

A não recepção da agravante da reincidência pela Constituição de 1988 – um novo e revolucionário Direito Penal

*Nasser Abraham Nasser Netto**

Sumário: 1 Introdução. 2 Não recepção e inconstitucionalidade – instituições que não se confundem. 3 A agravante da reincidência. 4 Tópicos favoráveis e desfavoráveis à agravante da reincidência – uma dialética necessária. 4.1 Tópicos favoráveis à reincidência. 4.1.1 O princípio da isonomia. 4.1.2 O princípio da razoabilidade. 4.1.3 A doutrina do império da ordem jurídica. 4.1.4 Os fins da pena. 4.2 Tópicos desfavoráveis à reincidência. 4.2.1 O princípio da legalidade. 4.2.2 O princípio da presunção do estado de inocência. 4.2.3 O princípio da razoabilidade. 4.2.4 Os fins da pena. 4.2.5 A execução penal. 4.2.6 O Direito Penal do autor. 5 Reflexão extra. 6 Conclusão. Referências.

Resumo: O presente artigo procura discutir a não recepção da agravante da reincidência pela ordem constitucional implantada no País em 1988, tendo em vista significar ela um desrespeito a vários princípios insculpidos na Magna Carta, a exemplo da legalidade, da presunção do estado de inocência e da razoabilidade. Pretende-se, também, concluir no sentido de que a recidiva afronta a Constituição por refletir as bases do denominado Direito Penal do autor, o que contravém ao dogma da dignidade humana.

Palavras-chave: Constituição. Código Penal. Não recepção. Agravante. Reincidência.

1 Introdução

Revolução precisa ser a palavra do momento, sobretudo em épocas de grandes transformações sociais com o Direito na

* Membro do Ministério Público do Estado do Amazonas. Promotor de Justiça Titular da 30ª Promotoria da Comarca de Manaus. Diretor-Geral do Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional do Ministério Público do Estado do Amazonas. Especialista em Direito Processual pelo Instituto de Administração e Economia do Amazonas - Fundação Getúlio Vargas. Professor de Direito Penal e Direito Processual Penal da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Amazonas.

contingência de acompanhar o evoluer da comunidade à qual se destina, devendo a ordem jurídico-penal, neste contexto, observar os humanitários e libertários princípios albergados na Constituição da República que, nada obstante ter sido promulgada aos 05 de outubro de 1988, permanece atual. Assim, necessita-se mudar para melhorar, e não há mudança mais a serviço da justiça que aquela adequada à proteção do indivíduo em todas as suas dimensões.

2 Não recepção e inconstitucionalidade – instituições que não se confundem

Certamente que a escolha do tema objeto do presente artigo não é aleatória. Há que se apartar o instituto da não recepção do da inconstitucionalidade, pois que inconfundíveis entre si.

Nessa linha, não é por acaso que se alude à não recepção da agravante da reincidência pela Carta Fundamental, bastando, para tanto, lembrar o fato de que a recidiva consta da Parte Geral do Código Penal, especificamente em seu artigo 61, inciso I. Ora, sabido é que tal Diploma normativo foi editado por intermédio da Lei de nº 7.209/84, anterior, portanto, à Carta, que é de 88.

Assim, dado que a Constituição ocupa o cumeiro da ordem jurídica, devendo toda produção legiferante do Estado guardar com ela absoluta relação de compatibilidade principiológica, resulta que a tese da inconstitucionalidade sugere contrastes com algo que esteja em vigor, vale dizer, com uma Constituição vigente. Nesse sentido, poder-se-ia pensar, a título de exemplo, em eventual inconstitucionalidade da Lei dos Crimes Hediondos (de nº 8.072/90), do Código de Trânsito Brasileiro (Lei de nº 9.503/97), da Lei de Crimes Ambientais (de nº 9.605/98) ou da Lei de Drogas (de nº 11.343/06), todas elaboradas em momento posterior ao da promulgação da *Lex Legum*. Por isso, caso se entenda a reincidência contrariando a Carta de 88, a relação aí detectada não é de inconstitucionalidade, mas de não recepção.

Obviamente, a distinção que ora se tenta estabelecer entre não recepção e inconstitucionalidade não é destituída de interesse prático; não é ela meramente de cunhagem acadêmica. Ao revés, tal diferença proporciona uma série de implicações no campo pragmático.

Confira-se, sobre o assunto¹:

Não cabe ação direta de inconstitucionalidade para questionar lei promulgada na vigência do regime constitucional pretérito. Com efeito, leis anteriores à Constituição não podem ser inconstitucionais em relação a ela, que só mais tarde veio a ter existência. Se entre ambas houver inconciliabilidade, ocorrerá revogação segundo as normas de Direito intertemporal onde a lei posterior revoga a anterior no que com ela for incompatível.

Iniciando a análise pela questão da inconstitucionalidade, diga-se que, para o deflagrar desta tese, não se provocam os mecanismos de controle previstos na ordem jurídica pátria. Trata-se do controle concentrado ou abstrato, de competência do Supremo Tribunal Federal, *ex vi* do artigo 102, inciso I, alínea “a”, da Constituição, em que a nódoa da inconstitucionalidade é o ponto principal, crucial mesmo, da demanda. Por outro lado, tem-se o chamado controle difuso ou concreto, de competência de Juízes e Tribunais, em que a pecha da inconstitucionalidade é dedutível *incidenter tantum*².

Já no atinente ao problema da não recepção, na hipótese de ser ele apontado em determinada lei, despiciendo será lançar mão dos instrumentos de controle, no mais das vezes difíceis, complexos, profundos, dirimindo-se a lide com fulcro nos princípios gerais de Direito Intertemporal, a exemplo do *lex posterior derogat legi priori*.

¹ Trecho do julgamento da ação direta de inconstitucionalidade de nº 36-5, publicado na RT 675/244 (*apud*, TEMER, 1995, p. 38).

