

APONTAMENTOS SOBRE A CONSTITUCIONALIDADE DO INSTITUTO DA REINCIDÊNCIA

REVIEW ABOUT THE CONSTITUTIONALITY
OF THE RECIDIVISM

Marco Antonio Prado Nogueira Perroni

marcoperroni@hotmail.com

Estudante de Direito na Universidade Presbiteriana Mackenzie

Integrante do grupo de pesquisas do Programa de Pós-Graduação
stricto sensu em Direito Político e Econômico da Universidade
Presbiteriana Mackenzie

Estagiário no Ministério Público do Estado de São Paulo

RESUMO

O presente estudo desenvolveu uma análise sobre a compreensão e aplicação da circunstância agravante da reincidência, tendo como base a controvérsia constitucional surgida a partir de outubro de 2008, com o reconhecimento da repercussão geral da matéria. Para tanto, foram perpassados os elementos relativos à reincidência no ordenamento jurídico brasileiro e seus efeitos, também quanto ao tratamento da aplicação da reincidência na fixação da pena, a necessária à individualização da reprimenda e as restrições que a envolvem. Após, são tecidos comentários sobre a importância da leitura constitucional da reincidência. Por conseguinte, é feito um breve panorama do recurso extraordinário nº 591.563, que fora escolhido como caso representativo da controvérsia. Ao final, conclui-se pela admissibilidade constitucional da reincidência uma vez que tal instituto enquadra-se perfeitamente aos ditames e princípios do estado democrático de direito inaugurado com a Constituição de 1988.

PALAVRAS-CHAVE

Direitos fundamentais. Direito penal. Reincidência.

ABSTRACT

This study developed an analysis about the understanding and application of the recidivism, based in a constitutional controversy occurred in October 2008, with the advent of the Repercussão Geral (a kind of writ of certiorari, but in the Brazilian judicial system). Thereunto, was proceeded a search of elements and effects concerning the recidivism in the Brazilian judicial system, also about implementation of this sanction in fixing the penalty, the necessary individualization of reprimand, and restrictions surrounding it. Following, are tissues comments about the importance of reading constitutional recidivism. Therefore, was made a brief overview of the Constitutional Appeal number 591.563, object of the certiorari. Finally, we conclude for the constitutional admissibility of recidivism, in view of the perfect adequacy of this institute, to the dictates and principles of the Rule of Law, guaranteed by the Constitution of 1988.

KEYWORDS

Constitutional rights. Criminal law. Recidivism.

SUMÁRIO

Introdução. 1. A reincidência no ordenamento jurídico brasileiro. 2. Aplicação da reincidência na fixação da pena. 3. Relevância da leitura constitucional da reincidência. 4. Recurso Extraordinário nº 591.563: *leading case*. 5. Constitucionalidade do instituto da reincidência. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O tema proposto justifica-se pelas atuais discussões concernentes à recepção do instituto da reincidência em face da Constituição Federal de 1988. Tal questão surgiu de uma recente criação jurisprudencial do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, que entendeu que a reincidência, prevista no artigo 61, inciso I, do Código Penal, estaria em desacordo com as regras e princípios constantes na Constituição atual.

A partir de então inúmeras ações chegaram ao Supremo Tribunal Federal, sustentando posições diversas sobre a (in)constitucionalidade do instituto da reincidência. No momento em que foi instado a se manifestar sobre a controvérsia, o Egrégio Tribunal, em 3 de outubro de 2008, reconheceu a existência de repercussão geral da questão constitucional suscitada.

Diante disso, da referida data até a presente, diversos foram os que analisaram com afincos este tema, de modo a propor as mais diversas soluções possíveis para a questão. Com amparo na jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal, este artigo foi redigido defendendo a integral constitucionalidade do instituto da reincidência.

O presente estudo é dividido em cinco partes, inicialmente são perpassados os elementos relativos à reincidência no ordenamento jurídico brasileiro, suas conceituações e efeitos. Realizada essa tarefa, passa-se ao tratamento da aplicação da reincidência na fixação da pena, também se aborda a necessária à individualização da reprimenda e as restrições que a envolvem. Vencida esta etapa e observando-se todas as características até então apontadas, são tecidos comentários sobre a importância da leitura constitucional da reincidência. Por conseguinte, é feito um breve panorama do recurso extraordinário nº 591.563, que fora escolhido como caso representativo da controvérsia. Por fim, são empreendidos esforços no sentido de se evidenciar a adequação constitucional do artigo 61, inciso I, do Código Penal.

