

**FACULDADE EVANGÉLICA DE RUBIATABA
CURSO DE DIREITO**

MYRIAM FRANCIELLE VIANA DE OLIVEIRA

**DA (IM) POSSIBILIDADE DE COMPENSAÇÃO ENTRE A
AGRAVANTE DA REICIDÊNCIA E A ATENUANTE DA
CONFISSÃO ESPONTÂNEA**

RUBIATABA/GO

2015

MYRIAM FRANCIELELE VIANA DE OLIVEIRA

**DA (IM) POSSIBILIDADE DE COMPENSAÇÃO ENTRE A
AGRAVANTE DA REICIDÊNCIA E A ATENUANTE DA
CONFISSÃO ESPONTÂNEA**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à disciplina de Monografia II do Curso de Direito da Faculdade Evangélica de Rubiataba, sob a orientação do Professor Especialista Luiz Fernando Alves Chaves.

De acordo e recomendado para Banca:

Esp. Luiz Fernando Alves Chaves
Professor Orientador

RUBIATABA/GO

2015

FOLHA DE APROVAÇÃO

MYRIAM FRANCIELLE VIANA DE OLIVEIRA

**DA (IM) POSSIBILIDADE DE COMPENSAÇÃO ENTRE A
AGRAVANTE DA REICIDÊNCIA E A ATENUANTE DA CONFISSÃO
ESPONTÂNEA**

COMISSÃO JULGADORA

MONOGRAFIA PARA OBTENÇÃO DO TÍTULO DE BACHAREL EM DIREITO PELA
FACULDADE EVANGÉLICA DE RUBIATABA

RESULTADO: _____

Prof. Esp. LUIZ FERNANDO ALVES CHAVES
Orientador

Prof. Me. CLÁUDIO KOBAYASHI

Prof. Esp. EDILSON RODRIGUES

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente a Deus pelo amor incondicional dispensado a mim e pela proteção e auxílio durante essa jornada, por me guiar nos momentos bons e difíceis, sendo meu refúgio mesmo quando os obstáculos pareciam intransponíveis.

Agradeço à minha avó Maria de Lourdes Viana que foi meu alicerce até aqui, sempre me apoiando em todas as minhas escolhas e me dando forças para nunca desistir.

Ao Prof. Luis Fernando Alves Chaves meu orientador, pois sem o seu apoio e direcionamento este trabalho não se concluiria, agradeço também pela paciência e toda tolerância que teve comigo.

À minha mãe Nircilena das Graças Viana que mesmo sem estar presente foi para onde elevei meus pensamentos e obtive forças para continuar em frente, perante todas as dificuldades encontradas. Agradeço a toda a minha família e amigos pelo apoio, amor, torcida e compreensão dispensados a mim nos momentos em família e com os amigos que não pude estar presente em virtude da conclusão desse trabalho.

DEDICATÓRIA

Dedico este trabalho a Deus, a minha mãe Nircilena das Graças Viana e a minha avó Maria de Lourdes Viana.

“Mesmo que tente distorcer a verdade, certamente chegará o momento em que ela será provada, ou melhor, devemos comprová-la a todo custo. Da mesma forma, mesmo que o mal seja camuflado por todos os meios, ele será um dia desmascarado para então encontrar a sua ruína e desaparecer.” (Daisaku Ikeda)

RESUMO: O presente tema tem por base demonstrar influência da reincidência penal como geradora de conflitos na sociedade. A proposta do trabalho exposto é colocar a função da ressocialização e da multireincidência como agentes atenuantes e também a sua compensação. O método da pesquisa utilizado é o bibliográfico e a análise de dados concernentes ao tema exposto, como pesquisas documentais presentes nas doutrinas, nas leis e códigos jurídicos, como a *internet*. A análise central do trabalho está exposta por casos concretos, e julgados a fim de averiguar as variáveis acerca do estudo e trabalho da reincidência penal. Contudo, é complicado buscar soluções para o cenário atual de violência generalizada a esse tema, mas não falar sobre o assunto ou tratar negativamente todos os temas não mudará a situação criminal em todo país.

Palavras-chave: Reincidência penal; Trabalho; Estudo; Ressocialização; Preponderância; Compensação; Direito penal.

ABSTRACT: This theme is based demonstrate influence of recidivism as a generator of conflicts in society. The proposal of the above job is to put the function of rehabilitation and multireincidência as mitigating agents and also their compensation. The research method used is the literature review and analysis of data concerning the above subject, as documentary research present in doctrines, laws and legal codes, such as the internet. The central analysis of the work is exposed by concrete cases, and tried to ascertain the variables about the study and work of recidivism. However, it is complicated to find solutions to the current situation of generalized violence to this issue , but not talk about it or negatively treat all subjects will not change the criminal situation in the country.

Keywords: Repeat offenses; Work; Study; Rehabilitation; Preponderance; Compensation; Tort law

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	9
1 O MODELO TRIFÁSICO DE FIXAÇÃO DA PENA NO CÓDIGO PENAL BRASILEIRO.....	11
1.1 Preponderância ou Compensação entre Reincidência e Confissão.....	15
2 A EVOLUÇÃO DA COMPENSAÇÃO ENTRE REINCIDÊNCIA E CONFISSÃO ESPONTÂNEA NA JURISPRUDÊNCIA.....	20
2.1 Efeitos da reincidência penal.....	23
2.2 Maneiras de reincidência: real e ficta.....	24
2.3 Provas da reincidência penal.....	25
2.4 Multireincidência: pena em dobro e rigor no cumprimento.....	27
3 CONSIDERAÇÕES ACERCA DA COMPENSAÇÃO NO DIREITO PENAL BRASILEIRO.....	29
3.1 A Compensação no Direito Penal Brasileiro: Reincidência e Confissão Espontânea.....	30
3.2 Possíveis Soluções para evitar a Reincidência.....	36
CONCLUSÃO.....	38
REFERÊNCIAS.....	40

INTRODUÇÃO

O presente trabalho monográfico impende analisar o instituto da reincidência penal no atual ordenamento jurídico pátrio como circunstância agravante inserta no Código Penal, em seus artigos 63 e 64, sendo verificada na dosimetria da pena, além, é claro, da figura da multireincidência, atualmente muito citada nos julgados das 5ª e 6ª turmas do Superior Tribunal de Justiça.

Como problemática, suscita-se o papel da reincidência penal na ordem jurídica, posto ser fruto de uma conduta anterior, considerando que já fora o agente condenado por sentença penal transitada em julgado, sendo a partir daí tida como característica subjetiva do condenado, servindo para agravar a pena na segunda fase da dosimetria.

O problema-base tem como escopo verificar a possibilidade da compensação entre a agravante da reincidência penal e a atenuante da confissão espontânea, pois tal tema não é pacificado na doutrina, nem mesmo na jurisprudência nacional, possibilitando então uma visão constitucional sobre a exacerbação da pena com espeque no cometimento de delito anterior pelo imputado, ou seja, ambas são preponderantes, não fazendo sentido a reincidência prevalecer sobre a confissão.

Não se pode olvidar que a reincidência penal constitui-se como circunstância agravante genérica prevista no Estatuto Repressivo, utilizada pelo magistrado para agravar a pena do acusado pela prática de infração penal, demonstrando então que o tratamento àquele que voltou a infringir qualquer norma penal é diferente dos demais.

Ademais, calha analisar o papel ressocializador do Estado, tendo em vista que o atual sistema prisional brasileiro fracassa diariamente em sua função de reeducar o condenado, deixando-o à própria sorte em meio aos demais delinquentes de altíssima gravidade, não restando-lhe outra opção senão retornar ao mundo das práticas delituosas.

Desse modo, o agente delituoso que se torna reincidente é visto com maior censurabilidade pelos órgãos judiciais, pois já foi considerado culpado por *decisum* condenatório anterior, ficando patente a insuficiência e a ineficácia do sistema penal pátrio, o que “incentiva” o condenado a continuar na vida de cometimento de infrações penais.

Além disso, a partir do momento em que o Estado avocou para si o poder de punir, viu-se a necessidade de regular a tutela estatal com o fito de evitar juízos condenatórios arbitrários, sendo imprescindível fiscalizar a aplicação de certos institutos utilizados pelos

magistrados na dosimetria da pena, principalmente aqueles que negativam a conduta e a personalidade do agente delituoso.

Ainda, de fato que, quanto mais se condena, mais se cria fatores de repulsividade social a acolher o condenando, mesmo que tenha cumprido a pena, e mais o impulsiona a nova prática de delitos, ou seja, a legislação ao invés de resolver o problema da criminalidade faz estimulá-la.

Insta vincar o escólio de doutrinadores como Cezar Roberto Bitencourt, Guilherme de Souza Nucci, Ricardo Antônio Andreucci, Rogério Greco e Rogério Sanchez Cunha, os quais elucidaram de forma minuciosa o tema da presente pesquisa, proporcionando uma melhor análise da reincidência penal.

1 O MODELO TRIFÁSICO DE FIXAÇÃO DA PENA NO CÓDIGO PENAL BRASILEIRO

O modelo trifásico de fixação de pena adotado pelo Código Penal nacional ocorre quando o juiz, ao apreciar o caso concreto, aplica a pena observando três passos: primeiramente, ele fixa a pena-base prevista no artigo infringido pelo sentenciado, na sequência, ele apura as circunstâncias agravantes e atenuantes aplicáveis ao caso concreto e, finalmente, ele analisa as causas de aumento e diminuição da pena.

Nesse diapasão, o presente capítulo abordará sobre esses três passos pelo qual o juiz percorre para chegar ao *quantum* total da sanção e, assim, fixar o regime inicial de cumprimento da pena ao condenado, nos moldes do art. 33 do Código Penal – regimes fechado, semiaberto e aberto.

Bem a propósito, Santos (2007, p. 557), afirma que no aspecto criminal brasileiro, a atuação estatal é repressiva e preventiva. Para o autor, o aspecto repressivo, mais evidente, residiria na necessidade de reprimir a atuação criminosa, de forma suficiente. Já o caráter preventivo assumiria o caráter especial, nas dimensões da ressocialização e neutralização do condenado. Quanto ao caráter geral, ele residiria nas dimensões de intimidação e de reforço à ordem jurídica.

Nessa vereda, a justa aplicação da pena pelo Estado caracteriza-se como direito fundamental do sentenciado, conforme dicção do art. 5º, inciso XLVI, da Constituição Federal de 1988, quando se determina que "a lei regulará a individualização da pena". Portanto, é inconstitucional a pena superior àquela prevista no crime praticado pelo condenado.

A par disso, o legislador instituiu o modelo trifásico de aplicação da pena, encontrando no art. 68 do Código Penal brasileiro, que assim dispõe:

Art. 68 - A pena-base será fixada atendendo-se ao critério do art. 59 deste Código; em seguida serão consideradas as circunstâncias atenuantes e agravantes; por último, as causas de diminuição e de aumento.

