

Flexibilização do Direito do Trabalho no Brasil <i>Platon Teixeira de Azevedo Neto</i>	195
Meios de comunicação de massas e sua caracterização como fator criminógeno <i>Rodrigo de Abreu Fudoli</i>	217
Prolegômeros à hermenêutica jurídica <i>Túlio Lima Vianna</i>	243

FUNDAMENTOS TÉCNICO-JURÍDICOS DA REINCIDÊNCIA NO MODERNO DIREITO PENAL

Fabiano Augusto Martins Silveira*

Sumário

1. Introdução. 2. Fundamentos da reincidência: colocação do problema. 3. A Escola Clássica. 3.1. Improcedência da agravação e o princípio *non bis in idem*. 3.2. Alarime social e a insuficiência da pena anterior. 3.3. Não-obrigatoriedade da agravação. 3.4. Comentários. 4. A Escola Positiva 4.1. Comentários. 5. Tipo legal criminológico repressivo em face da idéia de *personalidade criminosa*. 5.1. Comentários. 6. A reincidência como agravante da imputabilidade. 6.1. Comentários. 7. A idéia de *culpabilidade agravada*. 7.1. Síntese da evolução do conceito da culpabilidade penal. 7.2. O objeto do juízo da culpabilidade no Direito Penal moderno. 7.3. Fundamentos técnico-jurídicos da reincidência. 8. Crítica ao caráter obrigatório da reincidência. 9. Requisitos legais. 10. Natureza jurídica. 11. Efeitos da reincidência e uma nova leitura do princípio *non bis in idem*. 12. Bibliografia.

* Estudante do 10º período da Faculdade de Direito da UFMG. Monitor das disciplinas Direito Penal I e II. Ex-bolsista do CNPq, período em que desenvolveu a pesquisa intitulada *Da reincidência criminal e sua prevenção: Aspectos jurídicos e criminológicos – sob a orientação da Profª. Sheila Jorge Selim de Sales.*

1 INTRODUÇÃO

O estudo sistemático da reincidência criminal sob o enfoque teórico-dogmático reveste-se de atual importância se considerarmos o dramático quadro da situação carcerária no Brasil, assim como a violência e a criminalidade ostensivas. Não se desconhece, porém, que apenas a conjugação das investigações criminológicas relativas ao tema permitirá avanços sensíveis na ciência penal, capacitando-a para a leitura de nossa complexa realidade social.

O presente trabalho contribui especificamente para a reflexão dos fundamentos técnico-jurídicos da reincidência, apoiando-se, para tanto, na revisão das teorias que disputam o tratamento doutrinário da matéria, ao lado dos comentários sequencialmente desenvolvidos.

Com o emprego do método histórico-evolutivo foi possível discernir modelos paradigmáticos diversos no tratamento da reincidência pelas principais escolas penais, chegando-se ao marco do Estado Democrático de Direito com o objetivo de melhor compreender a natureza jurídica do instituto, seus efeitos e sua conformação aos fundamentos que lhe empresta o Direito Penal moderno.

2 FUNDAMENTOS DA REINCIDÊNCIA: COLOCAÇÃO DO PROBLEMA

O instituto da reincidência, historicamente, sempre proporcionou ao infrator um tratamento mais rigoroso, seja pela agravamento da pena, seja por outros efeitos igualmente danosos.

Seguramente, como instituto característico de Política Criminal, propósitos de repressão e prevenção criminal determinam a austeridade da lei penal em face da indesejável recaída delituosa.

Está convencido o legislador penal de que a punição mais grave atenderá melhor à luta eficaz contra o crime. Não seria aceitável equiparar, por razões nitidamente culturais, o reincidente ao primário, mesmo porque a previsão de uma sanção penal mais drástica, em tese, seria motivo de dissuasão geral.

Todavia, centrando-nos no ponto de vista científico do Direito Penal, que fundamentos, harmonizados com sua técnica e princípios, autorizariam a im-

posição da pena mais grave ao reincidente, assim como a produção de diversos outros efeitos? Passamos além: é possível encontrar fundamentos legítimos para o instituto perante um Direito Penal presidido por princípios democráticos? Sob qual perspectiva histórica e sobre quais pressupostos devemos enfrentar esse problema?

Constatamos, em primeiro lugar, que a literatura jurídica nacional ressen-te-se de trabalhos especializados sobre a reincidência criminal. Nenhuma precipitação há em dizer que o instituto merece, por parte de nossa doutrina e de nossa jurisprudência, melhor construção dogmática, interpretação e compreensão de seus fundamentos técnico-jurídicos. Destacáramos, não obstante, os importantes estudos de *Synésio Rocha*,¹ *Roberto Lyra*² e *Anibal Bruno*.³

Em síntese: a condição mais gravosa imposta ao reincidente a partir de orientações da Política Criminal assume conteúdo técnico-jurídico quando reconhecida pelo Direito positivo. Essa integração implica repercussões nos demais institutos do Direito Penal (pena, crime, culpabilidade, periculosidade, personalidade, imputabilidade, etc.), considerado enquanto unidade lógica.

De conseqüência, com inúmeras controvérsias não findas, a doutrina penal procurou identificar os fundamentos que justificam a agravamento da pena pela reincidência ou, por outro caminho, defender a ausência de uma sólida e legítima fundamentação para o instituto.

3 A ESCOLA CLÁSSICA

3.1. Improcedência da agravamento e o princípio *non bis in idem*

Somente no início do século XIX, e mais precisamente a partir do Código francês de 1810, vislumbra-se um avanço na codificação da reincidência, fato que, paralelamente, permitiu a maior elaboração doutrinária sobre a matéria.⁴

1 *Da reincidência*, 1938.

2 *Comentários ao Código Penal*, 1955.

3 *Direito penal*, 1967.

4 As remotas origens da reincidência apontam para o Direito Romano. Reunimos, sinteticamente, algumas notas históricas anteriores ao século XIX: a) já se observava a distinção entre reincidência *específica* e *genérica*; b) no Direito Romano, no Direito Canônico, no Direito Germânico medieval e até nas leis bárbaras, a reincidência fazia agravar a pena somente em relação a determinados crimes (furto, heresia, concubinato, etc.); c) há que ser considerada a

Também no início do século XIX surge a Escola Clássica do Direito Penal. Parte de seus representantes eram de posição contrária à função agravante da reincidência, alegando a injustiça de se fazer pesar sobre o réu, pela segunda vez, um delito já expiado.

Esta corrente, sustentada por *Tissot, Carmignani, Carnot, Alauzet, Gesterding, Pagano, Köstlein, Merkel, Mittermayer, Orano*⁵ e outros, defendia que o delito anterior já havia sido objeto de punição e que considerá-lo novamente, com o efeito de agravar a pena imposta ao novo delito, seria uma violação ao *non bis in idem*, princípio geral do Direito Penal que se condensa na proibição da dupla valoração fática para efeito de dimensionamento da pena.

Ao lado da indicação de improcedência da agravante pelo desrespeito ao *non bis in idem*, argumentava-se que a recaída no crime, com frequência, se vinculava a condições externas do meio ambiente ou ocasionais, não imputáveis ao infrator. O simples fato da repetição da conduta criminosa não elevaria o dano material, moral e político do delito; daí, não haver justificativas para a agravação da pena.

*Bourdon, Tissot e Kleinschrod*⁶ chegaram a compreender a reincidência enquanto causa de atenuação da pena, atribuindo menor culpabilidade moral ao reincidente. Este, impulsionado pelo hábito, agiria com menor liberdade e consciência, uma vez que os obstáculos à sua vontade eram também menores. Por esse raciocínio, a inclinação ao crime e a restrita liberdade para conduzir-se significavam menor imputabilidade.

Esta teoria não obteve expressão na Escola Clássica. Seus críticos apontam um confinamento no campo da liberdade moral e um distanciamento do

enorme dificuldade de comprovação da prática do crime anterior, haja vista a desorganização judicial e a limitação territorial dos Estados; d) os dispositivos referentes à reincidência não eram previstos com muita precisão, uma vez que o Direito, sob a égide das penas arbitrárias, permitia total liberdade ao juiz para aplicar, no exame do caso concreto, a que entendesse adequada. (Sobre o ponto cf. MANZINI Vincenzo. *Tratado de derecho penal*, v. 3, p. 460 *et seq.*; LYRA, Roberto. *Comentários ao código penal*, v. 2, p. 316; BRUNO. *Direito penal*, t. 3, p. 112-13, nota 3).

5 *Apud* MAGGIORE, Giuseppe. *Diritto penale*, v. 1, t. 2, p. 638; LYRA, Roberto. *Op. cit.*, p. 318; ROCHA, Synésio. *Da reincidência*, p. 27; CARRARA, Francesco. *Opuscoli di diritto criminale*, v. 2, p. 136.

6 *Apud* MAGGIORE, Giuseppe. *Op. cit.*, p. 638; LYRA, Roberto. *Op. cit.*, p. 318 *et seq.*

problema político da reincidência. *Lyra*, a este respeito, comenta que a pretensão de emprestar função atenuante à reincidência, “por si só, bastaria para indicar o divórcio entre tal concepção e os fundamentos, o objeto e os fins do próprio direito penal”.⁷

O problema da quebra do princípio *non bis in idem* revelou-se o argumento de maior força no combate ao efeito agravante da reincidência, alçando prestígio para dividir a Escola Clássica.

Na reincidência, precisamente o primeiro delito receberia dupla valoração. Invocá-lo, para efeito de agravar a pena aplicada ao crime posterior, demonstraria, indubitavelmente, a dupla punição de um delito já penalizado – desagrada injustiça.