1. A REINCIDÊNCIA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

O instituto da reincidência constante do artigo 61, inciso I e disciplinado pelos artigos 63 e 64, todos do Código Penal, é circunstância agravante presente no direito brasileiro desde o século XIX¹. Damásio Evangelista de Jesus ensina que:

Reincidência deriva de *reccidēre*, que significa recair, repetir o ato. Reincidência é, em termos comuns, repetir a prática do crime. [...] A reincidência pressupõe uma sentença condenatória transitada em julgado por prática de crime. Há reincidência somente quando o novo crime é cometido após a sentença condenatória de que não cabe mais recurso.²

1. Cf. artigo 16, 3º da Lei 16, de 16 de dezembro de 1830, bem como; artigos 44, inciso I, 46 e 47 do Decreto Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940, também; o artigo 1º da Lei 7.209, de 11 de julho de 1984, que deu a redação atual ao Código Penal vigente.

2. JESUS, Damásio E. de. *Direito penal: v. 1 : parte geral*. 28. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 564-565.

Delmanto, por sua vez, ao apreciar a questão ponderou que:

Reincidência é a prática de novo crime, após haver sido o agente definitivamente condenado por crime anterior, no país ou no exterior. Por isso, só é reincidente quem comete outro delito, depois de ter sido condenado, aqui ou no estrangeiro, por sentença transitada em julgado. Não é necessário que o agente tenha cumprido, efetivamente, a condenação (reincidência real), bastando a simples existência dela para que haja reincidência (é a chamada reincidência ficta).³

É de se verificar que o longo período de vigência deste instituto na legislação pátria proporcionou gradual harmonização com outros dispositivos do direito penal brasileiro. Neste sentido, atualmente, além de agravar a pena-base, o reconhecimento da reincidência pode acarretar tantas outras restrições ao réu.

Entre as principais limitações geradas ao acusado em face de sua reincidência, pode-se pontuar: o impedimento da substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direito ou multa, nos termos dos artigos 44, inciso II e 60, § 2º; a impossibilidade de se iniciar o cumprimento da pena em regime semiaberto ou aberto, ressalvado o caso de detenção, consonante o disposto no artigo 33, § 2º, alíneas *b* e *c*; a inviabilidade da concessão da suspensão condicional da pena, quando se tratar de crimes dolosos, conforme artigo 77, inciso I.

É também possível salientar entre outras restrições advindas da reincidência: o acréscimo do prazo para concessão do livramento condicional, como estabelece o artigo 83, inciso II; a interrupção do curso da prescrição, nos termos do artigo 117, inciso VI; o aumento de um terço da prescrição depois de transitar em julgado sentença final condenatória, conforme artigo 110, *in fine*; a revogação obrigatória ou facultativa da suspensão condicional da pena, como infere-se, respectivamente, do artigo 81, inciso I e 81, § 1º; o impedimento do reconhecimento de causas de diminuição da pena⁴, dentre outros⁵.

Em síntese, vê-se que hoje a reincidência é utilizada como condição restritiva ao exercício de diversos privilégios existentes na legislação penal. Por conseguinte, em qualquer leitura que se fizer com relação a esse instituto é necessário levar em conta não apenas a aplicabilidade deste em face das normas que o regem, mas principalmente sua interação com todos os demais campos normativos a que está vinculado.

3. DELMANTO, Roberto; DELMANTO JUNIOR, Roberto; DELMANTO, Fabio Machado de Almeida; DELMANTO, Celso. *Código penal comentado: acompanhado de comentários, jurisprudência, súmulas em matéria penal e legislação complementar*. 8. ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 294.

4. *Exempli gratia*: artigos 155, § 2º; 168-A, § 3º; 170; 171, § 1º e 337-A, § 2º, do Código Penal, bem como; artigo 33, § 4º da Lei 11.343 de 23 de agosto de 2006.

5. Destaque-se que a primariedade, ou seja, a ausência de reincidência, em certos casos, pode ser observada quando do arbitramento, por parte do magistrado, do benefício do réu recorrer em liberdade, com efeito, observe-se artigo 59 da Lei 11.343 de 23 de agosto de 2006: “Nos crimes previstos nos arts. 33, *caput* e § 1º, e 34 a 37 desta Lei, o réu não poderá apelar sem recolher-se à prisão, salvo se for primário e de bons antecedentes, assim reconhecido na sentença condenatória”. Em termos processuais cabe ainda pontuar que a reincidência impossibilita a suspensão condicional do processo, prevista no artigo 89 da Lei 9.099, de 26 de setembro de 1995.