Parágrafo único - No concurso de causas de aumento ou de diminuição previstas na parte especial, pode o juiz limitar-se a um só aumento ou a uma só diminuição, prevalecendo, todavia, a causa que mais aumente ou diminua.

Com efeito, o juiz deve fixar a pena observando as circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do Código Penal e, após, as circunstâncias atenuantes e agravantes para,

no fim, ponderar as causas de diminuição e aumento da pena e, no resultado final, atingir o montante total da pena devida ao condenado.

Assim, foi concedido ao magistrado um limite a sua margem de atuação ao fixar a pena. Ocorre que algumas dessas circunstâncias, como no caso as agravantes e atenuantes, podem gerar divergências das quais resultam numa sanção injusta ao sentenciado.

Isto porque a existência de ambos os institutos – atenuantes e agravantes – no Código Penal brasileiro, adotam a base da preponderância dos aspectos subjetivos, consoante denota-se do art. 67 do Estatuto Repressivo. *Vide:*

Art. 67 - No concurso de agravantes e atenuantes, a pena deve aproximar-se do limite indicado pelas circunstâncias preponderantes, entendendo-se como tais as que resultam dos motivos determinantes do crime, da personalidade do agente e da reincidência.

Efetivamente, é possível observar que o legislador optou como circunstâncias preponderantes, ou seja, circunstâncias que possuem maior peso na dosimetria da pena – concurso de agravantes versus atenuantes – aquelas relativas aos motivos determinantes do crime, da personalidade do agente e da reincidência.

A saber, como motivo determinante do crime tem os fatores que, agindo na esfera íntima da vontade do indivíduo, fazem com que ele atue no mundo externo, causando no mesmo uma modificação juridicamente relevante e proibida pelo direito penal.

Já a personalidade do agente, de acordo com Bianchini (2009, p. 729), trata-se do caráter, da índole do sujeito, que é extraída da sua maneira habitual de ser; pode ser voltada ou não a delinquência. Há pessoas de bom caráter e há pessoas de mau caráter.

Por sua vez, o art. 63 do Código Penal traz que a reincidência é verificada 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. A propósito, na hipótese de trânsito em julgado de condenação por crime anterior e superveniência de contravenção, haverá também reincidência, forte no artigo 7º do Decreto-Lei nº 3.688/41 (Lei das Contravenções Penais). Aliás, ainda dispõe o art. 64 do referido decreto que:

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;
[...]

Vale assinalar que se o agente comete nova infração penal antes do trânsito em julgado da condenação por crime praticado anteriormente, não há reincidência. Entretanto, caso comete o crime depois de cumprir a pena pela condenação pretérita e antes de decorrido 05 (cinco) anos, há reincidência real e, se passados 05 (cinco) anos, temos somente os maus antecedentes.

Diversamente disso, quando o agente pratica nova infração durante o cumprimento da pena, estamos diante da reincidência ficta, vez que já há condenação definitiva em face do autor do fato, porém a pena ainda não foi cumprida, caso em que a contagem do prazo de 05 (cinco) anos sequer iniciou-se.

No caso de confissão do investigado, prevista no art. 65, inciso III, alínea “d”, do Código Penal, não há que se falar em excludente de ilicitude ou incompleta, pois estar-se-á diante de tese defensiva. Contudo, a jurisprudência atual aceita a confissão qualificada e a parcial como atenuantes. *In verbis*:

HABEAS CORPUS. FURTO QUALIFICADO. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO PATAMAR MÍNIMO. AÇÕES PENAIS EM CURSO. UTILIZAÇÃO PARA EXASPERAR A REPRIMENDA A TÍTULO DE MAUS ANTECEDENTES E CONDUTA SOCIAL. IMPOSSIBILIDADE. SANÇÃO REDUZIDA AO PISO LEGAL. EXISTÊNCIA DE ATENUANTE (CONFISSÃO ESPONTÂNEA). SUBSTITUIÇÃO DA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. 1. Havendo circunstâncias judiciais desfavoráveis, é cabível a fixação da pena-base acima do patamar mínimo. 2. No caso, foram utilizados processos em andamento para exasperar a reprimenda a título de maus antecedentes e conduta social, o que vai de encontro à jurisprudência desta Corte. 3. Em que pese a valoração negativa de uma circunstância judicial (culpabilidade), mostra-se possível a substituição da privativa de liberdade por restritivas de direitos, principalmente em razão da pequena quantidade de pena aplicada e pela presença da atenuante da confissão. 4. Ordem concedida para, de um lado, afastando da condenação as circunstâncias judiciais indevidamente valoradas, reduzir a pena recaída sobre o paciente, de 3 (três) anos de reclusão, e 10 (dez) dias-multa para 2 (dois) anos de reclusão, a ser cumprida em regime aberto, mais pagamento de 10 (dez) dias-multa; de outro lado, substituir a privativa de liberdade por prestação de serviços à comunidade e limitação de fim de semana. A implementação das restritivas de direitos fica a cargo do Juiz das execuções. (STJ - HC: 45111 DF 2005/0102295-4, Relator: Ministro OG FERNANDES, Data de Julgamento: 03/12/2009, T6 - SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 18/12/2009).

CRIME CONTRA O PATRIMÔNIO. ROUBO QUALIFICADO. SENTENÇA CONDENATÓRIA. PRELIMINAR DE NULIDADE. HIPÓTESE NÃO VERIFICADA. DESCLASSIFICAÇÃO DA INFRAÇÃO PENAL. INVIABILIDADE. PENAS-BASE. APLICAÇÃO NO MÍNIMO LEGAL. PEDIDO PREJUDICADO. ATENUANTE DE CONFISSÃO. RECONHECIMENTO. IMPOSSIBILIDADE. SANÇÃO CORPORAL. SUBSTITUIÇÃO. PENAS RESTRITIVAS DE DIREITOS OU SURSIS.

REQUISITOS NÃO PREENCHIDOS. O artigo 226, inciso II, do Código de Processo Penal determina que a pessoa a ser reconhecida será colocada ao lado de outras que com ela tiverem qualquer semelhança, "se possível", não se verificando no caso dos autos, por isso, qualquer nulidade. Não há que se cogitar de desclassificação para a infração prevista no artigo 155 do Código Penal ou de exclusão da majorante de uso de arma, se as provas constantes dos autos demonstram, de forma clara e inequívoca, que o recorrente, com consciência e vontade, mediante grave ameaça e com o uso de arma de fogo, atuou, eficazmente, na subtração do bem. Penas-base já fixadas nos mínimos legais, como requerido pela Defesa, restando, por conseguinte, prejudicado o pedido. A confissão incompleta não se presta para caracterização da regra prevista no artigo 65, inciso III, alínea d, do Código Penal, não se admitindo, portanto a concessão de tal benefício ao recorrente. Impossível a substituição da sanção corporal por penas restritivas de direitos ou a aplicação do sursis, tendo em vista o não preenchimento dos requisitos legais, em virtude de o crime ter sido cometido com grave ameaça à vítima e em função do quantum de pena aplicado. DESPROVIMENTO DO RECURSO". (TJ-RJ - APL: 00014411120138190081 RJ 0001441-11.2013.8.19.0081, Relator: DES. ANTONIO EDUARDO FERREIRA DUARTE, Data de Julgamento: 14/10/2014, QUARTA CAMARA CRIMINAL, Data de Publicação: 17/10/2014 11:58).

Noutro vértice, mister ressaltar que quando o agente confessa a autoria do crime na fase investigatória, mas em juízo retrata-se, não incidirá a confissão como causa de atenuante de pena, salvo se a confissão extrajudicial tenha sido utilizada para embasar a condenação, somada a outros elementos probatórios:

APELAÇÃO CRIMINAL. ROUBO DUPLAMENTE MAJORADO E CORRUPÇÃO DE MENORES. DESCLASSIFICAÇÃO PARA O CRIME DE FURTO. DESCABIMENTO. CONFISSÃO EXTRAJUDICIAL. RETRATAÇÃO EM JUÍZO. IRRELEVÂNCIA. PALAVRAS DA VÍTIMA. RELEVÂNCIA. GRAVE AMEAÇA CONFIGURADA. CORRUPÇÃO DE MENORES. ABSOLVIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. NATUREZA DA INFRAÇÃO PENAL. CRIME FORMAL. DESNECESSIDADE DE ANÁLISE DA ANTERIOR CORRUPÇÃO DO MENOR OU PERPETUAÇÃO DESSA CONDIÇÃO APÓS O CRIME. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. REDUÇÃO DA PENA-BASE. NECESSIDADE. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. 1. Havendo provas suficientes quanto à autoria delitiva, ratificadas pela confissão espontânea do acusado na fase investigativa, a condenação é medida que se impõe. 2. Em virtude do porte de arma de fogo, bem como da grave ameaça exercida na execução do delito, devidamente comprovadas pela confissão do acusado na fase investigativa e corroboradas pelas palavras da vítima, que têm especial valor, sobretudo nos crimes praticados às escondidas, resta inviabilizado o pleito de desclassificação para o crime de furto. 3. Se o réu, depois de haver confessado a autoria do crime na fase inquisitorial, se retrata em juízo, assume o ônus de provar sua alegação, sob pena de, não o fazendo, prevalecer a confissão da primeira fase. 4. Tratando-se o crime de corrupção de menores de delito formal, desnecessária é a análise do grau de corrupção prévio do adolescente ou se, após o crime, manteve-se o agente corrompido na vida criminosa, devendo ser mantida a

condenação. 5. Constatando-se que as circunstâncias judiciais do réu foram valoradas negativamente sem provas concretas nos autos, e que suas penas foram aplicadas com certa exasperação, impõe-se a redução da pena imposta. 6. Recurso parcialmente provido. (TJ-MG – APR: 10073130013300001 MG, Relator: Marcílio Eustáquio Santos, Data de Julgamento: 21/08/2014, Câmaras Criminais / 7ª CÂMARA CRIMINAL, Data de Publicação: 29/08/2014).

Em outra margem argumentativa, Franco (2007, p. 380) defende que a ordem da prevalência fixada no Código Penal revela aspecto meramente alfabético, não evidenciando qualquer favorecimento entre motivação do crime, personalidade do agente ou reincidência.

Dessa forma, a circunstância de um agente ter praticado o crime por motivo fútil (agravante prevista no art. 61, inciso II, "a", do CP), considerando se qualificar como motivo do crime, por exemplo, prevaleceria sobre a atenuante de coação resistível (atenuante prevista no art. 65, inciso III, "c", do CP).

A vista dessas ocorrências, mister trazer à baila questão crucial e objeto do presente estudo, qual seja: seria utilizado o critério de preponderância ou de compensação nos casos de confissão em que o acusado fosse reincidente? A resposta para o referido problema encontra amparo no próximo tópico.

1.1 Preponderância ou Compensação entre Reincidência e Confissão

Neste ponto, estudar-se-á o critério de preponderância/compensação nos casos de confissão em que o acusado é reincidente, apontando qual o entendimento majoritário e seguido pelos nossos tribunais superiores na dosimetria da pena.

