

## **REINCIDÊNCIA: Um verdadeiro *bis in idem***

**Carla Luize Conceição Ramos<sup>1</sup>**

**Resumo:** A reincidência é uma das circunstâncias agravantes prevista nos artigos 63 e 64 do Código Penal vigente. O objetivo do presente trabalho é analisar o instituto em questão sob a ótica do princípio da vedação da dupla valorização do mesmo fato, o *bis in idem*. Inicialmente será abordado o seu conceito e suas classificações e logo em seguida a sua aplicação no ordenamento pátrio, por fim, será feita uma análise da recidiva com a vedação ao *bis in idem*, com a finalidade de demonstrar que a reincidência é uma violação ao Estado Democrático de Direito.

**Palavras-chave:** Reincidência; Circunstâncias agravantes; *bis in idem*, Direito Penal do Autor

### **SUMÁRIO**

1 DA DEFINIÇÃO DA REINCIDENCIA ; 2 APLICAÇÃO DA REINCIDÊNCIA;  
3 REINCIDÊNCIA X BIS IN IDEM ; REFERÊNCIAS

---

<sup>1</sup> Acadêmica de Direito da Universidade Salvador - Bahia

## 1 DA DEFINIÇÃO DA REINICIDÊNCIA

O Direito Penal é o ramo do direito responsável por definir condutas, ações ou omissões, que irão configurar infrações. Deste modo terá seus fundamentos oriundos e limitados pela Lei Maior, a Constituição Federal.

Assim, é por esse ramo do direito que as penas são impostas aos indivíduos, e é através dela que o Estado tenta controlar as condutas e manter a ordem.

A prática de um crime seria, então, uma violação não só ao ordenamento, mas também a toda sociedade. Por conseguinte, o Estado se encontra incumbido da tarefa de punir aquele que atenta contra suas leis e contra a estabilidade do sistema social.

A partir do artigo 59 do Código Penal de 1940, encontram-se algumas das regras referentes à aplicação da pena, a resposta estatal para aqueles que descumprirem os preceitos legais.

Ainda sobre a aplicação da pena, o artigo 61 estabelece, como segunda fase de sua aplicação, a observância de algumas circunstâncias denominadas como agravantes.

Circunstâncias agravantes são fatos selecionados pelo legislador como relevantes para fins de aplicação de pena e que são úteis à verificação da maior ou menor gravidade de um determinado delito.

Tais circunstâncias destinam-se a justificar o aumento da pena que será aplicada a um dado indivíduo e que se constituem como uma espécie do gênero circunstâncias legais. Como uma circunstância legal, as circunstâncias agravantes impõem ao magistrado o dever de analisá-las e, conforme o caso aplicá-las.

A primeira hipótese de circunstância trazida pelo artigo 61 é a reincidência, objeto de estudo do presente trabalho.

O instituto da reincidência é regulado pelo Código Penal vigente como uma circunstância agravante a qual se encontra prevista no artigo 61, inciso I, tendo a sua aplicação ditada, também, pelos artigos 63 e 64, *in verbis*:

**Art. 63** - Verifica-se a reincidência quando o agente comete novo crime, depois de transitar em julgado a sentença que, no País ou no estrangeiro, o tenha condenado por crime anterior.

**Art. 64** - Para efeito de reincidência:

I - não prevalece a condenação anterior, se entre a data do cumprimento ou extinção da pena e a infração posterior tiver decorrido período de tempo superior a 5 (cinco) anos, computado o período de prova da suspensão ou do livramento condicional, se não ocorrer revogação;

II - não se consideram os crimes militares próprios e políticos.

O Código Penal não define detalhadamente o conceito de reincidência, apenas descreve a sua hipótese de ocorrência.

Difícilmente se conseguirá conceituar reincidência, sem mencionar a definição clássica e esboçar uma classificação. A classificação, desta forma, em muito auxilia na tarefa de definir a reincidência.

Tal instituto, de acordo com as definições tradicionais pode ser classificado em: *genérica, específica, real ou ficta*.

Ocorre reincidência genérica quando o sujeito comete outro delito depois de ser julgado e condenado por outro crime, de qualquer natureza. Por sua vez, haverá reincidência específica quando o sujeito comete um delito igual ou da mesma natureza daquele que já sofrerá condenação anterior (PIERANGELI; ZAFFARONI, 2007, p.716).

Haverá reincidência real quando o sujeito comete novo delito após ter cumprido efetivamente pena por um delito anterior. Ao passo que, ocorrerá reincidência ficta quando há o cometimento de um novo delito após uma primeira condenação transitada em julgado, independentemente do efetivo cumprimento da pena relativa ao primeiro delito.

