o fato cometido afasta-se do Direito Penal do fato e desagua no Direito Penal do autor, de viés autoritário e parte integrante do totalitarismo estatal e, de tal modo, incompatível com o Estado Democrático de Direito³⁰⁵. Somente a culpa pelo ato é compatível com o Direito Penal democrático³⁰⁶, pois o estatuto de *cidadão* advém do direito subjetivo de todo indivíduo possuir uma esfera pessoal alheia ao controle estatal³⁰⁷. A indelével dissociação entre o Direito e a moral, desenvolvida através do processo de secularização pela instauração de formatos de governos republicanos, impede que a esfera penal autorize a persecução do *modus vivendi* do indivíduo³⁰⁸. Nas palavras da lição de ACOSTA CASCO, «castiga-se o homicídio, não o homicida»³⁰⁹. Por tal motivo, a exigência de um Direito Penal do fato é consequência lógica do princípio da culpabilidade e do Estado Democrático de Direito.

³⁰² JESCHEK / WEIGEND, 2002, p. 25; ACOSTA CASCO, 2005, p. 270; CASTEX, 1998, p. 552; MIR PUIG, 2011a, p. 126-127.

³⁰³ ROXIN, 1997, p. 176. No mesmo sentido: BUSATO, 2008, p. 213; FISZER, 2006, p. 355.

³⁰⁴ KARAM, 1994, p. 126; FRANCO, 2010b, p. 11; FIGUEIREDO DIAS, 2011a, p. 275.

³⁰⁵ BERLA, 2010, p. 326.

³⁰⁶ BERLA, 2010, p. 329; FREITAS, 2009, p. 122; PÊCEGO, 2014, p. 6; JESCHEK / WEIGEND, 2002, p. 25.

³⁰⁷ MARGARIÑOS, 1997, p. 95.

³⁰⁸ CARVALHO, 2001, p. 116.

³⁰⁹ ACOSTA CASCO, 2005, p. 270.

3.1.2 Do confronto com a reincidência

3.1.2.1 Menor culpa do réu

O instituto da reincidência pode ser colocado em conflito com o princípio da culpabilidade sob dois aspectos distintos. No que concerne ao primeiro, afirma-se que, ao agravar-se a pena do reincidente, estaria a sancionar-se com maior gravidade quem é *menos culpável*, argumento que perfila-se com as teorias justificativas negativas relativas (ponto 2.2.2, *supra*)³¹⁰.

Esta posição parte da noção de que o agente que claudica novamente demonstra possuir menor capacidade para portar-se de acordo com a figura de *homem fiel ao Direito*, e é defeso ao Estado aumentar-lhe a pena por tal motivo. Assim, a violação ao princípio da culpabilidade reside em agravar-se a pena de um indivíduo cuja imputabilidade está diminuída por obra do próprio Estado³¹¹. Por tal motivo, e conforme defendem os adeptos das teorias negativas relativas, a configuração de reincidência deveria atenuar ou até mesmo excluir a pena do agente³¹².

Este, como brevemente exposto no item 1.4.2, foi um dos argumentos balizadores para o ordenamento jurídico alemão revogar o dispositivo da reincidência como uma causa agravante genérica. Discutiu-se, à época, a *ambivalência* do instituto, que pode indicar culpa elevada do agente, culpa equânime ao primário ou até mesmo menor culpa em decorrência do sofrimento da pena anterior³¹³.

Salta aos olhos, de plano, a presunção que este argumento faz em relação ao reincidente. Quiçá, a crítica mais forte a esta tese é a que não nos é possível afirmar com segurança que todo reincidente necessariamente possui capacidade reduzida para portar-se de acordo com o Direito, assim como, conforme já exaustivamente exposto no presente trabalho quando do estudo das teorias fundamentadoras. A marginalização, segregação e etiquetamento que o apenado constantemente sofre não é negado ou desconsiderado pela

³¹⁰ GARCÍA, 1992, p. 117.

³¹¹ GARCÍA, 1992, p. 117; ACOSTA CASCO, 2005, p. 271.

³¹² GARCÍA, 1992, p. 117-118; ESPINAR, 1989, p. 86.

³¹³ ZIFFER, 1997, p. 110.; GARCÍA, 1992, p. 119-120.

doutrina³¹⁴, mas não é a neutralização da agravante que trará a solução para o problema carcerário, e muito menos é algo possível de presumir-se *iuris et de iure* sem a devida análise no caso concreto. Caso contrário, assumir-se-ia como correto o pressuposto que qualquer inadequação ao Direito é «sintoma de anormalidade»³¹⁵. De igual modo, esta linha de raciocínio esgota-se ao adotar-se a teoria da maior culpa como fundamento para a agravante de reincidência, exato oposto deste ponto de conflito. Tal argumento é justamente utilizado pelos adeptos da tese para afastar esta proposição de inconstitucionalidade³¹⁶.

Não se pode olvidar, também, a dificuldade social implícita na eventual adoção desta tese, apontada por alguns críticos da visão. Conforme esta consideração, pela tendência frequentemente generalizada na sociedade de que aquele que volta a violar a lei penal merece tratamento mais severo do que o agente primário, o Direito não pode beneficiar o indivíduo que constantemente o contraria. No entanto, sustentar esta posição implica em conhecer o grau de esclarecimento da sociedade quanto às causas conducentes à reincidência, o que, *per se*, apresenta-se como uma dificuldade praticamente intransponível³¹⁷.

3.1.2.2 Culpa pela condução de vida

O segundo — e mais abordado — ângulo de violação ao princípio da culpabilidade reside no fato da agravação da pena pela reincidência invariavelmente aumentar a culpa do agente por suas condições pessoais, ou *condução de vida*. Se o princípio da culpabilidade, constitucionalmente inculpido, busca limitar a reposta punitiva estatal dentro das fronteiras da *culpa pelo fato punível*, a reincidência é verdadeira violação a este preceito, na medida em que *ser reincidente* é condição pessoal do réu alheia à nova infração em si

³¹⁴ Acerca desta questão, que tangencia-se ao objeto do presente estudo, vide: BACCARO / MOSCONI, 2003, p. 117 e ss; KENSEY / TOURNIER, 1992, p. 134 e ss; PICCÀ / VENGEON, 1971, p. 712 e ss; GIANNINI, 1987, p. 151 e ss; VIENNE, 1957, p. 53 e ss; ALVES, 2012, p. 59 e ss.

³¹⁵ GARCÍA, 1992, p. 120.

³¹⁶ GARCÍA, 1992, p. 120-121.

³¹⁷ ZIFFER, 1997, p. 112.

julgada³¹⁸. A reincidência não é um castigo pelo fato punível, mas sim pela condição pessoal no agente quando do seu cometimento³¹⁹.

Ou seja, a reincidência tem fulcro num Direito Penal do autor ao invés de um Direito Penal do fato, eis que, seja o agente reincidente ou não, a lesão ao bem jurídico decorrente de sua conduta possui a mesma intensidade³²⁰. O instituto, destarte, é um castigo dirigido a uma personalidade, ao *modus vivendi*, ao passado do autor, ao invés de uma conduta concreta³²¹. E tal incompatibilidade não depende do modelo justificativo positivo adotado por determinado ordenamento. A recidiva não possui relação com o novo fato a ser punido na sentença penal seja ela fundada em maior culpa, elevada periculosidade, repetição das infrações ou qualquer outra tese³²². Independentemente de sua fundamentação, é invariável que a reincidência opere um juízo de censura sob o passado do infrator, eis que a característica fundamental do instituto conforme sua concepção moderna, como já examinado no presente estudo, é a existência de sentença penal condenatória anterior³²³.

Nesse aspecto, *ser reincidente* não é uma conduta concreta, mas sim um *estado* punível³²⁴. Por tal motivo, já defendeu-se que a condenação anterior cria uma espécie de Código Penal paralelo para aqueles etiquetados como reincidentes por seu passado³²⁵. Dentro da esfera do Direito Penal do Estado Democrático de Direito, o infrator só pode responder pelo o que fez, jamais pelo o que é. Destarte, à luz destas considerações, a reincidência é inconstitucional por violar o princípio da culpabilidade e adentrar em defeso Direito Penal do autor³²⁶. Ademais, como bem aponta FRANCO, «é uma perigosa

³¹⁸ ALMEIDA, 2012, p. 143; VITALE, 2005, p. 172; FRANCO, 2010b, p. 8.

³¹⁹ FRANCO, 2010a, p. 3; ACOSTA CASCO, 2005, p. 271; ESPINAR, 1989, p. 86; CASTEX, 1998, p. 559.

³²⁰ ESPINAR, 1989, p. 86; CEBALLOS, 1999, p. 99-101; LEAL, 1991, p. 246; FRANCO, 2010a, p. 3; GARCÍA, 1992, p. 122; FREITAS, 2009, p. 127; MARGARIÑOS, 1997, p. 99; MORENO SANTANDER, 2003, p. 11; GARZÓN REAL / MANJÓN-CABEZA OLMEDA, 1991, p. 11.

³²¹ ESPINAR, 1989, p. 87; GARCÍA, 1992, p. 121-122; ALMEIDA, 2009, p. 143; VITALE, 2005, p. 173;

³²² ALMEIDA, 2012, p. 144; PÊCEGO, 2014, p. 6-7. Nesse sentido, para ZAFFARONI (1993, p. 121-122), não há maneira de satisfatoriamente explicar a reincidência dentro do Direito Penal do ato.

³²³ BERLA, 2010, p. 324-325.

³²⁴ GARCÍA, 1992, p. 122; FRANCO, 2010a, p. 3; CASTEX, 1998, p. 551.

³²⁵ ZIFFER, 1997, p. 107; CASTEX, 1998, p. 551. No mesmo sentido se posiciona FRANCO (2010a, p. 3; 2010b, p. 8-9) ao afirmar que a recidiva é um verdadeiro tipo punível de autor, alheio à tipologia de fatos puníveis.

³²⁶ DOLCINI, 2008, p. 830; MARGARIÑOS, 1997, p. 99; ZAFFARONI, 1993, p. 126; FRANCO, 2010b, p. 9. O autor também aponta a impossibilidade de conciliação da reincidência com o princípio da culpabilidade pois é uma circunstância agravante aplicada alheia ao dolo do agente. Ao contrário de todas as outras agravantes arroladas na lei penal brasileira, *ser reincidente* não é querido pelo agente quando do cometimento do novo crime (*Ibid.*, p. 10). No mesmo sentido: FREITAS, 2009, p. 133.

oportunidade de alastramento de perniciososa infecção no organismo penal por meio do vírus do Direito Penal do inimigo»³²⁷. Efetivamente, se a exasperação da pena não reside no fato punível, mas sim na qualidade de *ser reincidente*, a agravante institui verdadeira persecução aos indivíduos cujos valores pessoais destoam da ordem jurídica, sintoma flagrante de instrumentalização do Direito Penal por um comportamento totalitário do Estado³²⁸.

A discussão em torno da derrogação do § 48 do StGB alemão também ocupou-se acerca desta aventada fragilidade do instituto. Questionava-se, à época, se efetivamente era possível afastar a culpa elevada que justifica esta agravante do juízo da condução de vida do agente. Afinal, como é expresso no texto do dispositivo, a agravante opera-se somente se as condenações anteriores não serviram de advertência ao autor para não mais delinquir, o que denota, de fato, verdadeira valoração da sua experiência de vida para dosagem da pena. A chamada *fórmula de advertência* — também encontrada no Direito Penal português vigente —, logo, torna-se de difícil conciliação com a culpa pelo fato e aproxima-se de verdade moralização judicial³²⁹. Não obstante, o Tribunal Constitucional alemão, antes da revogação do dispositivo, decidiu pela constitucionalidade da reincidência, na sentença de 16 de janeiro de 1979 (BVerGE n.º 50, p. 125 e ss). Para o BVerG, a fórmula de advertência é o mecanismo material que permite a censurabilidade do agente na medida da culpa pelo fato quando da aplicação da agravante, pois condiciona a exasperação à comprovação casuística do incremento da energia criminal do infrator pelo desrespeito à condenação antecessora³³⁰.

Importante frisar que a inconstitucionalidade da reincidência em decorrência da culpa pela condução de vida foi objeto de exame pelo Tribunal Supremo espanhol, no *decisum* de 6 de abril de 1990, que versou única e exclusivamente acerca desta agravante e de suas problemáticas constitucionais e justificativas. Neste julgamento, não se admitiu às claras a plena inconstitucionalidade da agravante em qualquer caso de sua aplicação, mas determinou-se que só haverá compatibilidade constitucional na exasperação da pena quando esta não superar a gravidade da culpa pelo feito. Assim, o Tribunal Supremo negou

³²⁷ FRANCO, 2010b, p. 9. No mesmo sentido: PAVARINI, 2006, p. 18; BERLA, 2010, p. 327.

³²⁸ BERLA, 2010, p. 326. Ainda, completa o autor: «o discurso legitimador de que a reincidência se baseia em fatos é uma falácia cuja função consiste em encobrir o fato de que o objeto da reprovabilidade repousa no autor do fato, em seu histórico de vida» (*Ibid.*, p. 327).

³²⁹ ROXIN, 1997, p. 186; GARCÍA, 1992, p. 122-124; HAFFKE, 2012, p. 235; ZIFFER, 1997, p. 110; FREITAS, 2009, p. 126.

³³⁰ HAFFKE, 2012, p. 235.

a aplicação automática da agravante e determinou uma regra de interpretação conforme a Constituição a ser aplicada pelos órgãos julgadores no caso concreto³³¹. Para a Corte, enquanto a reincidência não resultar em fixação de pena maior do que a correspondente pela gravidade do fato não há de se falar em culpa pela condução de vida³³². Tal medição se dá ao aferir, primeiro, o limite da gravidade da culpa, eis que as necessidades de prevenção especial em decorrência da tendência delitiva do autor devem ser balizadas por esta fronteira³³³. Assim, não é possível afirmar que a decisão tenha condicionado a aplicação da agravante aos casos em que demonstre-se que o reincidente tenha maior culpa pelo fato, mas sim às hipóteses em que a pena já estava justificada sem tomar em conta a reincidência³³⁴. Caso contrário, a agravante não deverá ser aplicada ao caso concreto sob pena de recurso de cassação pela possível inconstitucionalidade, não pela reincidência *per se*, mas pelo transbordo do limite da culpa³³⁵.