Assim, não obstante, os doutrinadores, a jurisprudência brasileira tem-se dividido sobre a questão da preponderância ou compensação entre a reincidência e a confissão. De fato, não há, ainda, um posicionamento definitivo sobre a questão do concurso entre confissão e reincidência, havendo divergência entre algumas turmas e seções sob o assunto.

De uma parte, a Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, recente, entendia que a reincidência prevalecia sobre a confissão espontânea. Corroborando essa afirmação, colhe-se a seguinte ementa:

HABEAS CORPUS. SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. IMPETRAÇÃO ANTERIOR À MODIFICAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA DESTE SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. CRIME DE FURTO

TENTADO (ART. 155, CAPUT, C.C. ART. 14, II, AMBOS DO CÓDIGO PENAL). COMPENSAÇÃO DA REINCIDÊNCIA COM A CONFISSÃO ESPONTÂNEA. ATENUANTE RELACIONADA À PERSONALIDADE DO AGENTE. IGUALMENTE PREPONDERANTE, NOS TERMOS DO ART. 67 DO CÓDIGO PENAL. JURISPRUDÊNCIA DAS TURMAS PACIFICADA APÓS O JULGAMENTO DO ERESP N. 1.154.752/RS. DUPLA REINCIDÊNCIA. FATO VERIFICADO NA SENTENÇA. ORDEM NÃO CONHECIDA. WRIT PARCIALMENTE CONCEDIDO DE OFÍCIO. I. Acompanhando o entendimento firmado pela 1.^a Turma do Supremo Tribunal Federal, nos autos do Habeas Corpus n. 109.956, julgado em 07.08.2012, de relatoria do Excelentíssimo Ministro Marco Aurélio, a 5.^a Turma desse Superior Tribunal de Justiça passou a adotar orientação no sentido de não mais admitir o uso do writ como substitutivo de recurso ordinário. Entretanto, no caso de habeas corpus impetrado antes da modificação dessa jurisprudência, tem-se admitido a concessão da ordem de ofício, quando flagrante a ilegalidade. II. A Terceira Seção desta Corte Superior, após o julgamento do EREsp n.º 1.154.752/RS, de relatoria do Ministro Sebastião Reis Júnior, pacificou o entendimento no sentido de que a atenuante da confissão está intimamente relacionada à personalidade do agente e, por isso, é igualmente preponderante, assim como a reincidência. Desse modo, no caso de dupla reincidência, a confissão espontânea deve ser compensada com apenas uma das condenações, a teor do art. 67 do Código Penal. III. No caso dos autos, a sentença condenatória observou devidamente a compensação da dupla reincidência com a confissão espontânea. O Magistrado de primeira instância reduziu a majoração de 1 (um) ano para 6 (seis) meses, restando válida a condenação que não foi compensada com a confissão espontânea, para fins de reincidência. IV. A condição de reincidente não impede a fixação do regime prisional intermediário, nos termos da Súmula 269/STJ. V. Ordem não conhecida. Habeas corpus parcialmente concedido, para aplicar o regime semiaberto, nos termos do voto. (STJ – HC 246303 SP 2012/0126585-1, Relator: Ministra REGINA HELENA GOMES, Data do Julgamento: 24/09/2013, T5 – QUINTA TURMA, Data da Publicação: DJe 02/10/2013).

De maneira decorrente, ainda no que tange a Quinta Turma do STJ, tem-se, à guisa de exemplo, o julgamento do HC 112.622/MG da Relatora Min. Laurita Vaz¹.

Aliás, bom salientar que outro não é o entendimento recente do Supremo Tribunal de Justiça Federal:

Posteriormente, a Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, em decisão ainda mais recente, direciona-se em sentido oposto à Quinta Turma, entendendo que a

¹HABEAS CORPUS. PENAL. RECEPÇÃO. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. MAUS ANTECEDENTES E REINCIDÊNCIA. ALEGAÇÃO DE BIS IN IDEM. INOCORRÊNCIA. PREPONDERÂNCIA DA REINCIDÊNCIA SOBRE A CONFISSÃO ESPONTÂNEA. ORDEM DENEGADA. 1. Embora não seja da melhor técnica, não há ilegalidade na utilização de sentença condenatória transitada em julgado para valorar negativamente os antecedentes, quando a mesma condenação não será aproveitada para fins da reincidência. 2. A reincidência, nos termos do art. 67 do Código Penal, é circunstância preponderante, que prevalece sobre a confissão espontânea quando da fixação da pena. 3. Ordem denegada. (STJ, Relator: Ministra LAURITA VAZ, Data de Julgamento: 04/05/2010, T5 – QUINTA TURMA – Disponível em <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14358470/habeas-corporus-hc-112622-mg-2008-0171055-2/inteiro-teor-14358471>> Acesso em: 07/04/2015).

confissão revelaria aspecto da personalidade do réu e, por isso, pode compreender sobre a reincidência.

Neste ponto, calha trazer ao lume o ensinamento de Fragoso (1995, p. 342), que afirma que se o réu espontaneamente confessa a autoria do crime, colabora com a justiça e revela arrependimento que se reflete na minoração da pena. Denota-se, portanto, que são razões de oportunidade e conveniência que aqui movem o legislador, que busca estimular o comportamento do agente, levando-o a cooperar com a realização da justiça. Colhe-se:

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. PENAL. FURTO. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. NÃO INCIDÊNCIA NO CASO. CONTUMÁCIA DELITIVA. REPROVABILIDADE DA CONDUTA. DOSIMETRIA. CONCURSO ENTRE ATENUANTE E AGRAVANTE. ART. 67 DO CP. PREPONDERÂNCIA DA REINCIDÊNCIA SOBRE A CONFISSÃO ESPONTÂNEA. FIXAÇÃO DA PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. MATÉRIA NÃO DEBATIDA NO TRIBUNAL LOCAL NEM NO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. DUPLA SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. RECURSO PARCIALMENTE CONHECIDO E IMPROVIDO. 1. Segundo a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, para se caracterizar hipótese de aplicação do denominado “princípio da insignificância” e, assim, afastar a recriminação penal, é indispensável que a conduta do agente seja marcada por ofensividade mínima ao bem jurídico tutelado, reduzido grau de reprovabilidade, inexpressividade da lesão e nenhuma periculosidade social. 2. Nesse sentido, a aferição da insignificância como requisito negativo da tipicidade envolve um juízo de tipicidade conglobante, muito mais abrangente que a simples expressão do resultado da conduta. Importa investigar o desvalor da ação criminosa em seu sentido amplo, de modo a impedir que, a pretexto da insignificância apenas do resultado material, acabe desvirtuado o objetivo a que visou o legislador quando formulou a tipificação legal. Assim, há de se considerar que “a insignificância só pode surgir à luz da finalidade geral que dá sentido à ordem normativa (Zaffaroni), levando em conta também que o próprio legislador já considerou hipóteses de irrelevância penal, por ele erigidas, não para excluir a tipicidade, mas para mitigar a pena ou a persecução penal. 3. Para se afirmar que a insignificância pode conduzir à atipicidade é indispensável, portanto, averiguar a adequação da conduta do agente em seu sentido social amplo, a fim de apurar se o fato imputado, que é formalmente típico, tem ou não relevância penal. Esse contexto social ampliado certamente comporta, também, juízo sobre a contumácia da conduta do agente. 4. Não se pode considerar atípica, por irrelevante, a conduta formalmente típica, de delito contra o patrimônio, praticada por paciente que possui expressiva ficha de antecedentes e é costumeiro na prática de crimes da espécie. 5. A teor do disposto no art. 67 do Código Penal, a circunstância agravante da reincidência, como preponderante, prevalece sobre a confissão. Precedentes. 6. A questão relativa à fixação da pena-base acima do mínimo legal não foi objeto de apreciação no Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais nem no Superior Tribunal de Justiça. Desse modo, qualquer juízo desta Corte sobre a matéria implicaria dupla supressão de instância e contrariedade à repartição constitucional de competências. Precedentes. 7. Recurso ordinário parcialmente conhecido e improvido. (STF - RHC: 118107 MG , Relator: Min. TEORI ZAVASCKI, Data de Julgamento:

18/02/2014, Segunda Turma, Data de Publicação: DJe-104 DIVULG 29-05-2014 PUBLIC 30-05-2014).

Por óbvio, caso a reincidência sempre preponderasse sobre a confissão espontânea, ao acusado não seria viável confessar a autoria do crime, e desse modo, não auxiliaria a justiça, vez que a conduta em nada adiantaria sem um benefício em face do próprio acusado, porque, como é cediço, ao confessar, a única intenção do acusado é de amenizar a sua pena.

Em casos assim, a confissão restaria prejudicada, prevalecendo o aspecto subjetivo relativo à reincidência. De igual jaez, se as informações fornecidas na confissão não revelarem dados importantes, o concurso com a reincidência se inclinará em favor desta. Desta feita, não há solução apriorística. Em outras palavras, Nucci (2008, p. 435) relata:

Não creio que exista uma solução única. Tudo depende do caso concreto. Se a confissão espontânea for, de fato, fruto de uma personalidade amigável, de quem cometeu um crime em face de um lamentável lapso, mas móido pelo remorso, resolve colaborar com o Estado para a apuração do ocorrido, é viável considerar-se uma atenuante preponderante compensando-se com a reincidência, que é agravante preponderante. No entanto, se a confissão, embora espontânea, não possa ser considerada fruto da personalidade positiva do acusado, até por falta de dados nesse sentido, não se pode compensá-la com a agravante da reincidência, que é objetivamente preponderante.

Tenha-se presente que a colaboração do acusado com a justiça é de extrema importância também para o Estado, na medida em que evidencia o interesse no esclarecimento de fatos que podem até mesmo impedir a prática futura de outros delitos. Por derradeiro, curial vincar a lição de Beccaria (1997, p. 87), que assim leciona:

A certeza de um castigo, mesmo moderado, sempre causará mais intensa impressão do que o temor de outro mais severo, unido à esperança da impunidade, pois, os males, mesmo os menores, quando certos, sempre surpreendem os espíritos humanos, enquanto a esperança, dom celestial que freqüentemente tudo supre entre nós, afasta a idéia de males piores, principalmente quando a impunidade, outorgada muitas vezes pela avareza e pela fraqueza, fortalece-lhe a força.

Nessa esteira, importante frisar que não basta apenas a aplicação de uma pena severa ao acusado com o intuito de tranquilizar o ânimo punitivo estatal. Em vez disso, é necessário que a sanção seja efetiva e suficiente, mormente na hipótese de conflito com

eventual reincidência, caso em que o magistrado deverá observar o aspecto relativo à personalidade do agente.

Finalmente, em que pese certa divergência entre algumas turmas dos tribunais superiores a respeito da preponderância da reincidência sob a confissão, o Supremo Tribunal Federal concluiu, conforme alhures mencionado, que a teor do disposto no art. 67 do Código Penal, a circunstância agravante da reincidência, como preponderante, prevalece sobre a confissão.