Tomando-se como marcos da Escola Clássica seu fundo retribucionista, a objetividade na qual a pena é posta em relação ao fato-crime, a concepção do crime como ente jurídico abstrato, a fórmula da reincidência sugere, sem sombra de dúvida, uma enorme incongruência. Este desajuste é bem ilustrado por *Matteoti*:

“Foi violado, foi negado o direito: uma força igual e contrária ao crime, a pena, restabelece, reafirma o direito; crime e pena são duas abstrações que a justiça humana procura igualar; são elas consideradas, em sua objetividade, além e acima da pessoa agente e sofredora; por isto, o crime é sempre idêntico em si mesmo, quem quer que o tenha cometido, quem quer que seja o seu autor, um egresso do cárcere ou um transviado pela primeira vez: logicamente, portanto, nenhuma diferença, nenhum aumento de pena na reincidência.”⁸

Bettiol, na tentativa de levantar os motivos pelos quais o instituto da reincidência não gozava de simpatia entre o pensamento dos clássicos, destacou:

“Um direito penal retributivo, que dá relevância à ação, deve referir-se apenas à *ação singular* realizada, sem ir além, sem levar em conta ações

7 *Op. cit.*, p. 319.

8 *La recidiva*. Turim, 1910, *apud* BETTIOL. *Direito penal*, v. 3, p.15.

delituosas já remidas anteriormente, porque isto redundaria em imputar a mesma ação várias vezes contra a pessoa, violando a regra do *ne bis in idem*”.⁹

Alauzet, em seu *Ensaio sobre as penas*, foi categórico ao afirmar:

“Todos os raciocínios possíveis virão aqui naufragar contra um fato: de balde sustentarão que se não pedem contas ao acusado do seu primeiro delito; nem por isso será menos verdade que é em razão desse crime, e dele somente, que a agravação lhe é imposta, independente de outra qualquer circunstância.”¹⁰

Como se vê, a ruptura dos princípios norteadores da Escola Clássica foi bastante alardeada, admitindo-se que o delito posterior fosse agravado pelo anterior, à medida que entre eles inexistia qualquer dependência, nada para ligar o fato passado e o novo crime, e nenhuma relação de causa e efeito.

3.2 Alarme social e a insuficiência da pena anterior

Contrariando as pesadas críticas de ilegitimidade, por aberta violação à regra do *non bis in idem*, a maioria dos penalistas da Escola Clássica, dentre os quais mencionamos a autorizada posição de Carrara, declarava-se pela procedência da agravante da reincidência.

Em geral, as teorias do alarme social e da insuficiência da pena anterior fundamentavam a aplicação da pena mais severa.

Quanto à primeira, impunha-se a agravante em razão da maior *temibilidade* do delinqüente, revelada com prática do segundo crime. Assim, a perpetração do novo crime produziria maior *alarme social*, insegurança generalizada, resultante da “vontade antijurídica temerária e obstinada do delinqüente”.¹¹

9 *Direito penal*, v. 3, p. 16.

10 *Apud* ROCHA, Synésio. *Da reincidência*, p. 29.

11 BRUNO, Anibal. *Direito penal*, t. 3, p.114.

Carrara negava à reincidência a capacidade de intervir sobre os elementos do crime, aumentando-lhe a *gravidade*. Não seria o crime mais intenso em sua força física ou psíquica, nem maior o seu dano pelo simples fato de ser reincidente seu autor.

Vejamos as palavras do mestre italiano, comentando a inalterabilidade da gravidade do crime na hipótese da reincidência:

“*I precedenti reati, in ordine ai quali il delinquente saldò il suo debito verso la società, non aumentano la gravità del delitto successivo. Egli è ormai principio generalmente concordato, non doversi punire la malvagità dell'uomo, ma la malvagità dell'azione, se non vuolsi confondere l'ufficio del legislatore penale con quello del moralista. Ora la malvagità dell'azione, al pari che il danno dall'azione medesima cagionato, non cambia nè si accresce, perchè l'autore sai Tizio pinttosto che Caio.*”¹²

Preservada, portanto, a noção do crime como ente jurídico abstrato.¹³ Porém, se a reincidência não influi na gravidade do delito, uma pergunta ressurge: o que justificaria a pena mais grave? A explicação viria pela denominada teoria da *insuficiência da pena anterior*.

Carrara situa a reincidência entre as causas que modificam a pena, não o crime. A pena aplicada ao crime anterior (pena ordinária) mostrou-se insuficiente em face da *insensibilidade* do réu:

“*Quando lo stesso individuo torna a delinquere, allora si ha questa fatale certezza, che la prima condanna non ha prodotto l'effetto salutare che se ne augurava il legislatore, e nel quale il pubblico poneva fidanza [...]* Ciò significa non un rizio generale della pena, ma una deficienza speciale nel suo rapporto con quell'uomo. Significa che quella condanna, la quale è sufficiente a frenare i più, non è sufficiente a rattenere costui”.¹⁴

12 *Op. cit.*, v. 2, p. 135.

13 Carrara define o crime como “a infração da lei do Estado promulgada para proteger a segurança dos cidadãos, resultante de um ato externo do homem, positivo ou negativo, moralmente imputável e politicamente danoso” (*apud* BASILEU GARCIA. *Instituições de direito penal*, v. 1, t. 1, 1972).

14 *Op. cit.*, p. 137-138.

Antes de indicar especial perversidade do agente, a reincidência revelaria, inequivocamente, a ineficácia da pena anterior. Citamos *Lyra*, em alusão ao pensamento de *Carrara*:

“O novo crime demonstra a insuficiência da pena ordinária. O próprio réu, com o seu ato, traz a prova positiva do desprezo à pena anterior. Tal insuficiência abrange a força física objetiva da pena, ocasionada pela insensibilidade ao mal sofrido, e a força moral objetiva, uma vez que a sensação da segurança na consciência pública não pode ser restaurada senão com a agravação”.¹⁵

Para recompor a força física e moral da pena, já que a anteriormente aplicada fora insuficiente, outra saída não resta que a agravação. Destarte, a reincidência não atinge a culpabilidade (concepção psicológica): quem volta a delinquir nem por isso age com maior dolo ou culpa, apenas que, dada a flagrante insuficiência da pena anterior, a pena aplicada ao crime subsequente será enrijecida, buscando-se atender a seus fins.

Uma interessante crítica é redigida por *Bettioli*:

“Superou-se, destarte, no pensamento de *Carrara*, o obstáculo de que a pena retributiva deve referir-se exclusivamente à ação singular, porque ter presente a sensibilidade da pessoa à qual a pena deve ser inflingida significa aludir-se a um *critério pessoal* que supera a apreciação do fato singular praticado.”¹⁶

Realmente, fora esquecida a exata proporção pena-crime, entusiasticamente pregada pela Escola Clássica, conquanto a reincidência importa aumento da pena sem o correspondente aumento da gravidade do delito. Passa a ser enfocado, em vez da *ação singular* perpetrada, um critério pessoal, subjetivo, vale dizer, a *insensibilidade* do condenado diante da pena ordinária.

¹⁵ *Op. cit.*, p. 318.

¹⁶ *Op. cit.*, p.16.

3.3 Não-obrigatoriedade da agravação

Como prova das fortes divergências que envolveram a reincidência no período do Classicismo, uma terceira corrente, liderada por *Haus*, *Pessina*, *Bruza* e *Buccelati*,¹⁷ busca um caminho intermediário para a solução do problema. Sem se oporem à legitimidade da reincidência, os autores dessa corrente optam por conceder ao juiz a faculdade de aplicação ou não da agravante.

Qualquer o fundamento que se pretenda dar à reincidência, sempre seria possível que os motivos do segundo crime em nada se relacionassem com os do primeiro. Nem sempre a recaída no delito constitui prova de maior insensibilidade da pessoa.

Silva Ferrão manifesta-se nesse mesmo sentido:

“A agravação assenta na prova presuntiva, que resulta do hábito, tendência e incorrigibilidade do condenado, com relação a certa classe de malefícios. Ora, é possível que as causas morais determinantes do segundo crime não tenham correlação alguma com as que produziram o primeiro, e, então, não podendo o legislador preveni-las *a priori*, por meio de uma presunção falível, justo era, em harmonia com a sua própria intenção, entregar a qualificação do fato, no seu elemento moral, em razão da reincidência, à apreciação dos juízes.”¹⁸

A reincidência, muitas vezes, pode advir de um fator ocasional, que não demonstre inclinação ao crime na personalidade do agente. Geralmente, sim, ocasionalmente, não. Partindo-se daí, somente o juiz, caso a caso, poderia decidir-se pela pena mais grave ou pela pena comum.

A perpetração do novo crime seria incapaz de produzir uma infalível presunção de incorrigibilidade ou estado perigoso do agente, porque excessivamente genérica. Estaria, pois, dispensado o magistrado quanto à obrigatoriedade da agravação da pena.

¹⁷ *Apud* ROCHA, Synésio. *Op. cit.*, p. 27.

¹⁸ *Theoria do direito penal applicada ao Código Penal portuguez*. Lisboa, 1856, *apud* ROCHA, Synésio. *Op. cit.*, p.30.

3.4 Comentários

A pretensão de traçar uma consistente fundamentação jurídica prestável à reincidência deverá superar, sem outra saída, a forte objeção de inobservância do princípio *non bis in idem*.

A bem da verdade, arriscamos dizer que a teoria contestadora da reincidência, fundada no desrespeito à regra da não dupla valoração fática em matéria penal, assenta-se sob bases bastante plausíveis.

Como refutar, analisando objetivamente, que justamente em função do primeiro crime, já punido pelo ordenamento jurídico, é que se aumenta a pena correspondente ao crime posterior? A reincidência, em sua ação agravante, não parece contrariar a orientação de que a pena é a medida exata para deixar o criminoso quitado com a sociedade? Ora, a chamada “pena ordinária” não deveria ser “necessária e suficiente para a reprovação e prevenção do crime”, nos termos do art. 59 do Código Penal brasileiro?

A predominância da teoria da *insuficiência da pena anterior* entre os clássicos, bem como o invariável acolhimento do instituto no seio dos modernos códigos penais, não foi capaz de dissipar a seguinte indagação: a reincidência viola ou não o princípio *non bis in idem*?