² O controle da constitucionalidade das leis e atos normativos, no Direito pátrio, pode dar-se de duas maneiras: pela via de ação ou direta- método concentrado ou abstrato; e pela via de exceção ou defesa - método difuso ou concreto (BASTOS, 2010, p. 567).

Imagine-se a hipótese do controle difuso³ em que o tema da inconstitucionalidade chega ao conhecimento do Pretório por via de recurso extraordinário (artigo 102, inciso III, da Constituição). Nesse caso, sabe-se, uma vez declarada a mácula da inconstitucionalidade, haverá, por parte do Supremo Tribunal, comunicação ao Senado da República para os fins do artigo 52, inciso X, da Carta, o que se mostrará de todo desnecessário em se tratando de simples questão de não recepção.

Enfim, no caso do fenômeno da não recepção⁴, bastará ao Poder Judiciário reconhecer que a obra do Poder Legislativo não encontra supedâneo nos princípios constitucionalmente consagrados⁵, determinando-se, então, a não aplicação da indigitada norma e, portanto, a não incidência do instituto nela tratado. Foi o que ocorreu, acredita-se, com a recidiva penal.

3 A agravante da reincidência

Entrando no tema objeto do presente trabalho, urge esquadrihar a natureza jurídica da reincidência. Nos precisos e expressos termos do artigo 61, inciso I, do Código Penal, a recidiva constitui circunstância agravante genérica, significando que o seu reconhecimento implicará em sensível majoração na quantidade da pena imposta ao réu. É a agravante das agravantes. A agravante por excelência.

A reincidência é de aplicação obrigatória por parte do Magistrado, que irá sopesá-la na segunda etapa do procedimento

3 São características do controle difuso de constitucionalidade das leis e atos normativos: (i) qualquer pessoa, desde que disponha de interesse, é legitimada a suscitá-lo; (ii) qualquer Órgão ou Membro do Poder Judiciário tem competência para apreciá-lo; (iii) o tema não é o objeto principal da demanda, mas meramente incidental; (iv) a questão da inconstitucionalidade é de natureza prejudicial, vinculando, assim, a análise do *meritum causae* (FERREIRA, 1992, v. 4, p. 41).

4 A ordem constitucional nova, simplesmente por ser nova, revoga a ordem constitucional antiga, não havendo, portanto, necessidade de produção de outro arcabouço normativo, e isso, inclusive, por medida de economia legislativa. A ordem jurídica elaborada sob o manto de antiga Constituição é recepcionada pela Constituição nova, desde que, com esta, mostre-se aquela em relação de compatibilidade. É a figura da denominada recepção, que se destina a dar continuidade às relações sociais (TEMER, 1995, p. 38).

5 Foi o que sucedeu com a Lei de Imprensa, de nº 5.250/67, que, em sede de ação de arguição de descumprimento de preceito fundamental (de nº 130), foi considerada como estando contrária aos princípios balizadores da Constituição de 88 e, portanto, revogada (TOURINHO FILHO, 2012, p. 96).

trifásico de inflicção da pena privativa de liberdade, consoante o artigo 61, *caput*, e o artigo 68, *caput*, ambos do Código Penal, respectivamente⁶.

Em atenção a um Direito Penal que opta pelos valores inerentes ao regime democrático, o Julgador, considerando a recidiva, deve aumentar a pena dentro dos limites, mínimo e máximo, cominados ao tipo de crime, não podendo jamais levar a quantidade da sanção para além do teto previsto. Assim, inexistente *quantum* prefixado para o agravamento da pena, ficando a correspondente majoração na dependência do “prudente arbítrio” do Juiz, isto é, na dependência da discricionariedade judicial⁷.

Tratando do tema, veja-se posição assumida por Magalhães Noronha⁸:

Não se confundem, pois, essas circunstâncias com as obrigatórias (arts. 61 a 65). Nestas, o julgador não está adstrito a graus; elas agravam ou atenuam a pena, porém a majoração e abrandamento não estão declarados na lei, gozando, dessarte, o juiz de latitude quanto aos efeitos que produzirão no cômputo da pena.

Nunca é desarrazoado lembrar o conceito fornecido pelo artigo 63 do Código: reincidente é aquele que, já ostentando sentença condenatória transitada em julgado pela prática de crime anterior, vem a cometer novo delito. Extratam-se os requisitos para a configuração da reincidência: (i) prática do primeiro crime; (ii) sentença condenatória; (iii) trânsito em julgado; (iv) cometimento de novo delito.

⁶ Na aplicação da pena, segundo se conclui de leitura do artigo 68, *caput*, do Código, deve o Juiz, em primeiro lugar, estabelecer a chamada pena base, consoante os critérios do artigo 59, *caput*; depois, havendo agravantes e atenuantes, o Magistrado fará variar, para mais ou para menos, a quantidade da pena base já fixada; por fim, considerará as majorantes e minorantes acaso existentes (MESTIERI, 2002, v. 1, p. 284-285).

⁷ Discricionariedade, que não se confunde com arbitrariedade, é margem de liberdade dentro dos limites da lei (GASPARINI, 1993, p. 93).

⁸ NORONHA, 2009, v.1, p. 251-252.

No escólio de Heleno Cláudio Fragoso⁹, “Isso significa que o réu pode manter a primariedade, embora condenado por vários crimes, desde que nenhum tenha sido praticado depois da primeira condenação irrecorrível imposta.”

Certo que para aumentar a quantidade da pena, a recidiva deve vir cumpridamente demonstrada, o que se faz por intermédio da certidão cartorária do trânsito em julgado da sentença condenatória proferida em razão da prática do primeiro delito, não sendo suficiente a presença, nos autos de processo, da simples folha corrida ou a de singelo atestado de antecedentes.