2. APLICAÇÃO DA REINICIDÊNCIA NA FIXAÇÃO DA PENA

Ressalte-se que em cumprimento ao princípio da individualização da pena, previsto no artigo 5º, XLVI, da Constituição Federal, e em observância ao artigo 68 do Código Penal, assim como as demais agravantes, a reincidência é analisada na segunda fase da fixação da pena. Contudo, é fundamental asseverar que os denominados “antecedentes”, previstos no artigo 59, do Código Penal, não se confundem em nenhuma hipótese com a figura da reincidência, no tocante à aplicação da reprimenda.

Um mesmo fato que serve para justificar a agravante da reincidência não pode ser levado à conta de maus antecedentes para fundamentar a fixação da pena-base acima do mínimo legal, sob pena de incorrer em *bis in idem*, ou seja, aplicação de duas penalidades por um mesmo fato⁶ a uma única pessoa. Deste modo, em caso de ocorrer em um mesmo processo dupla valoração de uma mesma reincidência – enquanto circunstância judicial (art. 59) e enquanto circunstância legal (art. 61) – sobrevirá inaceitável desrespeito aos princípios constitucionais de valoração da pena.⁷

Visando a minorar a desarmonia acerca da conceituação dos termos “maus antecedentes” e “reincidência”, a segunda turma do Supremo Tribunal Federal quando do julgamento do *habeas corpus* nº 95.585, nos termos do voto da relatora ministra Ellen Gracie, reconheceu que: “maus antecedentes representam os fatos anteriores ao crime, relacionados ao estilo de vida do acusado e, para tanto, não é pressuposto à existência de condenação definitiva por tais fatos anteriores. A data da condenação é, pois irrelevante para a configuração dos maus antecedentes criminais, diversamente do que se verifica em matéria de reincidência”.

Por tais razões, demonstra-se em total desacordo com o texto constitucional a aplicação de um mesmo fato para elevar a pena base, na primeira fase, e para caracterizar circunstância agravante, na segunda fase. No entanto, é fundamental proclamar que, ao contrário do que é sustentado por alguns, o reconhecimento de inconstitucionalidade quando da existência de *bis in idem*, não implica inconstitucionalidade do instituto da reincidência como um todo, posto que este é absolutamente constitucional, conforme os entendimentos que serão sustentados a seguir.

6. Há de se afirmar que inexistente *bis in idem* quando o juiz majora a pena-base com fundamento em uma condenação e a agrava com esteio em condenação diversa, pois nada impede que condenações distintas dêem ensejo a valorações distintas, porquanto oriundas de fatos distintos. Neste sentido: HC 94.023, HC 99.044 e HC 96.771, em que neste último, o relator ministro Gilmar Mendes, declara que: “como posso observar, e conforme as decisões de ambas as turmas desta corte, o argumento de *bis in idem* somente procede quando o mesmo fato criminoso é utilizado para caracterizar, num dado momento, os maus antecedentes e em outro, a reincidência. Quando for o caso de diversas condenações pretéritas, é razoável, conforme o entendimento de ambas as Turmas, que um deles seja usado para a finalidade de caracterizar os maus antecedentes e outro seja para permitir a incidência da agravante do artigo 61, I do Código Penal”. Vide também: Informativo nº 596: “A utilização de condenações distintas e com trânsito em julgado, para fins de aumento de pena por maus antecedentes e reincidência, não viola o princípio do *non bis in idem*”.

7. Pacífica é a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal no sentido da inadmissão do referido *bis in idem*. Cf. HC 70.483, HC 70.899, 74.023, HC 74.746, HC 75.889, HC 76.285, HC 76.665, HC 80.066, RHC 84.295 e HC 87.071, HC 93.812, HC 95.398, HC 98.992, dentre outros.

3. RELEVÂNCIA DA LEITURA CONSTITUCIONAL DA REINCIDÊNCIA

Convém assinalar que o tema tratado neste artigo é dotado de especial importância, não só pela grande valia que tem no ordenamento jurídico brasileiro, mas principalmente pela necessária compreensão de sua perfeita adequação constitucional.

Nos últimos anos surgiu, sobretudo, no Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, um entendimento mixórdio de que a reincidência, prevista no artigo 61, inciso I, não estaria em conformidade com os ideais principiológicos estabelecidos na Constituição Federal de 1988.

