



A razoabilidade da majoração da pena em decorrência da reincidência frente ao princípio *non bis in idem*

The reasonability of the majoration of the penalty as a result of the reconcent of the non bis principle in idem

Thiago Simão Souza¹, Emanuele Gonçalves da Silva² & Ytalo de Almeida Pereira³

Resumo: A proibição da dupla incriminação de acordo com o princípio *non bis in idem* não tem previsão expressa no ordenamento jurídico brasileiro, mas não deixa de se fazer presente nas normas jurídicas e doutrinas de uma forma indireta. Para que seja efetivado o que foi acordado no Pacto de São José da Costa Rica, que se trata de direitos humanos, a nossa Constituição Federal prevê implicitamente tal princípio no seu artigo 5º, incisos XXXVI e XXXIX. Este estudo em questão tem a finalidade de entender o que é o instituto da reincidência, seja ela genérica ou específica. Será exposto tal instituto, comparando-o com os preceitos constitucionais e o princípio do *non bis in idem*, defendendo que tal instituto fere o princípio supracitado.

Palavras-chave: *Princípio non bis in idem; Reincidência; Direito internacional.*

Abstract: The prohibition of double criminality in accordance with the principle of *non bis in idem* does not have an express provision in the Brazilian legal system, but it does not cease to be present in legal norms and doctrines in an indirect way. In order to carry out what was agreed in the Pact of San José of Costa Rica, which is about human rights, our Federal Constitution implicitly foresees this principle in its article 5, subsections XXXVI and XXXIX. This study in question, has the purpose of understanding what is the institute of recidivism, be it generic or specific. Such an institute will be exposed, comparing it with the constitutional precepts and the *non bis in idem* principle, arguing that such an institute violates the aforementioned principle.

Keywords: *Principle non bis in idem; Recidivism; International right.*

*Autor para correspondência

Recebido para publicação em 15/07/2019; aprovado em 30/06/2020.

¹ Graduando, Autor, Centro Universitário Doutor Leão Sampaio, thiagosimao.direito92@gmail.com; *

² Graduando, Coautora, Universidade Federal de Campina Grande, m_nu2@hotmail.com;

³ Graduando, Coautor, Universidade Federal de Campina Grande, ytalo.almeida.pereira@gmail.com.

INTRODUÇÃO

O princípio do non bis in idem faz-se presente no ordenamento jurídico brasileiro por meio do artigo 8º, inciso IV da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, aderida pelo Brasil. Sabendo que a finalidade da aplicação da pena àqueles que infringiram a lei penal é alcançar a ressocialização do agente por meio da reclusão em locais destinados a recuperação social, é questionável o instituto da reincidência, uma vez que, tal instituto contribui para manter o sujeito que, caso venha a cometer um segundo crime e desde que o primeiro já tenha transitado em julgado, tenha uma pena majorada, sendo assim mantido afastado do corpo social por um maior lapso temporal.

O instituto da reincidência surgiu no Brasil com Código Criminal do Império de 1830 no artigo 16, §3º como um fator agravante utilizado nos casos em que um determinado indivíduo viesse a cometer um novo crime, desde que fosse o mesmo crime cometido anteriormente. Era assim classificada como reincidência específica. No Código de 1940 surge a reincidência genérica, a qual institui que os delitos cometidos não necessitam ser da mesma tipicidade.

No atual Código Penal brasileiro não se distingue a reincidência genérica e específica. Entretanto o artigo 64 inciso I, do Código Penal traz o sistema da temporariedade estabelecendo que não se configura a reincidência quando decorrer período superior a 05 (cinco) anos entre a data do cumprimento ou extinção da pena e a nova infração.

