



A questão da agravante da reincidência e a vedação de *bis in idem*:

Subsídios do IBCCRIM para o debate constitucional no âmbito do RE 591.563/STF

Apresentação

O Instituto Brasileiro de Ciências Criminais instituiu, em julho de 2010, Comissão *Amicus Curiae* encarregada de analisar as questões constitucionais postas ao Supremo Tribunal Federal no controle abstrato de constitucionalidade à luz de seu Estatuto a fim de postular, em sendo o caso, sua admissão como *amicus curiae*.

O instituto do *amicus curiae*, ou, "amigo da corte", tem origem no direito norte-americano e é um instrumento de participação democrática nas decisões da cúpula do Poder Judiciário, que envolvam controle abstrato de constitucionalidade. Originariamente admitido para as ações direta de inconstitucionalidade (ADI) e declaratória de constitucionalidade (ADC), pela Lei n. 9.868/99 (art. 7º), foi logo adotado também no âmbito da ação de descumprimento de preceito fundamental (ADPF) pela Lei n. 9.882/99 (art. 6º).

Com a instituição do mecanismo da repercussão geral, o controle abstrato passou a também ser realizado em sede de recurso extraordinário com admissão da intervenção dos "amigos da corte" (art. 543-A, CPC), o que levou a uma ampliação das questões constitucionais colocadas ao Plenário de nossa Corte Constitucional e que hoje podem ser facilmente identificadas no sítio eletrônico daquela casa, que tem seção especialmente a isso dedicada.

Sendo o Instituto um centro de produção de conhecimento e pesquisa na área do direito penal e processual penal e na área de criminologia, que tem por finalidade "*defender o respeito incondicional aos princípios, direitos e garantias fundamentais que estruturam a Constituição Federal*" (art. 4º, I, Estatuto) a partir do viés do Estado de Direito (II), da contenção do sistema punitivo dentro de seus limites constitucionais (III), da defesa dos direitos das vítimas (IV) e da produção e debate científicos interdisciplinares (V a VIII), entendeu-se que a intervenção do Instituto como "amigo da corte" em casos selecionados a partir da afinidade da questão constitucional com suas finalidades institucionais não só é congruente com sua missão, como pode oferecer contribuição relevante ao Supremo Tribunal Federal em tema de controle de constitucionalidade.



E assim é que, em 12 de agosto de 2010, foi protocolado o primeiro pedido de admissão do Instituto como “amigo da corte” nos autos do **RE 591.563**, com repercussão geral reconhecida. Muito embora tenham sido reconhecidas pelo eminente Relator, Ministro Cezar Peluso, sua “capacidade de contribuir para o debate da matéria e a adequação de sua representação”, a admissão não foi deferida uma vez que “a intervenção de *amici curiae* já não é permitida, uma vez incluído o processo em pauta para julgamento em 22.04.2010”¹.

Dada a importância da discussão constitucional do tema e diante do alerta feito pelo eminente Relator no sentido de que os memoriais “sejam considerados pela Corte por ocasião do julgamento” do Recurso Extraordinário, deliberou-se pela conveniência de publicar o trabalho tal qual apresentado originalmente à Corte, com o que espera o Instituto oferecer subsídios à relevante decisão que incumbe ao Supremo Tribunal Federal.

Comissão de *Amicus Curiae*

¹ Decisão publicada no DJE, 07/12/2010.



SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL
RECURSO EXTRAORDINÁRIO 591.563-8
RELATOR: MINISTRO CEZAR PELUSO

MEMORIAL DO INSTITUTO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS

I. DA QUESTÃO CONSTITUCIONAL POSTA NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO

O Ministério Público do Rio Grande do Sul ingressou com Recurso Extraordinário contra decisão da 5ª Câmara do Tribunal gaúcho que, entendendo não ter sido recepcionado o art. 61, inciso I, do Código Penal pela Constituição Federal, afastou a aplicação da agravante da reincidência no momento de quantificação da pena provisória.

