



Gabriel Cândido: Incompatibilidade da reincidência criminal

A reincidência criminal possui seus contornos penais processuais de modo a ensejar prejuízos relevantes ao sujeito em todo curso do processo penal e da eventual execução.

Para que a reincidência seja caracterizada, necessita-se do acúmulo dos seguintes requisitos: 1) condenação criminal prévia e transitada em julgado; 2) o cometimento de um novo crime; 3) o lapso temporal entre a extinção da primeira pena e o novo crime de até 5 anos. Necessita-se da configuração de todos esses elementos, para a configuração da reincidência.

Entende-se que a valoração da reincidência nos moldes que é dado viola direitos fundamentais atinentes ao direito e ao processo penal, visto que constitui em uma manifestação do 1) *direito penal do autor*; 2) *viola o princípio da legalidade*; não observa o 3) *princípio da vedação ao bis in idem*; além de trazer à tona 4) *a contradição do discurso ressocializador da pena*.

1) O direito penal do autor

O instituto da reincidência representa a expressão do direito penal centrado no autor do delito e não se restringe tão somente ao próprio fato delituoso, haja vista que a condição processual do sujeito é duramente prejudicada por razões estritamente pessoais e pretéritas. Ao valorar a reincidência, colocam-se os fatos em segundo plano em detrimento das características da pessoa em julgamento ou em execução penal.

O direito penal do autor imputa ao crime "*o sintoma de uma inferioridade moral, biológica ou psicológica*" [1] e por isso essa teoria deve ser rechaçada. A reincidência parte dessa mesma perspectiva, partindo da análise de quem o agente foi e de quem ele é. Desse modo, "*é óbvio que o princípio do direito penal do autor é um caminho às escâncaras a todo tipo de totalitarismo e o Direito Penal, que acolhe a tipologia de autores, não encontra acomodação à ideia de um Estado de Direito*" [2].

2) Violação do princípio da legalidade

O princípio da legalidade restringe a atuação do juiz à subsunção dos fatos aos elementos do tipo penal, impedindo a extrapolação dos limites estabelecidos pela narrativa contida no processo [3].

A reincidência conforme apresentada em nosso ordenamento "*põe em xeque o princípio da legalidade na medida em que provoca uma espécie de ultra-atividade das consequências de um delito anterior já julgado, estendendo seus efeitos a um delito posterior totalmente independente*" [4]. Nesse contexto, a perspectiva do direito penal subordinado aos fatos está diretamente alinhada à defesa do princípio da legalidade.

3) A vedação ao bis in idem

O *ne bis in idem* refere-se à "*proibição de um novo julgamento sobre os mesmos fatos que foram objeto da sentença dotada de autoridade de coisa julgada*" [5], com a previsão normativa principalmente em tratados internacionais, em destaque o artigo 8.4 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (CADH) [6] e o artigo 14.7 do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (PIDCP) [7]. A vedação ao *bis in idem* "*inadmite uma persecução penal múltipla, isto é, que uma mesma pessoa e um mesmo fato sejam, de novo, aferidos judicialmente*" [8].

Quando olhamos a reincidência à luz do princípio do *ne bis in idem*, há de perceber prejuízos significativos ao agente durante o processo penal e até durante a execução penal. A condição jurídica do sujeito é agravada por eventos passados, que já passaram pelo crivo do judiciário. Nesse sentido, Cirino dos Santos acerca da reincidência: "*significa dupla punição do crime anterior: a primeira punição é a pena aplicada ao crime anterior; a segunda punição é o quantum de acréscimo obrigatório da pena do crime posterior, por força da reincidência*" [9].

4) A contradição do discurso ressocializador da pena

Segundo o CNJ, em média 42,5% dos presos são reincidentes. O presente dado contradiz o discurso ressocializador da pena, revelando um contrassenso defender a função ressocializadora da pena privativa de liberdade e o recrudescimento penal aos reincidentes.

Sobre o discurso ficcional da ressocialização, Valois indica que "*a despeito da grande mentira que a própria palavra transmite por si só, é usada constantemente nos meios científico e social, servindo tanto para fundamentar a prática judiciária quanto para vender à população a ideia de que a prisão tem alguma utilidade*" [10].