Tem-se como reincidente aquele que ao cometer um crime, tenha contra ele uma sentença penal condenatória transitada em julgado e que no prazo de cinco anos cometa uma nova infração.

Logo, não basta o cometimento de um novo delito para a configuração da reincidência, é necessária uma prévia condenação por meio de sentença transitada em julgada, no Brasil ou no exterior. Disso se conclui que, se tal condenação estiver pendente de recurso, será o réu considerado primário.

Por fim, a título provisório, pode-se definir a reincidência como a prática de um novo fato, com a aparência de delito, dentro do prazo de 5 (cinco) anos, a contar da data do trânsito em julgado da sentença (*reincidência ficta*) ou, a contar data em que foi extinta a pena atinente à primeira condenação (*reincidência real*).

Após essa breve introdução sobre a definição da reincidência, é de suma importância para o desenvolvimento do presente trabalho, analisar o momento que tal instituto deverá ser aplicado.

## **2 APLICAÇÃO DA REINCIDÊNCIA.**

A aplicação dessa espécie de agravante é atribuída a todo e qualquer tipo de crime, seja ele doloso ou culposos.

Não se pode deixar de mencionar que a legislação expressamente fala em condenação por crime anterior. Assim, não se aplica o instituto aqui tratado no caso de cometimento de crime após condenação por contravenção penal.

Contudo, de acordo com o Decreto-Lei 3.688/41, que regulamenta as contravenções penais, haverá reincidência quando o agente comete contravenção penal após ter sido condenado, no Brasil ou no exterior, por outra contravenção penal (Lei de Contravenções Penais, artigo 7º).

Disso se extrai algumas conclusões quanto à aplicabilidade lógica do instituto da reincidência, são elas: a) haverá reincidência quando, após a condenação pela prática de um primeiro delito, o agente cometer um novo crime, b) quando, após a condenação pela prática de um primeiro delito, o agente cometer uma nova infração tipificada como contravenção penal e, por fim, c) quando, após a condenação pela prática de uma primeira contravenção penal, o agente incorrer em uma nova contravenção penal.

Por falta de qualquer tipo de previsão legal, não pode admitir a aplicação da reincidência quando o sujeito condenado por contravenção penal vier a cometer crime.

O Código Penal argentino ao discorrer sobre a reincidência e sua aplicação no artigo 50 afirma, de forma clara, que esta só será aplicada nos casos em que os crimes forem punidos com penas privativas de liberdade, *in verbis*:

Art.50. Habrá reincidencia siempre que quien hubiera cumplido, total o parcialmente, pena privativa de libertad impuesta por un tribunal del país cometiere un nuevo delito punible también con esa clase de pena.[...].

Igual tratamento não é dispensado pelo Código Penal brasileiro vigente, pois este não trata de maneira expressa a possibilidade da aplicação da recidiva para os crimes cuja pena seja de multa, entendendo a doutrina que a

omissão feita pelo legislador permite o agravamento da pena pelo instituto aqui tratado.

Essa conclusão pode ser retirada também da interpretação do artigo 95, que se refere à possibilidade de revogar a reabilitação para aquele que for condenado, como reincidente, desde que a pena não seja de multa. Tal assertiva permite que se extraia a presente conclusão pela via da interpretação a *contrario sensu*, ou seja, haverá reincidência ainda que a primeira condenação tenha importado em aplicação exclusiva da pena de multa.

A despeito da mencionada conclusão convém salientar que sobre o tema há, pelo menos, três teorias. A primeira defende que não seria possível, pois se o crime foi apenado por pena de multa é por que não representa um grande perigo para sociedade. A segunda afirma que caberá o agravamento da pena caso ambos os crimes, embora sejam apenados por multa, sejam cometidos de forma dolosa. Por fim, a terceira corrente alega que o legislador não especificou o tipo de pena, sendo aplicado o instituto gravoso em qualquer situação (DELMANTO C. et al. 2002, p. 126).

A primeira teoria é a que merece guarida tanto pela ausência de qualquer referência expressa no texto legal no que toca à pena de multa quanto por força do texto do art. 51, o qual equipara a pena de multa a uma dívida de valor, o que acaba por impossibilitar a conversão daquela em pena privativa de liberdade. (DELMANTO C. et al. 2002, p. 126).

O artigo 63 estabelece, ainda que incorrerá em reincidência aquele que for condenado no estrangeiro. Entretanto, a lei não traz nenhum requisito especial para esta condenação, inclusive sobre a sua homologação, ou não.