E a par do agravamento da pena em si, a reincidência, na ordem jurídica vigente, proporciona vários prejuízos aos interesses do réu, senão vejamos, somente no intuito de dar alguns exemplos: (i) condenado reincidente à pena de reclusão iniciará o cumprimento da *sanctio* em regime fechado – artigo 33, §2º, alíneas “a” e “b”, do Código Penal; (ii) quando em crime doloso, a reincidência impede a substituição da pena privativa de liberdade por pena restritiva de direitos – artigo 44, inciso III, do Código; (iii) na hipótese de concurso entre agravantes e atenuantes, a recidiva ocupa a posição de circunstância preponderante – artigo 67; (iv) quando em delito doloso, a reincidência obsta à concessão da suspensão condicional da pena – artigo 77, inciso I; (v) quando em crime doloso, a reincidência aumenta o prazo de cumprimento da pena para a concessão do livramento condicional – artigo 83, inciso II, do Código; (vi) quando em delito hediondo ou a ele equiparado, a recidiva impede a concessão do livramento condicional – artigo 83, inciso V, parte final, do Código; (vii) é causa revocatória da reabilitação – artigo 95; (viii) quando anterior à sentença condenatória transitada em julgado, a recidiva aumenta o prazo

⁹ FRAGOSO, 2003, p. 415. Assim, clarividente fica a diferença entre reincidência e maus antecedentes, inclusive porque a reincidência, como circunstância agravante, é considerada na segunda etapa do processo de aplicação da pena privativa de liberdade, enquanto que os maus antecedentes, como circunstância judicial, o serão na primeira etapa (artigo 68, *caput*, e artigo 59, *caput*, ambos do Código Penal). Não há que confundir o reincidente com o primário portador de maus antecedentes.

da prescrição da pretensão executória – artigo 110, *caput*, parte final, do Código; (ix) quando posterior à sentença condenatória transitada em julgado, a reincidência é causa interruptiva do prazo da prescrição da pretensão executória – artigo 117, inciso VI, do Código Penal.

Constata-se, então, que a agravante sob exame, quando não suprime, restringe diversos benefícios, ocasionando sérios percalços ao réu com graves reflexos na esfera de seu *ius ambulandi*. Há de se ter, dessa forma, muito cuidado, muita cautela no trato da reincidência dentro do sistema positivo de Direito Penal.

4 Tópicos favoráveis e desfavoráveis à agravante da reincidência – uma dialética necessária

Chega-se ao instante de, em perspectiva eminentemente dialética, listarem-se os pontos favoráveis e, ao depois, os desfavoráveis à recidiva, iniciando a análise pelos primeiros e finalizando com os últimos.

4.1 Tópicos favoráveis à reincidência

Fundamentando a manutenção da reincidência no sistema de Direito Penal, podem ser elencados os seguintes pontos:

4.1.1 O princípio da isonomia

Adotado no artigo 5º, *caput*, da Constituição da República, o dogma da isonomia impõe que, diante da lei, os iguais sejam igualmente tratados e os desiguais desigualmente, na precisa proporção em que se igualam ou se diferenciam.

Considerando haver duas categorias, a dos réus primários e a dos reincidentes, resulta que a quantidade de pena impositiva aos primeiros jamais pode ser a mesma dos segundos, devendo

o primário ser punido mais brandamente, enquanto que os reincidentes o serão de modo mais gravoso.

Ora, é evidente o fato de que a recidiva, majorando a sanção do segundo crime, está a tratar iguais e desiguais distintamente, com o que a agravante do artigo 61, inciso I, do Código, enseja o cumprimento do cânon da isonomia¹⁰.

Por outro lado, falar em isonomia exige ponderação, peso, enfim, exige proporção, podendo-se extrair a conclusão de que, em certo sentido, a isonomia tem no princípio da proporcionalidade um de seus consectários lógicos. Sendo assim, a reincidência, confirmando a isonomia, ratifica a proporcionalidade.

4.1.2 O princípio da razoabilidade

Entende-se por razoável o que está de acordo com a razão, o que é racional, tolerável, aceitável¹¹. Significando a agravante em foco que o segundo crime deve ser mais gravemente punido, então a reincidência vai sopesar valores, dando mostras de que a obstinação na delinquência merece resposta estatal mais enérgica, já que o réu tornou a desrespeitar a integridade dos bens juridicamente tutelados. É aceitável, tolerável, racional e, assim, razoável que isso ocorra.

4.1.3 A doutrina do império da ordem jurídica

De acordo com a literatura especializada, a agravante da reincidência serve de reforço ao chamado império da ordem jurídica. Cuida-se do primado do Direito, instituído como fator

10 A isonomia, também chamada de igualdade, domina todo o universo coberto pelo ordenamento jurídico, já que o Direito tem, por natureza e essência, vocação à generalidade (MOREIRA NETO, 2002, p. 81). De fato, se, por definição, a lei, como fonte formal do Direito, é ato genérico e abstrato, referindo-se a generalidade às pessoas, e a abstração aos fatos, realizando a generalidade o princípio da isonomia, enquanto que a abstração concretiza o cânon da segurança jurídica, de todo inaceitáveis são, realmente, tratamentos desiguais ou discriminatórios.

11 Ressalta-se o conteúdo do princípio da razoabilidade na adoção de medidas obedientes a critérios aceitáveis do ponto de vista racional, em consonância com o senso de pessoas equilibradas, evitando-se, assim, condutas desarrazoadas, bizarras (MELLO, 2002, p. 91).

de segurança, estabilidade, ordem e paz social. Caso a punição infligida ao primeiro crime seja insuficiente para emendar o condenado, que, então, a segunda pena seja sensivelmente majorada, reiterando-se o império, o primado, isto é, a força com a qual a ordem jurídica se infiltra na realidade cambiante.

Nessa linha de entendimento, eis a manifestação de Paulo José da Costa Jr.¹²:

Aquele que volta a delinquir, após ter sofrido uma condenação anterior, revela “obstinado desprezo pela lei e pelo magistrado”. De fato, “a pessoa que, já condenada por crime, volta a praticar outro, ofende gravemente à autoridade da lei e ao prestígio do Estado”. Justifica-se a exacerbação da pena, pelo maior alarme social, pois no novo episódio delinqüencial vem a ser negada a autoridade e a organização do Estado, representadas pela advertência e pela força ético-jurídica da condenação proferida pelo Poder Judiciário.