Um ano após esta decisão, o assunto foi finalmente enfrentado pelo Tribunal Constitucional espanhol na sentença n.º 150/91, de 4 de julho, em decorrência de questões promovidas pelo Juiz de instrução da municipalidade de Daroca, Saragoça. O *decisum*, que sob todos os aspectos formulados, e ao contrário da posição do Supremo Tribunal, declarou o regime da agravante constitucional sem nenhuma ressalva, não vislumbrou violação ao princípio da culpabilidade. Contudo, o exame da matéria não se deu acerca da possibilidade de culpa pelo autor, mas sim pela escolha de uma determinada concepção de culpa. Efetivamente, o Juiz de Daroca questionou se a reincidência é compatível com a ideia da doutrina da culpa da *normalidade da motivação*, concepção de MIR PUIG. Contudo, a questão sequer foi apreciada pela Corte por decidir que a Constituição espanhola consagrada o princípio da culpabilidade para evitar a culpa pelo autor, mas não toma posição acerca de determinada teoria da concepção de culpa. Ou seja: o

³³¹ CEBALLOS, 1999, p. 112; LEAL, 1991, p. 247; CALLE RODRÍGUEZ, 2006, p. 16; LERMA, 2008, p. 65-66. Acerca da discussão em torno da competência do Tribunal Supremo para este tipo de decisão, vide: MIR PUIG, 1993, p. 1140.

³³² MIR PUIG, 1993, p. 1140. Como aponta VITALE (2005, p. 174), possivelmente o Tribunal Supremo espanhol tenha acidentalmente admitido a incompatibilidade da reincidência com a culpa pelo fato ao admitir que esta «é a única circunstância que tem como fundamento as penas merecidas por outros fatos anteriores puníveis e já sancionados», embora enuncie expressamente que a Constituição espanhola contempla apenas o Direito Penal respeitoso à culpa pelo fato. A bem da verdade, como aponta LEAL (1991, p. 2471), o Tribunal Supremo evita penetrar a fundo na discussão da constitucionalidade da reincidência, e apenas restringe-se a apresentar o critério interpretativo.

³³³ VITALE, 2005, p. 173.

³³⁴ MIR PUIG, 1993, p. 1141.

³³⁵ LEAL, 1991, p. 253.

questionamento parte de uma premissa inexistente. Destarte, embora não tenha abordado a relação da agravante com o Direito Penal do autor, o Tribunal Constitucional espanhol declarou a irrestrita constitucionalidade do instituto frente a este princípio³³⁶.

De modo semelhante, a Corte Suprema de Justiça da Nação da República Argentina enfrentou a solvabilidade constitucional da agravante sob este aspecto no chamado caso *Gómez Dávalos*, de 16/10/1986. Na ocasião, afastou-se a possibilidade de violação ao princípio justamente pela agravante justificar-se pela culpa elevada do reincidente, de modo que, embasada a exasperação da pena na culpa, não é possível que o ditame constitucional esteja maculado³³⁷. E nesse sentido é o estudo de GARCÍA que, à luz do Código Penal argentino, não considera possível arguir esta incompatibilidade. Conforme seu exame, não é o sujeito que é mais reprovável por ser reincidente, mas sim o *fato punível*, pois foi cometido por um agente com especial conhecimento da consequência jurídica de sua ação. E, ademais, na legislação em exame, a agravante não ultrapassa a moldura da pena cominada em abstrato. Para o autor, em suma, a reincidência é um dos vários elementos relevantes para mesurar a culpa do fato, e não traduz-se em Direito Penal do autor³³⁸.

Embora não tenha esgrimido frontalmente este questionamento, o Recurso Extraordinário n.º 453.000/RS, do Supremo Tribunal Federal brasileiro, já citado no presente trabalho, que declarou, à unanimidade, o regime da reincidência harmônico com a Constituição Federal, teceu uma breve menção quanto ao Direito Penal do autor e a reincidência³³⁹. *En passant*, a Ministra Rosa Weber, em seu voto, asseverou que não há instauração do Direito Penal do autor quando da aplicação da agravante, pois o que releva para a sua configuração não é uma condição pessoal do agente, mas sua conduta pretérita.

³³⁶ STC n.º 150/91, p. 20; MIR PUIG, 1993, p. 1146-1147; CEBALLOS, 1999, p. 109; BELESTÁ SEGURA, 2001, p. 590-591; CALLE RODRÍGUEZ, 2006, p. 16; LERMA, 2008, p. 66-67. Cumpre grifar que esta decisão foi exarada quando da vigência do Código Penal anterior. Durante os debates parlamentares do projeto de lei que tornou-se a atual codificação, de 1995, a emenda apresentada pelo Grupo parlamentar IU-IC pretendia remover por completo a reincidência como agravante genérica do projeto sob os mesmos argumentos relacionados à culpa pela condução de vida. Contudo, ao ser votada, a proposta não logrou êxito (BELESTÁ SEGURA, 2001, p. 577).

³³⁷ ZIFFER, 1997, p. 108. No mesmo sentido: FISZER, 2006, p. 356-357.

³³⁸ GARCÍA, 1992, p. 126.

³³⁹ STF, RE n.º 453000, relator: Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, julgado em 04/04/2013, Acórdão Eletrônico de Repercussão Geral julgado em 04/04/2013, divulgado em 02/10/2013, publicado no DJe n.º 194 em 03/10/2013.

3.2 REINCIDÊNCIA E *NE BIS IN IDEM*

3.2.1 Do princípio do *ne bis in idem*

O princípio do *ne bis in idem* é uma das mais importantes garantias do Direito Penal moderno, uma das pedras angulares do sistema punitivo como o conhecemos e seu descumprimento constitui aviltante violação às garantias individuais do réu³⁴⁰. De aplicação negativa, implica a certeza positiva de que nenhum indivíduo pode sofrer nova e distinta pena por fato já julgado³⁴¹. É a proibição da dupla valoração do mesmo fato para fins de aplicação da pena³⁴².

A norma possui duas vertentes. A primeira, *processual* — a mais evidente —, segundo a qual ninguém pode ser julgado duas vezes pelo mesmo fato, e este fato não pode ser novamente objeto de persecução judicial. A outra, de cunho *material*, proíbe a múltipla valoração do mesmo fato para fins de sanção penal, sempre que houver identidade de *sujeito, fato e fundamento*. Assim, o princípio proíbe não só reiniciar um processo já encerrado, como também proíbe a imposição de posteriores consequências em decorrência do fato já julgado. O mesmo fato não pode produzir novas consequências jurídico-penais³⁴³. Deste modo, a mesma circunstância fática não pode ser valorada duas vezes durante o cálculo da pena, não pode configurar a aplicação de duas agravantes ao mesmo tempo ou produzir mais do que um único efeito jurídico³⁴⁴.

É explicitamente inserido no texto constitucional, por exemplo, pela Constituição da República Portuguesa no artigo 29.º-5³⁴⁵, e, sendo um alicerce do Estado Democrático de Direito, é também admitido como existente e operante mesmo que implicitamente, como é o caso do ordenamento jurídico espanhol e assim decidido reiteradamente pelo seu

³⁴⁰ ACOSTA CASCO, 2005, p. 266; FISZER, 2006, p. 357.

³⁴¹ BRIZ, 2012, p. 223-224; ACOSTA CASCO, 2005, p. 266-267; DE LUCA, 2000, p. 188.

³⁴² SILVEIRA, 1999, p. 6; FREITAS, 2009, p. 123; FIGUEIREDO DIAS, 2011a, p. 978.

³⁴³ GARCÍAS PLANAS, 1989, p. 110-112. No mesmo sentido: DE LUCA, 2000, p. 188-189; MACHADO / BRAVO, 2006, p. 75; VITALE, 2005, p. 178; ACOSTA CASCO, 2005, p. 267; ZIFFER, 1997, p. 106; FRANCO, 2010a, p. 2; FRANCO, 2010b, p. 7; KARAM, 1994, p. 1267; FISZER, 2006, p. 357.

³⁴⁴ Cf. GARCÍAS PLANAS, 1989, p. 115-119.

³⁴⁵ *In verbis*: «ninguém pode ser julgado mais do que uma vez pela prática do mesmo crime».

Tribunal Constitucional³⁴⁶. De mesmo modo, é notória sua presença em diplomas internacionais, como a Convenção Americana de Direitos Humanos — vulgo Pacto de San José da Costa Rica —, em seu art. 8.4, e o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, em seu art. 14, inc. 7.^{o347}.

3.2.2 Do confronto com a reincidência

Quiçá a mais popular e óbvia objeção à constitucionalidade da reincidência, tal argumento questiona se a reincidência viola o princípio do *ne bis idem* ao aumentar a pena do agente por fato pelo qual já fora condenado. Nas linhas deste argumento, o reincidente é punido não só pelo novo fato cometido, mas também por ter cometido outro fato anteriormente, o que é inconciliável com a norma constitucional³⁴⁸.

A condenação anterior configura a aplicação de uma agravante na nova pena, ou seja: a primeira sentença gera efeitos jurídicos duas vezes: uma pena principal (condenação anterior) e uma segunda pena acrescida na nova (agravação pela reincidência), pois é o requisito fundamental da causa de exasperação. Sob uma visão ampla do corolário constitucional do *ne bis in idem*, na qual não só este significa a proibição de julgar o mesmo fato duas vezes mas também a vedação do mesmo fato gerar mais de uma pena, a agravante de reincidência mostra-se como violação frontal, pois traduz-se na dupla valoração dos fato punível do édito condenatório precedente. Sumariamente, a maior gravidade da segunda pena não advém do fato punível, mas sim de fato anterior já transitado em julgado³⁴⁹. A reincidência é circunstância anteriormente considerada para apenar o agente (ou seja: o fato punível anterior) submetida a nova valoração³⁵⁰. E esta

³⁴⁶ GARCÍAS PLANAS, 1989, p. 112

³⁴⁷ DE LUCA, 2000, p. 181-182.

³⁴⁸ VITALE, 2005, p. 178; ACOSTA CASCO, 2005, p. 267; ESPINAR, 1989, p. 86; FISZER, 2006, p. 357.

³⁴⁹ ESPINAR, 1989, p. 86. No mesmo sentido: FRANCO, 2010a, p. 3; FRANCO, 2010b, p. 7; GARCÍA, 1992, p. 127; VITALE, 2005, p. 178; ZIFFER, 1997, p. 106; SILVEIRA, 1999, p. 6; CAPELA, 2013, p. 82; KARAM, 1994, p. 127; ESPINAR, 1989, p. 86; BERLA, 2010, p. 326; FREITAS, 2009, p. 123; MORENO SANTANDER, 2003, p. 17; BUSATO, 2008, p. 222-223; CARVALHO, 2001, p. 116; GARZÓN REAL / MANJÓN-CABEZA OLMEDA, 1991, p. 2; FAUTH, 2006, p. 150; CASTEX, 1998, p. 550; SOUZA, 1903, p. 17; ZAFFARONI / PIERANGELI, 2004, p. 795; LERMA, 2008, p. 65; LOPES, 2014, p. 20-21.

³⁵⁰ VITALE, 2005, p. 180; FRANCO, 2010a, p. 3; BERLA, 2010, p. 330; VARGAS / MOTTA, 2009, p. 14.

duplicidade punitiva independe do fundamento justificante da agravação. Sediaria a reincidência na culpa aumentada ou na elevada perigosidade em nada altera a reutilização de fato pretérito para gerar novo efeito punitivo³⁵¹.

Ademais, em certos ordenamentos jurídicos — como é caso do Brasil e da Itália, aqui examinados —, a reincidência gera outros efeitos além do aumento da pena do agente, como a revogação de certos benefícios destinados somente a réus primários, que, sendo de igual modo consequências mais gravosas em decorrência de fato já julgado, estão sujeitas também à mesma crítica sob o ponto de vista do princípio constitucional da proibição da dupla valoração³⁵².

Em sua lição, GARCÍA afasta esse argumento com base na teoria fundamentadora da reincidência da culpa elevada. Para este, eventual mácula ao *ne bis in idem* só faria sentido se a reincidência tivesse relação com o fato típico ao invés da culpa do autor. Como, na sua visão, a agravante para o Direito Penal argentino está sedimentada na culpa elevada do agente, não há de se falar em violação ao princípio constitucional³⁵³. No entanto, a grande maioria de argumentos contrários à violação do princípio parecem orbitar não neste sentido, mas em relação a uma influência da primeira condenação que não significa valorar duplamente o fato pretérito. Nesse sentido, a condenação anterior seria somente comprovação da necessidade de aumento da segunda pena, o que não significa *bis in idem*³⁵⁴.

E nesse sentido manifestou-se a Suprema Corte argentina, decidindo que a proibição ao *bis in idem* não relaciona-se com a reincidência. Para o pretório, a recidiva não é um efeito *a posteriori* causado pela condenação anterior que resulta em mais um castigo relacionado ao fato já julgado. A agravante, cujo fundamento é a culpa aumentada do agente pela insensibilidade da admonição anterior, é o uso de um dado objetivo e formal utilizado para dar maior precisão ao tratamento penitenciário adequado ao agente, assim positivado dentro da legítima liberdade do legislador. Destarte, só haveria a defesa dupla valoração se tal insensibilidade à nova eventual censura penal do agente tenha sido objeto de avaliação da primeira condenação, o que não ocorre³⁵⁵.

³⁵¹ ZAFFARONI, 1993, p. 124.

³⁵² ACOSTA CASCO, 2005, p. 267

³⁵³ GARCÍA, 1992, p. 129.

³⁵⁴ FREITAS, 2009, p. 123.

³⁵⁵ CSJN, 21/04/1988, DJ 1988-2-443 (cf. GARCÍA, 1992, p. 129-130). No mesmo sentido: ZIFFER, 1997, p. 107-108; MARGARIÑOS, 1997, p. 88; SCHIAVO, 2009, p. 414; CASTEX, 1998, p. 550-551.