Conforme narra o Ministro CEZAR PELUSO na decisão que reconhece a repercussão geral, o recurso foi interposto com fundamento no art. 102, inciso III, 'a', alegando ofensa ao art. 5º, inciso XLVI da Constituição, que dispõe sobre a individualização da pena: *“a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes: a) privação ou restrição da liberdade; b) perda de bens; c) multa; d) prestação social alternativa; e) suspensão ou interdição de direitos.”*

O eminente Relator entendeu ser importantíssima a matéria, acolhendo a repercussão geral questionando-se *“(…) se a norma de agravamento da pena por reincidência não significa autorização de dupla punição pelo mesmo fato (o réu seria punido duas vezes pelo fato objeto da primeira condenação, cuja pena já se exauriu), isto é, bis in idem.”*

Ao verificar que o tema gera reflexos profundos no direito de liberdade em geral, o e. Relator admitiu que a matéria transcende os limites subjetivos do processo específico.

II. DO DEBATE ACERCA DO AFASTAMENTO DA APLICAÇÃO DA REINCIDÊNCIA EM RAZÃO DE SUA NÃO RECEPÇÃO PELA CONSTITUIÇÃO DE 1988

O caso que está na base do Recurso Extraordinário bem representa os argumentos contra e a favor da não recepção da agravante da reincidência pela Constituição Federal de 1988.

Na Apelação Criminal 70016965345, os integrantes da 5ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul acordaram, à unanimidade, em dar parcial provimento ao recurso de defesa para manter a condenação do réu, mas reduzir a pena aplicada e manter as demais cominações do julgador singular. Da motivação para o afastamento da agravante da reincidência colhem-se os argumentos em prol de sua não recepção:

(1º) Violação ao princípio da proibição da dupla incriminação pelo mesmo fato ou circunstâncias (*ne bis in idem*): os julgadores ponderam que a reincidência viola abertamente o princípio *ne bis in idem*, uma das bases fundamentais das legislações criminais contemporâneas, ao estabelecer aumento de pena por fato anterior processado, julgado e punido.

Outrossim, os julgadores apresentam uma série de vedações de direitos outros decorrentes da aplicação da reincidência como, p. ex., a suspensão condicional da pena, o aumento do prazo para deferimento de livramento condicional entre outros. No entanto, *limitam a não-aplicação do instituto à quantidade de pena, visto definirem regime de sanção mais grave em razão da mesma circunstância.*

(2º) Violação ao princípio da igualdade: a decisão traz o argumento de que punir com maior rigor aquela pessoa que foi punida anteriormente pela prática de delito coloca o reincidente em posição de inferioridade em relação aos demais cidadãos, ademais de gerar estigmatização que prejudica sua incorporação à vida em liberdade – uma das finalidades contemporâneas da pena.



(3º) **Violação ao princípio da proporcionalidade ou da razoabilidade:** os Magistrados consideram que a incidência da circunstância reincidência (meio) provoca resultado (fim) com consequências demasiado gravosas ao réu (aumento de pena e demais efeitos da agravante). Assim, haveria desproporção entre meio e fim, fato que caracterizaria ofensa à proporcionalidade das penas.

As razões recursais do Recorrente, por seu turno, apresentam os argumentos em prol da recepção da agravante: (a) ela atenderia ao postulado da isonomia; (b) atenderia o postulado da proporcionalidade das penas; e, sobretudo, (d) atenderia ao princípio da individualização da pena, pois inadmissível que se iguale “*réus com situações pessoais diferentes, privilegiando o delinqüente contumaz.*”

III. DA DISCIPLINA E DOS FUNDAMENTOS DA REINCIDÊNCIA NO CÓDIGO PENAL BRASILEIRO

A reincidência está prevista como agravante genérica obrigatória no artigo 61, inciso I, do Código Penal. Seu primeiro e mais relevante efeito, portanto, é o de aumentar a quantidade da pena na segunda etapa do processo de dosimetria/individualização estabelecido pelo artigo 68 do Código Penal.