2 A EVOLUÇÃO DA COMPENSAÇÃO ENTRE REINCIDÊNCIA E CONFISSÃO ESPONTÂNEA NA JURISPRUDÊNCIA

Como base na doutrina legal, se estabelece a seguinte ordem de preponderância: atenuante da menoridade ou senilidade, agravante da reincidência, atenuantes e agravantes subjetivas (ligadas ao motivo e ao estado anímico do agente) e, por fim, atenuantes e agravantes objetivas (ligadas ao meio e modo de execução), de modo a admitir a compensação quando se encontrarem no mesmo patamar.

De modo que a reincidência em segundo lugar e a confissão em terceiro, prevalecendo a agravante sobre a atenuante. Contudo, a Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, entendendo de forma diversa, já realizava a compensação entre ambas, o que também passou a ser feito pela Quinta Turma, a partir do julgamento pela Terceira Seção desta Corte Superior de Justiça, do EREsp n.º 1.154.752/RS, em que foi pacificado o entendimento no sentido da inexistência de preponderância entre a agravante da reincidência e a atenuante da confissão espontânea, para permitir a compensação dessas circunstâncias.

Cabe-se a pergunta: em que a confissão representa em aspecto positivo da personalidade do autor do crime, que colaborou com a justiça e deu maior segurança ao julgador para prolatar um decreto condenatório? A maneira, que tal questão vai, além disso, na medida em que revela a consciência pelo agente de que desrespeitou uma norma, quando conta em seu favor o direito a não se autoincriminar.

Assim, o Superior Tribunal de Justiça, por suas duas Turmas (Quinta e Sexta), que compõem a Terceira Seção, uniformizou o entendimento de que a atenuante da confissão se compensa com a agravante da reincidência:

HABEAS CORPUS. PENAL. ROUBO SIMPLES. FIXAÇÃO DA PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. PROPORCIONALIDADE ENTRE OS FUNDAMENTOS JUDICIAIS E A EXASPERAÇÃO DA REPRIMENDA MOTIVAÇÃO VÁLIDA. CONFISSÃO PARCIAL DO CRIME. CIRCUNSTÂNCIA ATENUANTE. RECONHECIMENTO E CONFISSÃO ESPONTÂNEA. COMPENSAÇÃO. POSSIBILIDADE. MATÉRIA PACIFICADA NESTA CORTE POR OCASIÃO DO JULGAMENTO DO ERESP N.º 1.154.752/RS. RÉU RECONHECIDAMENTE REINCIDENTE, COM PENA SUPERIOR. HABEAS CORPUS PARCIALMENTE CONCEDIDO. (STJ – HC 246303 SP 2012/0126585-1, Relator: Ministra REGINA HELENA GOMES, Data do Julgamento: 24/09/2013, T5 – QUINTA TURMA, Data da Publicação: DJe 02/10/2013).

Não existe imposição ilegal a ser reparado na via do *habeas corpus*, e ao reexame da individualização da pena, quando a fixação da pena que foi base acima do mínimo legal, de forma fundamentada e proporcional, se justificada acerca de circunstâncias desfavoráveis a sanção. Se justificado ainda os maus antecedentes do réu, que forem devidamente comprovados por sentenças condenatórias que transitaram em julgado e, não utilizaram a reincidência para comprovar.

O regime obrigatório ao réu já reincidente é fechado e, que obteve as circunstâncias judiciais já desfavoráveis, quando for condenado a pena maior de quatro anos. A ordem parcialmente do Habeas Corpus proporcionado para fixar a pena do reincidente (paciente) em 04 anos, 05 anos e 10 dias de reclusão.

Diante do exposto, o Supremo Tribunal Federal já apresentou entendimento no sentido da compensação:

HABEAS CORPUS. DOSIMETRIA DA PENA. CONCURSOS DE CIRCUNSTÂNCIAS ATENUANTES E AGRAVANTES. PREPONDERÂNCIA. CONFISSÃO ESPONTÂNEA. COMPENSAÇÃO COM A AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA. ORDEM CONCEDIDA. 1. A Constituição Federal assegura aos presos o direito ao silêncio (inciso LXIII do art. 5º). Nessa mesma linha de orientação, o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (Pacto de São José da Costa Rica) institucionaliza o princípio da “não-auto-incriminação” (*nemoteneatur se detegere*). Esse direito subjetivo de não se auto-incriminar constitui uma das mais eminentes formas de densificação da garantia do devido processo penal e do direito à presunção de não-culpabilidade (inciso LVII do art. 5º da Constituição Federal). A revelar, primeiro, que o processo penal é o espaço de atuação apropriada para o órgão de acusação demonstrar por modo robusto a autoria e a materialidade do delito. Órgão que não pode se esquivar da incumbência de fazer da instrução criminal a sua estratégia oportunidade de produzir material probatório substancialmente sólido em termos de comprovação da existência de fato típico e ilícito, além da culpabilidade do acusado. 2. A presunção de não-culpabilidade trata, mais do que de uma garantia, de um direito substantivo. Direito material que tem por conteúdo a presunção de não-culpabilidade. Esse o bem jurídico substantivamente tutelado pela Constituição; ou seja, a presunção de não-culpabilidade como o próprio conteúdo de um direito substantivo de matriz constitucional. Logo, o direito à presunção de não-culpabilidade é situação jurídica ativa ainda mais densa ou de mais forte carga protetiva do que a simples presunção de inocência. **O Supremo Tribunal Federal tem entendido que não se pode relacionar a personalidade do agente (ou toda uma crônica de vida) com a descrição, por esse mesmo agente, dos fatos delitivos que lhe são debitados (HC 102.486, da relatoria da ministra Cármen Lúcia; HC 99.446, da relatoria da ministra Ellen Gracie). Por outra volta, não se pode perder de vista o caráter individual dos direitos subjetivo-constitucionais em matéria penal. E como o indivíduo é sempre uma realidade única ou insimilar, irrepetível mesmo na sua condição de microcosmo ou de um universo à parte, todo instituto de direito penal que se lhe aplique – pena, prisão, progressão de regime penitenciário,**

liberdade provisória, conversão da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos – há de exibir o timbre da personalização. Quero dizer: tudo tem que ser personalizado na concreta aplicação do direito constitucional-penal, porque a própria Constituição é que se deseja assim orteguianamente aplicada (na linha do “Eu sou eu e minhas circunstâncias”, como sentenciou Ortega Y Gasset). E como estamos a cuidar de dosimetria da pena, mais fortemente se deve falar em personalização. Nessa ampla moldura, a assunção da responsabilidade pelo fato-crime, por aquele que tem a seu favor o direito a não se auto-incriminar, revela a consciência do descumprimento de uma norma social (e de suas consequências), não podendo, portanto, ser dissociada da noção de personalidade. No caso concreto, a leitura da sentença penal condenatória revela que a confissão do paciente, em conjunto com as provas apuradas sob o contraditório, embasou o juízo condenatório. Mais do que isso: as palavras dos acusados (entre eles o ora paciente) foram usadas pelo magistrado sentenciante para rechaçar a tese defensiva de delito meramente tentado. É dizer: a confissão do paciente contribuiu efetivamente para sua condenação e afastou as chances de reconhecimento da tese alinhavada pela própria defesa técnica (tese de não consumação do crime). O que reforça a necessidade de desembaraçar o usufruto máximo à sanção premial da atenuante. Assumindo para com ele, paciente, uma postura de lealdade (esse vívido conteúdo do princípio que, na cabeça do art. 37 da Constituição, toma o explícito nome de moralidade). (HC 101909. Relator: Min. Ayres Britto. Órgão Julgador: Segunda Turma. Julgamento: 28/02/2012)

Todavia, em sua Turma, tanto na primeira quanto na segunda, apresentaram entendimento no sentido de que ainda domina a reincidência sobre a confissão:

Habeas corpus. Fixação da pena. Concurso da agravante da reincidência e da atenuante da confissão espontânea. Pretensão à compensação da qualificadora com a atenuante, ou à mitigação da pena-base estabelecida. Inviabilidade. Ordem denegada. Nos termos do art. 67 do Código Penal, no concurso de atenuantes e agravantes, a pena deve aproximar-se do limite indicado pelas circunstâncias preponderantes. No caso em exame, a agravante da reincidência prepondera sobre a atenuante da confissão espontânea, razão pela qual é inviável a compensação pleiteada ou qualquer outra mitigação. Precedentes. Ordem denegada. (HC 112830. Relator: Min. Dias Toffoli. Órgão Julgador: Primeira Turma. Julgamento: 22/05/2012)

Desta maneira, conclui-se que na sede da Corte Superior de Justiça, o entendimento encontra-se uniformizado acerca da reincidência e a confissão se compensam o que demonstra a valoração e o incentivo atribuídos à confissão, o que apresenta o reconhecimento e o incentivo atribuídos á confissão, justo para dar maior segurança ao julgador.

2.1 Efeitos da reincidência penal

São inúmeros os efeitos ou consequências da reincidência criminal na vida de uma pessoa, haja vista que existe sua previsão em todo o ordenamento jurídico, ou melhor, no Código Penal Brasileiro e Código de Processo Penal e em suas leis específicas.

Bem como, no âmbito de significado, reincidir é repetir certo ato, tornar a fazer a mesma coisa. A palavra reincidência é composta pelo prefixo *re* (de repetição) e de *incidência* (acontecimento, caída sobre alguma coisa) *reincidência* exprime a repetição do acontecimento, a *recaída* ou a nova repetição de um ato que já tenha realizado.

Como dispõe na doutrina, a reincidência entende a perpetração de um novo crime, quando já se é agente do crime que praticou anteriormente. Ressalto ainda noticiar que há entendimento de que a jurisprudência apenas fixo o instante em que ela se verifica a configuração de um novo ato.

O configurar-se de reincidência penal, significa que, é inadmissível a existência de dois crimes praticados pelo autor, um antes e outro depois. Assim, como também existe a necessidade do autor que cometeu o crime já tenha sido condenado pelo primeiro crime cometido, e tenha sentença transitada em julgado.

Capez (2010, p. 436) nos aponta que para a ocorrência da reincidência não importa qual a natureza dos crimes praticados. Dessa forma haverá reincidência: entre dois crimes dolosos; entre dois crimes culposos; entre crime doloso e culposo; entre crime culposo e doloso entre crime consumado e tentado; entre crime tentado e consumado; entre dois crimes tentados; entre dois crimes consumados.

Existem dois tipos de reincidência: genérica e específica. A reincidência genérica não exige que os delitos sejam da mesma natureza, ou seja, podem ser quaisquer crimes previstos em dispositivos legais diversos, que afetem qualquer tipo de bem jurídico. Já na reincidência específica é exigido que os delitos sejam da mesma natureza, ou seja, se não estiverem previstos no mesmo dispositivo legal devem ao menos apresentar caracteres fundamentais comuns.