A adjetivação aqui conferida ao posicionamento do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul deve-se ao fato de que tal compreensão diverge até mesmo da jurisprudência prevalente no próprio tribunal. É de ser relevado que, breve pesquisa na Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul comprova a existência de diversos julgados recentes, que admitem integralmente a constitucionalidade do instituto da reincidência. Neste particular, o reconhecimento se dá em diferentes câmaras criminais, são alguns exemplos de ementas:

REINCIDÊNCIA. “BIS IN IDEM”. NÃO CARACTERIZAÇÃO. A agravante da reincidência não caracteriza *bis in idem*, pois está prevista no Código Penal e, como tal, é de aplicação obrigatória. Foi concebida exatamente para diferenciar o réu primário, daquele já escolado no mundo do crime, o objetivo é exatamente diferenciar os desiguais, modo a não ferir o princípio da isonomia. Apelação-Crime nº 70025586371 – 2ª Câmara Criminal, Rel. Des. Marlene Landvoigt, Dj. 24.11.09. (RJTJERGS 276/86: junho de 2010);

REINCIDÊNCIA. NÃO CONFIGURAÇÃO DE “BIS IN IDEM”. O reconhecimento da reincidência não afronta o texto constitucional, sendo cogente a sua aplicação de acordo com o disposto no art. 61, I, do CP. Apelação-Crime nº 70015361769 – 1ª Câmara Criminal, Rel. Des. Ivan Leomar Bruxel, Dj. 25.10.06. (RJTJERGS 260/80: Abril de 2007);

REINCIDÊNCIA. CONSTITUCIONALIDADE. Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. A respeito da inconstitucionalidade desta agravante, é posicionamento da Câmara, na esteira da jurisprudência dominante, de que seu reconhecimento não afronta qualquer dispositivo constitucional, não implicando, ainda, *bis in idem*. Apelação-Crime nº 70015143043, 8ª Câmara Criminal, Rel. Des. Marco Antônio Ribeiro de Oliveira, Dj. 16.08.06. (RJTJERGS 263/115: outubro de 2007).

Sobre divergência atinente a essa questão, Edgard Magalhães Noronha e Adalberto José Queiroz Telles de Camargo Aranha já sustentavam que:

Juristas há que contestam a legitimidade da reincidência, visto quebrar a proporcionalidade entre a pena e o crime, já que, exacerbando a pena, o réu está pagando por circunstância de todo estranha ao delito por que está sendo punido. Maior é, entretanto, o número dos que a aceitam, legitimando-a, seja, por se ter revelado ineficiente a primeira pena, seja por manifestar patentemente o criminoso sua inadaptação ou rebeldia.⁸

8. NORONHA, E. Magalhães; ARANHA, Adalberto José Q. T. de Camargo. *Direito penal: introdução e parte geral*. 36. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 264.

Neste passo, de forma reiterada, o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul passou a dar provimento a apelações criminais, principalmente relativas a crimes contra o patrimônio, de modo a excluir o acréscimo concernente à reincidência. Alegaram os magistrados que a consideração dessa circunstância configuraria dupla punição por uma mesma conduta delituosa, porquanto o réu não poderia ser novamente apenado por crime pelo qual já pagou, compreendendo assim que o delito anterior não deva produzir novas consequências penais para o réu.

Diante de tal imoderação principiológica⁹, o Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul, interpôs diversos recursos especiais, dirigidos ao Superior Tribunal de Justiça, almejando a reforma dos acórdãos que afastaram o acréscimo relativo à reincidência, obtendo considerável sucesso. Por outro lado, as partes envolvidas nestas ações invariavelmente dirigiam-se ao Supremo Tribunal Federal¹⁰, para questionar as teses sobre a (in)constitucionalidade do instituto da reincidência.

Não obstante a aplicabilidade da reincidência ser assunto pacificado pela Corte, em face da chegada de inúmeros processos sobre o referido tema e considerando que a questão atinge um número muito elevado de pessoas, o Supremo Tribunal Federal apontou o Recurso Extraordinário nº 591.563, caso representativo sobre a matéria.

4. RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 591.563: *LEADING CASE*

Em 10 de setembro de 2007, o Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul, com apoio no artigo 28 da Lei nº 8.038, protocolou o recurso de Agravo de Instrumento contra decisão da Quinta Câmara Criminal do E. Tribunal de Justiça gaúcho, que negou seguimento aos Recursos Especial e Extraordinário, interpostos em face da Apelação Criminal nº 70016965345/TJ-RS.

Já em março de 2008, o Ministro Nilson Naves, do Superior Tribunal de Justiça, deu provimento ao Recurso Especial do Ministério Público a fim de reconhecer o restabelecimento da agravante da reincidência no caso concreto. No Supremo Tribunal Federal, em 29 de maio do mesmo ano, o relator, ministro Cezar Peluso,

9. Tal classificação é pertinente, pois comentando o tema, Guilherme de Souza Nucci sustenta que: “Ademais, se a reincidência fosse considerada inaplicável, como agravante, o que se diria de todas as circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal? Se alguém pode sofrer penalidade mais grave simplesmente por apresentar personalidade perversa, é mais que natural deva o reincidente experimentar sanção penal mais elevada. Nessa ótima encontra-se jurisprudência majoritária”. Cf. NUCCI, Guilherme de Souza. *Código penal comentado* – 7ª. ed. rev., atual e ampl. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 487.