4.1.4 Os fins da pena

No atinente às finalidades que se atribuem à sanção penal, frise-se haver três escolas ou teorias: a absoluta, a relativa e a eclética ou mista. Para a escola absoluta, em síntese, o escopo da pena reside na retribuição do mal pelo próprio mal, ou seja, ao mal do delito deve corresponder necessariamente o mal da sanção. É o apótema do *punitur quia peccatum*. Nos termos da escola relativa, procurando-se um fim utilitário capaz de legitimar a punição, o objetivo da pena centrar-se-ia na prevenção do crime, em seus aspectos geral¹³ e especial. Seria o aforismo do *punitur ut ne peccetur*. Já para a escola eclética, como o nome sugere,

12 COSTA Jr., 1987, v.1, p. 328. É pura ficção imaginar que o réu, quando reincide, ofende à organização do Estado, à autoridade da lei ou à dignidade do Magistrado. Não há certeza de que, segundo a regularidade estatística, isso venha necessariamente a ocorrer.

13 DOTTL, referindo-se à prevenção geral, alude ao fenômeno da chamada coação psicológica de Feuerbach (2005, p. 434).

aglutinam-se os postulados das teorias anteriores, vale dizer, a pena é tanto retribuição quanto prevenção¹⁴.

O Código Penal, *ex vi* do artigo 59, *caput*, parte final, acolhe, no assunto, a escola eclética ou mista, na exata medida em que faz referência à reprovação (ao reprovar, está a retribuir) e à prevenção do delito, colocando a pena como elemento necessário e suficiente ao cumprimento de tais desideratos.

Nesse elastério, a reincidência atuaria no sentido de confirmar a função preventiva geral e especial. Perscrutando primeiro a questão da prevenção geral, cediço é que por seu intermédio tenta-se alcançar a sociedade como um todo e, nela, os chamados infratores em potência, ou seja, aqueles que rodeiam o Código, propensos à prática dos mais variados tipos de delito¹⁵. Assim, a sanção seria uma espécie de exemplo à comunidade, emergindo a recidiva na condição de meio de advertência acerca do que ocorre quando se é pertinaz no crime, objetivando-se fazer preponderar a *contraspinta* sobre a *spinta*. Procura-se, enfim, sobrepor os impulsos criminosos aos criminoimpelentes.

Já no que diz com a denominada prevenção especial, a pena serviria de exemplo ao próprio condenado, especificamente. O apenado deveria permitir-se intimidar, dissuadir, demover-se, enfim, da ideia do delito, cumprindo a reincidência o papel de fortalecer tal posicionamento, pois que redundaria em aumento na quantidade da sanção imposta.

Sobre a ideia de prevenção especial, eis o ensinamento do preclaro René Ariel Dotti¹⁶: “Por *prevenção especial* entende-se o objetivo de evitar que o sujeito cometa novas infrações. Trata-se de proporcionar ao condenado, através da execução da pena, caminhos opostos à reincidência.”

14 Retribuição e prevenção como faces da mesma moeda (LUNA, p. 322). Embora a sanção ostente finalidades preventivas gerais e especiais, a retribuição está na raiz da pena, traduzindo-lhe, inclusive, a essência, pois que redundaria na proporcionalidade entre a resposta estatal e o comportamento do agente.

15 NORONHA alude aos que “tangenciam o Código Penal”, desprovidos “de freios inibitórios seguros, advertindo-os de não transgredirem o mínimo ético” (2009, v.1, p. 224).

16 DOTTI, 2005, p. 434. Como se isso, na prática, fosse possível. Como se a execução penal realizada no País contasse com a efetiva aplicação da Lei de nº 7.210/84, quando se sabe que o apenado não tem direito sequer ao trabalho e à instrução, e isso para fins de remição de parte da quantidade de sua reprimenda.

4.2 Tópicos desfavoráveis à reincidência

Desta feita, fundamentando a não recepção da agravante sob exame, importando, conseqüentemente, extirpá-la do sistema em vigor, observe-se os argumentos a seguir listados:

4.2.1 O princípio da legalidade

Insculpido no artigo 5º, inciso XXXIX, da Carta de Outubro, bem assim no artigo 1º do Código Penal, o dogma da legalidade constitui o grande sustentáculo do Estado de Direito. É garantia política de resguardo da liberdade individual em face dos prováveis desmandos do Poder Público, plasmando-se no aforismo *nullum crimen nulla poena sine lege*.

Os regimes democráticos costumam embutir na lei a expressão da vontade do povo. Nesse sentido, somente a lei tem o condão de prever crimes e estabelecer as correlatas sanções. Trata-se da força da lei a moldar a realidade social e sendo por ela moldada, em fascinante processo simbiótico.

A legalidade desdobra-se em quatro determinações a serem rigorosamente cumpridas por ocasião do procedimento legislativo constitucionalmente regulado. Destarte, decorre do princípio sob exame a exigência de que a lei definidora de delitos e penas deva ser: (i) prévia; (ii) escrita; (iii) estrita; (iv) taxativa¹⁷.

Lei prévia é aquela anterior ao fato que se pretende punir, emergindo dessa determinação os vetores da irretroatividade da *lex gravior* e o da retroatividade da *lex mitior*, o primeiro em abono à segurança jurídica e o segundo cunhado *favor rei* (artigo 5º, inciso XL, da Constituição e artigo 2º do Código Penal).

Lei escrita é a norma objetiva, positiva, posta, gravada na folha de papel, observando-se, então, o cânone da certeza do Direito, pois que é imprescindível ao cidadão saber exatamente o

¹⁷ Nesse sentido, TOLEDO, 1991, p. 22.

que ele pode e o que não pode fazer, sendo inescusável a alegação do desconhecimento da lei, nos termos do artigo 21, *caput*, primeira parte, do Código Penal. Com tal exigência, proscrevem-se os costumes na função de prever crimes e estabelecer penas.