O problema não perde em atualidade. Vozes autorizadas, ainda hoje, consideram duvidosa a constitucionalidade da reincidência por não-conformação ao princípio da legalidade, do qual emana o postulado *non bis in idem*.¹⁹

Silva Franco anota que a dupla punição de uma mesma conduta evidência, tão-somente, um excesso inadmissível, por parte do Estado, no exercício do *jus puniendi*:

“Não se compreende como uma pessoa possa, por mais vezes, ser punida pela mesma infração. O fato criminoso que deu origem à primeira condenação não pode, depois, servir de fundamento a uma agravação obrigatória de pena, em relação a um outro fato delitivo, a não ser que se admita,

19 Cf., dentre outros, FRANCO, Alberto Silva. *Código Penal e sua interpretação jurisprudencial*, p. 400.

num Estado Democrático de Direito, um Direito Penal atado ao tipo de autor (ser reincidente), o que constitui uma verdadeira e manifesta contradição lógica.”²⁰

O princípio *non bis in idem* e sua contrastação em face dos fundamentos técnico-jurídicos da reincidência serão objeto de releitura no presente trabalho, em parágrafo à parte, após analisarmos a idéia de culpabilidade agravada.

Quanto à teoria da insuficiência da pena anterior, registre-se que o critério da reincidência *ficta*, adotado pelo Código Penal brasileiro, o qual prescinde do cumprimento total ou parcial da pena para caracterização do instituto, parece comprovar que o entendimento doutrinário moderno sobre sua fundamentação não se pauta pela insuficiência da pena anterior.

Sendo irrelevante, no que pertine à configuração da reincidência, ter o condenado cumprido total ou parcialmente a pena que lhe foi imposta pela prática do primeiro crime, bastando a sentença condenatória irrecorrível, como atribuir à insuficiência da pena anterior a condição justificativa da agravação?

Entendemos, não obstante, que a idéia de insuficiência da pena anterior insere-se no bojo das razões de Política Criminal que conferem ao reincidente o tratamento mais austero da lei penal.

Interessante notar, no desenho do instituto sob as diretrizes gerais da Escola Clássica, a dificuldade de sua acomodação relativamente à equação crime-pena, propugnada pela inteira correspondência entre a gravidade objetiva do delito e a resposta penal de igual intensidade. A reincidência, de fato, quebrava a referida proporcionalidade, a ponto de recomendar uma medida penal mais grave unicamente em função de um aspecto subjetivo: a insensibilidade do agente quanto à pena anterior. Logo, o viés retribucionista das penas, predominante na Escola Clássica, deixa de focalizar exclusivamente a ação singular – de gravidade indistinta, fosse seu autor primário ou reincidente – para vasculhar características pessoais do agente com o fim de garantir a suficiência da sanção penal.

Reserva-se à reincidência, portanto, um destacado lugar na teoria geral das penas, esta marcada, evolutivamente, pelo afloramento de novas concep-

20 *Op. cit.*, p. 401.

ções de cunho preventivo, sobretudo incrementadas pela Escola Positiva do Direito Penal.

A temática da não-obrigatoriedade da agravante, já empunhada por autores clássicos, será reapreciada em melhor oportunidade, na seqüência do presente estudo.

4 A ESCOLA POSITIVA ²¹

O soerguimento da Escola Positiva, no final do século XIX, trouxe ao campo teórico da ciência penal novas e relevantes contribuições.

Os conceitos pena, crime, delinqüente, responsabilidade penal, periculosidade, etc., são enriquecidos por profundas investigações criminológicas, por meio da crescente utilização de um método indutivo.

Não mais se concebia a noção do crime como entidade jurídica abstrata, emprestada pela Escola Clássica. Em contraposição, uma perspectiva social e humana se amplia com o positivismo: fatores integrados à individualidade do delinqüente e o influxo do meio social determinariam o crime como a “resultante de um paralelogramo de forças antropológicas e sociais”. ²²

Da mesma forma, fortes críticas foram dirigidas à elaboração doutrinária até então dirigida à reincidência. Os positivistas recusavam-se a estudá-la como entidade jurídica abstrata, referindo-se à preferência dos clássicos.

Para *Enrique Ferri*, *Garofalo*, *Vitor Pôrto*, *Carelli*, *Florian*,²³ dentre outros, a reincidência deveria ser perquerida em relação ao delinqüente como índice de maior periculosidade ou como fator revelador da anti-sociabilidade em vez de esquema jurídico, fenômeno concebido subjetivamente em relação ao homem.

Florian propõe a inversão do foco de análise:

²¹ Também chamada Escola Antropológica do Direito Penal.

²² BATTAGLINI, Giulio. *Direito penal*, v. 1.

²³ *Apud* LYRA, Roberto. *Op. cit.*, p. 320.

“*Conviene ora applicare i criteri del metodo criminologico positivo alla debatuta questione. Conformemente ai criteri da noi adottati, la recidiva non deve considerarsi quale astratta entità giuridica; noi dobbiamo, invece, studiarla nel delinquente, indagando-ne la significazione per iscoprire si reveli in lui una maggiore pericolosità, una piú decisiva antisocialità*”²⁴ (*sic*).

Essa opção é compreensível se considerarmos que a Escola Positiva denota maior importância ao delinqüente que ao delito, logo, ao reincidente que à reincidência. Afirmar *Enrique Ferri*: “*El autor del delito es el eje de una justicia penal inspirada en el sentido de la realidad humana individual y social.*”²⁵

A pena, antes concebida como medida proporcional à gravidade do delito, é tomada no sentido de um decisivo instrumento de defesa social e de recuperação do indivíduo, proporcional à periculosidade do agente e adaptada às suas condições pessoais.²⁶

Em todo delito existe um aspecto *causal*, bem jurídico ofendido ou posto em perigo, e um aspecto *sintomático*, que é exatamente a periculosidade de seu autor. A justiça penal, querendo servir à defesa social, deve valorar essa potência ofensiva do sujeito, que pode ser distinta da gravidade objetiva do delito.²⁷

As sanções serão mais ou menos intensas conforme o grau de periculosidade do agente. A determinação numérica da pena, depois do exame objetivo do delito, deve corresponder à valoração social e jurídica da periculosidade criminal.²⁸

²⁴ *Parte generale del diritto penale*, Milão, 1934, *apud* ROCHA, Synésio. *Op. cit.*, p. 32.

²⁵ *Principios de derecho criminal*, p. 615.

²⁶ Em crítica aos clássicos, *Ferri* chega a dizer: “*El delito y la pena son dos entidades no susceptibles de comparación entre sí, constituyendo el uno la esperanza de un resultado útil o ventajoso y siendo la otra el temor de un mal*” (*op. cit.*, p. 288).

²⁷ Cf. FERRI, Enrique. *Op. cit.*, p. 289.

²⁸ *Grispigni* define a periculosidade criminal como “*la capacidad de una persona de llegar a ser probablemente autor de un delito [...] un estado de antijuricidad del sujeto que produce la consecuencia jurídica de que se le aplique una sanción criminal*” (La peligrosidad criminal y el valor sintomático del delito. *Escuela Positiva*, Marzo, 1920, p.100, *apud* FERRI, Enrique. *Op. cit.*, p. 291).

Como conseqüência, as sanções mais graves seriam destinadas aos delinqüentes mais perigosos.²⁹ Na ótica positivista, a reincidência sinalizava a maior periculosidade do indivíduo, ao qual seria reservada, na mesma proporção e ajustada às suas condições pessoais, também uma medida penal mais grave.

Para *Ferri*, a utilização do critério da periculosidade criminal possui como única função jurídica “*conseguir la adaptación (en la ley, en la sentencia y en la ejecución) de la sanción represiva a la personalidad del delincuente en razón al delito cometido y en vista de su readaptabilidad a la vida libre.*”³⁰

Entre nós, *Roberto Lyra* também entendia que a reincidência se subordinava aos critérios da periculosidade. E mais: afirmava que o reincidente é sempre perigoso, “se perigoso é quem autoriza a suposição de que venha a delinqüir, quem delinqüiu autoriza não somente a suposição, mas a certeza da periculosidade”.³¹

O problema, porém, não se resolve com a simples enumeração de quais sejam os delinqüentes perigosos (tipologia de autores), senão com a avaliação do grau de periculosidade em cada delinqüente.

De fato, a questão envolve maior complexidade: mesmo aceitando como certa a periculosidade do reincidente, seu grau não será idêntico em todos os casos. Para valorar a periculosidade criminal há que se ter em vista sua *provável duração* e sua *tendência*,³² elementos somente mensuráveis pela pesquisa da personalidade de cada delinqüente.

29 Os positivistas preferem o termo *sanção* que *pena*. As sanções devem variar conforme seja diversa a periculosidade dos delinqüentes: “*Cuando el delincuente se muestra peligroso, sea por el acto mismo o por los precedentes y caracteres de su personalidad, es necesario una sanción represiva, consistente en una forma más o menos severa de coacción personal, llegando hasta la segregación temporal en un establecimiento de detención. Y cuando el delincuente revele el máximo de peligrosidad se hace necesaria una sanción eliminadora, que excluída la pena de muerte (también a consecuencia de la experiencia de treinta años hecha en Italia), realice a perpetuidad o por tiempo absolutamente indeterminado la segregación del delincuente des consorcio civil*” (FERRI. *Op. cit.*, p. 660).

30 *Op. cit.*, p. 285.

31 *Op. cit.*, p. 322.

32 Cf. FERRI, Enrique. *Op. cit.*, p. 285.

Não se podendo conferir valor preestabelecido e absoluto à agravante da reincidência, a tendência seria conceder ao poder do juiz maior amplitude, justamente para dosar o aumento da pena, tendo em vista o grau de periculosidade revelado pelo agente.

Da mesma forma não seria conveniente atribuir à reincidência o caráter obrigatório de agravação da pena. Nem sempre o grau de periculosidade do reincidente, quando mínimo no exame do caso concreto, recomendaria uma sanção agravada. Assim, *Lyra* destaca que os positivistas comandam a doutrina ao sustentarem que a reincidência não deve produzir um obrigatório aumento da pena, o que ficaria confiado ao poder discricionário do juiz.³³

Para a Escola Positiva, resumidamente, a reincidência constituía um seguro fator de revelação da periculosidade criminal, esta a balize de todo o sistema penal sancionatório, justificando, por conseguinte, a imposição de uma medida penal mais severa.