O alto número de reincidentes demonstra o quão falho é o sistema carcerário, sustentando um sistema de violência que se retroalimenta, visto que a *"resposta jurídica que o Brasil oferece à reincidência traz à tona o círculo vicioso de brutalidade, de violência e de expropriação dentro e fora das prisões, principalmente em face dos grupos sociais mais vulnerabilizados"* [11]. Nesse cenário, destaca-se a proposta provocativa de Cirino dos Santos de inserir a reincidência no rol de circunstâncias atenuantes da pena:

"(...) se novo crime é cometido após a passagem do agente pelo sistema formal de controle social, com efetivo cumprimento da pena criminal, o processo de deformação e embrutecimento pessoal do sistema penitenciário deveria induzir o legislador a incluir a reincidência real entre as circunstâncias atenuantes, como produto específico da atuação deficiente e predatória do Estado sobre sujeitos criminalizados." [12]

Defende-se, portanto, a incompatibilidade da reincidência com a normativa interna e internacional, sendo necessária a remoção do instituto do ordenamento jurídico brasileiro.

[1] BATISTA, Nilo; ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito Penal Brasileiro – I*. 4.ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011, p.131-2.

[2] FRANCO, Adalberto Silva. *Reincidência: um caso de não-recepção pela constituição federal*. São Paulo: IBCCRIM, 2010. Disponível em: <https://arquivo.ibccrim.org.br/boletim_artigo/4063-Reincidencia-um-caso-de-nao-recepcao-pela-constituicao-federal>. Acesso em: 02 mar 2023.

[3] FRANCO, Adalberto Silva. *Reincidência: um caso de não-recepção pela constituição federal*. São Paulo: IBCCRIM, 2010. Disponível em: <https://arquivo.ibccrim.org.br/boletim_artigo/4063-Reincidencia-um-caso-de-nao-recepcao-pela-constituicao-federal>. Acesso em: 02 mar 2023.

[4] FRANCO, Adalberto Silva. *Reincidência: um caso de não-recepção pela constituição federal*. São Paulo: IBCCRIM, 2010. Disponível em: <https://arquivo.ibccrim.org.br/boletim_artigo/4063-Reincidencia-um-caso-de-nao-recepcao-pela-constituicao-federal>. Acesso em: 2 mar 2023.

[5] CORTE IDH. *Caso Mohamed vs. Argentina, sentencia de 23 noviembre de 2012*. Disponível em: <https://cdn-conjur.s3.amazonaws.com/uploads/2019/07/seriec_255_esp.pdf>. Acesso em: 2 mar 2023.

[6] Artigo 8.4 da CADH: *"O acusado absolvido por sentença passada em julgado não poderá ser submetido a novo processo pelos mesmos fatos"*.

[7] Artigo 14.7 do PIDCP: *"Ninguém poderá ser processado ou punido por um delito pelo qual já foi absolvido ou condenado por sentença passada em julgado, em conformidade com a lei e os procedimentos penais de cada país"*.

[8] FRANCO, Adalberto Silva. *Reincidência: um caso de não-recepção pela constituição federal*. São Paulo: IBCCRIM, 2010. Disponível em: <https://arquivo.ibccrim.org.br/boletim_artigo/4063-Reincidencia-um-caso-de-nao-recepcao-pela-constituicao-federal>. Acesso em: 2 mar 2023.

[9] SANTOS, Juarez Cirino dos Santos. *Direito Penal: Parte Geral*. 9.ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020, p.541.

[10] VALOIS, Luís Carlos. *Conflito entre ressocialização e a legalidade penal*. Belo Horizonte; São Paulo: D'Plácido, 2020, p.109.



[11] CÂNDIDO, Gabriel Cardoso; SULOCKI, Victória-Amália de Barros Carvalho Gozdawa de. Reincidência criminal: contornos constitucionais. In: GEISLER, Adriana; PEDROSA, Priscila (Orgs.). *Crítica da Razão Colonial: estudos sobre direito e pensamento decolonial*. Rio de Janeiro: Codemy edições, 2022, p. 252.

[12] SANTOS, Juarez Cirino dos Santos. *Direito Penal: Parte Geral*. 9.ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020, p.541.

Fonte: <https://conjur.jumps.com.br/2023-mai-19/gabriel-candido-reflexao-reincidencia-criminal/>