Lei estrita é a norma em sentido formal, técnico, produzida a partir do processo legislativo disciplinado na Constituição da República. É lei derivada de projeto cuja iniciativa, discussão e votação ocorrem nas Casas do Congresso, cabendo a sanção, a promulgação e a publicação ao Chefe do Poder Executivo. Com tal exigência, vedam-se medidas provisórias e leis delegadas na função definidora de delitos e sanções. Enfim, é a lei *stricto sensu*.

Lei taxativa é aquela que não deixa margem a dúvidas quer no tocante aos elementos, objetivos, subjetivos e normativos do tipo de crime, quer no atinente aos limites, mínimo e máximo, da correspondente pena. Desse modo, os indivíduos estarão cientes a respeito da zona do legal e do ilegal, do lícito e do ilícito.

Descortinando o conteúdo do princípio em xeque, verifica-se a presença do denominado *non* ou *ne bis in idem*. Cuida-se da proibição de se punir alguém duas ou mais vezes em razão de um mesmo e único fato. É autêntica medida de justiça material, colimando-se obediência à proporcionalidade.

Neste ponto exsurge a reincidência violando a legalidade, pois configura autêntico *bis in idem*, relevando observar a lição de Ricardo Antunes Andreucci, que assim se pronuncia¹⁸:

A abolição da reincidência é defendida por se entender não ser legítimo que o crime anterior interfira na quantidade penal cabível e imposta ao fato posterior objeto do julgamento, sendo um *bis in idem* levar-se em conta uma condenação já transitada em julgado. Argumenta-se que “a valoração da conduta deve efetuar-se apenas tendo por base as circunstâncias concretas e atuais relativas ao fato.”

¹⁸ ANDREUCCI et. al., 1987, p. 175.

Veja-se que, cometido o primeiro crime, incide a aplicação da respectiva pena, tendo-se por devida e exemplarmente punido o sujeito agente. Perpetrado o segundo delito, irrogada a sanção que lhe cabe, será ela aumentada, e isso na conformidade do trânsito em julgado da sentença condenatória proferida pela prática da primeira infração. É o que impõe o artigo 61, inciso I, do Código Penal.

De notar que o primeiro delito, como fato da natureza, serve de fundamento tanto para a punição que lhe é correspondente quanto para o agravamento da sanção imposta em virtude da prática do segundo crime, isto é: um mesmo e único fato ensejando a sempre odiosa dupla punição do réu. *Bis in idem*, portanto e, com ele, ofensa à Constituição.

Atente-se para as palavras de Alberto Silva Franco¹⁹:

Não se compreende como uma pessoa possa, por mais vezes, ser punida pela mesma infração.

4.2.2 O princípio da presunção do estado de inocência

Inserida no artigo 5º, inciso LVII, da *Lex Legum*, a presunção do estado de inocência, infundindo todo o sistema positivo de Direito Penal, coloca a agravante da reincidência em rota de colisão com a Carta Magna.

O artigo 63 do Código é extenuado de dúvidas ao determinar que a recidiva se verifica quando da prática do novo crime, sabendo-se que, neste momento, presumida é a inocência do réu, pois não foi ele sequer processado. Não há meio de se compatibilizarem os dispositivos da Constituição e do Código Penal, uma vez que o Magistrado, proferindo sentença em razão do segundo delito, ao aplicar a pena, já considera a agravante do artigo 61, inciso I, antes do trânsito em julgado desta decisão, ocasião em que o condenado ainda é presumidamente inocente.

¹⁹ FRANCO et. al., 2007, p. 367.

4.2.3 O princípio da razoabilidade

A mesma razoabilidade acima utilizada para fundamentar a manutenção da reincidência pode, agora, ser encarada em perspectiva diametralmente oposta, ou seja, no sentido de embasar a tese adversa, qual, a da não recepção da agravante sob comento pela ordem implantada no País em 1988.

Já foi visto que o presente princípio coincide com o que é racional, tolerável, aceitável, muito embora o ponto primacial aqui resida no fato de se focar a razoabilidade como sendo a proibição do excesso. Assim, como poderia o dogma em epígrafe fundamentar a manutenção da recidiva se esta é justamente aquele excesso, excesso punitivo, que se busca coibir?

Reincidência e razoabilidade estão em total contradição. Nos mesmos termos em que justiça e parcialidade são ideias contrárias entre si, reincidência e razoabilidade não coexistem, e isso na dinâmica de um sistema jurídico que se diz lógico, harmônico e coerente.

Como o princípio da razoabilidade está a permear o Texto Constitucional, afrontando o aludido princípio, patente é que a recidiva ofende a Constituição, não tendo sido por ela recepcionada. É a reincidência, com absoluta certeza, algo irracional, intolerável, inaceitável, desproporcional²⁰, excessivo e, por óbvio, não razoável.

4.2.4 Os fins da pena

O argumento relativo às finalidades da pena, antes encartado entre os tópicos favoráveis à agravante *sub examine*, pode, também, ser incluído entre os pontos a ela desfavoráveis, para que, ao final, se conclua pelo expurgo da circunstância prevista no artigo 61, inciso I, do Código.

²⁰ Há quem refute a agravante da recidiva tendo em linha de consideração o fato de que ela infringe a proporcionalidade que deve reinar entre o delito e a sanção, pois, majorando a quantidade da pena, o réu estaria pagando por algo totalmente estranho ao segundo crime (NORONHA, 2009, v.1, p. 262).

Já se disse que a prevenção geral e a especial constituem os escopos da pena, pretendendo-se, com a primeira, alcançar os chamados infratores em potência, dissuadindo-os da prática delitiva, enquanto a prevenção especial procura atingir o condenado, especificamente, afastando-o da ideia de um novo crime e, se possível, reinserindo-o no seio da tessitura social.