De igual modo, também ocupou-se do confronto do tema o Supremo Tribunal Federal brasileiro, no suprarreferido Recurso Extraordinário n.º 453.000/RS. Em seu voto, o Ministro Relator Marco Aurélio, embora não explicitamente tome como fundamento da agravante a teoria da culpa elevada, assume a existência de desrespeito do reincidente à sentença penal anterior como motivador a exasperação da pena. A partir deste pressuposto, não vislumbra violação à proibição da dupla valoração, pois a reincidência é apenas a consideração do perfil do réu para melhor individualizar a pena. No mesmo sentido votou a Ministra Rosa Weber, segundo a qual o *bis in idem* só estaria configurado na hipótese da reincidência influir não só na dosagem da pena mas também como argumento para condenar o réu pelos fatos que lhe são imputados³⁵⁶. A reincidência, conforme seu voto, funda-se na «maior propensão à prática delitativa e o apenamento anterior não foi suficiente para prevenir e reprimir o crime»³⁵⁷.

Outrossim, chamado a pronunciar-se também acerca deste confronto, o Tribunal Constitucional espanhol, no já mencionado julgado de 4 de julho de 1991, decidiu não haver violação ao preceito constitucional. Para a corte, a reincidência pressupõe uma necessidade lógica de referência aos delitos pretéritos do agente, o que não significa que volta-se a castigar os mesmos factos. O primeiro delito, então, serviria apenas para valorar o conteúdo do injusto e seu consequente castigo, fixando-se a extensão correta da pena no caso concreto³⁵⁸. Tal raciocínio ainda predomina como principal argumento dentre os defensores da compatibilidade da agravante com a garantia³⁵⁹.

Inspirado por tal precedente, ao deparar-se com o confronto da matéria, a *Suprema Corte de Justicia* da República Oriental do Uruguai desconsiderou qualquer violação constitucional do princípio, inclusive sob o aspecto da dupla valoração, na *Sentencia* n.º 426, de 24 de dezembro de 2003. Expressamente, rechaçou-se a possibilidade de conflito pois a agravante apenas considera a condenação anterior para aferir maior grau de culpa na

³⁵⁶ «Em outras palavras, o agente não está sendo punido pela reincidência, mas sim pela nova conduta delitativa, objeto da nova condenação, sendo a reincidência apenas invocada como fator de exasperação da pena».

³⁵⁷ Acerca de tais argumentos, é de bom alvitre lembrar da opinião de SUANNES (1996, p. 322), tecida muito antes da discussão do tema em cortes brasileiras, segundo a qual a fuga ao «óbvio *bis in idem*» só é possível através de sofismo.

³⁵⁸ STC n.º 150/91, p. 25-26; CEBALLOS, 1999, p. 110-111; CALLE RODRÍGUEZ, 2006, p. 17; LERMA, 2008, p. 66-68.

³⁵⁹ FISZER, 2006, p. 358. Entre estes, destaca-se: SECCO, 1876, p. 177; SANTOS, J. B., 1942, p. 50. Para ZAFFARONI / PIERANGELI, 2004, p. 795, este raciocínio não passa de mero «jogo de palavras». O uso de condenação anterior, independentemente qual seja, é consequência jurídica, e, assim sendo, *bis in idem*.

novel conduta e, assim, exasperar a punição. Logo, a decisão do legislador penal não resulta na dupla punição pelo mesmo fato. Aceradas críticas foram tecidas em repúdio ao julgado³⁶⁰. Aceradas são as críticas da doutrina uruguaia no sentido que de os argumentos da corte uruguaia não afastam a violação sob dois prismas. Primeiramente, a utilização do fundamento da culpa elevada não se confunde como uma legitimação da agravante frente ao *ne bis in idem*, pois ainda utiliza-se fato pretérito já julgado para aferir tal diferenciada característica. Ademais, a incompatibilidade constitucional é inegável a partir do momento que se constata os requisitos determinantes para o *bis in idem*: a identidade de pessoa e a identidade de fato. A proibição da dupla valoração traduz-se em «fechar definitivamente as portas de um episódio que já foi objeto de processo penal»³⁶¹.

3.3 REINCIDÊNCIA E PRINCÍPIO DA IGUALDADE

3.3.1 Do princípio da igualdade

O princípio da igualdade é uma das estruturas principais do regime dos direitos e garantias fundamentais como um todo. Esta igualdade é formal no sentido de que os indivíduos são nascidos e mantém-se livres e iguais entre si em direitos. A igualdade é um requisito indispensável para a devida equalização das liberdades individuais de todos, de modo que é, assim, «indissociável da própria *liberdade* individual»³⁶².

Este princípio estruturante possui, em sua composição, duas grandes dimensões. Primeiro, exige-se a *igualdade na aplicação do Direito*, geralmente consubstanciada no estribilho «todos os cidadãos são iguais perante a lei», ou, como acima exposto, o princípio enquanto igualdade formal. Destarte, a lei deve ser aplicada pelos órgãos públicos e administração em geral sem distinção de acordo com o sujeito³⁶³.

³⁶⁰ Íntegra do *decisum* disponível em ACOSTA CASCO, 2005, p. 261-266.

³⁶¹ ACOSTA CASCO, 2005, p. 267-268.

³⁶² CANOTILHO, 2003, p. 426.

³⁶³ CANOTILHO, 2003, p. 426; TORELLY, 2008, p. 223; LEITE JÚNIOR, 2011, p. 346.

A igualdade, outrossim, também traduz-se na obrigação do legislador de desenvolver um Direito igual para todos, pois não só a aplicação deverá ser igualitária, mas a lei em si também deverá tratar todos de maneira equânime. Este, pois, é a segunda dimensão do princípio, a *igualdade quanto à criação do Direito*. Mas, para que o legislador consiga construir um ordenamento que trate todos com igualdade, não é preciso apenas o sentido formal do princípio. Por tal motivo, a criação de Direito igual impõe também um sentido de *igualdade material* ao princípio, que deverá ser atendida pela lei. A igualdade, assim, é *relacional*, e deverá levar em consideração as características relevantes para a questão. Daí advém a conhecida máxima «tratar igualmente o que é igual e desigualmente o que é desigual», tarefa que não é cumprida apenas evitando-se a arbitrariedade do tratamento desigual³⁶⁴. Para brindar-se a igualdade material, deverá o tratamento diferenciado basear-se num sério e razoável fundamento e num sentido legítimo³⁶⁵. Mais que isso, porém, a igualdade também significa o equânime gozo dos direitos fundamentais assegurados constitucionalmente³⁶⁶.

E é pelas considerações acima expostas que a igualdade impõe-se enquanto princípio do Estado de Direito³⁶⁷. Contudo, mais do que isso, é legítimo princípio do Estado Social, na medida em que impõe, outrossim, a igualdade de oportunidades e de condições de vida em nome da justiça da dignidade social³⁶⁸.

3.3.2 Do confronto com a reincidência

Este terceiro argumento pugna pela inconstitucionalidade do instituto por se constituir em discriminação material proibida³⁶⁹. Afinal, aplicam-se penas diferenciadas a

³⁶⁴ TORELLY, 2008, p. 245; CAVALCANTI, 2009, p. 241; LEITE JÚNIOR, 2011, p. 346-347.

³⁶⁵ CANOTILHO, 2003, p. 426-428; TORELLY, 2008, p. 235.

³⁶⁶ TORELLY, 2008, p. 224.

³⁶⁷ Nesse sentido, a Constituição portuguesa plasma a exigência de igualdade em diversos dispositivos ao longo de seu corpo. A regra geral, contudo, advém explicitamente do artigo 13.º, que assim dispõe: «princípio da igualdade: 1. Todos os cidadãos têm a mesma dignidade social e são iguais perante a lei. 2. Ninguém pode ser privilegiado, beneficiado, prejudicado, privado de qualquer direito ou isento de qualquer dever em razão de ascendência, sexo, raça, língua, território de origem, religião, convicções políticas ou ideológicas, instrução, situação económica, condição social ou orientação sexual».

³⁶⁸ CANOTILHO, 2003, p. 430. No mesmo sentido: TORELLY, 2008, p. 219.

³⁶⁹ ALMEIDA, 2012, p. 150; MUÑOZ CONDE / ARÁN, 2010, p. 492.

agentes que cometeram fatos análogos (primário e reincidente). Tal objeção está ligada à ideia da recidiva constituir arbítrio proibido pelo princípio da igualdade, que afasta discriminações sem justificação razoável conforme critérios axiológicos constitucionalmente pertinentes³⁷⁰. *In casu*, seria injustificada a diferenciação provocada pela agravante por ter esteio não no facto praticado pelo agente, mas sim pela sua vida pretérita³⁷¹, o que aproxima tal ideia àquela exposta no confronto com o princípio da culpabilidade, ao adentrar-se no Direito Penal do autor³⁷²; ou, também, por qualquer discriminação ilegítima inserida no fundamento da agravante, como é o pilar principal da teoria da perigosidade elevada³⁷³.

A reincidência não afeta a gravidade do fato em juízo e, mesmo assim, exaspera a pena, o que constitui defesa ausência de equidade entre agentes de fatos puníveis equânimes³⁷⁴. Se o que interessa à graduação da punição é a gravidade da mácula ao bem jurídico tutelado, a agravante de reincidência não pode ser considerada discriminação razoável em relação aos réus primários que cometem infrações de mesma gravidade. A mesma lesão de mesma intensidade ao mesmo bem jurídico pode receber duas penas ilegítimamente distintas pela eventual vida pretérita do réu³⁷⁵.

É notável que, inclusive, o fato já foi abordado em algumas cortes. A Sala da Câmara Nacional de Apelações Criminais e Correccionais de Buenos Aires declarou inconstitucional o art. 14 do Código Penal, que proíbe a concessão de liberdade condicional aos reincidentes, por consagrar desigualdade de tratamento injustificada³⁷⁶.

O suprarreferido julgado n.º 150/91 do Tribunal Constitucional espanhol também ocupou-se deste prisma da matéria. Sobre a possibilidade de eventual discriminação carente de fundamento, respondeu a Corte ser perfeitamente razoável sustentar que a lesão a bem jurídicos é mais grave quando repetida, bem como sustentar o contrário. Estes juízos

³⁷⁰ FRANCO, 2010a, p. 3; FRANCO, 2010b, p. 10; ALMEIDA, 2013, p. 52; LOPES, 2014, p. 19.

³⁷¹ CEBALLOS, 1999, p. 108-109.

³⁷² Tópico 3.1.2, *supra*.

³⁷³ KARAM, 1994, p. 126; FRANCO, 2010b, p. 10.

³⁷⁴ ACOSTA CASCO, 2005, p. 272.

³⁷⁵ ACOSTA CASCO, 2005, p. 273. Curiosamente, o Código Criminal toscano de 1786, cunhado sob absoluta prevalência do pensamento liberal, dispunha expressamente no seu parágrafo 57 a completa impossibilidade do fato punido no passado ser considerado para gerar qualquer outro efeito futuro. O agente deve ser considerado, *ipsis litteris*, «plenamente purgado e expiado» pela pena sofrida (ZAFFARONI, 1993, p. 124; CARVALHO, 2001, p. 109).

³⁷⁶ CNCrimCorr, sala VI, 27/12/1985, ED 118-146 (cf. GARCÍA, 1992, p. 131).

arbitrários de valor são compatíveis com a Constituição espanhola. A discriminação, portanto, possui um fim constitucionalmente lícito³⁷⁷.

Critica-se que tal linha de raciocínio levando em consideração um arbítrio permitido pelo legislador. Afinal, se o órgão julgador pode, fundamentadamente, conceder ou não certos benefícios de acordo com o caso concreto, por qual motivo não poderia o legislador gozar da mesma discricionariedade? Ademais, os opositores à essa violação também suscitam que tais argumentos em prol desse vilipêndio constitucional não terminam de analisar o fundamento da razoabilidade da distinção entre reincidentes e não reincidentes. Afinal, se há uma diferença de culpabilidade entre reincidentes e primários, não se poderia taxar-se tal distinção de tratamento irrazoável. E nessa esteira, inclusive, decidiu a Suprema Corte argentina quando enfrentado o assunto³⁷⁸.

Esta questão foi outrossim abordada *en passant* pelo já citado julgado do Supremo Tribunal Federal brasileiro, embora não tenha sido objeto principal do exame de constitucionalidade da agravante. Segundo o *decisum*, o fator de discriminação torna-se razoável de acordo com as circunstâncias pessoais do agente³⁷⁹.

3.4 REINCIDÊNCIA E PROPORCIONALIDADE

3.4.1 Do princípio da proporcionalidade

O princípio da proporcionalidade manifesta-se em decorrência da ideia do Estado Democrático de Direito e, justamente por tal natureza, ostenta *status* constitucional³⁸⁰. De tal modo, mesmo na ausência de menção explícita pelo texto constitucional, a própria existência de direitos e garantias fundamentais do Estado Democrático que podem colidir

³⁷⁷ STC n.º 150/91, p. 22; CEBALLOS, 1999, p. 110; CALLE RODRÍGUEZ, 2006, p. 16. MIR PUIG (1993, p. 1148-1149) não vislumbra ser *tão razoável* supor maior gravidade no repetido desrespeito à lei penal, mas o argumento não é irracional e é uma interpretação possível.

³⁷⁸ CSJN, 16/08/1988, 1989-B-183 (cf. GARCÍA, 1992, p. 131).

³⁷⁹ Especificamente, de acordo com o voto da Ministra Cármen Lúcia, que apenas restringiu-se a equiparar a reincidência com a ideia de igualdade material, «é uma forma de tratar igualmente os iguais, deixando a desigualdade para os desiguais».

³⁸⁰ ROXIN, 1997, p. 106.

entre si supõe a vigência da proporcionalidade, que atua como critério nestes conflitos³⁸¹. Para o ordenamento jurídico português, destaca-se a menção expressa do princípio no corpo da Carta Republicana, em seu art. 266.º-2³⁸². Sua função resume-se, portanto, na imposição de limites materiais que toda ação do Estado que afete direitos fundamentais deve respeitar. Nesse sentido, é verdadeiro «limite dos limites», pois constrói fronteiras definidas nos atos do Estado limitadores de direitos³⁸³. Como o Direito Penal limita direitos individuais por excelência — seja na tipificação de condutas, imposição de punição e execução da pena —, o princípio da proporcionalidade, efetivamente, é o máximo limite constitucional material da intervenção penal de acordo com a sua respectiva gravidade³⁸⁴. E a proporcionalidade não é apenas um mecanismo de averiguação de eventual excesso inconstitucional na medida estatal em matéria penal. O princípio atua tanto enquanto critério para a intervenção exagerada como proibição de excesso (*Übermassverbot*) — sua principal acepção, também denominada *proporcionalidade em sentido amplo*³⁸⁵ — quanto para a proibição de deficiência na intervenção eventualmente abaixo do mínimo exigido pela ordem constitucional (*Übermassverbot*)³⁸⁶.