Doutrinadores, a exemplo de José Pierangeli e Eugênio Zaffaroni, defendem que a sentença condenatória estrangeira, a ser levado em consideração como gravame da pena, deve ser de um crime que tenha correspondência no Brasil (2007, p. 720).

É dizer, o fato também deve ser típico à luz da legislação brasileira. Essa sentença para ser levada em conta na aplicação da pena deve ser resultado de um processo onde todos os direitos foram respeitados, inclusive a ampla defesa e o contraditório.

Desta forma, seria impossível aplicar a reincidência ao indivíduo que condenado na Argentina por pena de multa, viesse a cometer um crime no Brasil,

haja vista que naquele país só se aplica a recidiva para condenações cuja pena foi privativa de liberdade. Seria inviável aplicá-la também ao indivíduo condenado na Colômbia, já que este país não admite a reincidência desde seu Código de 1980 (PIERANGELI, ZAFFARONI, 2007, p.720).

O inciso II do art. 64, CP, traz as duas hipóteses de exceção a aplicação da reincidência. A primeira é para os crimes militares próprios, que são aqueles cuja tipificação só se encontra no Código Penal Militar e só podem ser cometido por militares.

A segunda exceção, por seu turno, são os crimes políticos, que como a lei não cita se são os próprios ou impróprios, tem-se crime político qualquer um que venha atacar os interesses do Estado ou a sua segurança interna ou externa.

Cabe frisar, também, que não se aplica a reincidência nos casos onde houver sido concedido o perdão judicial, conforme dita o art.120, CP e nos casos em que for concedida a composição civil, transação penal ou suspensão condicional do processo, todos referentes ao primeiro crime.

A prova da reincidência se faz pela certidão de trânsito em julgado da condenação anterior. É necessário que nela esteja presente a data em que a condenação se tornou definitiva e data da sua extinção.

Assim, no entendimento de Guilherme Nucci, não pode reconhecer a reincidência por meio da análise da folha de antecedente, pois como não é expedida pelo juízo da condenação, é possível que contenha erros (2008, p.390).

O estudo desse gravame é de extrema importância, pois seus efeitos sobre a pena do indivíduo são enormes, impede aplicação da substituição da pena privativa de liberdade por uma restritiva de direitos, impede a suspensão condicional da pena, aumenta o tempo de efetivo cumprimento em pena privativa de liberdade para a concessão do livramento condicional, é causa de interrupção da prescrição, dentre muitos outros efeitos.

A adoção da temporariedade da reincidência, bem como sua aplicação e seus efeitos, são considerados elementos essenciais no que concerne a sua distinção com os antecedentes criminais.

### 3 REINCIDÊNCIA X VEDAÇÃO AO *BIS IN IDEM*

O Princípio do *Non Bis In Idem*, também conhecido proibição da dupla valorização do mesmo fato jurídico, veda que uma mesma pessoa seja condenada duas ou mais vezes pelo mesmo delito.

Embora não esteja expressamente na Constituição Federal é tratado como um corolário da legalidade no que toca à irretroatividade. Assim, o referido princípio garante que o cidadão não seja punido duas ou mais vezes pelo mesmo fato.

Na lição de Luiz Regis Prado (2009, p. 148), a vedação ao *bis in idem* seria um limite ao poder punitivo do Estado. Assim, em conformidade com o princípio da vedação do *bis in idem*, uma pessoa não pode ser castigada duas ou mais vezes pelo mesmo fato. Ou seja, não podem recair sobre ela duas condenações sobre o mesmo delito.

Tal princípio tem como objetivo coibir a duplicidade de sanções para o mesmo indivíduo, por um mesmo fato delituoso. Assim, se ele foi julgado e condenado a cumprir pena, está vedado a sua punição por esse fato novamente (QUEIROZ, 2005, p. 49).

Há doutrinadores, a exemplo de Alberto Silva Franco, que afirmam que tal princípio pode ser fracionado em dois aspectos um processual e outro material.

Sob o aspecto processual primeira perspectiva, o princípio não admite que uma mesma pessoa seja julgada duas ou mais vezes pelo mesmo fato. Sob o aspecto material, o dito princípio proíbe a dupla valoração penal na medida em que obsta que o delito anterior produza, de novo, conseqüências penais (FRANCO, 2010, p. 1).

Luiz Regis Prado (2009, p. 148) também faz uma divisão sobre o conteúdo desse princípio. Chama de conteúdo material o que for relativo a imposição de pena e, de caráter processual, a impossibilidade de persecuções criminais repetidas.