Diante de tal contexto, a incompatibilidade do princípio supracitado e a reincidência são passíveis de críticas, visto que, a violação não se estreita apenas a tal princípio. A Constituição Federal brasileira ao prever no artigo 1º, inciso III, a dignidade da pessoa humana, reza que aquele que fere a legislação penal deve ter garantido uma pena justa e proporcional entre o fato e a sanção penal. Nesses termos, associa-se então que a aplicabilidade de tal majoração está relacionada ao sujeito e não ao fato praticado, conseqüentemente o Estado assume de forma implícita a ineficiência do seu sistema punitivo, dado que a finalidade do sistema é a ressocialização e afastamento do sujeito de novas violações das leis penais. Diante de tais aspectos, a reincidência é aplicada no sistema jurídico brasileiro visando a segurança e a ordem social. No entanto, sua aplicabilidade afasta-se do objetivo previsto no artigo 3º, inciso I da Constituição Federal, o qual almeja constituir uma sociedade livre, justa e solidária.

Nesses termos, esse trabalho visa investigar o princípio non bis in idem e a razoabilidade da majoração da pena em decorrência da reincidência, uma vez que este princípio em estudo tem por intuito que não se pode punir alguém duas vezes pelo mesmo crime praticado, o que acarreta no retardo da recuperação do sujeito para o corpo social. Também não ocorre a proporcionalidade que, conforme MIRABETE (2012) “[...] *proporcionalidade entre o crime e a pena; cada crime deve ser reprimido com*

uma sanção proporcional ao mal por ele causado”, assim não se consubstancia a proporcionalidade visto que a pena atual é majorada em decorrência de fato pretérito.

BREVE CONTEXTO HISTÓRICO DA REINCIDÊNCIA NA LEGISLAÇÃO PENAL DO BRASIL E A INSERÇÃO DO PRINCÍPIO *NON BIS IN IDEM* NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

O instituto da reincidência surgiu no Brasil com Código Criminal do Império de 1830 no artigo 16, §3º como fator agravante para quando determinado indivíduo viesse a cometer um novo crime, desde que fosse o mesmo crime cometido anteriormente, assim era classificada como reincidência específica. No Código de 1940 surge a reincidência genérica, a qual institui que os delitos cometidos não necessitam ser da mesma tipicidade.

No atual Código Penal brasileiro não se distingue a reincidência genérica e específica. Entretanto o artigo 64 inciso I, do Código Penal traz o sistema da temporariedade estabelecendo que não se configure a reincidência quando decorrer período superior a 05 (cinco) anos entre a data do cumprimento ou extinção da pena e a nova infração.

Tratando-se do princípio *non bis in idem* ele está presente no ordenamento jurídico brasileiro através da Convenção Interamericana sobre direitos humanos no artigo 8º, inciso IV.

O artigo 5º, §2º da Constituição Federal brasileira institui que: “*Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte*”.

Sendo assim, o Brasil tendo aderido o Tratado Internacional da Convenção americana sobre direitos humanos, o princípio possui valor normativo conforme Valerio de Oliveira no seu livro de Curso de Direito Internacional público:

[...] Uma norma internacional, quando aceita por um Estado, já tem aptidão para ser aplicada no plano de seu Direito interno, sem a necessidade de ser “transformada em norma interna (por ato posterior de um dos poderes constituídos, v.g., o Poder Legislativo). (MAZZUOLI, p. 93, 2013)

Dessa forma, não é necessário que haja todo o processo de deliberação parlamentar para que a Convenção Interamericana sobre direitos humanos tenha efeitos legais. Destaca-se que com a Emenda Constitucional nº 45/2004, que versa sobre tratados e convenções internacionais os quais o Brasil faz parte, instauram que mesmo quando não tenham obtido o quórum de três quintos das duas casas do congresso nacional em dois turnos, esses tratados e convenções possuem condição de normas supralegais.

Contudo, a presença do princípio está inserida na Constituição Federal de forma indireta quando se trata da cláusula pétrea que garante a intangibilidade da coisa julgada, disposto no artigo 5º, inciso XXXVI. Tal artigo visa a proibição de se instaurar novo processo criminal para uma conduta que já fora julgada anteriormente, tendo como decisão condenatória ou absolutória. Desta forma, se nem o processo poderá ser novamente instaurado, muito menos o será a dupla punição.

FINALIDADES DA PENA

No percurso de tempo do direito penal, muitas foram as teorias sobre a finalidade da pena imposta pelo estado. Tais teorias tem grande relevância, tendo em vista que quando o estado priva a liberdade de alguém ou limite os seus direitos não seja mera arbitrariedade.