Lato sensu, o princípio desdobra-se em três subcategorias — ou subprincípios — que deverão ser satisfatoriamente atendidas para que a intervenção do Estado possa ser considerada *proporcional* e, assim, constitucional, o chamado *teste de proporcionalidade trifásico*³⁸⁷. Primeiramente, o ato deverá ser *idôneo*, ou seja, *adequado* a atingir a finalidade almejada — *«princípio da conformidade ou adequação de meios (Geeignetheit)*. E se é idôneo, deverá também ser *necessário*, na medida em que o fim não pode ser atingido por outro modo menos lesivo aos direitos fundamentais (*princípio da necessidade, ou Erforderlichkeit*)³⁸⁸. Por último, é necessário que a intervenção seja

³⁸¹ MIR PUIG, 2011a, p. 97-98; CANOTILHO, 2003, p. 266.

³⁸² CANOTILHO, 2003, p. 271; FELDENS, 2012, p. 138-139. *In verbis*: «os órgãos e agentes administrativos estão subordinados à Constituição e à lei e devem actuar, no exercício das suas funções, com respeito pelos princípios da igualdade, da proporcionalidade, da justiça, da imparcialidade e da boa-fé».

³⁸³ MIR PUIG, 2011a, p. 96.

³⁸⁴ MIR PUIG, 2011a, p. 96; MAURACH / ZIPF, 1994, p. 504.

³⁸⁵ CANOTILHO, 2003, p. 267.

³⁸⁶ FELDENS, 2012, p. 167-168. Continua o autor: «uma vez afastados tanto excessos quanto déficits de proteção, atingimos a finalidade do sistema de proteção de direitos fundamentais: uma proteção eficiente (enquanto não insuficiente e não excessiva)» (*Ibid.*, p. 168).

³⁸⁷ FELDENS, 2012, p. 150.

³⁸⁸ CANOTILHO, 2003, p. 269-270. Conforme aponta FELDENS (2012, p. 138), no Direito português há menção expressa de tal imposição nos artigos 18.º-2 («a lei só pode restringir os direitos, liberdades e garantias nos casos expressamente previstos na Constituição, devendo as restrições limitar-se ao

proporcional em sentido estrito (Verhältnismässigkeit), na medida em que o benefício a ser atingido não pode ser menor do que o custo da restrição de direitos³⁸⁹.

No campo do Direito Penal, o princípio da proporcionalidade (e seus devidos desdobramentos), portanto, impõe que a finalidade da medida estatal seja a tutela dos bens jurídicos penalmente relevantes, *i.e.*, aqueles que merecem ser protegidos sob o prisma da política criminal³⁹⁰. E esta intervenção deve ser *idônea* para atingir tal finalidade, desdobramento também conhecido como *princípio da utilidade*. Deste viés, depreende-se que a lei penal não só deverá atingir sua finalidade, mas também somente deve sancionar as condutas capazes de lesionar os bens jurídico-penais, o que se conhece por *princípio da ofensividade*³⁹¹. Outrossim, será desproporcional a intervenção que não seja *necessária* pela ausência de alternativa menos lesiva para a proteção dos bens jurídicos³⁹². Contempla-se, assim, princípio da subsidiariedade da lei penal, ou *ultima ratio*. Se há outra maneira de cumprir a mesma finalidade com um custo menor, há excesso na intervenção penal. O Direito Penal deverá sempre ser o último recurso do Estado em situações *in extremis* na impossibilidade de encontrar solução para a proteção do bem jurídico em outra esfera. Também deriva da exigência de necessidade o princípio do *caráter fragmentário* do Direito Penal, que impede que o Estado tipifique toda e qualquer conduta lesiva ao bem jurídico, mas só efetivamente as modalidades mais perigosas que são imunes à medidas menos gravosas³⁹³. Por último, em atendimento à exigência de *proporcionalidade em sentido estrito*, deverá existir proporção entre o interesse protegido e a gravidade da intervenção penal³⁹⁴, assim comprovada por um «juízo concreto de ponderação»³⁹⁵.

necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos») e 272.º-2 («as medidas de polícia são as previstas na lei, não devendo ser utilizadas para além do estritamente necessário») da Constituição.

³⁸⁹ MIR PUIG, 2011a, p. 96-97; FELDENS, 2012, p. 150; CANOTILHO, 2003, p. 270.

³⁹⁰ MIR PUIG, 2011a, p. 111-112.

³⁹¹ MIR PUIG, 2011a, p. 117-118; FELDENS, 2012, p. 151-152; BURCHARD, 2013, p. 43-44.

³⁹² FELDENS, 2012, p. 153.

³⁹³ MIR PUIG, 2011a, p. 119-121; STRATENWERTH, 2005, p. 61.

³⁹⁴ MIR PUIG, 2011a, p. 121.

³⁹⁵ FELDENS, 2012, p. 158.

3.4.2 Do confronto com a reincidência

Com certa conexão com os argumentos de violação aos princípios da culpabilidade e da igualdade, o desrespeito do instituto da reincidência ao princípio da proporcionalidade fundamenta-se na aplicação de uma pena mais severa a um agente que não guarda proporção com a infração cometida. Evidentemente, somente uma pena adequada à gravidade do facto e à culpa do autor é proporcional. A lesão ao bem jurídico, afinal, não é mais grave se o fato é cometido por agente reincidente ao invés de primário, de modo que a agravante é desvinculada da ilicitude do fato³⁹⁶. A pena somente é compatível em sede constitucional se *proporcional* à gravidade do fato e à culpa do autor, e somente de tal modo é humana e condizente com o princípio da dignidade da pessoa³⁹⁷.

A reincidência é uma causa de agravamento da pena que não constitui ou modifica o fato punível. O mesmo delito cometido pelo reincidente é cometido pelo agente primário, de modo que a reincidência não viola — ou ameaça — *per se* bens jurídicos penalmente tutelados. Por esse aspecto, também, considera-se irrazoável o maior rigor punitivo e de encontro com o corolário do princípio da ofensividade, derivação da exigência de proporcionalidade³⁹⁸. A desproporcionalidade da pena relaciona-se com um aumento de pena «não previsto na moldura penal em julgamento»³⁹⁹. Também não há de olvidar-se a possibilidade do *quantum* de agravamento da pena em razão da reincidência ser maior que a própria punição cominada pelo primeiro fato, o que é possível de acordo com o regime dado ao instituto, como é o exemplo do Brasil⁴⁰⁰.

O Tribunal Constitucional espanhol, no já citado julgado de 4 de julho de 1991, foi chamado a manifestar-se acerca eventual violação do princípio da proporcionalidade pela agravante de reincidência por ausência de adequação entre pena e culpa, eis que a agravante funda-se em um «cúmulo de circunstâncias fáticas e jurídicas que, por sua configuração em nosso Direito, não representam, nem tampouco presumem, uma maior

³⁹⁶ FRANCO, 2010a, p. 3; CEBALLOS, 1999, p. 101; ESPINAR, 1989, p. 86; MORENO SANTANDER, 2003, p. 19.

³⁹⁷ ACOSTA CASCO, 2005, p. 273; ESPINAR, 1989, p. 86.

³⁹⁸ ALMEIDA, 2012, p. 145.

³⁹⁹ FRANCO, 2010a, p. 3. No mesmo sentido: FRANCO, 2010b, p. 8; CAPELA, 2013, p. 83; ESPINAR, 1989, p. 86; GARZÓN REAL / MANJÓN-CABEZA OLMEDA, 1991, p. 2; VICENTE MARTÍNEZ, 1997, p. 176.

⁴⁰⁰ CAPELA, 2013, p. 82.

culpa do réu»⁴⁰¹. Conforme a corte, não há violação pois o juízo acerca da proporcionalidade entre a pena e o fato punível compete ao legislador, e o órgão julgador deverá somente aplicar a pena cominada, já proporcional em abstrato. E, ademais, a agravante opera dentro do marco penal típico, de modo que não há desproporção com a pena que o legislador julgou adequada para o fato⁴⁰².

3.5 REINCIDÊNCIA E PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

3.5.1 Do princípio da presunção de inocência

Considerado como um direito fundamental básico e um princípio informador de toda legislação penal de um Estado inspirado por critérios superiores de liberdade e dignidade da pessoa humana, a presunção de inocência consubstancia-se no brocardo latino *in dubio pro reo* — cunhado no século XIX por STÜBEL⁴⁰³ —, também denominado *favor rei*⁴⁰⁴. Suas primeiras efetivas disposições em textos legais deram-se na Declaração de Direitos de Virgínia, em 1776, e no art. 9.º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, no ano de 1789⁴⁰⁵. O princípio ainda mantém-se sob disposição semelhante no art. 11.º-1 da Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, da Organização das Nações Unidas⁴⁰⁶. E, não obstante, por ser um dos alicerces por excelência do Direito Penal do Estado Democrático, a ausência de menção expressa no texto constitucional não impede sua aplicação ou derruba seu estatuto de garantia fundamental⁴⁰⁷.

⁴⁰¹ STC n.º 150/91, p. 5.

⁴⁰² STC n.º 150/91, p. 8; CEBALLOS, 1999, p. 109-110; MIR PUIG, 1993, p. 1148; CALLE RODRÍGUEZ, 2006, p. 16.

⁴⁰³ FIGUEIREDO DIAS, 1974, p. 213.

⁴⁰⁴ MESTRE DELGADO, 1985, p. 722.

⁴⁰⁵ GALLARDO RUEDA, 1989, p. 314; GOMES, 2009, p. 20-21.

⁴⁰⁶ FIGUEIREDO DIAS, 1974, p. 214. Assim dispõe o texto na tradução oficial para a língua portuguesa: «toda a pessoa acusada de um acto delituoso presume-se inocente até que a sua culpabilidade fique legalmente provada no decurso de um processo público em que todas as garantias necessárias de defesa lhe sejam asseguradas».

⁴⁰⁷ FIGUEIREDO DIAS, 1974, p. 214. À guisa de exemplo, a Constituição portuguesa dispõe expressamente do princípio em seu artigo 27.º-2: «ninguém pode ser total ou parcialmente privado da liberdade, a não ser

Sob uma primeira análise superficial, esta garantia constitucional impõe uma presunção *iuris tantum* de que ninguém será considerado culpado até prova em contrário. Contudo, sua abrangência é muito mais ampla. Todo e qualquer fato de relevo para a decisão judicial em matéria penal não pode eivar-se de dúvida, devendo estar devidamente provado. Caso contrário, deverá ser «valorado a favor do arguido»⁴⁰⁸. Ademais, embora criada com cunho eminentemente processual, que ainda é o seu ponto de destaque, a presunção de inocência, enquanto de natureza constitucional, também reflete um limite ao legislador, na medida em que será nula qualquer disposição em matéria penal que estabeleça responsabilização criminal presumida, presunção de culpa ou qualquer outra presunção desfavorável ao arguido. De mesmo modo, aplica-se o mesmo critério como proteção interpretativa à lei penal. Não só o operador deverá abster-se de tecer presunções *contra reo* como também deverá atribuir à lei o sentido mais favorável⁴⁰⁹.

3.5.2 Do confronto com a reincidência

Por sua vez, a violação da reincidência ao princípio constitucional da presunção de inocência se dá sob dois possíveis enfoques. Primeiro, evidentemente, como acima exposto, há teorias fundamentadoras — a bem da realidade, a esmagadora maioria — que lançam mão de presunções *iuris et de iure* em desfavor do agente para justificar a agravante, o que, *per se*, já encontra-se em colisão com o ditame constitucional⁴¹⁰.

Sob um segundo aspecto, a reincidência pode violar a presunção de inocência apenas pela sua mera aplicação automática, independentemente de seu fundamento, nos ordenamentos que assim determinam, como é o caso do sistema brasileiro⁴¹¹. A obrigatoriedade da agravação uma vez preenchidos os pressupostos formais traduz-se na

em consequência de sentença judicial condenatória pela prática de acto punido por lei com pena de prisão ou de aplicação judicial de medida de segurança».

⁴⁰⁸ FIGUEIREDO DIAS, 1974, p. 213. Em seguimento, alerta o autor que, evidentemente, o corolário do *in dubio pro reo* relaciona-se somente a prova de questões de fato. Qualquer dúvida aventada em relação a questão de direito deverá ser solucionada pela escolha do entendimento «que juridicamente se reputar mais exacto» (*Ibid.*, p. 215).

⁴⁰⁹ GALLARDO RUEDA, 1989, p. 316; JESCHEK / WEIGEND, 2002, p. 154-157.

⁴¹⁰ ACOSTA CASCO, 2005, p. 273.

⁴¹¹ Como igualmente era o sistema penal espanhol no Código Penal de 1970. Nesse sentido: ESPINAR, 1989, p. 89; CEBALLOS, 1999, p. 108.

realização de inevitáveis presunções *in malam partem*, sejam elas em relação à perigosidade do agente, à culpa elevada ou qualquer outro fator considerado pela lei⁴¹². O ponto comum entre estes dois pontos de conflito, no qual ambos os lados unem-se por íntima conexão é a ilegitimidade de qualquer possibilidade de aumentar-se a pena automaticamente do agente sem o devido exame de comprovação casuística de necessidade, seja ela por força de lei ou natural da própria teoria justificativa⁴¹³.

O Direito Penal português, ao consagrar o pressuposto de ordem material da fórmula de advertência alemã para a operação da agravante, impõe que a maior culpabilidade do agente seja comprovada no seio da instrução processual e devidamente fundamentada no édito condenatório. Tal mecanismo afasta, à primeira vista, tal suposta violação, na medida em que a lei penal portuguesa não presume *in malam partem* a elevada culpa do réu. Contudo, esta atribuição de discricionariedade judicial não é isenta das críticas acerca do *presumido dever objetivo de observância da sentença anterior* — conforme examinado no ponto 2.1.8 — que entram em conflito com o princípio constitucional em baila.