4.1 Comentários

No contexto da ideologia positivista, o instituto da reincidência somou-se à arquitetura de uma tipologia de autores (delinqüente reincidente, profissional, habitual, por tendência, etc.), supostamente necessária à verificação da periculosidade criminal e, portanto, à indicação da adequada medida penal.

O modelo punitivo calcado na idéia de periculosidade foi severamente criticado por setores de tendência técnico-jurídica, que alertavam para a exacerbada liberdade do juiz e para a insegurança que um eventual sistema tipológico de autores poderia impor à sociedade.

Pode-se dizer que a conjugação *reincidência-periculosidade* influenciou, em certo ponto, a regulação do instituto no Código Penal de 1940, o qual estabelecia, em seu art. 78, IV, que o reincidente em crime doloso era presumivelmente perigoso. Nesse caso, poder-se-ia aplicar uma medida de segurança detentiva: internação em colônia agrícola ou em instituto de trabalho, de reeducação ou de ensino profissional (art. 93, I).³⁴

33 *Op. cit.*, p. 324.

34 O sistema do duplo binário, consagrado na Parte Geral do Código de 1940, permitia a cumulativa aplicação da pena privativa da liberdade e da medida de segurança ao semi-imputável e ao imputável perigoso.

A idéia de periculosidade em nosso Direito, outrora mais pujante, sempre se ligou à imposição da medida de segurança (sanção de caráter preventivo e curativo). A presunção da periculosidade do reincidente em crime doloso, prevista naquele texto legal, poderia insinuar que o problema da reincidência deslocar-se-ia do plano da culpabilidade para o da periculosidade criminal, ou seja, do plano da agraviação da pena para a medida de segurança,³⁵ tendência essa não acolhida pela maioria dos códigos mais recentes.

Pelo contrário, a reforma penal de 1984 extinguiu a presunção de periculosidade do reincidente em crime doloso, circunscrevendo a aplicação das medidas de segurança aos casos de inimputabilidade e semi-imputabilidade (arts. 97 e 98 do CP), com a adoção do sistema vicariante.

A nosso ver, há equívoco na associação da reincidência à idéia de periculosidade. Modernamente, este conceito não mais se apresenta enquanto base do modelo punitivo estatal, como era a pretensão dos positivistas, guardando, sim, estreita relação com o instituto das medidas de segurança, o qual não mais se aplica à reincidência.

Recorrer, portanto, à idéia de periculosidade para explicar a agraviação da pena proporcionada pela reincidência seria um grave *desvio metodológico*.³⁶

5 TIPO LEGAL CRIMINOLÓGICO REPRESSIVO EM FACE DA IDÉIA DE PERSONALIDADE CRIMINOSA

Examinaremos, brevemente, em referência ao pensamento de *Giuseppe Bettiol*, a inserção da reincidência no campo da tipologia criminológica de autores.

A luta contra a criminalidade fez com que o legislador, observando as diretrizes da doutrina penal, passasse a sopesar não apenas o crime que foi praticado, mas também a personalidade de seu autor. A reincidência seria encarada como um *tipo legal criminológico*, não se confundindo, entretanto, com a

35 Cf. BRUNO Anibal. *Op. cit.*, p.116.

36 Nesse sentido, cf. BRUNO, Anibal. *Op. cit.*, p.114.

chamada doutrina germânica do “tipo normativo de autor”, tampouco com o tipo criminológico naturalista dos positivistas.

Bettiol condena o movimento técnico-jurídico por desprezar a personalidade humana, priorizando o esquema e a lógica das figuras abstratas do crime. Quanto aos positivistas, comenta que, ao se esforçarem em substituir uma tipologia de fatos, objetivamente considerados, por uma tipologia de réus, esqueceram-se de examinar a característica mais típica da personalidade humana, a própria *ação*.³⁷

Tudo consistiria “em encontrar um *ponto de equilíbrio* entre as exigências de um exame objetivo dos fatos criminosos e as exigências de uma valoração dos momentos característicos do sujeito agente”.³⁸

O Direito Penal deve dar relevância ao fato para que a reação penal possa assumir caráter de expiação pela infração cometida. Os elementos característicos da ação são prevaletentes, quer no plano legislativo, quer no plano científico. Ainda assim, não se pode renunciar totalmente ao exame da personalidade. Excepcionalmente, em relação a um número limitado de casos, a pena ou seu aumento dependerá, preferentemente, não do fato, mas da constatação de que o agente, por suas características individuais, demonstra personalidade criminosa.

O tipo criminológico transplantar-se-ia para o plano normativo, a fim de que a personalidade do delinqüente constituísse elemento ponderável na aplicação da lei penal. Por isso, o legislador se serve da idéia de uma tipologia criminológica:

“Qualificação jurídica subjetiva, que acarreta uma agraviação da pena, porque *a inclinação ao crime*, que existe no ânimo do réu, requer uma *expiação particular* com uma pena que não considera mais, a não ser ocasionalmente, o novo crime praticado porquanto leva em conta deter-

37 Em crítica à Escola Positiva, afirma *Bettiol*: “Mas o esforço dos positivistas não logrou êxito por várias razões: eles operam com grandezas *desconhecidas* ou *incomensuráveis*, já que as características da personalidade do réu não são logicamente determináveis mas aproximativamente intuídas, o que acarreta extrema incerteza no momento das realizações legislativas concretas” (*Direito penal*, v. 3, p.12).

38 *Ibidem*, p. 4.

minado *modo de ser* do agente. A idéia de retribuição não é violada, mas estendida além da esfera de influência da ação delituosa singular. Pode dizer-se que quem, pela primeira vez furta, é punido *porque furtou*; no caso de reincidência, é punido porque é larápio.”³⁹

A reincidência consubstanciaria uma qualificação pessoal atinente ao condenado. Não acresce a gravidade objetiva do delito, exatamente por não ser elemento constitutivo do fato incriminado, mas exterioriza o modo de ser do agente:

“Estamos diante de uma *personalidade criminosa* qualificada, de um *tipo* de delinqüente que apresenta uma característica que o distingue de qualquer outro delinqüente: *a recaída no crime depois de uma condenação anterior*.”⁴⁰ (destacamos)

Para *Bettiol*, essa qualidade natural (inclinação ao crime) é passível de uma valoração ética:

“O indivíduo poderia evitar com maior esforço pessoal a recaída no crime; permitiu, portanto, que se formasse dentro dele a inclinação ao crime. Assumiu ele, assim, pela reiteração de ações, determinado modo de ser, que exige uma retribuição através do aumento de pena pelo crime ulterior praticado.”⁴¹

Enfim, segundo o referido autor, a reincidência é um tipo legal criminológico “de caráter nitidamente repressivo uma vez que, em virtude da determinação do próprio tipo e das conseqüências penais, é completamente estranha qualquer consideração que diga respeito à periculosidade do réu.”⁴²

39 BETTIOL, Giuseppe. *Op. cit.*, p.17.

40 *Ibidem*, p. 15.

41 *Ibidem*, p.18.

42 *Ibidem*, p. 22. Para o mestre italiano, se o legislador desferia um tratamento repressivo ao reincidente, como a agravção da pena e outros efeitos, excluindo-o do campo das medidas de segurança, é porque não se levava em conta sua periculosidade. Nota-se já a vinculação entre as idéias de periculosidade e prevenção (entendida no sentido de profilaxia social e recuperação do indivíduo).

Ao contrário, outros tipos de autores seriam constituídos para fins preventivos: o delinqüente *habitual*, *profissional* e *por tendência*. A estas figuras criminológicas aplicar-se-iam medidas de segurança, conforme determinava a legislação italiana da época.

5.1 Comentários

Nota-se que *Bettiol*, em certo nível, realiza o movimento de síntese das idéias expostas pelas Escolas Clássica e Positiva, reforçando a precedência do *fato-crime*, examinado objetivamente, mas admitindo, em excepcionais situações, que a personalidade do agente fosse sopesada no momento de aplicação da pena, alcançando-se uma sanção penal mais eficaz na luta contra a criminalidade.

A idéia de tipo legal de autor, como veremos adiante, interessa à pesquisa da natureza jurídica do instituto da reincidência.

Contudo, ao menos no plano teórico, não podemos restringir o instituto ao propósito puramente repressivo, como pregava *Bettiol*. Imagina-se, obviamente, que o legislador preocupa-se, também, com o efeito de prevenção geral e individual, supondo aplicar uma sanção adequada às características pessoais do indivíduo, a não ser que se entenda por prevenção penal apenas as situações que reclamam a aplicação das medidas de segurança (tratamento curativo e assistencial).

A exposição de *Bettiol* tributa à personalidade criminosa do agente, a seu *modo de ser*, à natural inclinação ao crime, os fundamentos elucidativos da reincidência.⁴³ Estes conceitos, não obstante, são relativamente imprecisos não só ao Direito Penal, mas também à Psicologia Criminal. Por outro lado, nosso Código Penal refere-se à *personalidade* entre as circunstâncias judiciais do art. 59, imprimindo-lhe destinação jurídica específica, não a relacionando diretamente com a questão da reincidência.

43 *Ranieri* também associa a reincidência ao conceito de personalidade: “*Es un índice de la mayor capacidad de delinquir del reo. [...] Se refiere, pues, a la personalidad del reo*” (*Manual de derecho penal*, t. 2., p. 183, nota 42).

6 A REINCIDÊNCIA COMO AGRAVANTE DA IMPUTABILIDADE

Setores da Escola Técnico-Jurídica atribuíam à reincidência o efeito de agravar a imputabilidade do réu. Esta era a posição defendida por *Manzini*, *Impallomeni*, *Lucchini*, *Gregori*,⁴⁴ *Faranda*, *Mossa*, *Conti*,⁴⁵ *Maggiore*, dentre outros.