Juarez Cirino dos Santos (2008, p. 21) leciona sobre o tema afirmando que a retroatividade penal incide tanto na norma de conduta tanto na sanção penal. Como a seara da sanção penal abrange tanto as penas quanto os efeitos da condenação e as condições objetivas de punibilidade, logo se conclui que a vedação do *bis in idem* configura um dos efeitos da condenação

Assim, pode-se entender que tudo que se refira a pena não poderá retroagir, de acordo com a o princípio ora estudado.

Portanto, com esse breve conceito, resta claro que a reincidência viola a vedação da dupla valoração, haja vista que a pena do indivíduo é majorada pelo crime anterior.

A pena agravada pela recidiva que é imposta, não foi elevada pelas circunstâncias do crime, mas sim pela condenação anterior. Como bem frisam Zaffaroni e Pierangeli (2007, p. 718), a exacerbação do segundo delito tem seu fundamento na condenação anterior, e não no primeiro delito

Desta forma, majorar a pena pela reincidência significa valorar duas vezes o mesmo fato, violando o princípio da vedação do *bis in idem*. Assim, ao aumentar a pena valendo-se do instituto da reincidência, o magistrado, em verdade, está alterando uma sentença condenatória anterior, que, inclusive, já transitou em julgado.

Sobre a reincidência e a violação da vedação do *bis in idem*, Alberto Silva Franco (2010, p. 4) afirma que:

A reincidência, enquanto agravante, não apenas aplica oficialmente, através de manifestação judicial no segundo processo, o rótulo de reincidente ao condenado por fato criminoso anterior, como também valora penalmente o fato precedente para efeito de agregar maior gravidade à pena cominada para o segundo delito, tomando-se a sentença anterior como pressuposto do *plus punitivo*.

E isso significa que o Estado reitera, de forma inadmissível, o exercício do *ius puniendi*.

Esse duplo gravame, ocasionado pela reincidência, não pode ser considerado como constitucional nem compatível com o Estado de Direito Democrático.

Contudo, Synésio Rocha, citado por Leonardo Yarochevsky, afirma que a reincidência não fere em hipótese alguma o princípio do *bis in idem*, pois a primeira punição apenas influi na segunda para que seja demonstrada a má índole do indivíduo. Assim, a segunda pena é agravada por esse se mostrar em uma situação específica, reclamando, desta forma, tratamento desigual (2005, p. 129). Nesse sentido, a reincidência seria uma decorrência do princípio da isonomia.

Esse argumento, todavia, não deve prosperar afinal a reincidência estigmatiza ainda mais o acusado e o acaba punindo pelo que é, e não pelo que fez.



Em outros termos, a reincidência majora o estigma social, agrava a pena e representa uma política criminal de Direito Penal do Autor.

Aceitar um direito penal do autor nos dias atuais seria defender um Estado autoritário, comprometido com a estigmatização do indivíduo.

É neste contexto que se encontra a reincidência. Não há dúvida de que ela seja uma grande expressão do direito penal do autor, pois essa se relaciona unicamente e exclusivamente com as histórias de vida dos condenados.

A reincidência serviria apenas para classificar as pessoas em “disciplinadas” e “indisciplinadas” sendo claro, que essa não é a função de um direito penal garantidor. (Pierangeli; Zaffaroni; 2007, p. 719).

A majoração da pena pela recidiva representa uma época em que o direito penal se mostrava extremamente autoritário, onde o que importava era a personalidade do agente e não o fato por ele praticado. E é neste contexto que se cria presunção de que o reincidente é mais perigoso e, por isso, ele deve ser punido de forma mais severa.

O gravame da pena não se dá porque um novo delito foi praticado, ou porque a culpabilidade do agente é maior, ela se dá apenas pela condição de reincidente que o autor carrega. Um novo tipo de rótulo!

Acolher a reincidência como majorante, é admitir a imposição de uma pena sem que se afira a culpabilidade do agente. Cria-se um monstro jurídico, pune-se e agrava-se a punição, sem que se examine a culpabilidade do agente. A reincidência é um claro retorno à periculosidade.

Maria Lúcia Karam (1994, p.127) assevera que a reincidência é uma nova reprovação do delito anterior e que sua aplicação constitui um intolerável afastamento dos princípios penais e constitucionais.

Como adverte Adauto Suannes (1996, p.320-321), uma sentença já transitada em julgada não pode servir de parâmetro para reformar uma posterior sentença condenatória aplicável ao condenado, pois tal reforma se dará em desfavor do condenado. Nesse sentido, a reincidência se mostra incompatível com a Lei Maior, pois permite uma alteração *in malam partem*.