Assim, surgem diversas teorias, uma delas é a teoria agnóstica de Barreto (1892), a qual limita o caráter da pena a um fenômeno político que dispensa qualquer razão, imbuindo às ciências penais a restrição de sua atuação.

Todavia, tal teoria já não vislumbra respaldo nos ordenamentos jurídicos atuais, o que se dá em decorrência dos cenários histórico, político, social e filosófico que o mundo hoje vislumbra. Dessa forma se abre espaço para discutirmos outras teorias, seja a teoria absoluta que entende a pena como um mal em decorrência do mal de uma conduta, ou seja, a pena é “um fim em si mesmo.”

[...] Por essa lógica, a pena não pode nunca fomentar outro bem, seja para o próprio delinquente (prevenção especial)¹, seja para a sociedade civil (prevenção geral)², mas deve ser imposta tão somente, porque o agente delinuiu, pois o ser humano nunca pode ser usado como meio senão para si mesmo, não podendo ser tratado como objeto na busca de fins alheios à sua existência, sob pena de ser reduzido a uma mera coisa, desprovida de dignidade.(ANJOS, p.09, 2009)

O seu caráter absoluto se dá em razão dela estar desvinculada de qualquer efeito social, não almejando qualquer efeito preventivo. Ela é imposta puramente em razão do ato delitivo do agente. Mais uma vez, tal teoria não condiz com o atual cenário jurídico, visto que a teoria em comento não propõe qualquer utilidade que não seja o de retribuir o mal.

¹A prevenção especial é a teoria relativa que centra a sua atuação na pessoa que cometeu o crime. A posição de tal teoria é diametralmente oposta à teoria da retribuição, sendo o fim da pena dissuadir o ser humano individualmente considerado a prática de outros delitos.

²A prevenção geral centra a sua influência na sociedade como um todo, objetivando que a totalidade dos indivíduos do corpo social não pratiquem (ou pratiquem menos) crimes.

Todavia, surgem às teorias relativas, que recebem esse nome em razão das necessidades de prevenção ser relativas. Esta visa à prevenção e tem uma visão utilitarista, não sendo mais um fim e sim o meio.

A prevenção, desse modo, ao contrário da retribuição, mira no futuro, no sentido de prevenir a ocorrência de futuros delitos, em uma visão que a torna útil à sociedade, pois, além de servir de exemplo (prevenção geral), age de forma direta sobre a individualidade do criminoso, possibilitando o seu “retorno harmônico” ao convívio social (prevenção especial). (ANJOS, p.14, 2009)

Desse modo, o objetivo de tal teoria faz jus à palavra prevenção e se vislumbra na tentativa de inibição de novos crimes almejando integrar novamente o indivíduo delitivo de forma pacífica na sociedade. As teorias quanto à finalidade da pena são inúmeras e extrapola os nossos objetivos imediatos, assim, limito as teorias as duas citadas, visto que são indispensáveis no tocante ao assunto em estudo.

BREVE ANÁLISE DO *NON BIS IN IDEM* DIANTE DAS FINALIDADES DA PENA

O *non bis in idem* se assenta no ordenamento pátrio com a finalidade de proteção de direitos fundamentais assegurando também uma segurança jurídica quanto à garantia de que nenhuma pessoa será penalizada duplamente pelo mesmo crime. Assim, efetivando um estado democrático de direitos prezando pela paz social e tranquilidade de seus cidadãos de não serem surpreendidos com a repetição do poder punitivo do estado.

O fato é que as finalidades da pena sejam as que buscam o fim em si mesmo ou o caráter preventivo, nenhuma das teorias segue sentido oposto ao princípio em comento. Conforme Maia (2005) entre a liberdade e a segurança quando objeto de elaboração das normas é garantida a liberdade, sendo a aplicabilidade da sanção penal o soldado de reserva.