A decisão de 4 de julho de 1991 do Tribunal Constitucional espanhol também abordou este prisma do violação constitucional. Conforme o jugado, a reincidência não guarda relação com a presunção de inocência. Mesmo que o dito princípio verse também sobre circunstâncias agravantes da pena, o Juiz, no caso concreto, não apenas verifica os pressupostos legais para a aplicação da reincidência, mas também chancela os fundamentos levados em consideração pelo legislador para a imposição da reincidência como circunstância agravante obrigatória⁴¹⁴.

⁴¹² FRANCO, 2010a, p. 3; FRANCO, 2010b, p. 11; VITALE, 2005, p. 177; ACOSTA CASCO, 2005, p. 273; ESPINAR, 1989, p. 89; SÁNCHEZ, 1989, p. 15; FREITAS, 2009, p. 130; LOPES, 2014, p. 19-20.

⁴¹³ VITALE, 2005, p. 177. No mesmo sentido: FRANCO, 2010b, p. 11.

⁴¹⁴ CEBALLOS, 1999, p. 110-111.

3.6 REINCIDÊNCIA E PRINCÍPIO DA LEGALIDADE

3.6.1 Do princípio da legalidade

O constitucional princípio da legalidade continua, na atualidade, estruturado com base no brocardo *nullum crimen nulla poena sine lege*, do qual se extrai sua versão substancial⁴¹⁵, a saber: não há delito e não possível a imposição de pena salvo na existência de lei incriminadora e cominadora de sanção estabelecida anteriormente ao fato⁴¹⁶. A legalidade se apresenta como uma garantia jurisdicional da máxima importância, sendo possível afirmar que todos os princípios penais derivam definitivamente deste⁴¹⁷.

O princípio da legalidade, atualmente, deve adequar-se as noções da distinção entre lei e Direito, os problemas da insuficiência normativa e o «reconhecimento da transcensão da mera legalidade por uma juridicidade material»⁴¹⁸. Apesar da necessária mutação da sua intencionalidade específica, o princípio mantém um sentido geral análogo àquele de sua concepção, ou seja, continua a ter como objeto todo direito criminal *in malam partem* (*i.e.*, o âmbito material da incriminação e da punição). Sua primordial função ainda se mantém inalterada: o garantidor contra o exercício ilegítimo do *ius puniendi* estatal, o que é basilar na ideia do Estado de Direito. Contudo, o princípio, atualmente, não pode se restringir somente a sua função de garantia, como projetado quando da sua concepção. O princípio só está adequadamente instituído no pensamento jurídico contemporâneo se repensando material e positivamente como a expressão da própria juridicidade do sistema criminal, ou

⁴¹⁵ ACOSTA CASCO, 2005, p. 268.

⁴¹⁶ ROXIN, 1997, p. 137; MIR PUIG, 2011a, p. 72-73; MORENO SANTANDER, 2003, p. 16; SANCHÍS, 2011, p. 103; MAURACH / ZIPF, 1994, p. 157; STRATENWERTH, 2005, p. 71; FIGUEIREDO DIAS, 2011a, p. 180.

⁴¹⁷ ACOSTA CASCO, 2005, p. 268. Atualmente, é notório que encontra-se plasmado no artigo 11.º-2 da Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, *in verbis*: «ninguém será condenado por acções ou omissões que, no momento da sua prática, não constituíam acto delituoso à face do direito interno ou internacional. Do mesmo modo, não será infligida pena mais grave do que a que era aplicável no momento em que o acto delituoso foi cometido». Na Constituição da República portuguesa, há menção expressa no artigo 29.º-1: «ninguém pode ser sentenciado criminalmente senão em virtude de lei anterior que declare punível a acção ou a omissão, nem sofrer medida de segurança cujos pressupostos não estejam fixados em lei anterior».

⁴¹⁸ CASTANHEIRA NEVES, 2010, p. 350.

como inferência do valor último da dignidade humana⁴¹⁹. E, de igual modo, cumpre ressaltar que sua abrangência estende-se somente normas penais que versam acerca do fundamento ou agravamento da responsabilidade do agente ou qualquer outra questão *in malam partem*. A estrita legalidade não pode abarcar também normas acerca da exclusão ou atenuação da responsabilidade sob pena de contradição à sua própria *raison d'être* de proteção do indivíduo contra o abuso do *ius puniendi* estatal⁴²⁰.

Importante ressaltar, de igual modo, que o princípio da legalidade desdobra-se em quatro especificações regulativas, denominadas de corolários normativos de seu sentido original. O primeiro deles, chamado *nullum crimen, nulla poena sine lege scripta*, ocupa-se basicamente em vedar qualquer outro fundamento jurídico da incriminação e punição senão exclusivamente a lei formal. Essa é a própria manifestação do princípio da legalidade em seu sentido originário iluminístico-positivista⁴²¹. O segundo corolário — a saber: *nullum crimen, nulla poena sine lege praevia* — traduz-se na proibição da retroatividade criminal *in malam partem*. O terceiro, conhecido por *nullum crimen, nulla poena sine lege certa*, resume-se na obrigatoriedade da existência de lei determinada na sua formulação prescritiva e no seu conteúdo normativo. É a lei capaz de se impor com critério autônomo e fundamento decisório vinculante⁴²². Por último, tem-se o corolário

⁴¹⁹ CASTANHEIRA NEVES, 2010, p. 353-354; FIGUEIREDO DIAS, 2011a, p. 177.

⁴²⁰ FIGUEIREDO DIAS, 2011a, p. 183.

⁴²¹ CASTANHEIRA NEVES, 2010, p. 359. No mesmo sentido: ROXIN, 1997, p. 140; ROXIN, 2004, p. 52. SANCHÍS, 2011, p. 99; JESCHEK / WEIGEND, 2002, p. 143. Para a concepção iluminista, a lei em sentido jurídico-constitucional estrito continha toda a normatividade jurídico-criminalmente incriminante e punitiva. Sabe-se que tal ideia é superada. É notório que a normatividade criminal vai muito além da lei formal, que não é a única fonte do direito criminal constitutivo. Ademais, a incriminação sem imediato fundamento legal é aceita em determinados, embora limitados, casos. *V.g.*, o art. 7.º, n.º 2, da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, e o art. 29.º-2, da Constituição portuguesa (CASTANHEIRA NEVES, 2010, p. 359-36; FIGUEIREDO DIAS, 2011a, p. 178).

⁴²² CASTANHEIRA NEVES, 2010, p. 361-372; ROXIN, 1997, p. 140-141; MIR PUIG, 2011a, p. 73-77. Originalmente, *lex certa* significava a necessidade da lei oferecer uma predeterminação precisa e completa para que o julgador pudesse fazer sua aplicação lógico-dedutiva ou subsuntiva ao caso concreto. Tal pensamento é superado e o corolário deve ser repensado de acordo com as concepções contemporâneas. Atualmente, em realidade, a lei penal torna-se cada vez mais indeterminada (*e.g.*, conceitos normativos, cláusulas gerais e normas penais em branco), claro efeito de uma sociedade pluralista e do moderno Estado de Direito. A absoluta determinação das prescrições legais não é, logo, possível, mas isso também não significa que o corolário de ser derrubado, pois, sem ele, o princípio da legalidade desmorona por completo. A exigência de lei determinada significa um Direito criminal formal apto a cumprir a repartição de poderes entre legislativo e judiciário; a fundamentar normativamente as decisões judiciais; e a oferecer a possibilidade de controle dessas decisões para evitar-se arbitrariedades. Assim, a determinação legal exigida pelo corolário situa-se entre a predeterminação total e a indeterminação. A indeterminação normativa pode existir até certo ponto, desde que ela possua uma tomada de posição legislativa que possa ser imposta como fundamento vinculante e critério de controle decisório. O corolário se consubstancia na necessidade de determinação material do sentido axiológico socialmente negativo do comportamento descrito no tipo legal, e não na determinação formal do

denominado *nullum crimen, nulla poena sine lege stricta*, que originariamente proibia a incriminação e a cominação de pena por analogia. Se a lei é a única fonte normativa legítima para determinar a incriminação, ao juiz cabe apenas a aplicação desta, proibindo uma punição em concreto que ultrapasse a previsão hipotética da norma legal. Ou seja: recusa-se a aplicação analógica⁴²³.

3.6.2 Do confronto com a reincidência

Sob um exame preliminar dos textos legais, a agravante de reincidência não parece violar o princípio da legalidade pois somente é aplicada quando está prevista como tal na legislação penal. Nesse sentido, aliás, se posicionou a Suprema Corte uruguaia, na já citado sentença n.º 426, ao julgar que a reincidência não viola a legalidade pois é uma agravante previamente estabelecida por lei⁴²⁴.

Contudo, consoante as considerações tecidas acima no ponto 3.6.1, a mera positivação de determinada regra não basta para adequá-la à noção de legalidade como é atualmente aceita⁴²⁵. A inclusão pelo legislador da medida no rol punitivo não impede a eventual contradição desta com os princípios gerais de Direito e das garantias constitucionalmente consagradas⁴²⁶. Face a amplitude de proteção abarcada pelo princípio da legalidade, são diferentes os enfoques aventados pela doutrina para eventual violação por parte do instituto da reincidência, todos estes com íntima vinculação a outras fricções constitucionais⁴²⁷.

comportamento (CASTANHEIRA NEVES, 2010, p. 384-385).

⁴²³ CASTANHEIRA NEVES, 2010, p. 385-386; ROXIN, 1997, p. 140; MAURACH / ZIPF, 1994, p. 159-160; JESCHEK / WEIGEND, 2002, p. 143; FIGUEIREDO DIAS, 2011a, p. 192.

⁴²⁴ ACOSTA CASCO, 2005, p. 264-265. No mesmo sentido: CALLE RODRÍGUEZ, 2006, p. 16.

⁴²⁵ ALMEIDA, 2012, p. 148.

⁴²⁶ JULIANO, 2001, p. 120.

⁴²⁷ Inclusive, sob um aspecto completamente diferente dos enunciados, mas digno de ressalva, é a sentença do Tribunal Constitucional espanhol n.º 199/1987, que, marginalmente, abordou a matéria. *In casu*, ao debater-se questões relativas à Lei Orgânica n.º 9/1984, que dispõe sobre o combate a grupos armados e elementos terroristas, arguiu-se a inconstitucionalidade do seu artigo 2.3 — dispositivo que trata da utilização de sentenças condenatórias em tribunais estrangeiros para fins de reincidência — frente ao princípio da legalidade, insculpido no artigo 25.1 da Constituição espanhola. Conforme a tese aventada, o dispositivo em exame, ao prever que as condenações de tribunais estrangeiros «por delitos de *igual entidad*» (grifo nosso) são válidas para a configuração de reincidência, viola o princípio da legalidade

Para ALMEIDA, a agravante de reincidência, por não constituir ou qualificar o fato punível, está baseada em critérios vagos e imprecisos que invariavelmente envolvem a condução de vida ou outras características pessoais do agente. Ademais, a condenação anterior é utilizada para um «juízo fictício» na justificação da exasperação da pena, independentemente da teoria adotada. Forma-se, assim, analogia *in malam partem* que contraria os fins constitucionais do Direito Penal e resume a reincidência à mera formalidade legal⁴²⁸.

Em sentido semelhante, aventa ACOSTA CASCO que, sob as lentes do modelo garantista de Direito Penal, o princípio da legalidade, a partir de uma viés estrita, proíbe a inclusão de arbitrariedades e discriminações enquanto técnica legislativa, exigindo que o Direito Penal não adentre no campo da personalidade, para onde invariavelmente a reincidência desagua. O instituto, nesse sentido, esvazia o princípio da legalidade pela persecução do agente não por suas ações, mas por si próprio, ao realizar apenas avaliação moral para aumentar a pena do reincidente⁴²⁹.

Por último, sob um escopo diferente é o argumento de FRANCO acerca da violação. Para o autor, o princípio da legalidade é ferido na medida em que a agravante da reincidência «provoca uma espécie de ultra-atividade» da condenação anterior utilizada para configurá-la. Assim, em íntima conexão com violação ao princípio do *bis in idem*, a

por exigir a aplicação de critério analogia por parte do órgão julgador para identificar se a sentença estrangeira é hábil para considerar-se o réu reincidente. A Corte, contudo, não vislumbrou violação e decidiu pela constitucionalidade do dispositivo, na medida em que a averiguação de delitos de *igual entidade* não é exercício de analogia proibida, mas sim de estrito juízo analógico permitido para identificar os delitos estrangeiros que possuem identidade do elemento fundamental, que é a prática da conduta por grupos armados ou terroristas (cf. SÁNCHEZ, 1989, p. 160-162).

⁴²⁸ ALMEIDA, 2012, p. 148-149. No mesmo sentido: ALMEIDA, 2013, p. 52; LOPES, 2014, p. 19.

⁴²⁹ ACOSTA CASCO, 2005, p. 268-269. Em sentido semelhante: MORENO SANTANDER, 2003, p. 16. Esta ideia do desdobramento do princípio da legalidade no brocardo *nulla poena sine crimine et sine culpa* contraria às considerações tecidas no ponto 3.6.1, *supra*, à luz da lição de CASTANHEIRA NEVES (2010, p. 403-405), segundo a qual, ademais, o fundamento dogmático do princípio da legalidade não é uma especificação do princípio jurídico-penal da culpa e, assim, uma concretização do princípio da dignidade humana no Direito Penal material. O princípio da culpa não sustenta todas as dimensões do princípio da legalidade criminal. Por isso são independentes um do outro, embora complementares entre si. ROXIN (1997, p. 177), por sua vez, defende restar claro que a inserção do princípio da legalidade na ordem constitucional favorece o Direito Penal do fato em detrimento do Direito Penal do autor, pois a descrição de condutas criminais ao invés de tipos de autor coaduna-se com a estrita legalidade requerida pelo corolário. No mesmo sentido, FIGUEIREDO DIAS (2011a, p. 179-180) afirma que o princípio da culpabilidade faz parte de um dos «fundamentos internos» do princípio da legalidade, junto com a ideia de prevenção geral. Além destes, a legalidade ainda detém fundamentos externos, como o princípio liberal, o princípio democrático e a separação de poderes.

legalidade também é violada pela extensão dos efeitos da condenação anterior para gerar aumento de pena alheio ao fato punível em exame⁴³⁰.

⁴³⁰ FRANCO, 2010a, p. 3. No mesmo sentido: FRANCO, 2010b, p. 7-8; GARZÓN REAL / MANJÓN-CABEZA OLMEDA, 1991, p. 3; VICENTE MARTÍNEZ, 1997, p. 176.