É irrelevante a qualidade da pena aplicada. A lei menciona crime anterior, nada se referindo à qualidade da pena. No caso da pena de multa pode levar a divergências ou dúvidas, mas a lei somente não a considera para efeito de concessão do *sursis*. Se concedido o perdão judicial obstada estará a reincidência por previsão expressa do artigo 120 do Código Penal.

2.2 Maneiras de reincidência: real e ficta

A doutrina revela a existência de duas formas de reincidência: a real e a ficta. A primeira se dará quando o condenado já tenha anteriormente cumprido efetivamente a pena. A segunda se dará se for cometida nova infração após condenação por sentença de que não caiba mais recurso, independentemente de ter cumprido a pena.

Existem três sistemas para verificação da reincidência: o da perpetuidade, o da temporariedade e o misto. Pelo primeiro, uma vez reincidente o réu carregará essa mácula sempre consigo, sofrendo as consequências eternamente. Pelo segundo, decorrido certo período a reincidência não mais gera efeitos. Pelo terceiro, a atenuação da agravação varia de acordo com o menor ou maior tempo transcorrido da primeira condenação até o novo fato criminoso.

A legislação brasileira, na redação original do Código Penal (1940), optou pela primeira hipótese. Já na reforma de 1984, preferiu optar pela segunda hipótese, como verificamos pelo artigo 64 do CP, que também é aplicável às contravenções, por força do artigo 1º da LCP.

Ademais, depois da análise minuciosa acerca das duas espécies de reincidência já mencionadas, podemos observar que o ordenamento jurídico brasileiro adota a reincidência ficta, sendo que depende do trânsito em julgado da sentença condenatória por crime anterior, para que se possa considerar reincidente.

Em regra geral, o Código Penal, separou a chamada reincidência específica, sendo suficiente o réu ter praticado um crime anterior, para já ser considerado reincidente. Isso, sendo independentemente das suas características, que serão idênticas ou não, sendo protegidos ou não pelo crime posterior, praticado após o trânsito em julgado da sentença condenatória (GRECO, 2006, p. 612).

E quando a legislação brasileira cuidou do livramento condicional, aplicou a reincidência específica quando exigiu que o condenado a crime hediondo, cumprindo os dois terços da pena, seria concedido o livramento condicional, conforme dispõe o art. 83, V do CO, *in verbis*:

Art. 83 – O Juiz poderá conceder livramento condicional ao condenado a pena privativa de liberdade igual ou superior a 2 (dois) anos, desde que: V- cumprido mais de dois terços da pena, nos casos de condenação por crime hediondo, prática de tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, e

terrorismo, se o apenado não for reincidente específico em crimes dessa natureza.

Ressalto ainda, que não resta dúvida de que por mais que a legislação vigente acolha a chamada reincidência específica, para proibir a concessão do livramento condicional, fica claro que esta reincidência ainda está sendo aplicada pelas leis, conforme disposto anteriormente.

2.3 Provas da reincidência penal

De acordo com a jurisprudência majoritária, citada por Damásio E. De Jesus, na obra CPP e CP anotado, 3ª edição em CD-Rom, 1998, a reincidência somente se prova mediante a juntada aos autos de certidão de "comprovação do trânsito em julgado da sentença condenatória anterior, com menção da data em que se tornou irrecorrível. Faz-se a prova pela certidão cartorária.

Não bastam: a informação da autoridade policial; informação da folha de antecedentes; ofício do Juízo das Execuções; confissão do réu em juízo; informação da "Polinter"; informação de repartição carcerária; informação de distribuição de inquérito policial; largo envolvimento criminal registrado pelo Distribuidor; informação em carta de guia; prontuário da penitenciária; certidão de unificação de penas. Bastam "à prova da reincidência: ofício assinado por autoridade judiciária e telegrama do juiz." Nem mesmo a confissão do réu supre a prova documental.

Além de todas essas peculiaridades que foram destacadas, apresenta também uma infinidade de efeitos ou consequências, nem sempre notados e até olvidados, que passaremos a apontar nos capítulos a seguir, de acordo com os ensinamentos que foram colhidos na profícua doutrina corrente sobre o tema.

O modelo de reincidência é um instituto penal com garantias proposta pela Constituição Federal. Nesse âmbito, pode-se afirmar que ao confrontar a reincidência com o modelo garantista, percebe-se ser polêmico e incompatível com os princípios reitores do direito penal, assevera Greco (2006, p. 283):

“É polêmico e incompatível com os princípios reitores do direito penal democrático e humanitário, uma vez que a reincidência na forma de agravante criminal configura um plus para a condenação anterior já transitada em julgado”. Ou seja, “quando o juiz agrava a pena na sentença

posterior, está, em verdade, aumentando o *quantum* da pena do delito anterior, e não elevando a pena do segundo crime”.

De maneira decorrente, a reincidência criminal, tal como os maus antecedentes, “constitui importante fator de diferenciação do criminoso com os demais seres humanos”. Desta forma, o indivíduo que é reincidente criminal acaba recebendo, da parte do sistema penal, um tratamento mais rígido, na medida em que é considerado pertencente a uma categoria específica. O que designa a diferença, como é já visto, “visa tornar nítida a linha que separa os ‘bons’ dos ‘maus’, confrontando-se, assim, com o princípio da igualdade”.

Em vista destes argumentos, é possível se sustentar que a reincidência não é compatível com um sistema jurídico fixado em garantias e que não coaduna com os princípios fundamentais do Direito Penal. Por fim, ainda que se lhe queira atribuir diferentes fundamentos, sempre haverá algo de inconstitucional a definir-lhe os contornos.

2.4 Multireincidência: pena em dobro e rigor no cumprimento

A multireincidência deve ser observada pelo julgador no momento em que aplica a pena e define a forma de cumpri-la. Com este entendimento, a 5ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, julga:

PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NOS ACLARATÓRIOS NO RECURSO ESPECIAL. 1. DIREITO AUTORAL. OFENSA AO ART. 184, § 2º, DO CP. CONTRARIEDADE AOS ARTS. 530-B, 530-C, 530-D E 386, II E VII, TODOS DO CPP. NÃO OCORRÊNCIA. PROVA DA MATERIALIDADE. PERÍCIA DEVIDAMENTE REALIZADA. DESNECESSIDADE DE EXCESSIVO FORMALISMO. PRESCINDIBILIDADE DE IDENTIFICAÇÃO DAS VÍTIMAS. 2. VIOLAÇÃO AO ART. 59 DO CP. NÃO VERIFICAÇÃO. DOSIMETRIA. MAUS ANTECEDENTES E REINCIDÊNCIA. CONDENAÇÕES DISTINTAS COM TRÂNSITO EM JULGADO. OBSERVÂNCIA AO VERBETE Nº 241/STJ. 3. CONFISSÃO E REINCIDÊNCIA. IMPOSSIBILIDADE DE COMPENSAÇÃO INTEGRAL. PRINCÍPIO DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA. MULTIRREINCIDÊNCIA ESPECÍFICA. CIRCUNSTÂNCIA MAIS REPROVÁVEL. 4. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é assente no sentido de ser dispensável excessivo formalismo no que concerne à constatação da materialidade do delito de violação de direito autoral. Verificando-se que a perícia realizada sobre os aspectos externos do material apreendido revelou que todo o produto é falso, haja vista não possuir características de fabricação comuns aos utilizados no padrão de confronto,

não há se falar em ausência de prova da materialidade. Igualmente, é pacífico ser desnecessária a identificação das vítimas, que tiveram seu direito autoral violado, porquanto referido fato não retira a falsidade do material apreendido, não elidindo, portanto, a imputação penal. No que concerne à apontada violação ao art. 59 do Código Penal, mostra-se devidamente justificado o reconhecimento dos maus antecedentes e da multireincidência específica. De fato, da leitura do acórdão condenatório, tem-se que a pena-base foi majorada ante a existência de maus antecedentes, e agravada pelo fato de o recorrente ser multireincidente específico. Observa-se a existência de pelo menos duas condenações com trânsito em julgado anterior aos fatos narrados nos autos, o que dá suporte ao aumento pela multireincidência, e duas condenações por fatos anteriores, cujo trânsito ocorreu apenas em 2007, o que autoriza a elevação da pena por maus antecedentes. Patente, ademais, terem sido valoradas condenações distintas em cada fase, não se verificando, assim, bis in idem. Disserte, foi devidamente observado o verbete nº 241 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça, o qual dispõe não ser possível a reincidência ser considerada como agravante e, simultaneamente, como circunstância judicial. 3. Reconhecida a multireincidência específica, não se mostra possível promover a compensação integral e exata entre a confissão e a reincidência, no caso concreto. Com efeito, a condição de multireincidente específico exige, indubitavelmente, maior reprovação que a conduta perpetrada por acusado que carregue a condição de recorrente por força de um único evento isolado em sua vida. Por fim, tratando-se de multireincidência específica, encontra-se devidamente justificada a fração de aumento. Agravo regimental a que se nega provimento. (AgRg nos EDcl no REsp 1.387.261/SP, Quinta Turma, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, DJe de 12/11/2013). Assim, verifica-se que o v. acórdão recorrido está em confronto com o entendimento firmado por este eg. Tribunal Superior, razão pela qual, com fulcro no art. 557, § 1º-A, do CPC, dou provimento ao recurso especial para reconhecer a materialidade da conduta delitiva. Determino, desse modo, o retorno dos autos ao eg. Tribunal a quo para que prossiga no julgamento das demais teses suscitadas na apelação. P. e I. Brasília (DF), 16 de junho de 2015. Ministro Felix Fischer Relator Documento: 49011917 Despacho / Decisão - DJe: 19/06/2015

E acrescentando, o Tribunal continuou com o regime fechado estabelecido e a negativa ao réu do direito de *sursis*, e a de liberdade para recorrer da decisão. A multireincidência do réu em crimes contra a propriedade intelectual, explicou o relator da matéria, desembargador Rui Fortes, não exige maior rigor no cumprimento da pena. Além disso, acrescentou o magistrado, o réu apresenta personalidade mal formada e propensa à criminalidade.

A reincidência e seus efeitos criminológicos são mensuráveis, sendo apenas necessário observar o que condena mais de uma vez, sobretudo em relação aos condenados à pena privativa de liberdade. Se como não bastasse, porque não está previsto em lei e não pode fazer interpretação extensiva, o termo multireincidência, não só agrava a pena, mas vai além daquilo que teria sido acrescido no caso da “reincidência”, devido às incisivas reiterações

delitivas. Além, que seja o fim ressocializador e preventivo da pena não tem efeito algum, ao contrário, traz maiores incidências criminológicas.

De fato que, quanto mais se condena, mais se cria fatores de repulsividade social a acolher o condenando, mesmo que tenha cumprido a pena, e mais o impulsiona a nova prática de delitos, ou seja, a legislação ao invés de resolver o problema da criminalidade faz estimulá-la.