Em uma votação em que o princípio em estudo fazia parte do julgamento o Min. Ilmar Galvão (2003, p.61) asseverou que:

[...] A incorporação do princípio do *non bis in idem* ao ordenamento jurídico pátrio, ainda que sem o caráter de preceito constitucional, vem, na realidade, complementar o rol dos direitos e garantias individuais já previstos pela Constituição Federal, cuja interpretação sistemática leva à conclusão de que a Lei Maior impõe a prevalência do direito à liberdade em detrimento do dever de acusar. Nesse contexto, princípios como o devido processo

legal e o juízo natural somente podem ser invocados em favor do réu e nunca em seu prejuízo [...]. (apud MAIA, p.61, 2005)³

Assim, deve prevalecer sempre a liberdade, visto que, a acusação do estado é subsidiária à liberdade sendo assegurado ao acusado as suas garantias individuais, ressalvado ainda que a finalidade da pena quando de frente ao *non bis in idem* deve ser encarada como um fim quando ocorrer à coisa julgada, sendo vedada qualquer aplicação de pena em decorrência de fato anteriormente penalizado.

A REINCIDÊNCIA COMO FATOR DE MAJORAÇÃO DE PENA

No tocante da legislação penal, o legislador na busca de coibir a criminalidade no artigo 61, inciso I do Código Penal institui a reincidência como fator que agrava a pena passando assim a criminalizar não apenas a conduta, mas também o autor o que se constitui como um *tipo legal criminológico*⁴. Desse modo, nota-se um desvio na finalidade da pena a qual tem por função punir, prevenir novos delitos e a ressocialização, todavia a majoração de pena apenas ocasiona na exclusão do agente criminoso do corpo social.

Destaca-se que a para preservar a dignidade humana a pena deve visar a ressocialização, todavia o aumento de tempo em decorrência da reincidência faz com que o agente delitivo passe mais tempo recluso em ambiente prisional, e assim dificultando o processo de reintegração social. As prisões não dispõem de um ambiente de conforto e harmonia para que assim se possa contribuir para reestruturação do sujeito infrator e devolvê-lo para sociedade.

“É praticamente impossível a ressocialização do homem que se encontra preso, quando vive em uma comunidade cujos valores são totalmente distintos daqueles a que, em liberdade, deverá obedecer”. Isso sem falar nas deficiências intrínsecas ou eventuais do encarceramento, como “a superpopulação, os atentados sexuais, a falta de ensino e de profissionalização e a carência de funcionários especializados”. (MIRABETE, p.23, 2012)

³ MAIA, Rodolfo Tigre. O princípio do *non bis in idem* e a Constituição brasileira de 1988. **Boletim científico/Escola Superior do Ministério Público da União, Brasília, a**, p. 11-75, 2005.

⁴ Qualificação jurídica subjetiva, que acarreta uma agravação da pena, porque a inclinação ao crime, que existe no ânimo do réu, requer uma expiação particular com a pena que não considera mais, a não ser ocasionalmente, o novo crime praticado porquanto leva em conta determinado modo de ser do agente. A ideia de retribuição não é violada além da esfera de influência da ação delituosa singular. Pode dizer-se que quem, pela primeira vez furta, é punido porque furto; no caso da reincidência, é punido porque é larápio.

Nesse contexto, se caracteriza então uma aplicabilidade dupla de sanção penal em razão de fato anteriormente punido, não predominando a necessidade de recuperação do sujeito ativo do tipo penal. Assim ocorre uma necessária união entre o direito penal e a criminologia visando um conjunto de medidas educativas, sociológicas, psicológicas e métodos científicos para modelar a personalidade do indivíduo criminoso propiciando a sua não reincidência quando vier a ser reinserido socialmente.

Vale destacar que uma das características da pena é a proporcionalidade entre a conduta delitiva e a sanção penal. Devendo conforme Mirabete (2012) “[...] *haver, ainda, proporcionalidade entre o crime e a pena; cada crime deve ser reprimido com uma sanção proporcional ao mal por ele causado*”. Dito isso, a majoração de pena derivada da reincidência está relacionada a pessoa que comete o crime e se desvincula do fato que deu causa ao novo crime.