10. Note-se, por exemplo, a quantidade de Agravos de Instrumento interpostos pelo Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul contra decisões do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul que não admitiram seguimento a recurso extraordinário, sendo todos sobre o tema aqui explanado: AI 540.247, AI 674.787, AI 721.340, AI 763.697, AI 780.462, AI 781.617, AI 781.647, AI 781.745, AI 787.580, AI 790.102, AI 794.349, AI 794.877, dentre outros.

reconheceu presentes os requisitos formais de admissibilidade, deu provimento ao Agravo e o converteu em Recurso Extraordinário.

Em 12 de setembro de 2008, iniciou-se a análise da pertinência da aplicação de repercussão geral do tema da constitucionalidade da reincidência, tendo-se como caso representativo da matéria o Recurso Extraordinário nº 591.563. Oportuno se torna dizer que em plenário virtual realizado no dia 3 de outubro de 2008, o Tribunal admitiu a existência de repercussão geral da questão constitucional suscitada.¹¹

Em linhas gerais, na decisão pela existência de repercussão geral reconheceu-se a elevada pertinência do assunto. Na referida, o ministro Marco Aurélio explanou que: “incumbe definir se a agravante da reincidência coabita, ou não, o mesmo teto da vedação à duplicidade, considerada a circunstância de, no tocante a desvio de conduta anterior, já haver sido o agente apenado”.

Por sua vez, o ministro Cezar Peluso manifestou-se da seguinte forma: “a questão embora nem sempre considerada pela doutrina nem pelos tribunais, envolve o alcance de relevantíssima garantia constitucional, a cuja luz deve aferida a subsistência ou não, de normas do Código Penal. Este tema tem profundo reflexo no ‘jus libertatis’, bem jurídico fundamental, e, como tal, transcende os limites subjetivos da causa, revestindo-lhe a decisão de repercussão geral”.

A douta procuradoria-geral da República, em parecer da lavra do eminente subprocurador-geral, dr. Edson Oliveira de Almeida, sustentou a perda do objeto do recurso, alegando que o Superior Tribunal de Justiça já havia dado integral provimento ao pedido do recorrente, tendo o mesmo transitado em julgado.

Em 11 de agosto de 2010, o Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCRIM) compareceu nos autos requerendo seu ingresso no feito na qualidade de *amicus curiae*, com fulcro no artigo 543-A, §6º do Código de Processo Civil, e no artigo 323, §2º do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, alegando a vultosa relevância da controvérsia apresentada e almejando “colaborar com esta egrégia Corte no aprofundamento de um debate fundamental para a consolidação das garantias constitucionais na aplicação do direito penal brasileiro”.

Em seu memorial, o instituto defende a incompatibilidade da agravante da reincidência com a Ordem Constitucional de 1988, baseando-se, em síntese, no princípio da dignidade humana, do qual é corolário o princípio da culpabilidade pelo fato. Chega a afirmar que: “o encarceramento anterior, quando existente, deveria ser considerado fator de redução da culpabilidade, e não de aumento, dado o notório efeito criminógeno das instituições totais carcerárias”.

Com prudência, em 9 de setembro de 2010, o relator ministro Cezar Peluso, indeferiu o pedido de admissão do IBCCRIM na condição de *amicus curiae*, pois quando

11. Vide Informativo nº 602: “A Turma afetou ao Plenário o julgamento de uma série de habeas corpus em que se discute eventual ofensa ao art. 5º, XLVI, da CF, decorrente da suposta existência de *bis in idem* em razão do agravamento de pena pela reincidência. Consignou-se que o tema encontra-se em discussão no RE 591.563/RS, de relatoria do Min. Cezar Peluso, cuja repercussão geral fora reconhecida”.

do requerimento de ingresso no feito, o processo já havia sido incluído na pauta de julgamentos há cerca de cinco meses¹², fato esse que obsta a participação do interessado.

Ocorre que, em recente decisão monocrática, proferida em 26 de junho de 2012, o ministro relator acolheu o conteúdo do parecer da Procuradoria-Geral da República e entendeu que tendo o Superior Tribunal de Justiça conhecido e provido integralmente o recurso especial, com trânsito em julgado, o Recurso Extraordinário nº 591.563 restou prejudicado.