Todavia, a despeito, vale ainda salientar, não argumentativa e despregada da própria ordem constitucional. Usa-se como sempre, para justificar a maior dureza do sistema penal, que é negligenciado o princípio constitucionalista, e por outro lado, acentuando com rigor a pena, ou melhor, pune-se pelo que se fez.

3 CONSIDERAÇÕES ACERCA DA COMPENSAÇÃO NO DIREITO PENAL BRASILEIRO

Neste capítulo pretende-se analisar especificamente a figura da compensação no Direito Penal, tratando de sua subjetividade na seara jurídica e, ainda, suscitar possíveis soluções para se evitar a reincidência entre os condenados.

Como se viu, de acordo com o artigo 68 de Código Penal, o Sistema Brasileiro da Dosimetria da Pena tem três fases distintas, quais sejam: a primeira, que analisa as circunstâncias judiciais insertas no artigo 59 de Código Penal; a segunda, que cuida da verificação das agravantes e atenuantes; e, por fim, a terceira, a qual infere as majorantes e minorantes aplicáveis ao caso concreto.

Nessa vereda, no momento da dosagem da pena o magistrado deve se ater a essas regras legais, pois, caso contrário, a sentença será eivada de nulidade, retratando, então, escancarado juízo de arbitrariedade, desrespeitando as premissas constitucionais.

Lado outro, tem-se que é patente a reincidência no Direito Penal, posto indivíduos condenados insistirem em continuar praticando infrações penais, mesmo sabendo da reprimenda penal que lhes pode ser imposta.

A par disso, Andreucci (2014, p. 170) traz que “a reincidência é uma circunstância legal genérica agravante prevista nos arts. 63 e 64 do Código Penal”, servindo então como meio de exacerbar a pena imposta ao imputado ante a sua desídia com relação à tentativa do Estado em lhe demonstrar a gravidade de seus atos perante a sociedade.

Ainda dispõe Andreucci (2014, p. 170) que a “reincidência é a repetição da prática de um crime pelo sujeito, gerando, nos termos da lei penal, a exacerbação da pena, e tendo como fundamento a insuficiência da sanção anterior para intimidá-lo ou recuperá-lo”.

Sendo assim, o Estado se utiliza de meios para demonstrar ao condenado que a cada vez que voltar a delinquir seu tratamento será mais gravoso, tendo em vista que a pena serve, *a priori*, para reprimir as condutas perniciosas e prejudiciais à sociedade.

Em que pese tal consideração, ao realizar a dosimetria da pena o julgador deve verificar cada caso concreto de modo minucioso, haja vista o princípio da individualização da pena previsto na Constituição da República², não podendo aplicar a reprimenda de modo aleatório apenas com fundamento na semelhança das ações.

² Nesse sentido, Nucci (2014, p. 346) elucida que “[...] para cada delinquente, o Estado-juiz deve estabelecer a pena exata e merecida, evitando-se a pena-padrão, nos termos estabelecidos pela Constituição (art. 5º, XLVI, CF)”.

Nesta senda, a aplicação da pena se mostra como uma das facetas do princípio da isonomia, tratando os desiguais na medida de suas desigualdades, inclusive nas condenações penais, pois os casos concretos não são idênticos, devendo ser sopesadas as características pessoais de cada imputado.

3.1 A Compensação no Direito Penal Brasileiro: Reincidência e Confissão Espontânea

A compensação é matéria altamente debatida nos tribunais pátrios, deixando até mesmo doutrinadores sem resposta concreta sobre o tema, já que nem a jurisprudência nacional é sedimentada acerca desse assunto.

Vê-se que, ao ser reincidente, o acusado sofre um agravamento da pena que lhe fora imposta, considerando que voltou a delinquir mesmo depois de condenado por infração penal anterior.

Nessa toada, a reincidência é circunstância agravante, conforme aludem os artigos 63 e 64 do Estatuto Repressivo, pois o condenado desrespeitou novamente a tutela estatal e infringiu outro tipo penal.

Em contrapartida, tem-se como circunstância atenuante a confissão espontânea, prevista no artigo 65, inciso III, alínea “d”, do CP, que segundo Greco (2009, p. 585):

Para que se reconheça a atenuante, basta agora o agente ter confessado perante a autoridade (policial ou judiciária) a autoria do delito, e que tal confissão seja espontânea. Não é mais mister que a confissão se refira à hipóteses de autoria ignorada do crime, ou de autoria imputada a outrem. Desde que o agente admita o seu envolvimento na infração penal, incide a atenuante para efeitos de minorar a sanção punitiva.

Em vista disso, o agente delituoso pode ter minorada sua pena confessando o crime por ele praticado, seja durante a confecção do inquérito policial ou do trâmite da ação penal, desde que seja antes de proferido o *decisum* condenatório.

Nesse viés, existe controvérsia no que concerne à compensação entre a reincidência e a confissão espontânea, como se uma impedisse que a outra exarasse seus efeitos na dosimetria da pena, evitando a exacerbação da reprimenda a ser imposta ao condenado.

Nesse sentido, calha trazer à baila o julgado da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, suscitando que a aplicabilidade da compensação é dever do julgador, configurando então direito subjetivo do acusado. Veja-se:

HABEAS CORPUS IMPETRADO EM SUBSTITUIÇÃO A RECURSO PRÓPRIO. ROUBO DUPLAMENTE CIRCUNSTANCIADO. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL EM RAZÃO DA VALORAÇÃO NEGATIVA DA PERSONALIDADE E DOS ANTECEDENTES. ALEGADO CONSTRANGIMENTO ILEGAL POR AUSÊNCIA DE CONDENAÇÕES DEFINITIVAS. APLICAÇÃO DO ENUNCIADO N. 444 DA SÚMULA DESTA CORTE. SEGUNDA FASE DA DOSIMETRIA. COMPENSAÇÃO ENTRE A AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA E ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA. MATÉRIA PACIFICADA NO ERESP N. 1.154.752/RS. TERCEIRA FASE DA DOSIMETRIA. DUAS CAUSAS DE AUMENTO. APLICAÇÃO DE FRAÇÃO SUPERIOR A 1/3. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. APLICAÇÃO DO ENUNCIADO N. 443 DA SÚMULA DESTA CORTE. ILEGALIDADE DEMONSTRADA. CONCESSÃO DA ORDEM DE OFÍCIO. - O Superior Tribunal de Justiça, seguindo o entendimento firmado pela Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, não tem admitido a impetração de habeas corpus em substituição ao recurso próprio, prestigiando o sistema recursal ao tempo que preserva a importância e a utilidade do writ, visto permitir a concessão da ordem, de ofício, nos casos de flagrante ilegalidade. - Aplica-se ao caso o enunciado n. 444 da Súmula desta Corte, segundo o qual é vedada a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena-base. - **A Terceira Seção desta Corte Superior, ao julgar o EREsp n. 1.154.752/RS, uniformizou o entendimento de que a atenuante da confissão espontânea deve ser compensada com a agravante da reincidência.** - "O aumento na terceira fase de aplicação da pena no crime de roubo circunstanciado exige fundamentação concreta, não sendo suficiente para a sua exasperação a mera indicação do número de majorantes" - enunciado n. 443 da Súmula desta Corte. Na hipótese, o aumento da pena em fração superior a 1/3 ocorreu em razão da quantidade de majorantes, sem a indicação de fundamentação concreta, a evidenciar a necessidade de aplicação da fração mínima. - Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício para reduzir as penas do paciente. (HC 307.978/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 18/06/2015, DJe 25/06/2015). (grifo nosso)

De outra banda, a Sexta Turma do STJ elucida que a compensação entre a reincidência e a confissão espontânea pode ser realizada, o que confere discricionariedade ao magistrado para aplicá-la ou não, concedendo ao julgador uma margem para análise subjetiva em cada caso concreto. Insta vincar o referido julgado, *vide*:

PROCESSUAL PENAL E PENAL. HABEAS CORPUS. SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL, ORDINÁRIO OU DE REVISÃO CRIMINAL. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. PENA-

BASE. EXASPERAÇÃO. NATUREZA E QUANTIDADE DA DROGA. LEGALIDADE. MAJORAÇÃO. RAZOABILIDADE. REINCIDÊNCIA E CONFISSÃO ESPONTÂNEA. AUSÊNCIA DE COMPENSAÇÃO. ILEGALIDADE. PORTE DE ARMA DE USO PERMITIDO. PENA-BASE. EXASPERAÇÃO. AUSÊNCIA DE JUSTIFICATIVA IDÔNEA. HABEAS CORPUS DE OFÍCIO. REDIMENSIONAMENTO. 1. Ressalvada pessoal compreensão diversa, uniformizou o Superior Tribunal de Justiça ser inadequado o writ em substituição a recursos especial e ordinário, ou de revisão criminal, admitindo-se, de ofício, a concessão da ordem ante a constatação de ilegalidade flagrante, abuso de poder ou teratologia. 2. Não se presta o remédio heróico à revisão da dosimetria das penas estabelecidas pelas instâncias ordinárias. Contudo, a jurisprudência desta Corte admite, em caráter excepcional, o reexame da aplicação das penas, nas hipóteses de manifesta violação aos critérios dos arts. 59 e 68, do Código Penal, sob o aspecto da ilegalidade, nas hipóteses de falta ou evidente deficiência de fundamentação ou ainda de erro de técnica. 3. A natureza e a quantidade da droga justificam a exasperação da pena-base acima no mínimo legal, nos termos do art. 42 da Lei n. 11.343/06. 4. O aumento da pena em 6 meses para o crime previsto no art. 33 da Lei de Drogas, cuja pena em abstrato varia de varia de 3 a 15 anos, tendo-se em vista a elevada quantidade de droga apreendida, é razoável, respeitados os limites da discricionariedade dos magistrados. **5. Na esteira do entendimento firmado pela Terceira Seção desta Eg. Corte, à oportunidade do julgamento do EREsp n. 1.154.752/RS, a atenuante da confissão espontânea pode ser compensada com a agravante da reincidência.** 6. A fixação da pena-base acima do mínimo legal, quanto ao crime de porte de arma de fogo de uso permitido, sem a apresentação de justificativa idônea configura constrangimento ilegal, apto a justificar a concessão da ordem de ofício. 7. Habeas corpus não conhecido, mas concedida a ordem de ofício, para fixar a pena do paciente em 7 anos, 6 meses de reclusão e 540 dias-multa, em regime inicial fechado. (HC 213.980/MS, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 18/06/2015, DJe 01/07/2015). (grifo nosso)

Surge então a controvérsia acerca da obrigatoriedade ou possibilidade, que se configura direito subjetivo do acusado ou discricionariedade do magistrado a compensação entre a reincidência e a confissão espontânea. Nesse compasso, Cunha (2013, p. 418) aduz que:

A questão gera indisfarçável controvérsia. Para uma corrente, é inviável a compensação, pois a circunstância agravante da reincidência é preponderante, devendo prevalecer sobre a atenuante da confissão espontânea, nos exatos termos do art. 67 do Código Penal. Para outra, a compensação mostra-se possível, eis que ambas as circunstâncias são preponderantes: a primeira por se ater diretamente a personalidade do agente (capacidade de assumir erros e suas conseqüências) e a segunda por expressa previsão legal.