Nada obstante, a prevenção geral, na prática, não passa de mito. Trata-se de função penal irrealizável, sobretudo tendo-se em vista a precariedade do sistema como um todo, o qual, além de não possuir qualquer credibilidade, não se coaduna com as mais primárias posturas dogmáticas, fundadas nos mais profundos estudos científicos.

De outro lado, urge indagar: quem são os delinquentes em potência? Como fazer para, dentro da coletividade, identificá-los? O crime é produto de fatores endógenos (internos) e exógenos (ambientais) que, combinados, vão desembocar no fenômeno antissocial por excelência. Pensar em indivíduos naturalmente inclinados à criminalidade é achar que existem maus e bons cidadãos, bandidos e mocinhos, vilões e não vilões, num etiquetamento de fazer inveja às tramas novelísticas de nossa teledramaturgia. Todos são passíveis de, um dia, incidir na delinquência, sem que se possa falar em inimigos da sociedade.

No tocante à chamada teoria do etiquetamento ou do *labeling approach*, manifesta-se Paulo Queiroz²¹:

Para essa teoria, o delito carece de consistência material (ou ontológica), mas, mais do que isso, são os processos de reação social – é dizer, o controle social mesmo – que criam a conduta desviada, ou seja, a conduta não é desviada em si (qualidade negativa inerente à conduta), mas em razão de um processo social – arbitrário e discriminatório – de reação e seleção. (...). O desviante é alguém a quem aquele rótulo foi aplicado com sucesso; comportamento desviante é o comportamento que as pessoas rotulam como tal.

21 QUEIROZ, 2006, p. 147.

Divisar a reincidência contribuindo para o cumprimento da prevenção geral é pueril utopia, pois não há contribuição para aquilo que não existe.

Por seu turno, à prevenção especial não assiste melhor sorte, vez que, salvante raríssimas exceções (tão raras que chegam a ser pontuais), o apenado não se permite intimidar ante o exemplo punitivo. Ao contrário, a pena constitui fator de excitação, sabendo-se que o proibido, justamente por sê-lo, usa estimular. E quanto ao problema da reinserção social, muito embora o ideal fosse a sua concretização, isto não se verifica. Logo, a agravante do artigo 61, inciso I, também não favorece a observância da prevenção especial, devendo ser extinta de nosso Direito, já que não recepcionada pela Carta de 88.

4.2.5 A execução penal

Disciplinada na Lei de nº 7.210/84, a execução penal conta, entre nós, com o respaldo da chamada teoria da nova defesa social²², significando pertencer às amarelas laudas de nossa História a consideração do apenado na condição de mero objeto da atividade executória do Estado. Hoje, o condenado ocupa posição de sujeito de direitos e obrigações, titulando situações indiscutivelmente de vantagem²³, e tanto isso é verdade que a mencionada Lei prevê, em seu artigo 41, vários direitos do preso e, no artigo 39, elenca diversos deveres. É, assim, genuína relação jurídica a que se trava no curso do processo de execução, com o apenado num dos polos e o Estado no outro.

Sucede, entretanto, que as propostas de recuperação não conseguem sair do texto da Lei. Com efeito, o sistema penitenciário é caótico, deletério, falido, desacreditado, desumano e aviltante. A superpopulação carcerária, a ociosidade, a promiscuidade, o diuturno vilipêndio aos mais

²² Ver artigo 1º da Lei de Execução.

²³ A expressão é encontrada em CINTRA et. al., 2000, p. 315.

primários direitos do preso dão a tônica. As celas funcionam como faculdades e a penitenciária como universidade do crime e da violência, com reclusos e detentos sendo vítimas de abusos, sevícias, maus-tratos, relegados ao mais profundo e absoluto olvido. É a execução, muito mais que o próprio processo penal cognitivo, um dramático impacto na vida da pessoa.

E o contexto tende a tornar-se cada vez pior. De fato, como ressocializar retirando a pessoa da sociedade, privando-a de seu *ius veniendi*? A pena de prisão, portanto, é uma contradição dentro dela própria. Remotíssimas são as possibilidades de mudança no atual quadro, o que é assaz desalentador.

Tratando da questão relativa à “irrecuperação penitenciária”, pondera Augusto Thompson²⁴:

Parece inviável (...) sequer resolver o problema da superpopulação carcerária no Brasil. Se considerarmos que, mesmo para os otimistas, o efeito regenerador da prisão, para ser alcançado, depende da inversão ainda de maior soma de recursos no setor (elevação do número de terapeutas, aumento do quantitativo de guardas, com aprimoramento de qualificação etc.), fácil fica verificarmos como a aludida meta se afasta de real factibilidade.

E mais:

No momento, esposo o ponto de vista de que a questão penitenciária não tem solução “em si”, porque não se trata de um problema “em si”, mas parte integrante de outro maior: a questão criminal, com referência ao qual não desfruta de qualquer autonomia. A seu turno, a questão criminal também nada mais é que mero elemento de outro problema mais amplo: o das estruturas sócio-político-econômicas. Sem mexer nestas, coisa alguma vai alterar-se em sede criminal e, menos ainda, na área penitenciária.

²⁴ THOMPSON, 1991, p. 109-110.

No bojo desse estado de coisas não é estratosférico imaginar a prática do delito intramuros, consubstanciando-se, então, a recidiva. Ora, óbvio resulta que a incapacidade do Estado em gerir o sistema penitenciário é o que arrasta o preso ao cometimento do novo crime, forjando, conseqüentemente, a reincidência. Poder-se-ia até falar num princípio da corresponsabilidade estatal, mais ou menos nos moldes em que se tem o princípio da denominada coculpabilidade social. O Poder Público é, sim, corresponsável pela reincidência do apenado. A precariedade do sistema leva a isso²⁵. É indubitável. É irrefragável.