CONCLUSÕES

Antes de chegar-se às conclusões a serem tecidas após o enfrentamento do objeto do estudo, faz-se importante realizar alguns apontamentos acerca das questões introdutórias tratadas no presente trabalho. Em primeiro ponto, após a análise do desenvolvimento histórico da reincidência, e sua posição frente aos ordenamentos jurídicos atuais, salta aos olhos que o instituto, efetivamente, permanece, em sua essência inalterado em relação até mesmo a codificações anteriores à Era Comum. Se em seu mote (*i.e.*, aumentar a pena daquele que volta a delinquir) o instituto resta inalterado, o mesmo não se pode afirmar acerca de sua caracterização e tratamento legal. A última grande mudança de pensamento que definiu a reincidência como a conhecemos, contudo, realizou-se, em grande parte, durante o século XIX com a disseminação da imposição de condenação anterior para sua configuração, pelos estudos de Farinacci. Ou seja, grande parte dos ordenamentos jurídicos ocidentais de origem romano-germânica regulam a reincidência sem significativas mudanças nos últimos dois séculos. Resta, logo, serenamente comprovada a importância do presente estudo. Não é aceitável que um mecanismo punitivo mantenha-se cientificamente inerte por tanto tempo, sem ser submetido ao exame crítico do judiciário, do legislador e da doutrina.

É seguro afirmar, de igual modo, que a busca de uma fundamentação para agravar-se a pena do reincidente mostra-se problemática tarefa. Das teorias de grande difusão acima expostas no segundo capítulo, a bem da verdade, nenhuma logrou êxito em coadunar-se adequadamente à teoria do fato punível, quanto mais às próprias legislações para as quais foram concebidas⁴³¹. De igual modo, nenhuma conseguiu com sucesso evitar adentrar no Direito Penal do autor ou abster-se de realizar proibidas presunções *iuris et de iure*. É possível dividir as teses justificativas apresentadas em dois grupos: as teorias que reportam ao *futuro*, isto é, aquelas embasadas em ideais preventivos para impedir nova reiteração (*e.g.*, as teorias de elevada capacidade delitiva); e as teorias estão voltadas ao *passado* ao tomar como cerne do fundamento a condenação ou o fato punível pretérito, como a teoria da culpa elevada. Caso o fundamento seja voltado ao *futuro*, intransponíveis

⁴³¹ Embora seja inegável que o posicionamento de FIGUEIREDO DIAS (2011b, p. 261) é o que melhor enquadra-se no regime da reincidência no Direito Penal português, que toma clara influência da legislação alemã na sua *fórmula de advertência*.

são as críticas quanto a inadequação da exasperação da pena no lugar de medida de segurança num sistema dualista. Caso o fundamento seja voltado ao *passado*, resta explícito a dificuldade de conciliação com o Direito Penal do fato. Assim, nenhuma das teorias justificativas consegue restringir-se somente ao fato que está em discussão no processo em si, eis que, pela sua natureza notoriamente *sui generis*, a reincidência encontra-se nesta verdadeira *zona gris* de relações. O que leva à conclusão que nenhuma das propostas apresentadas consegue satisfazer plenamente os ditames constitucionais atuais. No entanto, aqui adentra-se no ponto do último capítulo do trabalho.

Em relação estritamente ao objeto do presente estudo, após a análise dos principais argumentos que defendem a sua inconstitucionalidade frente a diversos prismas e suas respectivas críticas na doutrina e jurisprudência, é seguro afirmar que a possibilidade de solvabilidade constitucional da reincidência é, no mínimo, duvidosa e altamente questionável. De fato, um instituto tão antigo, e que permaneceu virtualmente inalterado durante toda sua existência, suscita, ao menos, diversas dificuldades de aplicação à luz dos princípios constitucionais e do Direito Penal contemporâneo, especialmente em ordenamentos jurídicos que impõem grande severidade na sua aplicação.

No que concerne aos atritos em relação ao princípio da culpabilidade — quiçá onde localiza-se a maior dificuldade da solvabilidade constitucional da reincidência —, a inconstitucionalidade pela culpa diminuída do agente apresenta-se tão criticável quanto o seu exato oposto. Se não é possível aventar que a reincidência necessariamente demonstre culpa elevada — na linha das críticas apresentadas a esta teoria justificativa de origem alemã — evidentemente também não há razão em presumir-se que o agente reincide por capacidade reduzida. Estas duas linhas argumentativas, efetivamente, mostram-se dois lados da mesma moeda. Destarte, embora não seja possível seguramente afirmar que a reincidência é incompatível com o Estado de Direito pela culpa diminuída do agente, ao menos salta aos olhos que o instituto já é em si falho por não considerar a eventualidade desta hipótese, especialmente nos ordenamentos que regulam a obrigatoriedade de sua aplicação. No entanto, é em relação à culpa pela condução de vida que o instituto de fato irremissivelmente atrita-se com o princípio da culpabilidade. A relação entre Direito Penal do autor e reincidência apresenta forte indissociabilidade, na medida em que a própria natureza da reincidência impede a destruição do laço entre a agravante em si e a vida pretérita do agente. E, justamente por tal motivo, este atrito ocorre independentemente da

eventual teoria justificativa adotada, cuja função é afirmar por qual motivo exaspera-se a pena *em decorrência de sentença condenatória anterior*. Esta é a reincidência *per se*. Do mesmo modo, tanto a doutrina defensora da agravante quanto a jurisprudência internacional não conseguem ultrapassar estes questionamentos críticos com segurança. Os argumentos defensores mais difundidos apresentam-se justamente buscando esteio nas teorias fundamentadoras que, conforme afirmado, possuem íntima relação com o problema, mas em si não bastam para sanar a questionabilidade da reincidência. Afirmar que a culpa da agravante é pelo fato e não pela vida do agente *simplesmente porque é*, ou porque exaspera-se a pena pela culpa elevada, não quer dizer que seja verdade. Esta resposta não basta. É insuficiente em si.

O conflito suscitado entre a agravante e o princípio constitucional do *ne bis idem*, de igual modo, ainda não restou suficientemente derrubado pelos defensores do instituto. A reincidência é *reincidência* justamente por valorar a pena voltando-se ao fato pretérito. A questão reside em saber se esta consideração constitui dupla valoração proibida ou não. Os argumentos esgrimidos no presente estudo apontam para o sentido que o conflito ainda resta ser sanado. Sob uma visão adequada do princípio enquanto garantia constitucional, ao considerar-se a inegável duplicidade de vertentes da proteção — material e processual —, as ponderações apresentadas neste trabalho não logram êxito em evitar o conflito. Os argumentos que procuram contornar a afronta ao princípio do *ne bis in idem* em realidade pecam por efetuar inadmissível reducionismo da ideia da garantia. Afirmar que não há dupla valoração por não ser nova condenação em relação ao mesmo fato não resulta numa adaptação da agravante em relação à garantia constitucional, mas sim o exato oposto: adapta-se a ideia de *ne bis in idem* para que seja compatível com a reincidência. O que é, de todo, inaceitável. Considerar fato anterior já objeto de sentença condenatória pretérita para fins de nova valoração punitiva, criando-se, assim, nova consequência jurídica posterior, é o *próprio conceito* da garantia do *ne bis idem sob seu prisma material*. Negar este conflito por tal argumento é negar a abrangência da garantia. Sob outro aspecto, novamente aventa-se o fundamento da reincidência como adequação do instituto ao princípio conflituante. Tangencia-se a questão. A problemática em torno da dupla valoração pouco relaciona-se com o motivo pelo qual agrava-se, mas sim *como* agrava-se.

Por sua vez, a aventada violação ao princípio da presunção de inocência, ao contrário dos demais conflitos suscitados, mostra-se em mais íntima relação com os

possíveis fundamentos dogmáticos da reincidência. Deste modo, caso seja possível delimitar num determinado ordenamento o fundamento eleito para a agravante, é necessário analisar-se as constitucionalmente proibidas presunções *iuris et de iure in malam partem* que este abarca. A manifesta questionabilidade salta aos olhos na medida em que, conforme exposto no segundo capítulo do presente estudo, as principais teorias justificativas da reincidência apresentadas pela doutrina e jurisprudência não logram êxito em evitar cair em presunções. É evidente a possibilidade de qualquer uma destas apresentar-se incompatível com a garantia da presunção de inocência sob sua ampla abrangência de proibir qualquer valoração não devidamente comprovada em desfavor do arguido. De qualquer maneira, este atrito apresenta-se de modo flagrante nos ordenamentos que impõem a aplicação obrigatória da agravante e contemplam apenas pressupostos formais. Contudo, a fórmula de advertência desenvolvida pelo Direito alemão e implanta em Portugal, entre outros países, conforme acima exposto, não desarma todos os questionamentos levantados quanto a este conflito. A discricionariedade do órgão julgador pode eventualmente afastar a violação ao princípio quanto à aplicação da agravante, mas não quanto ao seu fundamento. Destarte, qualquer tentativa de busca de um pressuposto material para a análise casuística de necessidade concreta de exasperar-se a pena do reincidente — corriqueiramente sugerido como solução ideal aos atritos constitucionais em ordenamentos que possuem a obrigatoriedade da agravante⁴³² — ainda resta insuficiente.

No que concerne ao debate da incompatibilidade do instituto com o princípio da igualdade, mister apontar o devido ponto de conflito neste tema. A existência de discriminação entre indivíduos *per se* não desagua necessariamente em violação à igualdade. Aventar-se tal possibilidade resultaria em negar o sentido material da garantia. Resta, portanto, saber se a discriminação realizada pela lei ao reincidente em relação ao agente primário é legítima. Evidentemente, sob este aspecto, haverá violação mediata da garantia de igualdade a partir do momento que aceita-se a violação a qualquer outro princípio. *E.g.*, se a reincidência é contrária ao princípio da culpabilidade é efetivamente discriminação arbitrária e proibida. Contudo, não basta afirmar a legitimidade da reincidência sob a igualdade com base no mero arbítrio legislativo permitido. Nenhuma disposição é legítima apenas *porque o legislador assim quis*. A questionabilidade da

⁴³² CARVALHO, 2001, p. 115

reincidência frente ao princípio da igualdade ainda mantém-se, quanto mais ao considerar-se a explícita ainda ausência de solução quanto aos demais conflitos.

Estas considerações de violação relacional são igualmente aplicáveis às considerações tecidas quanto ao princípio da proporcionalidade e ao princípio da legalidade. A pena sempre será desproporcional ao fato esgrimido em corte se a reincidência não restar devidamente legítima sob os ditamos do Estado de Direito. Do mesmo modo, todas as violações apresentadas pela doutrina ao princípio da legalidade são reflexas das outras considerações analisadas.

Destarte, a agravante da reincidência apresenta-se frágil sob diversos aspectos e o estudo acima não obteve sucesso em localizar soluções adequadas tecidas pela doutrina e pela jurisprudência para a sua legitimidade. A problemática mostra-se nada além de insuperável e os argumentos apresentados em favor da agravante não são imunes a incompatibilidades com o Direito Constitucional.

O que resta mais claro é que não parece haver maneira de regular o acréscimo de pena pelo cometimento de novo crime sem deturpar a função da pena, punir o reincidente pela sua personalidade e não pelo fato punível ou realizar alguma forma de presunção contra o agente. Nenhum argumento em prol da agravante é capaz de repelir estas máculas. E, nesse sentido, resta notório que o acórdão do Supremo Tribunal Federal brasileiro apenas incorreu em tautologia e se absteve de efetivamente examinar a matéria sob diversos pontos relevantes em relação aos conflitos trazidos à corte.

Ademais, como lembra ZAFFARONI, a eliminação da reincidência e o repúdio a qualquer utilização de delito anterior para dosimetria de novas penas também deverá implicar no óbvio refreio da utilização de antecedentes penais. Como analisado neste estudo, mesmo com a agravante genérica derogada de seu ordenamento, a Alemanha ainda lança mão dos fatos pretéritos na dosimetria da pena e, de modo semelhante, a lei penal brasileira prevê os antecedentes criminais como circunstância judicial desfavorável ao agente após a prescrição da reincidência⁴³³. Pelos mesmos motivos, esta prática é tão inaceitável quanto a agravante genérica. O Estado coloca o indivíduo em verdadeira situação de *pseudoprimariedade* e nega que seu passado seja esquecido e que uma nova oportunidade seja dada⁴³⁴.

⁴³³ CARVALHO, 2001, p. 112.

⁴³⁴ ZAFFARONI, 1993, p. 129. No mesmo sentido: BUSATO, 2008, p. 216.

Mesmo ao tomar-se em consideração as particularidades que a agravante recebe de acordo com o ordenamento que a regula, ainda assim não é possível falar da compatibilidade do instituto com as respectivas constituições. Mais correto, seria, em realidade, falar-se em incompatibilidades mais ou menos explícitas, contudo sempre existentes e questionáveis. Ao final, ao analisar-se todos os conflitos e dúvidas que a reincidência abarca, a discussão da constitucionalidade da reincidência resume-se ao duelo entre o Direito Penal liberal — ou de garantias — e o Direito Penal autoritário. O instituto remonta a uma realidade anterior, tanto no viés espiritualista do *estado de pecado* como no Direito Penal do autor⁴³⁵. Efetivamente, a reincidência arrasta consigo confusão entre as ideias de *ser e dever ser* que não ocorre furtivamente, mas às claras e em demasiada frequência. A reincidência, logo, porventura faria sentido sob uma já superada visão ontológica do crime, mas não mais no Direito Penal que abre mão de substancialismos na dosimetria punitiva⁴³⁶. E, nesse sentido, também deve-se tomar em consideração as críticas tecidas acerca da aproximação que a reincidência possui com o Direito Penal do inimigo, ponto muito esgrimido pela doutrina italiana após as modificações no instituto trazidas pela supracitada *Legge ex-Cirielli*, na medida em que a ideia de reincidência possui estreita ligação com os ideias de neutralização do indivíduo incapaz de portar-se de acordo com o Direito e, assim, considerado inimigo do Estado⁴³⁷.

Entretanto, mesmo em face das considerações aqui apresentadas, não é correto olvidar a possibilidade de defender-se outro posicionamento. Nesse sentido é a conclusão final de MIR PUIG, que mesmo ao entender que a agravante é pouco coerente com o espírito do Estado Democrático de Direito da Constituição espanhola, admite ser perfeitamente possível defender outra interpretação da carta em favor da reincidência⁴³⁸.