Como se observa, a compensação entre as circunstâncias gera discussão na comunidade jurídica, não existindo uma corrente fixa a ser seguida, demonstrando a instabilidade atual sobre o tema.

Em que pese à existência da corrente que defende a preponderância da reincidência sobre a confissão espontânea, tem-se que o Direito Penal se encontra em uma nova fase, sendo reconhecido não como instrumento de massacrar o acusado, mas sim como meio de restabelecer a ordem social, sem, é claro, ofender os direitos fundamentais do condenado.

Diante disso, Nucci (2014, p. 337) expõe que a pena “é a sanção exposta pelo Estado, através da ação penal, ao criminoso, cuja finalidade é a retribuição ao delito perpetrado e a prevenção a novos crimes”.

Sendo assim, o caminho mais correto a ser trilhado é permitir a compensação entre a reincidência e a confissão espontânea, não podendo deixar ao bel prazer do Estado a imposição da pena como bem lhe entender, pois deve ser limitado o arbítrio estatal.

Desse modo, sob a nova ótica do Direito Penal, surge o garantismo penal, que segundo Nucci (2014, p. 340):

Trata-se de um modelo normativo de direito, que obedece a estrita legalidade, típico do Estado Democrático de Direito, voltado a minimizar a violência e maximizar a liberdade, impondo limites à função punitiva do Estado. Busca representar o equilíbrio entre os modelos do abolicionismo e do direito penal máximo.

Sob esse enfoque, prevalece a proteção dos direitos fundamentais do acusado, dando-lhe a segurança de que a ação penal será um instrumento que irá lhe proporcionar todos os meios de defesa possíveis, não o deixando sem guarida perante a tutela estatal.

Portanto, a compensação entre a reincidência e a confissão espontânea é reflexa de um Direito Penal moderno, o qual proporcionará a toda comunidade jurídica uma maior segurança quanto à aplicação da norma penal respeitada os ditames constitucionais.

Contudo, não se pode deixar que a referida compensação se transforme em uma verdadeira chicana processual, permitindo que seja aplicada a todo e qualquer condenado, pois se existe a necessidade de limitar a tutela do Estado, correto é também impor limites à utilização do dito instituto, evitando a sua aplicação de modo desregrado.

É de verificar-se que em caso de multireincidência não se torna possível a compensação com a confissão ficta, pois com certeza aquela irá preponderar sobre esta, sendo impossível minorar a pena do condenado com base em tal instituto. Nesse diapasão, a Sexta

Turma do STJ decidiu sobre a multireincidência, afirmando ser ela preponderante sobre a confissão espontânea, *vide*:

PROCESSUAL PENAL E PENAL. HABEAS CORPUS. SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL, ORDINÁRIO OU DE REVISÃO CRIMINAL. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. CUMPRIMENTO DA PENA. DOSIMETRIA. PENA-BASE. EXASPERAÇÃO. MAUS ANTECEDENTES. NATUREZA E QUANTIDADE DA DROGA. LEGALIDADE. RAZOABILIDADE. MULTIREINCIDÊNCIA. PREPONDERÂNCIA SOBRE A ATENUANTE DE CONFISSÃO ESPONTÂNEA. MAJORANTE. ART. 18, INC. IV, DA LEI. 6.368/76. CRIME PRATICADO EM ESTABELECIMENTO PRISIONAL. LEGALIDADE. APLICAÇÃO EM PATAMAR INFERIOR AO MÍNIMO LEGAL. NON REFORMATIO IN PEJUS. HC NÃO CONHECIDO. [...]. 5. Na esteira do entendimento firmado pela Terceira Seção desta Eg. Corte, à oportunidade do julgamento do EREsp n. 1.154.752/RS, a atenuante da confissão espontânea pode ser compensada com a agravante da reincidência. 6. **A multireincidência exige maior reprovação do que aquela conduta perpetrada por quem ostenta a condição de reincidente por força, apenas, de um único evento isolado em sua vida, devendo, pois, prevalecer sobre a confissão.** 7. O aumento, em razão da reincidência, da pena em 1 ano para o crime previsto no art. 33 da Lei de Drogas, cuja pena em abstrato varia de 5 a 15 anos, é razoável e conforme aos limites da discricionária e motivada dosimetria da pena. 8. A majorante prevista no art. 18, inciso IV, da Lei n.º 6.368/76 aplica-se ao preso que comete o delito de tráfico de drogas no interior do estabelecimento prisional. 9. Deve ser mantida a exasperação da pena realizada para majorante prevista no art. 18, inciso IV, da Lei n.º 6.368/76 em patamar inferior ao mínimo legal, tendo-se em vista o princípio do non reformatio in pejus. 10. Habeas corpus não conhecido. (HC 111.516/MS, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 02/06/2015, DJe 12/06/2015). (grifo nosso)

HABEAS CORPUS. IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DE RECURSO ESPECIAL. VIA INADEQUADA. RECEPÇÃO. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. NÃO INCIDÊNCIA. VALOR DO BEM. MULTIRREINCIDÊNCIA. ATIPICIDADE MATERIAL. NÃO OCORRÊNCIA. MULTIREINCIDÊNCIA. COMPENSAÇÃO. CONFISSÃO ESPONTÂNEA. INVIABILIDADE. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE. NÃO CONHECIMENTO. 1. Tratando-se de habeas corpus substitutivo de recurso especial, inviável o seu conhecimento. 2. Consoante entendimento jurisprudencial, o "princípio da insignificância - que deve ser analisado em conexão com os postulados da fragmentaridade e da intervenção mínima do Estado em matéria penal - tem o sentido de excluir ou de afastar a própria tipicidade penal, examinada na perspectiva de seu caráter material. (...) Tal postulado - que considera necessária, na aferição do relevo material da tipicidade penal, a presença de certos vetores, tais como (a) a mínima ofensividade da conduta do agente, (b) a nenhuma periculosidade social da ação, (c) o reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento e (d) a inexpressividade da lesão jurídica provocada - apoiou-se, em seu processo de formulação teórica, no reconhecimento de que o caráter subsidiário do sistema penal reclama e impõe, em função dos próprios objetivos por ele visados, a intervenção mínima do Poder Público." (HC nº 84.412-0/SP, STF, Min. Celso de Mello, DJU 19.11.2004) 3. Não é

insignificante a conduta de furtar bens avaliados em R\$ 45, 00 (quarenta e cinco reais), por ser o paciente multireincidente, com oito condenações anteriores pela prática de crimes patrimoniais. Ressalva do entendimento da Relatora. 4. Em tais circunstâncias, não há como reconhecer o caráter bagatela do comportamento imputado, havendo afetação do bem jurídico. **5. À luz dos princípios da individualização da pena e da proporcionalidade, há preponderância da agravante da reincidência com relação à atenuante da confissão espontânea, quando existe mais de uma condenação que revela reincidência. Seria inadequada a compensação pura e simples das referidas circunstâncias, embora ambas envolvam a personalidade do agente, na hipótese de o paciente ser considerado reincidente pela prática de dois ou mais crimes.** 6. Habeas corpus não conhecido. (HC 318.297/SC, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 19/05/2015, DJe 27/05/2015). (grifo nosso)

Nesse jaez, impossível se torna a compensação nos casos em que o acusado é multireincidente, ou seja, tem várias condenações com trânsito em julgados aptas a gerar, cada uma, a reincidência, o que impede que a confissão ficta possa compensar tal situação diante da extensa ficha criminal do imputado, sendo que sua pena deve ser agravada por conta das outras infrações penais já praticadas, e de sua perpetuação no cometimento de delitos.

Como se depreende, a compensação entre a reincidência e a confissão espontânea deve sim ser realizada pelo magistrado no momento da dosimetria da pena, porém, o julgador deve sopesar cada caso concreto, verificando a real situação dos acusados de modo individualizado, não podendo compensar a pena de modo desregrado, sem limites, já que a multireincidência é óbice para tal intento.

Oportuno se torna dizer que a compensação seria uma das facetas da individualização da pena, posto os magistrados possuem uma discricionariedade, mas evidentemente regrada, pois segundo Bittencourt (2013, p. 778),

[...] todas as operações realizadas na dosimetria da pena, que não se resumem a uma simples operação aritmética, devem ser devidamente fundamentadas, esclarecendo o magistrado como valorou cada circunstância analisada, desenvolvendo um raciocínio lógico e coerente que permita às partes acompanhar e entender os critérios utilizados nessa valoração.

Desta feita, a compensação se adéqua perfeitamente ao ordenamento jurídico pátrio, tendo em vista que coaduna com as normas com assento constitucional, servindo como maneira de regular a individualização da pena substancialmente, demonstrando a efetividade das regras insertas na Constituição da República.

3.2 Possíveis Soluções para evitar a Reincidência

Como se nota, a reincidência é um problema que atinge o sistema penal brasileiro de forma patente, demonstrando talvez a insuficiência da pena para reeducar e ressocializar o condenado pela prática de infração penal.

Nessa trilha, a ação penal talvez não ocupasse efetivamente o papel do qual fora incumbida, posto que se constituam mais uma ferramenta de massacre estatal do que um instrumento capaz de proporcionar ao imputado todos os meios de defesa possíveis, evitando um juízo condenatório arbitrário. Com fulcro nos dizeres de Pacelli (2014, p. 08),

O devido processo penal constitucional busca, então, realizar uma Justiça Penal submetida à exigência de igualdade efetiva entre os litigantes. O processo justo deve atentar, sempre, para a desigualdade material que normalmente ocorre no curso de toda persecução penal, em que o Estado ocupa posição de proeminência, respondendo pelas funções investigatórias e acusatórias, como regra, e pela atuação da jurisdição, sobre a qual exerce o monopólio.

Ocorre que o Ministério Público, em que pese ter se revestido de uma função mais garantista ao longo dos anos, não deixou de representar para a sociedade a figura do acusador por excelência, na busca incessante pela condenação do acusado.

No mesmo rumo, Alencar e Távora (2013, p. 522) dispõem que “[...] o que se quer efetivamente é que os órgãos públicos que atuam no processo ajam com honestidade: imparcialidade seria assim tida como honestidade, como uma vedação de sustentação de teses desprovidas de plausibilidade”.

Nesse ínterim, os sujeitos do processo, mais especificamente o magistrado e o órgão ministerial, devem ter uma visão de processo mais ligada à recuperação do condenado, como uma forma não de massacrá-lo, mas sim de mostrar-lhe que suas condutas não ficarão impunes, pois atingiu bens jurídicos elencados pela sociedade como indispensáveis para a sobrevivência, desde que respeitados os direitos constitucionais que lhe foram assegurados pela CRFB/88.