Com algumas variações, os referidos autores acreditavam que a reincidência deveria pesar sobre o agente como causa de sua maior imputabilidade, pela demonstração de vontade antijurídica incorrigível, obstinação em violar as leis e agredir legítimos interesses alheios, desprezo pela ação do poder punitivo, bem como periculosidade em sua personalidade.⁴⁶

De acordo com a análise de *Manzini*, do fato-crime duas conseqüências se desprendem: a) a violação de um preceito penal particular, que dá forma e caráter ao delito; b) a lesão ou exposição a perigo do interesse geral na manutenção da ordem jurídica.⁴⁷

No caso do delinqüente primário, seria prevalente a violação do objeto jurídico do delito, conforme exposto na letra *a* do parágrafo precedente. Ao revés, a recaída delituosa faz com que não só se verifique a violação do interesse específico tutelado no tipo penal, mas também a lesão do interesse genérico de manutenção da ordem jurídica.

Vejamos o pronunciamento de *Manzini*:

*“La reincidencia, en efecto, demuestra, con el nuevo delito, no sólo la voluntad del delincuente de violar el respectivo precepto penal, sino también una voluntad persistente de delinquir, esto es, además de la voluntad de lesionar ou exponer a peligro aquel determinado interés que constituye el objeto jurídico del delito mismo, también la voluntad concurrente de no ajustarse al orden jurídico general penalmente sancionado.”*⁴⁸

44 *Apud* LYRA, Roberto. *Op. cit.*, p. 320.

45 *Apud* MAGGIORE, Giuseppe. *Op. cit.*, p. 639.

46 A idéia de periculosidade aqui é veiculada no sentido de justificar a agravação na imputabilidade do réu, não sendo utilizada na perspectiva positivista.

47 *Op. cit.*, p. 461.

48 *Ibidem*, p. 462.

Para o citado tratadista, a agravação da imputabilidade⁴⁹ em virtude da reincidência é determinada pelo dever do Estado de orientar sua tutela não apenas no sentido de reintegração do particular interesse agredido pelo novo crime, mas também no sentido de proteção de toda ordem jurídica, especialmente perturbada pelo comportamento do reincidente.

Também *Maggiore* entende que a reincidência deve recair sobre o réu como causa de sua maior imputabilidade:

*“Che la recidiva debba pesare sul delinquente come causa de maggiore imputabilità, oggi è quasi universalmente ammesso. Colui che, sordo ai richiami della legge, ricade nel reato, dopo una precedente condanna, mostra una prepotente e incorreggibile volontà antiggiuridica, una incapacità di adattamento all’ordine costituito, una pericolosità immanente nel suo carattere criminale, e perciò appare meritevole di più rigorosa misura repressiva e preventiva, rispetto al delinquente ordinario.”*⁵⁰

Mesmo aceitando que a reincidência agrava a imputabilidade do delinqüente, *Maggiore* não lhe conferia o efeito de aumentar a gravidade objetiva do delito. A personalidade do reincidente é qualificada como mais criminoso, o que não faz da ação delituosa em si uma ação mais grave. Daí a seguinte conclusão:

*“Il passato del reo, inseparabile dalla sua personalità, si riverbera sul nuovo reato ed esige che questo sia più gravemente punito, non già perchè più grave sia l’atto criminoso, bensì perchè esso appare quale sintomo di una maggiore pavidità e reità.”*⁵¹

49 *Manzini* elabora a seguinte definição: “Imputabilidad penal es el conjunto de las condiciones físicas y psíquicas, puestas por la ley, para que una persona capaz de derecho penal pueda ser considerada causa eficiente de la violación de un precepto penal. Se trata de una relación entre el hecho y su autor” (*Tratado de derecho penal*, v. 2, p.125).

50 *Op. cit.*, p. 638-639.

51 *Ibidem*, p. 640.

6.1 Comentários

Quando *Manzini* alega que a ação do reincidente viola, paralelamente ao bem especificamente tutelado no tipo penal, o interesse geral de resguarda da ordem jurídica, percebe-se certa convergência com a idéia de *alarme social*, defendida por alguns autores clássicos.

Difícil saber, no exame da realidade concreta, se o comportamento do reincidente verdadeiramente abala a estrutura da ordem social, desencadeando alarme, e se o Estado poderia fundar o *ius puniendi* nessa suposta e indeterminável premissa.

Certo é que a imputabilidade, hoje entendida como pressuposto da culpabilidade, não admite, por sua própria natureza, causas de agravação, mas somente de atenuação ou exclusão.⁵² A imputabilidade diz respeito à capacidade psíquica que tem o sujeito de entender o caráter ilícito do fato e de determinar-se segundo esse entendimento, tendo adotado nosso Código Penal um critério biopsicológico para sua aferição.

Parece-nos impertinente a colocação do problema da reincidência no âmbito da imputabilidade, em que pese a notoriedade dos autores que a defenderam. Frisemos, em tema de imputabilidade, que o exame é simples e se processa da seguinte forma: apura-se a capacidade de entendimento do agente e, em seguida, se este era capaz de determinar-se de acordo com esse entendimento. Não há indagar sobre causas que agravam a imputabilidade, já que esta é condição pessoal de maturidade e de sanidade mental.

Pode-se antever, entretanto, já a tendência de estudo da reincidência no domínio da culpabilidade, se contarmos que a imputabilidade é, para alguns autores, um dos elementos do juízo de reprovação.

7 A IDÉIA DE CULPABILIDADE AGRAVADA

A discussão acerca dos fundamentos da reincidência nos levou, até aqui, a debates e divergências das mais fecundas.

52 Cf. LYRA, Roberto. *Op. cit.*, p. 319.

Ao longo do século XX, o aprimoramento da Ciência Penal sob a égide do Estado Democrático de Direito foi marcado pela intensa (re)elaboração teórico-dogmática de seus institutos e por sua subsunção aos postulados da legalidade, da igualdade, das liberdades individuais, da cidadania, da dignidade da pessoa humana, do pluralismo político, etc.

Fala-se, então, na conclamação de um Direito Penal moderno, fruto das conquistas democráticas e do desenvolvimento cultural das sociedades contemporâneas.

Nesse prisma, ergue-se a vinculação do sistema penal sancionatório ao princípio da culpabilidade, seja como fundamento da pena, seja como limite da intervenção punitiva do Estado. Implica dizer: na seara penal, o princípio da culpabilidade manifesta-se em duplo sentido: ora como “critério subjetivo de imputação do ilícito”, ora como “critério de comensuração da pena” em proporção à reprovabilidade social dos comportamentos proibidos.⁵³

Muitos juristas, notadamente da doutrina germânica, redefiniram o estudo da reincidência na idéia de *culpabilidade agravada*, dentre eles *Mezger*,⁵¹ *Mayer*,⁵⁵ *Maurach*,⁵⁶ *Sauer*,⁵⁷ e, na Itália, *Dell'Andro*.⁵⁸ Na doutrina pátria, *Aníbal Bruno* alinha-se a esse raciocínio:

“Hoje se pode justificar a exacerbação da pena, ao segundo crime, pela maior culpabilidade do agente, pela maior reprovabilidade que sobre ele recai em razão da sua vontade rebelde particularmente intensa e persisten-

53 Cf. PALAZZO, Francesco C. *Valores constitucionais e direito penal*, p. 52-56.

54 *Strafrecht. Ein Studienbuch*, Munique-Berlim, 1952 *apud* BRUNO, Aníbal. *Op. cit.*, p. 114. O referido autor chega a elaborar a teoria da “culpabilidade pela condução de vida” (*Lebensführungsschuld*); sobre o tema, ver TOLEDO. *Princípios básicos de direito penal*, p. 239-40.

55 *Strafrecht. Allg Teil*, Stuttgart, 1953 *apud* BRUNO, *loc. cit.*

56 *Deutsches Strafrecht. Allg Teil*, Karlsruhe, 1954, *apud* BRUNO. *Op. cit.*, *loc. cit.*

57 *Allgemeine Strafrechtslehre*, Berlim, 1949 *apud* BRUNO. *Op. cit.*, *loc. cit.* O mencionado autor considera a reincidência como forma leve da por ele denominada “culpabilidade crônica de tendência”.

58 *La recidiva nella teoria della norma penale*. Palermo, 1950, *apud* RANIERI, Silvio. *Manual de derecho penal*, t. 2, p. 183.

te, que resistiu à ação inibidora da ameaça da sanção penal e mesmo da advertência pessoal, mais severa, da condenação infligida, que para um homem normalmente ajustável à ordem de Direito, isto é, de temperamento e vontade menos decisivamente adversos aos impeditivos da norma, seria estímulo suficiente para afastá-lo da prática de novo crime.”⁵⁹

Para entender melhor a correlação *culpabilidade-reincidência* na lógica do moderno Direito Penal e do ordenamento jurídico brasileiro, será preciso, antes, abrindo um parêntesis, marchar pela evolução histórica do primeiro conceito: a culpabilidade penal.

7.1 Síntese da evolução do conceito da culpabilidade penal⁶⁰

Se nos mantivéssemos junto à noção de dolo e culpa como únicas formas da culpabilidade (concepção *psicológica*), dificilmente explicaríamos o instituto da reincidência. É ilógico supor que o reincidente, pelo simples fato de ter sido condenado anteriormente, age com maior dolo ou culpa quando pratica o crime. Se a reincidência não interfere na ligação de natureza psíquica existente entre o sujeito e o fato-crime por ele praticado, restava refutar qualquer possibilidade de agravação da culpabilidade do agente.⁶¹

A teoria *normativa* passa a considerar que o dolo e a culpa *stricto sensu*, em si mesmos, não caracterizam a culpabilidade se a conduta não for reprovável pelo Direito. Precipita-se a tendência de substituir a concepção puramente naturalística por conteúdos de valor, portanto, normativos.⁶²

⁵⁹ *Op. cit.*, p. 114.

⁶⁰ Sabendo que um dos problemas mais tormentosos do Direito Penal é a culpabilidade, e com a atenção de não desviarmos da principal temática deste trabalho (a reincidência), nosso objetivo será apenas noticiar a evolução do mencionado conceito e sua projeção na estrutura analítica do crime.