Contudo, independentemente da prejudicialidade do *leading case*, a repercussão geral relativa à constitucionalidade da reincidência deve ser resolvida pelo Tribunal, posto que existem milhares de recursos sobrestados nos tribunais de origem aguardando por uma decisão da Excelsa Corte. Por isso, na parte final da citada decisão, o ministro pontuou: “informem à Presidência desta corte, a fim de que se proceda a necessária substituição deste recurso, pois, trata-se de paradigma do Tema 114 constante do plenário virtual, cuja repercussão geral foi reconhecida”.

Ante todo o exposto, resta aguardar que a Presidência do Supremo Tribunal Federal indique novo caso representativo da matéria, para que se prossiga o julgamento da questão aqui exposta. Enquanto a controvérsia não é solucionada, é tempo de visitar a evolução história da jurisprudência da corte e compreender seu entendimento no transcorrer dos anos, sempre pela integral e absoluta adequação constitucional do objeto desse estudo.

5. CONSTITUCIONALIDADE DO INSTITUTO DA REINCIDÊNCIA

Muito embora os questionamentos sobre a constitucionalidade da reincidência sejam recentes, por vezes, ainda na década de 1990, surgiam no Supremo Tribunal Federal raríssimos casos contendo esta objeção. É válido mencionar um deles, *Habeas Corpus* nº 73.394, relator ministro Moreira Alves, DJ de 21/03/1997, no qual ao exarar seu parecer o mesmo afirmou: “como bem salienta o parecer da Procuradoria-Geral de República, citando Eduardo Corrêa, a pena agravada em função da reincidência não representa *bis in idem*, mas deve-se ao mais elevado grau de censura de que o delinqüente se tornou passível”. Desde então, esta foi a solução encontrada pela Corte para resolver questões semelhantes.

Visto que o Supremo Tribunal já detém posicionamento uníssono há mais de uma década é forçoso mirar essa análise em julgados mais recentes. Assim, vale direcionar atenção ao *Habeas Corpus* nº 91.688, DJ de 26/10/2007, relatoria do Ministro Eros Roberto Grau, em que o paciente pleiteava que fosse cassado o acórdão do Superior Tribunal de Justiça, que restabeleceu a aplicação da agravante da reincidência, em face do acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Em seu voto o relator evidenciou que: “não há de se cogitar da desconsidera-

12. E, conforme entendimento do Pleno; “[o] *amicus curiae* somente pode demandar a sua intervenção até a data em que o Relator liberar o processo para pauta” (ADI-Agr n.o 4.071, Rel. Min. MENEZES DIREITO, DJe-195, divulgação 15-10-2009).

ção da reincidência, sendo certo que o recrudescimento da reprimenda imposta ao paciente decorre de sua opção por continuar a delinquir [...] o acórdão do STJ está em perfeita sintonia com o entendimento pacificado nesta Corte”. Nos termos do consignado pelo relator é a lição de Júlio Fabbrini Mirabete:

Havendo maior índice de censurabilidade na conduta do agente que reitera na prática do crime, prevê a lei a reincidência como circunstância agravante do delito. Por ser circunstância pessoal referente ao delito praticado, não incide na categoria do *bis in idem*, como por vezes se tem afirmado.¹³

Outrossim, no *Habeas Corpus* nº 92.626, DJ de 30/04/2008, relator ministro Ricardo Lewandowski, o mesmo explica que: “o aumento da pena em função da reincidência encontra-se expressamente prevista no art. 61, I, do CP, não constituindo *bis in idem* [...] O mesmo, aliás, diga-se a respeito de outro argumento agitado no presente *writ*, qual seja, a impossibilidade de ser a pena majorada em virtude da reincidência, por tratar-se de verdadeiro *bis in idem*. Tal alegação igualmente não procede. Isto porque é de presumir-se que o reincidente, ao voltar a delinquir, demonstra que não foi sensível à sanção criminal anteriormente imposta. Sua conduta mostra-se, portanto, mais reprovável do que a daquele que, uma vez punido, passa a respeitar as regras de convivência social. Esta é a razão pela qual o artigo 61, I do Código Penal, arrola a reincidência dentre as circunstâncias que “sempre agravam a pena”. Não há, destarte, no aumento de pena em razão da recidiva, a punição do reincidente por fato pretérito, mas apenas a valoração de elementos subjetivos da personalidade do agente revelados pela reincidência”.