Lado outro, o sistema prisional brasileiro não reeduca de forma alguma os condenados, considerando que sequer lhes são garantidas as necessidades mais básicas, o que os levam a crer em seu esquecimento pela sociedade, como se dela tivessem sido expurgados por um processo penal desregrado e humilhante. Desta senda, Bitencourt (2013, p. 864) aduz que

O Estado, sintetizando uma luta secular em que se resume a própria história da civilização, suprimiu a autodefesa e avocou a si o direito de dirimir os litígios existentes entre os indivíduos. Assumiu o dever de distribuir justiça criando, com essa finalidade, tribunais e juízos para tornarem efetiva a proteção dos direitos e interesses individuais garantidos pela ordem jurídica [...].

Desse modelo, não basta que o Estado utilize o processo para reprimir o acusado, pois, caso contrário, o então condenado não terá perspectiva de mudança, haja vista que o próprio ente que deveria proporcionar-lhe um tratamento isonômico o deixou à mercê de um processo penal desprovido de garantias. Ademais, conforme Beccaria (2009, p. 101):

É preferível prevenir os delitos a ter de puni-los; e todo legislador sábio deve antes procurar impedir o mal que repará-lo, pois uma boa legislação não é mais do que a arte de proporcionar aos homens a maior soma de bem-estar possível e livrá-los de todos os pesares que se lhes possam causar, conforme o cálculo dos bens e dos males desta existência. Contudo, os processos até hoje utilizados são geralmente insuficientes ou contrários a finalidade que se propõem. Não se pode submeter a atividade tumultuosa de uma massa de cidadãos a uma ordem geométrica, que não mostre irregularidade nem confusão [...].

Desta feita, a maneira de evitar a reincidência, talvez mais correta, seja elevar o processo penal ao nível constitucional, efetivando substancialmente as garantias fundamentais que na maioria das vezes são esquecidas, permanecendo sem guarida diante de uma sociedade louca pela “justiça”, a qual nem sempre é a cabível tendo em vista a ordem jurídica hodierna.

Por derradeiro, deve-se então prevenir a prática de infrações penais e, caso ocorram, seja deflagrado um processo penal capaz de proporcionar ao acusado um leque de garantias insertas na Constituição da República, demonstrando ao indivíduo que, mesmo condenado, foram respeitados seus direitos, e tenha perspectivas reais de ressocialização.

CONCLUSÃO

O presente trabalho monográfico se pauta na análise da reincidência penal e de sua aplicabilidade no sistema processual penal brasileiro, utilizada na dosimetria da pena para fins de agravar a pena-base do acusado ante sua desídia em praticar novos delitos.

Com efeito, a reincidência penal é um problema enfrentado por vários Estados na atualidade, pois se mostra como instituto a ser aplicado de forma obrigatória para agravar a pena do imputado no momento da condenação, com o intuito de demonstrar ao agente delituoso a gravidade de continuar a delinquir.

Nessa vereda, talvez a reincidência seja utilizada como circunstância agravante na tentativa de “curar” a delinquência dos condenados que permanece na prática de crimes, no afã de extirpar, ou ao menos diminuir, a permanência na prática de delitos.

Na confecção do presente trabalho, foram levantadas duas hipóteses. A primeira consubstancia-se na preponderância da reincidência sobre a confissão espontânea, de acordo com a exata dicção do artigo 67 do Código Penal.

De outra banda, como segunda hipótese, tem-se que a compensação mostra-se possível, eis que ambas as circunstâncias são preponderantes: a primeira por se ater diretamente à personalidade do agente (capacidade de assumir erros e suas consequências) e a segunda por expressa previsão legal.

Contudo, caso a reincidência sempre preponderasse sobre a confissão espontânea, ao acusado não seria viável confessar a autoria do crime, e desse modo, não auxiliar a justiça, vez que a conduta em nada adiantaria sem um benefício em face do próprio acusado, porque, como é cediça, ao confessar, a única intenção do acusado é de amenizar a sua pena.

Nesta senda, no decorrer do trabalho infere-se que a primeira hipótese foi inesperada, pois a reincidência não prevalece sobre a confissão espontânea, visto que ambas dizem respeito efetivamente à personalidade do agente, o qual visa minorar sua reprimenda confessando a prática da infração penal.

No que concerne à segunda hipótese, vê-se que esta foi confirmada, tendo em vista que a ordem jurídica hodierna segue uma corrente mais protecionista, cuidando para que se espalhe um modelo de Direito Penal moderno, considerando que é perfeitamente admissível que exista uma sintonia entre a confissão do acusado e a respectiva diminuição da pena no momento de seu julgamento, mesmo que reincidente.

A par disso, o que se espera do Estado, é que o ex-detento, ao deixar o cárcere, tenha condições mínimas de reintegração na sociedade. Contudo estamos diante do fracasso da função Estatal, evidenciado pela falta de estrutura dos presídios e principalmente pelo desrespeito às regras mínimas dos Direitos Humanos, não lhe restando outra opção, senão, permanecer com a prática constante de infrações penais, sendo inevitável o reconhecimento da reincidência.

Por derradeiro, importante frisar que não basta apenas a aplicação de uma pena severa ao acusado com o intuito de tranquilizar o ânimo punitivo estatal. Em vez disso, é necessário que a sanção seja efetiva e suficiente, além de garantir as premissas constitucionais ao imputado, proporcionando-lhe substancialmente a defesa que se faz necessária e, ainda, evitar que o condenado permaneça na delinquência.

REFERÊNCIAS

ALENCAR, Rosmar Rodrigues; TÁVORA, Nestor. **Curso de Direito Processual Penal**. 8ª edição. Salvador: JusPodvim, 2013.

ANDREUCCI, Ricardo Antônio. **Manual de Direito Penal**. 10ª edição. São Paulo: Saraiva, 2014.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. 2ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**. Volume I: Parte Geral. São Paulo: Saraiva, 2013.

BIANCHINI, Alice; GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio; GOMES, Luiz Flávio. **Direito penal: introdução e princípios fundamentais**. 2. Ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

BRASIL. **Código Penal Brasileiro**. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm. Acesso em: 07/04/2015.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 28/02/2015.

BRASIL. **Lei das Contravenções Penais**. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3688.htm. Acesso em: 07/04/2015.

BRASIL.**STJ - HC: 45111:DF** 2005/0102295-4, Relator: Ministro OG FERNANDES, Data de Julgamento: 03/12/2009, T6 - SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 18/12/2009.

Disponível em: <http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/8632992/habeas-corpus-hc-45111-df-2005-0102295-4/certidao-de-julgamento-13682403>. Acesso em: 07/04/2015.

BRASIL. **STJ - HC: 239173**: GO 2012/0075152-0, Relator: Ministra LAURITA VAZ, Data de Julgamento: 12/08/2014, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 22/08/2014. Disponível em: <http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25247817/habeas-corporis-hc-239173-go-2012-0075152-0-stj>. Acesso em: 07/04/2015.

BRASIL. **STJ - REsp: 1471967** DF 2014/0193520-7, Relator: Ministro JORGE MUSSI, Data de Publicação: DJ 17/11/2014. Disponível em: <http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/152095474/recurso-especial-resp-1471967-df-2014-0193520-7>. Acesso em: 08/04/2015.

BRASIL. **STF - RHC: 118107** MG, Relator: Min. TEORI ZAVASCKI, Data de Julgamento: 18/02/2014, Segunda Turma, Data de Publicação: DJe-104 DIVULG 29-05-2014 PUBLIC 30-05-2014. Disponível em: <http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25133483/recurso-ordinario-em-habeas-corporis-rhc-118107-mg-stf>. Acesso em: 08/04/2015.

BRASIL. **TJ-MG - APR: 10073130013300001** MG, Relator: Marcílio Eustáquio Santos, Data de Julgamento: 21/08/2014, Câmaras Criminais / 7ª CÂMARA CRIMINAL, Data de Publicação: 29/08/2014. Disponível em: <http://tj-mg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/136611538/apelacao-criminal-apr-10073130013300001-mg>. Acesso em: 07/04/2015.

BRASIL. **TJ-RJ - APL: 00014411120138190081 RJ 0001441-11.2013.8.19.0081**, Relator: DES. ANTONIO EDUARDO FERREIRA DUARTE, Data de Julgamento: 14/10/2014, QUARTA CAMARA CRIMINAL, Data de Publicação: 17/10/2014. Disponível em: <http://tj-rj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/147251859/apelacao-apl-14411120138190081-rj-0001441-1120138190081>. Acesso em: 07/04/2015.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. HC 307.978/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 18/06/2015, DJe 25/06/2015. Disponível: http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?Tipo_visualizacao=null&livre=reincid%EAncia+penal+agravante&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO. Acesso em: 29. julho. 2015, às 17h34min.

COSTA JÚNIOR, Paulo José da. **Custo de Direito Penal**. 9ª ed. São Paulo: Saraiva 2008.

CUNHA, Rogério Sanches Cunha. **Manual de Direito Penal**. Parte Geral. Salvador: JusPodivm, 2013.

FRANCO, Alberto Silva. **Código Penal e sua interpretação jurisprudencial**. 8ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

FRAGOSO, Cláudio Heleno. **Lições de Direito Penal**. 15ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

GRECO, Rogério. **Curso de direito penal. Parte geral**. 10. ed. V. 1. Rio de Janeiro: Impetus, 2008.

JESUS, Damásio E. de. **Direito penal**. Parte geral. 28. ed. 2. V. 1. tir. São Paulo: Saraiva, 2006.

LIMA, Augusta Monte Alegre Bezerra de Andrade. **Preponderância ou Compensação Reincidência e Confissão**. Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/artigo/preponderancia-ou-compensacao-entre-reincidencia-e-confissao,42203.html>. Acesso em: 28/02/2015.

MASSON, Cleber Rogério. **Direito penal esquematizado. Parte geral**. 2. ed. rev. e atual.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal**. 10ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

PACELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal**. 18ª edição. São Paulo: Atlas, 2014.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal. Parte Geral**. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

_____. **Superior Tribunal de Justiça**. HC 213.980/MS, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 18/06/2015, DJe 01/07/2015. Disponível à: http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&livre=reincid%EA

ncia+penal+agravante&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO. Acesso em: 29. julho. 2015, às 17h38min.

_____. **Superior Tribunal de Justiça**. HC 111.516/MS, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 02/06/2015, DJe 12/06/2015. Disponível à:
[http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&livre=multireincid](http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&livre=multireincid%EAnCIA+penal+agravante&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO)
%EAnCIA+penal+agravante&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO. Acesso em: 29. julho. 2015, às 17h49min.

_____. **Superior Tribunal de Justiça**. HC 318.297/SC, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 19/05/2015, DJe 27/05/2015. Disponível à:
[http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&livre=multireincid](http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&livre=multireincid%EAnCIA+penal+agravante&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO)
%EAnCIA+penal+agravante&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO. Acesso em: 29. julho. 2015, às 17h57min.