⁶¹ Toledo, sobre a concepção psicológica da culpabilidade, diz: “A culpabilidade esgota-se nestas duas únicas relações que se supunha pudesse existir entre o agente e seu fato: o dolo e a negligência. Dentro de tal concepção, o dolo e a culpa em sentido estrito não só eram as duas espécies de culpabilidade, como também a totalidade da culpabilidade, pois não se enxergava nesta última outro elemento além dos dois primeiros” (*Princípios básicos de direito penal*, p.219 *et seq.*)

⁶² Cf. FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal*, p. 201.

O conceito de culpabilidade ganha em complexidade. Doravante, na reprovabilidade da conduta típica e ilícita estava sua essência: um juízo de censura. Dolo e culpa, liames psicológicos entre o agente e o fato, sofrem uma valoração normativa. De espécies passam a elementos da culpabilidade. Para que o fato seja culpável, além de ser doloso ou culposo, seria preciso que o agente pudesse agir de outro modo. Passa a integrar a culpabilidade, ao lado do dolo e da culpa (elementos psicológicos), a exigibilidade de conduta adequada à norma, que exprime um juízo de valor.

A evolução doutrinária, principalmente após a construção da teoria finalista da ação por *Hans Welzel*, prosseguiu no sentido de conferir à culpa um conceito puramente normativo (juízo de censura). Não mais se admitia que a culpabilidade fosse dirigida por elementos psicológicos; não convém situar o dolo no juízo de culpabilidade porque seria retirar da ação humana o seu elemento fundamental, a intencionalidade, o seu finalismo.⁶³ Dolo e culpa em sentido estrito não se separam da ação, e suas ausências determinam a inexistência do fato típico e não da culpabilidade, esta concebida, doravante, segundo a teoria *normativa pura*.

A culpabilidade, todavia, não se reduz a um mero juízo de valor. Há que se fazer referência aos elementos deste juízo de reprovação: a) potencial consciência da ilicitude (consciência do injusto); b) possibilidade de se exigir, nas circunstâncias, comportamento em conformidade ao direito, um poder-agir-de-outro-modo.⁶⁴

7.2 O objeto do juízo da culpabilidade no Direito Penal moderno

Até o presente momento não tratamos do objeto do juízo da culpabilidade. Certo é que do crime podemos extrair dois fatores distintos: a ação humana (fato) e o agente (autor). Logo, a seguinte problemática se avulta: deve a ciência penal orientar a punição com base no *fato*, no *autor* ou em ambos ao mesmo tempo?

⁶³ Cf. TOLEDO. *Op. cit.*, p. 226 *et seq.*

⁶⁴ Não incluímos a imputabilidade penal, entendendo tratar-se de pressuposto da culpabilidade e não propriamente um de seus elementos.

Sem qualquer hesitação, podemos dizer que o Direito Penal moderno é, prevalentemente, um Direito Penal do fato, porquanto descreve modelos de condutas proibidas e não tipos de autor.

A expressão doutrinária *culpabilidade pelo fato* alerta-nos para que o juízo de censura dirige-se ao autor de uma ação ou omissão típica e ilícita; não por aquilo que *ele é*, mas por aquilo que *ele faz*.⁶⁵

Não se diz que a culpabilidade pelo fato ignora o autor do injusto típico. Basta refletir sobre seus próprios elementos: onde se situa a potencial consciência da ilicitude? A quem se pode exigir, nas circunstâncias, comportamento conforme ao direito, um poder-agir-de-outro modo? Naturalmente ao autor do crime.

Em síntese, temos que o juízo de culpabilidade jurídico-penal não deve desprender-se dos limites objetivos contidos no comportamento criminoso. Diversas correntes doutrinárias, não obstante, ao longo da evolução do Direito Penal, colocaram o agente, com sua personalidade e caráter, no centro do problema penal, com inteira precedência sobre o fato.

Em geral, alegando que a consciência da ilicitude estaria comprometida pela conduta de vida do agente, bem como a impossibilidade de se verificar concretamente a exigibilidade de conduta diversa, deslocaram o objeto do juízo de culpabilidade do *fato* para o *agente*: “Censurável não seria já o agente pelo seu comportamento, pelo injusto típico, mas sim pela sua conduta de vida, pelo seu caráter, pela sua personalidade; numa palavra: pelo seu modo de ser e de viver.”⁶⁶

Formava-se, então, a idéia de *culpabilidade de autor* para priorizar não mais o fato isolado (injusto típico), mas a pessoa do agente, consolidando um *Direito Penal de autor*.⁶⁷

65 Cf. TOLEDO, Francisco de Assis. *Op. cit.*, p. 236.

66 *Ibidem*. p. 223.

67 Conclui Toledo que a expressão *Direito Penal de autor* deve ser compreendida em sentido amplo, sem conotação ideológica. Sua função seria congregar várias correntes de origem e propósitos diversos, que têm em comum a colocação do agente no centro da problemática penal (cf. *Princípios...*, p. 236 *et seq.*).

De qualquer forma, a experiência histórica comprovaria que esta idéia serviu a projetos monolíticos, seja por motivos religiosos, seja para a manutenção de governos totalitários. Realmente, nenhuma segurança poderia oferecer um sistema punitivo que pretendesse julgar o homem pelo que ele é, pelo seu caráter ou condução de vida.

Todavia, atendendo a posições moderadas, as leis penais modernas, embora descrevendo condutas típicas, e não perfis psicológicos de autores, não desprezam completamente a personalidade do agente, seu modo de ser ou condução de vida, enriquecendo o juízo de reprovabilidade que recai sobre o autor da conduta perpetrada.⁶⁸

Em resposta à questão inicialmente proposta, diz-se que a ciência penal elege como objeto do juízo de culpabilidade tanto o *fato* como o *autor*, assentando-se preponderantemente sobre o primeiro, não descurando-se do segundo, com a finalidade de traçar a proporcionalidade das penas consoante a reprovabilidade objetiva e subjetiva do crime praticado.

7.3 Fundamentos técnico-jurídicos da reincidência

Vistos os objetos sobre os quais recai a culpabilidade penal (*fato e agente*), a precedência de um sobre o outro, diz-se que a reincidência dirige o juízo de reprovabilidade rumo ao autor de um ilícito penal, avaliando uma qualificação pessoal não adstrita às circunstâncias objetivas do fato-crime.

Pelo art. 59 do atual Código Penal brasileiro, observa-se que o juiz, no exercício de fixação da pena-base, atenderá à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social e à personalidade do agente, além de outras circunstâncias de caráter objetivo.

As circunstâncias subjetivas acima descritas têm origem em considerações relativas ao autor e assumem significado em nossa normativa apenas e tão-somente no momento da quantificação e da individualização da pena.

68 Decerto não existe sistema punitivo puro, ou seja, que adote como objeto da culpabilidade apenas o *fato* ou apenas o *autor*. A moderação recomenda um Direito Penal do fato que também considere as características pessoais do autor. Esta é a posição predominante nas legislações atuais.

Não hesitamos em colocar a reincidência no mesmo plano dessas disposições. O Direito Penal ultrapassa os limites objetivos do fato praticado – já que a ação do reincidente é exatamente a mesma do primário – para melhor aferir o grau de reprovabilidade que recai sobre o autor, levando-se em conta suas características e condições pessoais (no caso, ser reincidente), atuando como elemento de mensuração da pena a ser imposta.

Do ponto de vista técnico-científico do Direito Penal, conclui-se que a agravção da pena ocasionada pela reincidência resulta da maior censura de culpabilidade que se move preponderantemente ao autor do crime.

O conceito de culpabilidade que ora reclamamos para explicar a reincidência parte de duas perspectivas: a) como elemento do conceito analítico do crime (*nullum crimen sine culpa*); b) como elemento ponderável no processo de individualização da pena.

A reincidência, obviamente, não alcança a culpabilidade enquanto elemento do conceito analítico do crime, mas se contextualiza na dimensão da reprovabilidade direcionada prioritariamente ao autor da conduta típica e antijurídica, elevando a censura de culpabilidade que se formará no instante de aplicação da pena, ao serem perseguidos os fins de prevenção e repressão criminal, textualmente expressos no art. 59 do Código Penal. Este é o sentido preciso que imprimimos ao termo *culpabilidade agravada*.

Partindo para outra análise, o que há na reincidência para desencadear a maior reprovabilidade em tela? Vimos que a reincidência é uma das disposições que centra o juízo de culpabilidade na pessoa do agente, porquanto o Direito Penal moderno não renuncia ao exame de suas características pessoais no mister de aplicar e quantificar a pena que se lhe reserva.

Mas por que reprovar o reincidente? A nosso ver, vigora a presunção de que o sujeito age com *intensa consciência da ilicitude* durante a recaída delituosa, pois já se submeteu à ação punitiva do Estado, mostrando-se infenso e frustrando a expectativa de sua recuperação.

A sobrevalorização da denominada reincidência específica, que perdurou durante muito tempo em nossa legislação, talvez seja um resquício revelador da aludida presunção. Raciocinava-se da seguinte forma: o agente que volta a cometer um crime da mesma natureza daquele pelo qual foi anteriormente condenado está a atuar com intensa consciência da ilicitude, podendo representar to-

das as conseqüências de sua conduta. Na devida proporção, essa regra estendia-se à reincidência genérica, tendo em vista o desdém à experiência judicial vivenciada.

Em que pese desmesurada a distinção entre reincidência específica e genérica, o que foi extinto pela Lei n. 6.416 de 1977, dela nos serviremos simplesmente para vislumbrar a presunção remanescente: sendo-lhe possível representar, sem grande esforço, as conseqüências da ação delituosa, desprezando-as, o reincidente age com consciência intensa da ilicitude, incapaz de alterar a gravidade objetiva do delito, mas um referencial na aferição do grau de reprovabilidade que se lhe destina.⁶⁹

Essa nos parece a solução de melhor técnica para fundamentar a reincidência. Analiticamente, o instituto estabelece a presunção de que o agente atua com intensa consciência da ilicitude, fato que eleva a reprovabilidade que se lhe move, tendo em vista uma condição pessoal, justificando-se, destarte, o aumento da pena na medida de sua culpabilidade.