Neste passo, é cabível também analisar o *Habeas Corpus* nº 93.969, DJ de 26/6/2008, relatora Ministra Cármen Lúcia, no qual em face da pretensão resistida oriunda dos fatos narrados no recurso afirma que: “este Supremo Tribunal Federal sempre reputou válida a fixação da circunstância agravante da reincidência, não entendendo haver ilegalidade ou inconstitucionalidade a ser reconhecida”.¹⁴

No *Habeas Corpus* nº 94.846, DJ de 07/10/2008, relator ministro Lewandowski, fundamenta no seguinte sentido: “Sustenta o paciente, em suma, que a atual Constituição Federal não recepcionou o instituto da reincidência [...] Assim, o instituto da reincidência violaria o princípio do *non bis in idem* e o princípio constitucional do estado democrático de direito [...] Outra questão é saber se a alegação de que o agravamento da pena pela reincidência poderia ser considerado, de *per si*, um *bis in idem*. Tenho decidido, reiteradamente, que é legítimo levar-se em conta a circunstância agravante prevista no art. 61, I, do Código Penal, porque a exacerbação da pena ali estabelecida extrai a sua razão de ser da maior culpabilidade do agente, não se verificando a hipótese de fazer-se incidir, no cálculo da pena, a prática de um crime anterior sobre outro posterior”.¹⁵ Em consonância com o sustentado pelo eminente relator está o ensinamento de Mirabete:

13. MIRABETE, Julio Fabbrini. *Código penal interpretado: texto atualizado*. 5. ed., atual. São Paulo: Atlas, 2005, p. 499.

14. No mesmo sentido: HC 95.389.

15. No mesmo sentido: HC 94.665.

A agravante da reincidência, prevista no art. 61, inciso I, é contestada por alguns doutrinadores que veem na hipótese um *bis in idem*, ou seja, um agravamento na pena de um crime pela ocorrência de um crime anterior já reprimido por uma sanção penal. Entretanto, a exacerbação da pena justifica-se plenamente para aquele que, punido, anteriormente, voltou a delinquir, demonstrando com sua conduta criminoso que a sanção normalmente aplicada se mostrou insuficiente para intimidá-lo ou recuperá-lo. Há, inclusive, um índice maior de censurabilidade na conduta do agente re reincide.¹⁶

Também corrobora tal entendimento o *Habeas Corpus* nº 94.449, DJ de 01/12/2009, relator Ministro Joaquim Barbosa, o mesmo observa que: “quanto à tese de que o reconhecimento da agravante da reincidência configuraria *bis in idem*, observo que esta corte, por diversas vezes, já se manifestou no sentido da possibilidade do agravamento da pena em razão da reincidência, o que, aliás, está expressamente previsto em dispositivo legal não declarado inconstitucional (art. 61, I, do Código Penal)”.

Ademais, o relator ministro Joaquim Barbosa faz menção em seu voto a outros de mesmo teor: “Neste sentido, cito, apenas para ilustrar, os seguintes precedentes: ‘I - As circunstâncias judiciais são colhidas dos elementos fáticos trazidos pelo processo para fixação da pena-base, sobre a qual são aplicadas as agravantes e atenuantes e, após as causas de aumento e diminuição. II - O aumento da pena, em função da reincidência, expressamente prevista no art. 61, I, do Código Penal, não constitui *bis in idem* quando não utilizada como circunstância judicial para a fixação da pena-base. III - Ordem denegada.’ (HC 94.020, rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJe-202 de 24.10.2008.) Ainda: ‘3. O reconhecimento de reincidência não configura *bis in idem*. O recrudescimento da pena imposta resulta da opção do paciente em continuar delinquindo. Precedentes.’ (HC 92.203, rel. min. Eros Grau, DJe-172 de 12.09.2008)”.

No *Habeas Corpus* nº 101.918, DJ de 11/05/10, relator ministro Ricardo Lewandowski aduziu que: “a reincidência específica é agravante que sempre determina a exacerbação da pena, inclusive em maior grau do que a recidiva genérica, por evidenciar que o réu persiste na senda do crime. Individualização da pena que, no caso, não desbordou dos lindes da razoabilidade e proporcionalidade. Cumpre sublinhar, ademais, que, no caso, a reincidência é, inclusive, específica, a qual, ao contrário da genérica, já demonstra certa profissionalização ou especialização da conduta criminoso”. Desse entendimento parece não discordar Delmanto, quando afirma que:

O fato do reincidente ser punido mais gravemente do que o primário é, a nosso ver, justificável, não havendo violação à Constituição da República e à garantia do “ne bis in idem”, isto é, de que ninguém pode ser punido duas vezes pelo mesmo fato. [...] a valoração da reincidência para fins de aumento de pena em relação a um novo crime cometido pelo sujeito, em prazo inferior a cinco anos (CP, art. 64) e não tendo sido ele reabilitado (CP, arts. 93 e 94),

16. MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato Nascimento. *Manual de direito penal: v. 1: parte geral*: arts. 1º a 120 do CP. 27. ed., rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2011, p. 291.