Nessa linha de pensamento, preconize-se que a recidiva, *in casu*, seja mantida na ordem jurídica vigente, embora não como circunstância agravante e, sim, como atenuante de pena, constando, inclusive, do exemplificativo rol do artigo 65 do Código Penal ou, quando muito, abarcada pela previsão das atenuantes inominadas, *ex vi* do disposto no artigo 66.

4.2.6 O Direito Penal do autor

Não tem o Estado legitimidade para punir alguém em razão do que a pessoa é²⁶; a função punitiva somente pode ser exercitada considerando-se o que o indivíduo fez. A personalidade, a forma de vida, as opções, as escolhas da pessoa não podem ser a causa da punição; a conduta, o comportamento, as atitudes, a ação, sim. Cuida-se, força é convir, da dicotomia Direito Penal do autor e Direito Penal do fato. Inomináveis seriam as arbitrariedades cometidas caso se adotasse o malfadado Direito Penal do autor

²⁵ A jurisdicionalização do processo de execução penal perpassa pela necessidade de se entregar o fenômeno do cumprimento da pena privativa de liberdade a Órgãos dotados de preparo técnico, surgindo, em tal contexto, a figura do Juízo da Execução, bem diferenciado do Juízo da Condenação, vez que este, ao contrário daquele, não está acostumado a enfrentar e a tratar o "fato penitenciário", o qual exige a presença de Juízes com formação específica. Além disso, enquanto o Juiz da Condenação, presidindo o processo de conhecimento, volta-se ao passado e, nesse sentido, procura reconstruir a dinâmica do fato criminoso, o Juiz da Execução, imbuído de preocupações ressocializadoras, projeta-se para o futuro, tentando contribuir para a melhoria das condições do apenado (CASTILHO, 1988, p. 45).

²⁶ Não tem o Estado legitimidade para punir, por exemplo, um homossexual, simplesmente por ser o indivíduo homossexual. Entretanto, caso o homossexual venha a cometer um homicídio, será punido em razão de seu fato (dogma do ato), e não de sua pessoa (dogma do autor).

que, aliás, é totalmente contrário ao fundamento da dignidade humana²⁷. Assim, a Constituição, como expressão de democracia, alberga o Direito Penal do fato.

Verificando a agravante da reincidência, é de concluir ser ela um espelho absolutamente fidedigno do Direito Penal do autor e, nesse sentido, não teria sido recepcionada pela Carta de Outubro, professando Alberto Silva Franco o que a seguir se transcreve²⁸:

O fato criminoso que deu origem à primeira condenação não pode, depois, servir de fundamento a uma agravação obrigatória da pena, em relação a um outro fato delitivo, a não ser que se admita, num Estado Democrático de Direito, um Direito Penal atado ao tipo de autor (ser reincidente), o que constitui uma verdadeira e manifesta contradição lógica.

Ainda sobre o tema, e em atenção ao Direito italiano, vale analisar trecho de Giuseppe Bettiol²⁹:

O Código no artigo 70 considera a reincidência como circunstância subjetiva, inerente à pessoa do culpado, que agrava a pena pelo crime praticado depois de uma condenação proferida por um crime precedente. Não acreditamos porém que a reincidência (ainda que no processo deva ser atribuída ao réu) possa ser considerada como uma circunstância do crime, porque ela não se reflete sobre do ilícito: é elemento que não altera a *quantitas delicti* ser o crime praticado por um primário ou por um delinqüente reincidente. O delito permanece o mesmo na sua gravidade

27 Nesses termos, e pelos mesmos argumentos atinentes à agravante da recidiva, é possível aduzir-se que também o *caput* do artigo 59 do Código Penal não foi recepcionado pela atual Constituição, pois que os "antecedentes", a "conduta social" e a "personalidade" do agente são reflexos do acolhimento de um indisciplinado Direito Penal do autor.

28 FRANCO et. al., 2007, p. 367.

29 BETTIOL, 1971, v. 2, p. 175-176. Ora, considerando ser a recidiva circunstância inerente à pessoa do culpado; considerando ser ela hipótese de culpa do autor; e, ainda, considerando que registra uma culpa pela conduta de vida, insofismável que a agravante da reincidência é expressão do Direito Penal do autor, não tendo sido recepcionada pela ordem constitucional de 1988.

ou atenuação. É que a reincidência é fixada pelo legislador porque, através desta qualificação do agente, empresta-se relêvo e significado penal a uma culpa que supera a de cada crime singular praticado e colora todo um gênero de vida. É uma hipótese de culpa de autor ou de culpa pela conduta da vida, a que já nos referimos.

Ora, cometido o primeiro crime e imposta a respectiva pena, esgotada encontra-se a função punitiva do Estado, tendo-se por efetivamente sancionado o agente da infração. Perpetrado o segundo delito e configurada a recidiva, qual a razão do agravamento da pena que lhe é correspondente? Certamente que não é o fato em si mesmo, mas a pessoa do réu. Ele, como portador da reincidência, terá sua sanção majorada. A pessoa, o indivíduo, o cidadão está sendo punido em virtude de sua própria condição: a de reincidente³⁰.

Segundo doutrina Ney Moura Teles³¹, "(...) diante do princípio da culpabilidade, e tratando-se o nosso de um direito penal do fato, não se pode aceitar que a reincidência conduza à necessidade de maior agravação da pena."

5 Reflexão extra

Encerrada a abordagem sobre os tópicos favoráveis e desfavoráveis à recidiva penal, e sempre no desiderato de embasar a conclusão no sentido de que a reincidência não foi recepcionada quando da promulgação da Carta Maior, diga-se que tal agravante, com todo o seu arsenal de prejuízos, estigmatizando o réu ou o condenado, pode nada significar. Nesse sentido, réu primário autor de quatro latrocínios é, sem vacilações, muito mais perigoso do que um reincidente na prática de dois furtos ou de três estelionatos³².