Para finalizar, destaque-se que a reincidência encontra guarida no *princípio constitucional da individualização da pena*, previsto no art. 5º, XLVI, da Constituição de 1988, segundo o qual o juiz, “nos limites que a lei impõe, realiza uma tarefa de ajustamento da resposta penal em função não só das circunstâncias objetivas, mas principalmente da pessoa do denunciado”.⁷⁰

No referido princípio repousa o fundamento jurídico do instituto, conferindo-lhe legitimidade ao permitir que o juízo de culpabilidade, no momento de quantificação da pena, se mova ao autor do ilícito penal, tendo em vista suas condições pessoais, e não exclusivamente os dados objetivos do fato-crime.

69 Note-se que a partir da Lei n. 9.271/96, que determinou nova redação ao art. 366 do Código de Processo Penal, o denunciado deverá efetivamente vivenciar a experiência do processo penal; este ficará suspenso se o réu não comparecer nem constituir advogado, depois de citado por edital.

70 LUISI. *Os princípios constitucionais penais*, p. 38. Precisamente, referimo-nos ao momento da individualização judiciária da pena.

8 CRÍTICA AO CARÁTER OBRIGATÓRIO DA REINCIDÊNCIA

O caráter obrigatório da reincidência em seu efeito de agravação da pena fora atacado por parte da Escola Clássica e pela Escola Positiva (ver, respectivamente, subitem 3.3 e item 4).

Dissemos que a explicação da maior censura que se dirige ao reincidente assenta-se na presunção da intensa consciência da ilicitude que o acompanha na prática do segundo crime.

Frisamos tratar-se de *presunção*, conquanto o Direito Penal não dispõe de indicadores que sempre visualizem a intensa consciência da ilicitude em questão.

A fundamentação técnica e jurídica que dispensamos ao instituto, edificada na perspectiva do moderno Direito Penal, harmoniza-se, pois, com a *presunção da intensa consciência da ilicitude* de que tratamos, nunca com a certeza dessa intensidade, sob pena de se professar um Direito Penal com saliências mecânicas e autoritárias.

A legislação pátria merece críticas ao impor, invariavelmente, a situação da reincidência aos que praticam novo crime após o trânsito em julgado de condenação por crime anterior, ignorando a falibilidade da aludida presunção e caracterizando-se pela inflexibilidade e automatismo.

Cernicchiaro também registra críticas a que chama de *interpretação meramente objetiva* do art. 63 do Código Penal brasileiro, invocando a solução do poder discricionário do juiz no reconhecimento da agravante da reincidência:

“Interpretar o art. 63, considerando somente a pluralidade de infrações, vale dizer, dado exclusivamente objetivo, implica a pena de um crime projetar-se em outro crime. [...] A reincidência somente poderá agravar a pena se entre os delitos houver conexão que recomende recrudescer a *sanctio iuris*. [...] Se a segunda infração não projeta maior culpabilidade, por que majorar a pena? [...] A reincidência, assim, há de ser analisada pelo juiz; decidirá ser ou não, no caso em julgamento, causa de majoração da pena.”⁷¹

71 CERNICCHIARO. Reincidência. *Correio Braziliense*, Caderno Direito & Justiça.

Ainda que o caminho para futuras reformas legislativas reserve ao juiz a faculdade de reprovar ou não o autor do crime pela recaída delituosa, parecidos igualmente válido pesquisar critérios excludentes da presunção de intensa consciência da ilicitude constituída pela reincidência, como, por exemplo, no caso dos crimes culposos ou crimes de menor potencial ofensivo, hipóteses em que não se aplicaria a agravante.

Afinal, o moderno Direito Penal deve estar atento a uma flexível e justa apreciação da reincidência. A opção pela rigidez e automatismo, traduzida na obrigatoriedade de agravação da pena e na imposição de outros efeitos, não é, seguramente, a fórmula ideal para enfrentar o problema.

9 REQUISITOS LEGAIS

Nos termos do art. 63 do Código Penal brasileiro, cuja redação foi determinada pela Lei n. 7.209 de 1984, “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”.

Sua configuração legal depende da ocorrência de dois requisitos: a) sentença condenatória transitada em julgado por crime anterior; b) prática de novo crime posteriormente ao trânsito em julgado da referida sentença.⁷²

O critério abraçado por nosso Código Penal, como também se verifica na Itália, é designado por reincidência *ficta* ou *imprópria*, isto é, prescinde do cumprimento total ou parcial da pena imposta ao sentenciado. Ao contrário, outras legislações, a exemplo da Suíça e Alemanha, adotam o critério da reincidência *verdadeira*, também chamada *real* ou *própria*, tornando indispensável a execução da pena, ainda que parcialmente.

Para que prevaleça a condenação anterior é necessário não haver transcorrido o prazo de cinco anos entre a data do cumprimento ou extinção da pena e a infração posterior, nos termos do art. 64, I, do Código Penal.

72 Também é corrente na doutrina o emprego dos termos *elementos* ou *pressupostos* da reincidência.

Este critério, designado *temporiedade* ou *eficácia temporal da condenação anterior*, foi introduzido na legislação brasileira pela Lei n. 6.416/77. O Código Penal de 1940, até então, adotava o critério da *perpetuidade*, ou seja, não considerava o decurso de prazo para extinguir a reincidência.

Quanto à natureza do crime anterior, não tem eficácia para caracterização da reincidência a condenação por crimes militares próprios ou políticos.

Segundo *Costa Jr.* os crimes militares próprios são aqueles contemplados no Código Penal Militar que não guardam qualquer correspondência com o Direito Penal comum (por exemplo, a deserção). Quanto à definição dos crimes políticos, há duas formas diversas de interpretação: a) levar em conta o bem jurídico tutelado (a estrutura política vigente) ou b) considerar a motivação da conduta. Há, porém, uma tendência na dogmática jurídico-penal de “unificar ambas as visões, considerando crimes políticos tanto os que lesionarem ou colocarem em perigo a estrutura política vigente como os que tiverem motivação de natureza política.”⁷³

10 NATUREZA JURÍDICA

O conceito de natureza jurídica pretende expressar a essência de determinado instituto e o seu pertencimento classificatório no âmbito do ramo jurídico em que se projeta, devendo conter, ademais, certa plasticidade de modo a não se desnaturar com superficiais alterações legislativas.

Não convém confundir a natureza jurídica de determinada figura legal com os efeitos dela emanantes ou com sua fundamentação técnico-jurídica.

Com esse cuidado, seria incorreto deduzir a natureza jurídica da reincidência como a de uma circunstância agravante genérica de caráter subjetivo, embora assim definida no art. 61, I, do Código Penal brasileiro.

Lembre-se que a agravação da pena imposta obrigatoriamente pela reincidência é senão um dos seus efeitos. Também não se pode afirmar que a reincidência é propriamente uma *circunstância* (do latim *circum + stare*), que, sob

⁷³ *Comentários ao Código Penal*, v. 1, p. 334.

a ótica penal, significa o conjunto de acontecimentos que giram ao redor do fato criminoso. Na caracterização do instituto, bem sabemos, o fato cometido é que se junta à condenação anterior para compor a agravante.⁷⁴

Essencialmente, a reincidência exprime uma qualificação pessoal marcada por sua singularidade perante os demais institutos jurídico-penais.

Parece-nos acertado recorrer à idéia de *tipo legal de autor* para designar a natureza jurídica do instituto, exatamente por atender aos requisitos da plasticidade e da abrangência dos efeitos legais que lhe são pertinentes.

Interessante a definição de *Calvi*:

“Um tipo de autor existiria onde a lei penal, mesmo sem descrever especificamente os dados tipológicos da personalidade, diferencie as consequências jurídicas do fato-crime de forma tal que revele a atribuição de um *valor categorial* à própria personalidade no quadro do sistema.”⁷⁵

As legislações prevêm, ancoradas na condição subjetiva *ser reincidente*, consequências jurídicas diversas ao autor do fato-crime, desenhando um *status*, uma situação jurídica distinta em razão desta qualidade pessoal do agente. Vale dizer: a norma penal descreve um tipo de autor que se consoma com a satisfação dos requisitos nela contidos e que entraria “em cena” no momento da individualização da pena.

Comentamos, há pouco, a singularidade do instituto. A rigor, a legislação penal brasileira não contempla outros tipos de autores, excluindo-se o inimputável e o semi-imputável.⁷⁶ A própria definição da primariedade, para todos os efeitos legais, é extraída, *a contrario sensu*, do conceito da reincidência.

⁷⁴ *Maggiore* a este respeito afirma: “*La recidiva non può dirsi circostanza in senso proprio, giacchè essa non ha nulla di accidentale, ma è espressione essenziale e fondamentale del carattere del delinquente.*” (*Op. cit.*, p. 640).

⁷⁵ *Tipo criminológico*, apud BETTIOL, Giuseppe. *Op. cit.*, p. 13, nota 17.

⁷⁶ Não parece adequado estender a essas figuras a idéia de tipo de autor, uma vez que a inimputabilidade e a semi-imputabilidade são consideradas para fins de exclusão da incidência da norma penal incriminadora ou de atenuação da pena, no caso do semi-imputável (art. 26 do CP).