diz, em nosso entendimento, com a maior reprovabilidade de sua conduta em relação ao novo crime, já que, reiteradamente, vem desprezando os valores essenciais da sociedade em que vive (a vida, a liberdade etc.). O agravamento da pena em razão da reincidência, portanto, não se confunde com dupla punição em relação ao crime anterior e, tampouco com “maior juízo de periculosidade” do sujeito. Há, sim, uma maior reprovabilidade de sua conduta ao violar a lei penal de forma reiterada. Pelo contrário, até por uma questão de justiça, não seria proporcional que o criminoso primário receba, pelo mesmo fato, idêntica pena que aquele que é contumaz violador da lei penal. Não vemos, assim, a reincidência como sendo um instituto não recepcionado pela Constituição da República de 1988.¹⁷

Por fim, no *Habeas Corpus* nº 96.871, DJ de 24/08/2010, relator ministro Carlos Ayres Britto, enfatizou em seu voto que: “a valoração da reincidência, na segunda fase do processo judicial de dosimetria da pena, por si só, não configura *bis in idem*. De parilha com o mandamento constitucional de individualização da reprimenda penal (inciso XLVI do art. 5º da CF), tal agravante genérica repreende por modo mais gravoso aquele que optou por continuar delinquindo”.

CONCLUSÃO

O presente estudo pretendeu investigar brevemente os elementos relativos à constitucionalidade do instituto da reincidência, previsto no artigo 61, I, do Código Penal. Concluiu-se que muito embora existam entendimentos doutrinários pontuais, pela inconstitucionalidade da matéria aqui versada, o Supremo Tribunal Federal sempre reputou válida a fixação da agravante da reincidência, pois o dispositivo nunca fora declarado inconstitucional e abundantes são os precedentes que autorizam a aplicação da mesma.

Quanto à validade e importância dos precedentes, vale citar trecho do voto do ministro Celso de Mello, no Mandado de Segurança nº 26.603: “Os precedentes firmados pelo Supremo Tribunal Federal desempenham múltiplas e relevantes funções no sistema jurídico, pois lhes cabe conferir previsibilidade às futuras decisões judiciais nas matérias por eles abrangidas, atribuir estabilidade às relações jurídicas constituídas sob a sua égide e em decorrência deles, gerar certeza quanto à validade dos efeitos decorrentes de atos praticados de acordo com esses mesmos precedentes e preservar, assim, em respeito à ética do Direito, a confiança dos cidadãos nas ações do estado”.

No mais, verificou-se a existência de forte inclinação de grande parte da doutrina que reconhece a constitucionalidade da agravante, pois sustenta, em síntese, que a reincidência do agente é causa suficiente a ensejar uma maior rigidez na penalização da conduta, posto que evidencia sua tendência à criminalidade. Tanto é assim,

17. DELMANTO, Roberto; DELMANTO JUNIOR, Roberto; DELMANTO, Fabio Machado De Almeida; DELMANTO, Celso. *Código penal comentado: acompanhado de comentários, jurisprudência, súmulas em matéria penal e legislação complementar*. 8. ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 295-296.

que está incluída no rol de causas agravantes da pena, denotando a preocupação do legislador em despender tratamento mais rigoroso aos chamados criminosos usuais.

Por esta razão, se finda o presente artigo consolidando o posicionamento de que aparentemente não subsistem fatores ou elementos que possam alterar de forma radical a posição do Supremo Tribunal Federal sobre a questão. Em análise última, levando em consideração todos os fatores elencados neste breve estudo, pode-se afirmar com alguma segurança que quando do julgamento da repercussão geral, poderá o Egrégio Tribunal pacificar o entendimento sobre a questão e uniformizar a jurisprudência no sentido da constitucionalidade do instituto da reincidência.

REFERÊNCIAS

- DELMANTO, Roberto; DELMANTO JUNIOR, Roberto; DELMANTO, Fabio Machado De Almeida; DELMANTO, Celso. *Código penal comentado: acompanhado de comentários, jurisprudência, súmulas em matéria penal e legislação complementar*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- JESUS, Damásio E. de. *Direito penal: v. 1: parte geral*. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.
- MIRABETE, Julio Fabbrini. *Código penal interpretado: texto atualizado*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005.
- MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato Nascimento. *Manual de direito penal: v. 1 parte geral: arts. 1º a 120 do CP*. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2011.
- NORONHA, E. Magalhães; ARANHA, Adalberto José Q. T. de Camargo. *Direito penal: introdução e parte geral*. 36. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.
- NUCCI, Guilherme de Souza. *Código penal comentado - 7*. Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

Submetido: 8/11/2012.

Aceite: 29/1/2013.