³⁰ O que se pune não é a reincidência, mas o reincidente, sendo a recidiva, nos dizeres de Riccio, uma circunstância inerente à pessoa do réu (ANDREUCCI et. al., 1987, p. 175). Trata-se, indiscutivelmente, de adotar-se o malsinado Direito Penal do autor, em total afronta ao fundamento da dignidade da pessoa (artigo 1º, inciso III, da Constituição).

³¹ TELES, 2006, v.1, p. 378.

³² FRANCO et. al., 2007, p. 367.

O artigo 61, inciso I, do Código Penal, afirma ser a recidiva circunstância agravante de incidência compulsória. O dispositivo não alude à natureza dos delitos, se dolosa ou culposa³³. Ora, na medida em que a Lei não distingue, não caberia ao exegeta fazê-lo, e muito menos ao aplicador.

Sendo assim, tome-se, a título de exemplo, a hipótese de alguém vir a cometer um crime doloso e, depois, um delito culposo. Será, ante o texto frio do Código, portador da reincidência, devendo a quantidade da pena do segundo fato ser aumentada.

Entretanto, o que quer dizer o delito culposo? Não houve intenção no macular a incolumidade do bem juridicamente protegido. O agente não procedeu sob o pálio da malícia típica do fato doloso. Houve, isto sim, mero acidente, infortúnio, sendo a culpa um componente de azar³⁴. É ela apenas um ponto na vida da pessoa, importando, com Fernando de Almeida Pedroso, lembrar que³⁵:

A nota característica do procedimento culposo, dessarte, como momento inicial de sua anatomia, encontramos na conduta contrária ao dever de diligência e precaução, que se exprime e exterioriza através da imprudência, negligência ou imperícia.

Nesse sentido, cabe questionar: é proporcional, é razoável, é legítimo, é justo, enfim, majorar-se a quantidade da sanção imposta em virtude da prática de fato simplesmente accidental? Óbvio que a resposta haverá de ser negativa.

E no caso de reincidência plasmada a partir de dois crimes culposos? Insofismável que abundarão as razões até aqui colacionadas.

Aplicando-se a agravante da reincidência a essas hipóteses, certamente haveria excesso punitivo sem qualquer

³³ Os delitos postos em questão podem ser dolosos, culposos, ou um doloso e o outro culposo (FRAGOSO, 2003, p. 417).

³⁴ Quando se fala em "componente de azar", a caracterizar o delito culposo, alude-se ao resultado do crime que, segundo entendimento doutrinário autorizado, é elemento do fato típico (NORONHA, 1957, p. 70).

³⁵ PEDROSO, 2000, p. 421.

vantagem para o processo de reintegração social do apenado, aquele mesmo excesso que o cânone da razoabilidade, ínsito à Constituição, pretende combater.

6 Conclusão

Ante os argumentos expostos, a única ilação possível é a de que a recidiva não foi recepcionada pela Constituição de 1988. É chegada a hora de ousar. Os valores imperantes em 1984, época de elaboração da Parte Geral do Código, já não mais vingam. Preocupações exacerbadas com a segurança, à custa da liberdade humana, não mais se propõem. Hoje a realidade aponta para a primazia dos direitos e garantias fundamentais, tendo, à dianteira, a soberania popular, a cidadania e a tão festejada dignidade da pessoa. Extirpando a agravante da reincidência do sistema em vigor, estar-se-á dando significativo passo rumo à construção de um novo e revolucionário Direito Penal.

The non-receipt of recidivism aggravating by the 1988 Constitution - a revolutionary new Criminal Law

Abstract: The present study aims to discuss the non reception of criminal recurrence aggravating circumstances by the constitutional order inserted in 1988, assuming it means a disrespect to several constitutional principles such as legality, presumption of the state of innocence and reasonability. It also intends to conclude that criminal recurrence insults the Federal Constitution by reflecting the idea of Criminal Law of Perpetrator Theory, which violates human dignity dogmas.

Keywords: Constitution. Criminal Law. Non Reception. Aggravating. Recurrence.

Referências

- ANDREUCCI, Ricardo Antunes; DOTTI, René Ariel; PITOMBO, Sergio de Moraes. *Penas e Medidas de Segurança no novo Código*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987.
- BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.
- BETTIOL, Giuseppe. *Direito Penal; Parte Geral*. Tradução de Paulo José da Costa Jr. e Alberto Silva Franco. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1971.
- CASTILHO, Ela Wiecko de. *Controle da Legalidade na Execução Penal*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988.
- CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.
- COSTA Jr., Paulo José da. *Comentários ao Código Penal; Parte Geral*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1987.
- DOTTI, René Ariel. *Curso de Direito Penal; Parte Geral*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.
- FERREIRA, Pinto. *Comentários à Constituição Brasileira*. São Paulo: Saraiva, 1992.
- FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de Direito Penal; Parte Geral*. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.
- FRANCO, Alberto Silva; STOCO, Rui. *Código Penal e sua Interpretação*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- GASPARINI, Diogenes. *Direito Administrativo*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1993.
- LUNA, Everardo da Cunha. *Capítulos de Direito Penal; Parte Geral*. São Paulo: Saraiva, 1985.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.
- MESTIERI, João. *Manual de Direito Penal; Parte Geral*. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo; Parte Geral e Parte Especial*. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

- NORONHA, Edgar Magalhães. *Direito Penal*. 38. ed. São Paulo: Rideel, 2009.
- _____. *Do Crime Culposos*. São Paulo: Saraiva, 1957.
- PEDROSO, Fernando de Almeida. *Direito Penal*. 3. ed. São Paulo: Leud, 2000.
- QUEIROZ, Paulo. *Direito Penal; Parte Geral*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.
- TELES, Ney Moura. *Direito Penal; Parte Geral*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2006.
- TEMER, Michel. *Elementos de Direito Constitucional*. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 1995.
- THOMPSON, Augusto. *A Questão Penitenciária*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991.
- TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios Básicos de Direito Penal*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1991.
- TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Manual de Processo Penal*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.