11 EFEITOS DA REINCIDÊNCIA E UMA NOVA LEITURA DO PRINCÍPIO *NON BIS IN IDEM*

Elencamos, a seguir, os efeitos da reincidência presentes no Código Penal e no Código de Processo Penal brasileiros:

- a) agrava a pena obrigatoriamente, em quantidade indeterminada (art. 61, I, do CP);
- b) circunstância preponderante no concurso de agravantes e atenuantes (art. 67 do CP);
- c) impede a substituição da pena privativa de liberdade por pena restritiva de direitos (arts. 44, II, do CP);
- d) impede a aplicação da multa substitutiva (art. 60, § 2º, do CP);
- e) obsta a concessão da suspensão condicional da pena no caso de reincidência em crime doloso (art. 77, I, do CP);
- f) eleva o prazo do cumprimento da pena para a obtenção do livramento condicional, se reincidente em crime doloso (art. 83, II, do CP);
- g) revoga obrigatoriamente a suspensão condicional da pena no caso de condenação por crime doloso e facultativamente no caso de crime culposo (art. 81, I, e § 1º, do CP);
- h) revoga a reabilitação se o reabilitado for condenado, como reincidente, a pena que não seja de multa (art. 95 do CP);
- i) causa interruptiva da prescrição (art. 117, VI, do CP);
- j) aumenta de um terço o prazo prescricional da pretensão executória (art. 110 do CP);
- k) revoga o livramento condicional, obrigatoriamente, sobrevindo condenação à pena privativa de liberdade (art. 86 do CP);
- l) revoga o livramento condicional, facultativamente, se sobrevier condenação a pena que não seja privativa de liberdade (art. 87 do CP);
- m) não permite que o regime inicial do cumprimento da pena privativa de liberdade seja aberto ou semi-aberto, a menos que se trate de pena de detenção, conforme nosso entendimento (art. 33, § 2º, *b e c*, do CP);
- n) impede que o réu recorra em liberdade (art. 594 do CPP);

o) impede a prestação de fiança nos crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade, se o réu já tiver sido condenado por outro crime doloso (art. 323, III, do CPP);

p) admite a prisão preventiva por crime doloso se o réu tiver sido condenado por outro crime doloso, salvo se decorrer o prazo de cinco anos previsto no art. 64, I, do Código Penal (art. 313, III, do CPP);

q) impede que o juiz substitua a pena de reclusão pela de detenção, a diminua de um a dois terços ou aplique somente a pena de multa, nos crimes de furto, de apropriação indébita e estelionato (arts. 155, § 2º, 170 e 171, § 1º, todos do CP).

A rápida leitura do extenso rol de efeitos acima elencado é bastante para estampar o rigor exacerbado do instituto no ordenamento jurídico brasileiro.

Nessa hora, mais uma vez, voltamos ao problema da conformação da reincidência aos seus legítimos fundamentos. Atentemo-nos para que vários dos efeitos supracitados não guardam qualquer relação com o princípio da individualização da pena, supedâneo da reincidência. Exemplos mais evidentes dessa inconformidade seriam os efeitos de interrupção e elevação do prazo prescricional, o impedimento de se recorrer em liberdade, a impossibilidade de prestação de fiança nos crimes dolosos e a admissão da prisão preventiva também nos crimes dolosos.

Também interessa-nos saber se outros efeitos, a pretexto de individualizar a pena, contribuem eficaz e decisivamente nesse mister (por exemplo, a impossibilidade de aplicação da multa substitutiva e da pena restritiva de direitos, assim como a vedação de se iniciar o cumprimento da pena em regime semi-aberto ou aberto), ou se se trata de excessos injustificados na disciplina do instituto.

Recordemos, mais, que o Direito pátrio ignora a fragilidade da presunção de intensa consciência da ilicitude, sustentáculo do juízo de reprovação que atinge o reincidente.

Em suma, a forte carga punitiva de que tratamos pode ser observada por dois ângulos: a) vários dos efeitos decorrentes da reincidência positivaram-se à margem do princípio da individualização da pena, em torno do qual deveriam cingir-se; b) outros efeitos supostamente aproximam-se do referido princípio,

trazendo abusos punitivos a pretexto de adequar a resposta penal às condições pessoais do agente.

Convém, diante desse quadro, repensar a problemática da quebra do princípio *non bis in idem* sob uma nova perspectiva.

Antes, vejamos o que diz *Cernicchiaro*:

“Aplicada a pena ao caso concreto, o que se faz na sentença, encerra-se o poder punitivo do Estado, em termos de dimensionamento do crime *in concreto*. Resta somente a possibilidade da execução. Cada infração tem a pena correspondente. Não pode haver duplicidade. Vale dizer, o mesmo delito ser punido várias vezes, ou a sanção de um estender-se a outro. Seria, sem dúvida, *bis in idem* odioso.”⁷⁷

Para *Silva Franco*:

“Uma investigação mais centrada no princípio da legalidade revelou, de forma inafastável, que vários outros princípios penais – tais como, por exemplo, o princípio do fato, o princípio da lesividade, o princípio *ne bis in idem* – têm nele o seu ponto de sustentação [...] num Estado Democrático de Direito, o simples respeito formal ao princípio da legalidade é insatisfatório. Há, na realidade, ínsito nesse princípio, uma dimensão de conteúdo, que não deve ser mantida num plano secundário. O Direito Penal não pode ser destinado, numa sociedade democrática e pluralista, nem à proteção de bens desimportantes, nem à imposição de convicções morais, ou de uma certa e definida moral oficial, a um ser humano que deve ser livre nas suas manifestações e deliberações pessoais.”⁷⁸ (Destacamos).

O princípio *non bis in idem* compreende-se, pois, como corolário do princípio da legalidade, consagrado no seio das modernas constituições (art. 5º, XXXIV, da CR/88).

⁷⁷ Reincidência. *Correio Braziliense*. *Op. cit.*, *loc. cit.*

⁷⁸ *Op. cit.*, p. 29.

No caso da reincidência, em verdade, diversos dos seus efeitos mais se assemelham a uma punição em separado, muito distante do propósito de individualizar a pena, ao qual deveriam conformar-se.

O legislador penal, no afã de modelar a figura de um tipo de autor (o *reincidente*), comete inúmeros descontroles e atropelos, trazendo à tona resquícios fortíssimos de um Direito Penal de autor de cunho autoritário.

Por mais se aparentar a uma *punição*, gravíssima e nefasta sob diversos aspectos, a forte carga punitiva da reincidência sugere, de fato, a quebra do princípio *non bis in idem*, vindo o primeiro crime a ser punido duplamente.⁷⁹

Assim, em que pese encontrarmos fundamentos legítimos para o instituto no Moderno Direito Penal, sua deformação pelo Direito positivo brasileiro esbarra no princípio da legalidade, mais especificamente no princípio *non bis in idem*.

A leitura acurada dos efeitos da reincidência reclamará o confronto do texto constitucional de 1988 para determinar a recepção ou não de vários dispositivos legais perante os princípios da legalidade e da individualização da pena.

Não reconhecer que diversos efeitos da reincidência constituem uma verdadeira e própria punição, não inseridos unicamente no plano da individualização da pena, onde poder-se-ia admiti-los, seria referendar a prática de um inequívoco *Direito Penal de autor*, inaceitável ao paradigma do Estado Democrático de Direito.

12 BIBLIOGRAFIA

BASILEU GARCIA. *Instituições de direito penal*. 4. ed., São Paulo: Max Limonad, 1967, v. 1, t. 1.

_____. *Instituições de direito penal*. 4. ed., São Paulo: Max Limonad, 1972, v. 1, t. 2.

⁷⁹ SILVA FRANCO, comentando o Código Penal de 1940, diz que a reincidência estabelecia uma “verdadeira pena tarifada” (*op. cit.*, p. 401).

- BATTAGLINI, Giulio. *Direito penal*; parte geral. São Paulo: Saraiva, 1973. 453p.
- BETTIOL, Giuseppe. *Direito penal*. 8. ed., Trad. Paulo José da Costa Jr. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1976, v. 3.
- _____. *O problema penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 1967.
- BRUNO, Aníbal. *Direito penal*; parte geral. São Paulo: Forense, 1967, t. 3. 376p.
- CARRARA, Francesco. *Opuscoli di diritto criminale*. 6. ed., Firenze: Fratelli Carmelli, 1909, v. 2.
- CERNICCHIARO, Luiz Vicente. Reincidência. *Correio Brasiliense*, Brasília, 13 maio 1996. Caderno Direito & Justiça.
- COSTA JR., Paulo José da. *Comentários ao Código Penal*; parte geral. 2. ed., São Paulo: Saraiva, 1987, v. 1.
- FERRI, Enrique. *Principios de derecho criminal*. 1. ed., Madrid: Reus, 1933. 820p.
- FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal*; parte geral. 10 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986. 491p.
- FRANCO, Alberto Silva et al. *Código penal e sua interpretação jurisprudencial*. 5. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.
- LUIZI, Luiz. *Os princípios constitucionais penais*. Porto Alegre: Fabris, 1991. 123p.
- LYRA, Roberto. *Comentários ao Código Penal*. 2.ed., Rio de Janeiro: Revista Forense, 1955, v. 2. 581p.
- _____. *Novíssimas escolas penais*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1956.
- MAGGIORE, Giuseppe. *Diritto penale*; parte generale. 5 ed., Bologna: Nicola Zanichelli, 1951, v. 1., t. 2, 863 p.
- MANZINI, Vincenzo. *Tratado de derecho penal*; teorías generales. Buenos Aires: Ediar, 1957, v. 3.
- _____. *Tratado de derecho penal*; teorías generales. Buenos Aires: Ediar, 1948, v. 2., t. 2. 609p.
- MUÑOZ CONDE, Francisco. *Teoria geral do delito*. Trad. Juarez Tavares e Luiz Régis Prado. Porto Alegre: Fabris, 1988. 238 p. (Trad. de: *Teoría general del delito*).

- PALAZZO, Francesco C. *Valores constitucionais e direito penal*. Trad. Gérson Pereira dos Santos. Porto Alegre: Fabris, 1989. 120p. (Trad. de: *Valori costituzionali e diritto penale*; un contributo compartistico allo studio del tema).
- RANIERI, Silvio. *Manual de derecho penal*; parte general. Bogotá: Temis, 1975, t. 2. 418 p.
- ROCCO, Arturo. *El problema y el método de la ciencia del derecho penal*. 2.ed. Bogotá: Temis, 1982. 87 p.
- ROCHA, Synésio. *Da reincidência*. São Paulo: Saraiva, 1938. 130p. (Tese, concurso para a cátedra de Direito Penal, Faculdade de Direito de São Paulo).
- SÁ, Alvino Augusto de. *Reincidência criminal*; sob o enfoque da psicologia clínica preventiva. São Paulo: EPU, 1987.
- SAVIGNY, Friedrich Karl von. *Metodología jurídica*. Buenos Aires: Depalma, 1979. 89p.
- SEVERINO, Joaquim Antônio. *Metodologia do trabalho científico*. 19. ed., São Paulo: Cortez, 1993.
- TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*. 5. ed., São Paulo: Saraiva, 1994, 362 p.