Não obstante, é da mais alta ordem ressaltar que não se ocupa, aqui, em falar da *viabilidade* fática e político-criminal de simplesmente extirpar a agravante dos ordenamentos que a contemplam. A vontade legislativa — ou judiciária — para tanto, bem como a comoção pública eventualmente levantada acerca do tema que pode influenciar no debate do assunto e quaisquer outros percalços que são passíveis de existir para a

⁴³⁵ ZAFFARONI, 1993, p. 124

⁴³⁶ CARVALHO, 2001, p. 109.

⁴³⁷ PAVARINI, , p. 18 e ss.

⁴³⁸ MIR PUIG, 1993, p. 1144. Embora aqui concorde-se com as considerações tecidas por KARAM (1994, p. 125) no sentido de que, até o momento, «nenhum dos argumentos que procuram fundamentar o instituto da reincidência consegue esconder sua irracionalidade, seu comprometimento com o autoritarismo, sua incompatibilidade com princípios inerentes a um Estado de Direito».

declaração de inconstitucionalidade, revogação ou não aplicação da reincidência enquanto disposição facultada à discricionariedade judicial, não são aqui levados em consideração⁴³⁹. O presente estudo trata, apenas, de uma análise estritamente dogmática da solvabilidade constitucional do instituto, não de uma análise fático-política de solução concreta.

Porém, resta seguro que a eventual solução — se há — para os inegáveis conflitos constitucionais levantados no presente estudo, de fato, não está em procurar sanar a problemática constitucional da reincidência na busca de seu fundamento dogmático adequado. Conforme suprarreferido, a culpa pela condução de vida e a dupla valoração do fato pretérito, *exempli gratia*, não possuem relação com a justificação da agravante, mas estão inseridas com mais profundidade por serem consequências da própria *raison d'être* do instituto. Assim, é necessário levar-se em consideração mais este entrave que mostra-se, *prima facie*, intransponível.

Também é possível concluir que o tema não possui tratamento pela doutrina e jurisprudência equânime ao seu valor para o Direito Penal, ainda mais ao considerar-se que a reincidência já é questionada e classificada como inadequada por certos pesquisadores desde o século XIX⁴⁴⁰. Não obstante, já existem valiosas contribuições sob um prisma crítico do instituto que são dignas de um estudo mais acurado por parte dos operadores do Direito. A defesa da necessidade de declaração de inconstitucionalidade da reincidência — ou sua imediata derrogação da lei penal — paulatinamente angaria um número cada vez maior de adeptos na doutrina⁴⁴¹. Em relação à jurisprudência, entretanto, tímidos são os posicionamentos em ataque a este antigo instituto. Em relação ao Brasil, anteriormente à decisão de Repercussão Geral do Supremo Tribunal Federal, famigerado era o posicionamento da agora extinta formação da 5.^a Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, segundo a qual a reincidência «agride o sistema»⁴⁴².

⁴³⁹ Fora o exemplo alemão, é notável a eliminação da reincidência do Código Penal colombiano no ano de 1980, seis anos antes da alteração germânica (ZAFFARONI, 1993, p. 128). Também necessário grifar, conforme apontado por ZIFFER, que «existe uma tendência generalizada de considerar que quem reincide após anteriormente apenado merece maior censura do que quem comete um delito pela primeira vez» (1997, p. 111).

⁴⁴⁰ CEBALLOS, 1999, p. 99.

⁴⁴¹ Nesse sentido, destacam-se, entre outros: ESPINAR, 1989, p. 89; FRANCO, 2010b, p. 12-13; ACOSTA CASCO, 2005, p. 273-274; BERLA, 2010, p. 330; FREITAS, 2009, p. 134-135; MARGARIÑOS, 1997, p. 102-103; ZAFFARONI, 1993, p. 127; MORENO SANTANDER, 2003, p. 20-22; CARVALHO, 2001, p. 119; FAUTH, 2006, p. 158

⁴⁴² *Exempli gratia*, assim decidiu-se à unanimidade em um dos inúmeros recursos de apelação, conforme o

Salta aos olhos que não há instituto no Direito Penal material contemporâneo que possa suscitar tantas dúvidas, ser sujeito a tantas posições diferentes e possuir tantos pontos de conflito com os preceitos constitucionais do Estado Democrático de Direito. Não é possível sequer indicar-se um verdadeiro e definitivo fundamento para sua aplicação. O Direito Penal é eivado à luz dos princípios da estrita legalidade, da *ultima ratio* e do *in dubio pro reo*, de modo que é um Direito de certeza por excelência. A dúvida jamais pode contaminar o exercício do *ius puniendi*. E dúvida é só o que a reincidência consegue aventar, de modo que, se não é incompatível com o Direito Penal contemporâneo pela sua flagrante inconstitucionalidade, o é pela constelação de incertezas que satelitizam ao redor de um núcleo imantado ainda indefinido desta agravante *sui generis*.

É certo, outrossim, que não há de se declarar o debate por encerrado. Os pensamentos críticos aqui expostos merecem continuar sob análise acirrada pelas cortes competentes e não podem jamais serem desconsiderados pelas letras jurídicas, que constantemente tratam da reincidência como trivial e desmerecedora de questionamentos. Trata-se não só de uma leviana indagação com resultados inconclusivos, mas sim de argumentos sólidos passíveis de desmoronar um dos mais antigos alicerces do Direito Penal como o conhecemos. Assim como um corpo vivo, a legislação penal evolui. E, nesse aspecto, a reincidência nada mais é que um órgão vestigial de tempos de outrora, que não mais se compatibiliza com o organismo como um todo. E justamente por este caráter, quiçá será cirurgicamente removida do Direito Penal somente quando *e se* for conveniente, e não quando necessário.

voto do Desembargador Relator Amilton Bueno de Carvalho: «revejo a pena. Tenho que a base deve ficar no mínimo: antecedentes (e reincidência, que vai excluída) agridem o sistema – “bis in idem” e recupera o modelo superado do direito penal do autor; valorar conduta social e personalidade é invadir a intimidade – cidadão responde pelo que faz e não pelo que é» (TJRS, Apelação Criminal n.º 70024610248, Relator Des. Amilton Bueno de Carvalho, julgado em 13/08/2008, publicado no DJ em 29/08/2008).

BIBLIOGRAFIA

ACOSTA CASCO, Natalia, “Reincidencia: inconstitucionalidad”, in: *Revista de Derecho Penal* 15 (2005), p. 261.

ALBUQUERQUE, Paulo Sérgio Pinto de, *Comentário do Código Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, 2.^a ed., Universidade Católica: 2010.

ALLEGRA, G. Giuliano, *Dell’Abitualità Criminosa nel codice penale vigente*, Casa Editrice Dottor Francesco Vallardi: 1933.

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

———, “Reincidência criminal: reflexões dogmáticas e criminológicas”, in: *Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal* 78 (2013), p. 46 e ss.

ALVES, Ana Cristina Borba, *Reincidência Criminal: um olhar transdisciplinar: exclusão social, invisibilidade e inclusão no sistema penal. A reincidência como resposta ao olhar do (O)outro*, Conceito: 2012.

ANTOLISEI, Francesco, *Manuale di Diritto Penale: parte generale*, 16.^a ed., Giuffrè: 2003.

ANTUNES, Maria João, *Consequências Jurídicas do Crime*, Coimbra: 2013.

BACCARO, Laura / MOSCONI, Giuseppe, “Il girone dei dannati: ovvero il fenomeno della recidiva”, in: *Dei Delitti e Delle Pene: rivista de studi sociali, storici e giuridici sulla questione criminale* 1/3 (2003), p. 117 e ss.

BARROS, António Coelho de, *A reincidência no código penal português*, Dissertação (Pós Graduação em Direito), Universidade de Lisboa: 1982.

BELESTÁ SEGURA, Luis, “La reincidencia en la doctrina española actual”, in: *Actualidad Penal* 26 (2001), p. 575 e ss.

BERLA, Gabriel Vieira, “Reincidência: uma perspectiva crítica de um instituto crimógeno”, in: *Revista Brasileira de Ciências Criminais* 82 (2010), p. 295 e ss.

BETTIOL, Giuseppe, *Diritto Penale: parte generale*, 5.^a ed., Priulla: 1962.

BRIZ, David Carpio, “Europeización y reconstitución del *non bis in idem*: efectos en España de la STEDH Sergueï Zolotoukhine v. Rusia de 10 de febrero de 2009”, in: MIR PUIG, Santiago / BIDASOLO, Mirentxu Corcoy (Dir.) / IBARRA, Juan Carlos Hortal (Coord.), *Constitución y systema penal*, Marcial Pons: 2012, p. 223 e ss.

BURCHARD, Christoph, “O princípio de proporcionalidade no ‘direito penal constitucional’ ou o fim da teoria do bem jurídico tutelado na Alemanha”, in: AMBOS, Kai / BÖHM, María Laura (Coords.), *Desenvolvimentos atuais das ciências criminais na Alemanha*, Gazeta Jurídica: 2013, p. 29 e ss.

BUSATO, Paulo César, “Antecedentes, reincidência e reabilitação à luz do princípio de culpabilidade”, in: GOMES, Marcus Alan de Melo/PINHO, Ana Cláudia Bastos de (coord.), *Ciências Criminais: articulações críticas em torno dos 20 anos de Constituição da República*, Lumen Juris: 2008, p. 211 e ss.

CADOPPI, Alberto / VENEZIANI, Paolo, *Elementi di Diritto Penale: parte generale*, 4.^a ed., CEDAM: 2012.

CALLE RODRÍGUEZ, Maria Victoria, “Reincidencia. Problemática jurídica y criminológica”, in: *La Ley Penal* 32 (2006), p. 15 e ss.

CANOTILHO, J. J. Gomes, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7.^a ed., Almedina: 2003.

CAPELA, Fábio Bergamin, “Uma visita ao instituto da reincidência”, in: *Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal* 77 (2013), p. 75 e ss.

CARNEIRO, José Carlos Scalabrini, “Estudo sobre a reincidência”, in: *Justitia* 58-174 (1996), p. 30 e ss.

CARRARA, Francesco, *Programa del Curso de Derecho Criminal desarrollado en la Universidad de Pisa: parte general, tomo II* (trad. Octávio Béeche / Alberto Gallegos), Tipografía nacional: 1890.

CARVALHO, Salo de, “Reincidência e antecedentes criminais: abordagem crítica desde o marco garantista”, in: *Revista de Estudos Criminais* 1 (2001), p. 109 e ss.

CASTANHEIRA NEVES, António, “O princípio da legalidade criminal: o seu problema jurídico e o seu critério dogmático”, in: CASTANHEIRA NEVES, António, *Digesta*, vol. 1, Coimbra: 2010, p. 349 e ss.

CASTEX, Francisco, “La reincidencia en casación”, in: *Nueva Doctrina Penal* (1998), p. 543 e ss.

CAVALCANTI, Guilherme Viana, “A acepção contemporânea do princípio de igualdade à luz da Constituição Federal da República de 1988”, in: *Meritum* 4 (2009), p. 237.

CEBALLOS, Elena B. Marín de Espinosa, *La reincidencia: tratamiento dogmático y alternativas político criminales*, Comares: 1999.

CORREIA, Eduardo, “A punição da reincidência e da sucessão de crimes no direito português”, in: *Revista de Legislação e Jurisprudência* 86 (1953), p. 225 e ss.

———, *Direito Criminal*, 2º vol, Almedina: 1968.

———, “Reincidência e sucessão de crimes”, in: *Revista de Legislação e Jurisprudência* 94 (1961), p. 49 e ss.

CORREIA, Eduardo / SANTOS, António Furtado dos, *Código Penal Português actualizado segundo a reforma de 1954*, 1954.

DE LUCA, Javier Augusto, “Reflexiones sobre el *non bis in ídem* y el derecho a un juicio rápido”, in: *Cuadernos de doctrina y jurisprudencia penal* 10C (2000), p. 181 e ss.

DOLCINI, Emilio, “La «nueva» reincidencia. La cárcel en Italia se vuelve todavía más selectiva”, in: VALDÉS, Carlos García et al (Coord.), *Estudios Penales en homenaje a Enrique Gimbernat*, Edisofer: 2008, p. 829 e ss.

———, “La recidiva riformata: ancora più selettivo il carcere in Italia”, in: *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale* 50 (2007), p. 515 e ss.

ESPINAR, José Miguel Zugaldía, “Sobre la inconstitucionalidad de la agravante de reincidencia”, in: *Poder Judicial* 13 (1989), p. 85 e ss.

FAUTH, Isabel C. F., “A reincidência criminal e a culpabilidade pela vulnerabilidade”, in: AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de / CARVALHO, Salo de (orgs.), *A crise no processo penal e as novas formas de administração da justiça criminal*, Notadez: 2006, p. 147 e ss.

FAYET JÚNIOR, Ney, *Do crime continuado*, 5.^a ed., Livraria do Advogado: 2014.

FELDENS, Luciano, *Direitos Fundamentais e Direito Penal: a constituição penal*, 2.^a ed., Livraria do Advogado: 2012.

FERREIRA, Manuel Cavaleiro de, *Lições de Direito Penal: parte geral II – penas e medidas de segurança*, Almedina: 2010.

FERNÁNDEZ, Antonia Monge, *La circunstância agravante de reincidencia desde los fundamentos y fines de la pena*, Bosch: 2009.

FIGUEIREDO DIAS, Jorge de, *Direito Penal: parte geral, tomo I – questões fundamentais a doutrina geral do crime*, 2.^a ed., Coimbra: 2011.

———, *Direito Penal Português: parte geral II – as consequências jurídicas do crime*, Coimbra: 2011.

———, *Direito Processual Penal*, 1.^o vol, Coimbra: 1974.

FISZER, Fernando I., “La declaración de reincidencia”, in: FELLINI, Zulita, *Derecho de ejecución penal*, Hammurabi: 2006, p. 347 e ss.

FRANCO, Alberto Silva, “Reincidência: um caso de não-recepção pela constituição federal”, in: *Boletim IBCCRIM* 209 (2010), p. 2 e ss.