Incumbe registrar que a reincidência pressupõe uma sentença penal transitada em julgado. Sendo assim, uma posterior sentença condenatória não poderia ser agravada por força do trânsito em julgado de uma sentença anterior, pois isso é violar o instituto da coisa julgada material.

Quando o Estado não respeita a certeza e a segurança jurídica que a coisa julgada material pretende proporcionar aos cidadãos, o Estado perde a legitimidade para exercer o seu poder de punir.

Em uma decisão em sede de apelação criminal, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, por meio do Desembargador Relator Sylvio Baptista Neto, afastou a agravante da reincidência por entender que esta viola o princípio em questão, veja-se a ementa abaixo:

**EMENTA:** PENA. FURTO QUALIFICADO. DOSIMETRIA. ISONOMIA AO ROUBO DE IGUAL QUALIDADE. Tendo em vista os princípios da proporcionalidade e isonomia previstos de forma imanente na Constituição Federal, e diante da necessária releitura do Código Penal face aos novos mandamentos constitucionais, a punição pela prática de furto qualificado deve ser idêntica ao do roubo com a mesma qualidade.

[...]

PENA. DOSIMETRIA. REINCIDÊNCIA. DESVALOR DE AGRAVAMENTO. Afasta-se o agravamento da punição pela reincidência, pois, além do 'bis in idem', inclui-la como causa de agravação da pena, não leva em conta que o delinqüente reincidente nem sempre é mais perverso, mais culpável, mais perigoso, em confronto com o acusado primário. Depois, não pode o próprio Estado, um dos estimuladores da reincidência, na medida em que submete o condenado a um processo dessocializador, exigir que se exacerbe a punição a pretexto de que o agente desrespeitou a sentença anterior, desprezou a formal advertência expressa nessa condenação e, assim, revelou uma culpabilidade mais intensa. (Apelação Crime Nº 70001014810, Sexta Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Sylvio Baptista Neto, Julgado em 08/06/2000)

Conclui-se, por tudo que já foi relatado, que, embora a Constituição de 1988 não tenha estabelecido de forma explícita a vedação do *bis in idem*, este princípio existe no ordenamento pátrio, pois pode ser considerado como um corolário do princípio da legalidade.

Por fim, o primeiro fato criminoso não deve servir como fundamento para agravar a pena de um delito posterior, não em um Estado Democrático de Direito. E, como a reincidência leva em consideração essa condenação anterior, estaria assim, violando tal princípio, devendo ser extirpada do ordenamento brasileiro.

## REFERÊNCIAS

ARGENTINA. **Código Penal Argentino**. Disponível em: <<http://www.infoleg.gov.ar>>. Acesso em: 18 abr. 2010.

DELMANTO, Celso; DELMANTO, Roberto; DELMANTO JÚNIOR, Roberto, ALMEIDA, Fábio Machado de, **Código Penal Comentado**. 6. ed., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

FRANCO, Alberto Silva. Reincidência: um caso de não-recepção pela constituição federal; **Boletim IBCCRIM**. nº 209 . Abr. 2010. Disponível em <<http://www.ibccrim.org.br/>> Acesso em 18 abr 2010.

KARAM, Maria Lúcia. “Aplicação da pena: Por uma nova atuação da justiça criminal”, **Revista Brasileira de Ciências Criminas**. ED. RT. Ano 02, nº 06, 1994.

NUCCI, Guilherme de Souza, **Código Penal Comentado**. 8 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: .Revista dos Tribunais, 2008.

PIERANGELI, José Henrique ; ZAFFARONI, Eugênio Raúl. **Manual de Direito Penal**, parte geral, 7 ed. rev e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito penal Brasileiro**: parte geral. 8 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunal, 2009.

QUEIROZ, Paulo, **Direito Penal**. 3 ed. rev. e aumentada. São Paulo: Saraiva, 2006.

RIO GRANDE DO SUL, TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL, **Apelação Crime Nº 70001014810**, Sexta Câmara Criminal Relator: Sylvio Baptista Neto, D.J em 08 de jun de 2000. Disponível em <[www.tjrs.jus.br](http://www.tjrs.jus.br)> Acesso em 05 set 2010.

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

SUANNES, Adauto, “A inconstitucionalidade da elevação da pena pela reincidência e a inaceitabilidade do reconhecimento fotográfico.” **Revista Brasileira de Ciências Criminas**, ano 4,<sup>o</sup>13, jan-mar, 1996.

YAROCHEWSKY, Leonardo Isaac, **Da Reincidência Criminal**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2005.