CONCLUSÕES

Diante do exposto sobre o precário instituto da reincidência para a finalidade da pena, que é a ressocialização do agente infrator, nota-se que a principal medida que se busca com a punição de crimes é que não haja mais infrações das leis penais. Mas acaba ocorrendo uma disparidade nessa finalidade, uma vez que, para que crimes deixem de ser praticado, o papel do estado tem que ser preventivo.

A reincidência entra no meio criminal para uma punição mais severa do agente, e não do crime, como é defeso no Direito Penal. Portanto, vale ressaltar que este instituto é passível de críticas e vai de encontro com o princípio *non bis in idem*, considerando uma afronta constitucional aos direitos do cidadão, trazendo uma “sobre-punição” ao indivíduo que tem sua pena agravada em um novo crime, em decorrência de um crime cometido antes, tendo ele já pago sua ‘dívida’, sendo aplicado duas penalidades pelo mesmo fato a uma única pessoa. Trata-se de prática do *bis in idem*, pois o jurista vai buscar subsídio em uma conduta já consumada e julgada, tendo como finalidade o aumento da pena, não estando em conformidade com os preceitos constitucionais.

É por isso que, para conter o poder de punição exacerbado do estado, é extremamente necessário e importante recorrer aos princípios basilares contidos no nosso ordenamento jurídico para a promoção da justiça, sem ferir os direitos humanos.

REFERÊNCIAS

[1] ANJOS, Fernando Vernice dos. Análise crítica da finalidade da pena na execução penal: ressocialização e o direito penal brasileiro. 2009. Tese de Doutorado. Universidade de São Paulo.

[2] BARRETO, Tobias. Estudos de Direito. Brasília: Senado, 2004

[3] BARRETO, Tobias. Fundamentos do Direito de Punir. In: RT, 727, 1996.

[4] BRASIL. **DECRETO No 678, DE 6 DE NOVEMBRO DE 1992**, institui sobre a convenção americana sobre direitos humanos. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm>. Acesso em: 03 de mai. 2018

[5] BETTIOL, Giuseppe. Direito penal. 8 ed. Tradução Paulo José da Costa Jr. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1976. V.3

[6] _____. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em: 03 mai. 2018.

[7] _____. **DECRETO-LEI No 2.848, DE 7 DE DEZEMBRO DE 1940**. Código penal. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm> Acesso em: 22 de mai. 2018.

[8] _____. EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 45, DE 30 DE DEZEMBRO DE 2004, altera dispositivos dos arts. 5º, 36, 52, 92, 93, 95, 98, 99, 102, 103, 104, 105, 107, 109, 111, 112, 114, 115, 125, 126, 127, 128, 129, 134 e 168 da Constituição Federal, e acrescenta os arts. 103-A, 103B, 111-A e 130-A, e dá outras providências. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc45.htm>. Acesso em: 22 de mai. 2018.

[10] IMMICH, Dine Micheli de Freitas Pedroso; MEDEIROS, Vladimir Glaad. O Princípio do Non Bis in Idem no Direito Penal Brasileiro. Disponível em: <

<https://michellipimmich.jusbrasil.com.br/artigos/321836790/o-principio-do-no-bis-in-idem-no-direito-penal-brasileiro>> Acesso em: 04 jul. 2018.

[11] MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Curso de direito internacional público*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

[12] MAIA, Rodolfo Tigre. O princípio do ne bis in idem e a Constituição brasileira de 1988. Boletim científico/Escola Superior do Ministério Público da União, Brasília, a, p. 11-75, 2005.

[13] *MIRABETE, Julio Fabbrini. Manual de Direito Penal. v. 1, São Paulo: Atlas, 2012.*

[14] *PIACESKI, Mario. A reincidência e sua afronta ao sistema garantista e aos princípios constitucionais. Disponível em: < <http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,a-reincidencia-e-sua-afronta-ao-sistema-garantista-e-aos-principios-constitucionais,41307.html> > Acesso em: 04 jul. 2018.*

[15] *SILVEIRA, Fabiano Augusto Martins. Fundamentos técnicos-jurídicos da reincidência no moderno direito penal. Revista do Centro Acadêmico Afonso Pena, v. 3, n. 1, 1998.*