———, “Sobre a não recepção da reincidência pela constituição federal de 1988. Breves anotações”, in: RIBEIRO, Bruno de Moraes (coord.), *Direito Penal na atualidade: escritos em homenagem ao Professor Jair Leonardo Lopes*, Lumen Juris: 2010, p. 1 e ss.

FREITAS, Ricardo de Brito Albuquerque Pontes, “Reincidência e repressão penal”, in: *Revista Brasileira de Ciências Criminas* 81 (2009), p. 92 e ss.

GALLARDO RUEDA, Alberto, “El derecho a la presunción de inocencia”, in: *Cuadernos de política criminal* 38 (1989), p. 313 e ss.

GARCÍA, Luis M, *Reincidencia y punibilidad: aspectos constitucionales y dogmática penal desde la teoría de la pena*, Astrea: 1992.

GARCÍAS PLANAS, Gabriel, , “Consecuencias del principio «non bis in idem» en derecho penal”, in: *Anuario de derecho penal y ciencias penales* 1 (1989), p. 109 e ss.

GARZÓN REAL, Baltasar / MANJÓN-CABEZA OLMEDA, Araceli, “Reincidencia y constitución”, in: *Actualidad Penal* 1 (1991), p. 1 e ss.

GIANNINI, Maria Cristina, “Il recidivismo e le carriere criminali”, in: FERRACUTI, Franco (org.), *Teoria crimonogenetiche, prevenzione, ruolo delle istituzioni*, Griuffrè: 1987, p. 151 e ss.

GOMES, Magno Federici, “A compatibilidade entre a presunção de inocência e a prisão preventiva”, in: *Revista IOB de Direito Penal e Processual Penal* 53 (2009), p. 18 e ss.

GRECO, Rogério, *Curso de Direito Penal Volume I: parte geral*, 10.^a ed., Impetus: 2008.

HAFFKE, Bernhard, “Reincidencia y medición de la pena”, in: SCHÜNEMANN, Bernd (Comp.), *El sistema moderno del derecho penal: cuestiones fundamentales; estudios en honor de Claus Roxin em su 50º aniversario*, 2.^a ed., B. de F.: 2012, p. 229 e ss.

JAKOBS, Günther, “Derecho penal del ciudadano y derecho penal del enemigo”, in: JAKOBS, Günther / CANCIO MELIÁ, Manuel, *Derecho penal del enemigo*, 2.^a ed., Civitas: 2006, p. 23.

JESCHECK, Hans-Heinrich / WEIGEND, Thomas, *Tratado de Derecho Penal: parte general* (trad. Miguel Olmedo Cardenete), 5.^a ed., Comares: 2002.

JULIANO, Mario Alberto, “La reincidencia”, in: AUED, Norberto Rubén / JULIANO, Mario Alberto, *La probation y otros institutos del derecho penal*, Editorial Universidad: 2001, p. 115 e ss.

KARAM, Maria Lúcia, “Aplicação da pena: por uma nova atuação da justiça criminal”, *Revista Brasileira de Ciências Criminais* 6 (1994), p. 115 e ss.

KENSEY, Annie / TOURNIER, Pierre, “Le retour en prison: analyse diachronique”, in: *Revue de Science Criminelle et de Droit Pénal Comparé* 1 (1982), p. 134 e ss.

LATAGLIATA, Angelo Raffaele, *Contribucion al estudio de la reincidencia* (trad. Carlos A. Tozzini), Abeledo-Perrot: 1963.

LEAL, Angeles Jareño, “Reincidencia, arbitrio judicial y principio de legalidad”, in: *Poder Judicial* 22 (1991), p. 245 e ss.

LEAL-HENRIQUES, Manual de Oliveira / SIMAS SANTOS, Manuel José Carrilho, *Código Penal Anotado: I volume (art.ºs 1.º a 130.º)*, 3.ª ed., Rei dos Livros: 2002.

———, *O Código Penal de 1982*, Rei dos Livros: 1986.

LEITE JÚNIOR, Ivens Antônio, “O princípio constitucional da igualdade, a lei Maria da Penha e a magistratura brasileira”, in: *Revista da ESMEC* 18 (2011), p. 339 e ss.

LERMA, Cristina Guisasola, *Reincidencia y Delicuencia habitual*, Tirant lo Blanch: 2008.

LOEBENFELDER, Carlos Künsemüller, *Culpabilidad y Pena*, Editorial Jurídica: 2001.

LOPES, Antônio Dionísio, “A constituição, o garantismo e a reincidência”, in: FAYET, Paulo / JOBIM, Geraldo / JOBIM, Marco Félix, *Controvérsias constitucionais atuais*, Livraria do Advogado: 2014, p. 9 e ss.

MACHADO, Salvador Iglesias / BRAVO, Emilio Moreno y, “La prohibición de la duplicidad de sanciones y el principio «non bis in idem» desde la jurisprudencia constitucional y penal”, in: *Cuadernos de política criminal* 89 (2006), p. 75 e ss.

MAIA GONÇALVES, M., *Código Penal Português anotado e comentado*, 17.^a ed., Almedina: 2005.

MANTOVANI, Ferrando, *Diritto Penale: parte generale*, 7.^a ed., CEDAM: 2011.

MANZINI, Vincenzo, *Trattato di Diritto Penale Italiano*, 2.^o vol., Fratelli Bocca: 1908.

MARGARIÑOS, H. Mario, “Reincidencia y constitución nacional”, in: *Cuadernos de doctrina y jurisprudencia penal* 3-7 (1997), p. 87 e ss.

MARINUCCI, Giorgio / DOLCINI, Emilio, *Manuale di Diritto Penale: Parte generale*, 4.^a ed., Giuffrè: 2012.

MARTÍNEZ DE ZAMORA, Antonio, *La reincidencia*, Universidad de Murcia: 1971.

MAURACH, Reinhart / ZIPF, Heinz, *Derecho Penal: parte general* (trad. Jorge Bofill Genzsch e Enrique Amone Gibson), 7.^a ed., 1.^o vol, Astrea: 1994.

MAURACH, Reinhart / GÖSSEL, Karl Heinz / ZIPF, Heinz, *Derecho Penal: parte general* (trad. Jorge Bofill Genzsch), 7.^a ed., 2.^o vol, Astrea: 1995.

MELCHIONDA, Alessandro, “Recidiva e regime di procebilità”, in: *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale* 30 (1987), p. 61 e ss.

MESSINA, Giulia, “La Corte di Cassazione contro il nuovo diritto penale dell’autore recidivo rifiuta l’applicazione obbligatoria della recidiva reiterata”, in: *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale* 50 (2008), p. 881 e ss.

MESTRE DELGADO, Esteban, “Desarrollo jurisprudencial del derecho constitucional a la presunción de inocencia”, in: *Anuario de derecho penal y ciencias penales* 3 (1985), p. 721 e ss.

MIGUEZ GARCIA, M. / RIO, J. M. Castela, *Código Penal: parte geral e especial com notas e comentários*, Almedina: 2014.

MIR PUIG, Santiago, *Bases Constitucionales del Derecho Penal*, Iustel: 2011.

———, *Derecho Penal: parte general*, 9.^a ed., Reppertor: 2011.

———, *La Reincidencia en el Código Penal*, Bosch: 1974.

———, “Sobre la constitucionalidad de la reincidencia en la jurisprudência del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional”, in: *Anuario de derecho penal y ciencias penales* 46-3 (1993), p. 1139 e ss.

MORENO SANTANDER, Carlos L., “La reincidencia: una transgresión al principio de culpabilidad y los límites de ius puniendi”, in: *Revista de Estudios Criminológicos y Penitenciarios* 7 (2003), p. 9 e ss.

MOURULLO, Gonzalo Rodríguez, “Aspectos críticos de la elevación de pena en casos de multirreincidencia”, in: *Anuario de derecho penal y ciencias penales* 25 (1972), p. 289 e ss.

MUÑOZ CONDE, Francisco / ARÁN, Mercedes García, *Derecho Penal: parte general*, 8.^a ed., Tirant lo Blanch: 2010.

NASSIF, Aramis, “Reincidência: necessidade de um novo paradigma”, in: *Revista de Estudos Criminais* 4 (2001), p. 114 e ss.

PAVARINI, Massimo, “La neutralizzazione degli uomini inaffidabili: la nuova disciplina della recidiva e altro ancora sulla guerra alla unpersonen”, in: *Studi sulla Questione Criminale* 2 (2006), p. 7 e ss.

PÊCEGO, Antonio José F. de S., “Maus antecedentes e reincidência: uma (re)leitura epistemológica”, in: *Boletim IBCCRIM* 259 (2014), p. 6 e ss.

PEREIRA, Júlio Alberto Carneiro, *Lei Penal da República Popular da China: uma abordagem histórico-política*, Almedina: 2007.

PICCÀ, Georges; VENGEON, Pierre, “Caractéristiques et importance de la réitération d’infraction après l’exécution d’une peine privative de liberté: observations à propos d’une recherche”, in: *Revue de Science Criminelle et de Droit Pénal Comparé* 3 (1971), p. 712 e ss.

PITLEVNIK, Leonardo Gabriel, “Acerca de la reincidencia y otras marcas indelebles”, in: *Nueva Doctrina Penal* (2000), p. 229 e ss.

RANIERI, Silvio, *Manuale di Diritto Penale, volume primo: parte generale*, CEDAM: 1952.

ROXIN, Claus, “A culpabilidade e sua exclusão no direito penal”, in: *Revista Brasileira de Ciências Criminais* 46 (2004), p. 46 e ss.

—————, *Culpabilidad y Prevención en Derecho Penal* (trad. Francisco Muñoz Conde), Reus: 1981.

—————, *Derecho Penal: parte general, tomo I: fundamentos. La estructura de la Teoría del Delito* (trad. Diego-Manuel Luzón Peña et al), Civitas: 1997.

SÁ PEREIRA, Victor de / LAFAYETTE, Alexandre, *Código Penal anotado e comentado*, 2.^a ed., Quid Juris: 2014.

SALDARRIGA, Victor Roberto Prado, “Reincidencia, habitualidad y concurso real de delitos: nuevos problemas en la determinación judicial de la pena”, in: SCHÜNEMANN, Bernd et al, *Cuestiones Actuales del sistema penal: crisis y desafíos*, Ara: 2009, p. 547 e ss.

SÁNCHEZ, Juan José Díez, “La constitucionalidad de la reincidencia internacional”, in: *Poder Judicial* 15 (1989), p. 159 e ss.

SANCHÍS, Luis Prieto, *Garantismo y Derecho Penal*, Iustel: 2011.

SANTOS, J. Beza dos, “Crimes da mesma natureza na reincidência”, in: *Revista de Legislação e Jurisprudência* 75 (1942), p. 49 e ss.

—————, “Dúvidas quanto a aplicação da pena a reincidentes”, in: *Revista de Legislação e Jurisprudência* 75 (1943), p. 289 e ss.

—————, “Récidivistes et délinquants d'habitude”, in: *Revue de Science Criminelle et de Droit Pénal Comparé* 3 (1954), p. 687 e ss.

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

SCHIAVO, Nicolás, “La legitimación constitucional de la reincidencia concreta o específica”, in: *Revista de Derecho Penal* 1 (2009), p. 411 e ss.

SCHÜNEMANN, Bernd, “La función del principio de culpabilidad en el derecho penal preventivo”, in: SCHÜNEMANN, Bernd (Comp.), *El sistema moderno del derecho penal: cuestiones fundamentales; estudios en honor de Claus Roxin em su 50º aniversario*, 2.^a ed., B. de F.: 2012, p. 179 e ss.

SECCO, A. L. Henriques, “Theoria da reincidência”, in: *Revista de Legislação e Jurisprudência* 9 (1876), p. 161 e ss.

SERRANO GÓMEZ, Alfonso, “La reincidencia en el Código Penal”, in: *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Instituto Nacional de Estudios Jurídicos: 1976.

SILVEIRA, Fabiano Augusto Martins, “Aspectos jurídicos da reincidência: anotações gerais”, in: *Boletim IBCCRIM* 78 (1999), p. 5 e ss.

SOUZA, Marnoco E., “Da reincidência no Direito Penal português”, in: *Estudos Jurídicos* 1 (1903), p. 14 e ss.

STRATENWERTH, Günter, *Derecho Penal. Parte general I: el hecho punible* (trad. Manuel Cancio Meliá, Marcelo A. Sancinetti), Civitas: 2005.

SUANNES, Aduino, “A inconstitucionalidade da elevação da pena pela reincidência e a inaceitabilidade do reconhecimento fotográfico”, in: *Revista Brasileira de Ciências Criminais* 13 (1996), p. 318 e ss.

SUSANO, Helena, *Reincidência Penal: da teoria à prática judicial*, Almedina: 2012.

TORELLY, Paulo Peretti, “O princípio da isonomia (igualdade jurídica)”, in: *Direitos Fundamentais e Justiça* 3 (2008), p. 215 e ss.

VAELLO ESQUERDO, Esperanza, “Aspectos problemáticos de la reincidencia”, in: NIETO MARTÍN, Adán, *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos in memoriam*, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, Ediciones Universidad Salamanca: 2001.

VARGAS, Jorge de Oliveira / MOTTA, Felipe Heringer Roxo da, “Reincidência: uma agravante não recepcionada”, in: *Revista magíster de direito penal e processual penal* 6-32 (2009), p. 10 e ss.

VICENTE MARTÍNEZ, Rosario de, “La reincidencia en el código penal de 1995”, in: *Anuario de derecho penal y ciencias penales* 50 (1997), p. 169 e ss.

VIENNE, Roger, “Considérations sur la psychologie, l’origine de l’état dangereux ex les facteurs de réadaptation des multirécidivistes”, in: *Revue de Science Criminelle et de Droit Pénal Comparé* 1 (1957), p. 53 e ss.

WESSELS, Johannes, *Direito Penal: parte geral* (trad. Juarez Tavares), Sergio Antonio Fabris: 1976.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *Hacia un realismo jurídico penal marginal*, Monte Avila Editores Latinoamericana: 1993.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl / PIERANGELI, José Henrique, *Manual de Direito Penal brasileiro: parte geral*, 5.^a ed., 2004.

ZIFFER, Patricia S., “Reincidencia, ne bis in idem y prohibición de doble valoración”, in: *Cuadernos de doctrina y jurisprudencia penal* 3-7 (1997), p. 105 e ss.