Ademais, a reincidência produz efeitos legais subsidiários ao acréscimo de pena, todos previstos no Código Penal, dentre eles:

(a) definição de regime de cumprimento de pena mais severo (artigo 33);

(b) vedação da substituição de pena privativa de liberdade por restritiva de direitos (artigo 44, inciso II);

(c) vedação da substituição da pena privativa de liberdade pela multa (artigo 60, § 2º);



(d) obstrução do *sursis*, quando da prática de crime doloso (artigo 77, inciso I);

(e) aumento do lapso de cumprimento da pena para obtenção do livramento condicional (artigo 83, inciso II);

(f) aumento e interrupção do prazo prescricional (artigos 110 e 117, inciso VI);

(g) revogação do *sursis* (artigo 81), do livramento condicional (artigo 87) e da reabilitação (artigo 95); e,

(h) obstrução de diminuição da pena em delitos específicos (artigos 155, § 2º; 170 e 171, § 1º).

Em termos processuais (i) impede a prestação de fiança (artigo 323, III); (j) não permite apelação em liberdade (artigo 594) – ambos dispositivos do Código de Processo Penal; e (k) impossibilita a suspensão condicional do processo (artigo 89 da Lei 9.099/95).²

Conforme observa ZAFFARONI, é muito difícil fornecer um conceito satisfatório de reincidência, pois toda e qualquer construção dogmática sobre o instituto tende a se centralizar nas definições tradicionais de reincidência genérica ou específica, ficta ou real, ou nas diferenciações como institutos análogos como multirreincidência, habitualidade ou continuidade delitiva.

Segundo o art. 63 do Código Penal brasileiro, “*verifica-se a reincidência quando o agente comete novo crime, depois de transitar em julgado a sentença que, no País ou no estrangeiro, o tenha condenado por crime anterior*”. O Código Penal não define, portanto, o que é reincidência, apenas indica as condições de sua verificabilidade. A regra do artigo 64 do Código Penal estabelece que o efeito da reincidência opera quando existe, entre a data do cumprimento ou extinção da pena e a infração posterior, lapso temporal inferior a 05

² Sobre os efeitos jurídicos e sociais da reincidência, conferir a análise político-criminal do instituto realizada por Cezar Bitencourt (BITENCOURT, *Tratado de Direito Penal*, pp. 106-109).

(cinco) anos. Assim, a reincidência, como nota ZAFFARONI, “*não é uma relação entre o primeiro e o segundo delito, mas sim entre o segundo delito e a condenação anterior.*”³

MARIA LÚCIA KARAM entende que “*nenhum dos argumentos que procuram fundamentar o instituto da reincidência consegue esconder sua irracionalidade.*”⁴

A assertiva da estudiosa decorre da constatação de que a justificativa da agravante da reincidência em nossa estrutura legal decorre, direta ou indiretamente, de concepções jurídico-penais e criminológicas que acabam por realizar a vinculação entre dois sistemas absolutamente distintos, a dizer, entre o sistema de penas baseado na reprovabilidade pela *culpabilidade* e o sistema de medidas de segurança estruturado na valoração da *periculosidade*.

A conclusão é possível em razão de a Reforma de 1984 atribuir relevância à reincidência “*tendo em vista a supressão do duplo binário, que conduzia a se descuidar da majoração na aplicação da pena, dada a obrigatória imposição da medida de segurança.*”⁵

O item 59 da Exposição de Motivos da Lei 7.209/84, que veiculou a nova Parte Geral do Código Penal, revela que “*com a extinção, no Projeto, da medida de segurança para o imputável, urge reforçar o sistema destinando penas mais longas aos que estariam sujeitos à imposição de medida de segurança detentiva e que serão beneficiados pela abolição da medida. A Política Criminal atua, neste passo, em sentido inverso, a fim de evitar a liberação prematura de determinadas categorias de agentes, dotados de acentuada periculosidade*”.

No sistema da Parte Geral do Código Penal de 1940, um dos fatores de presunção da *periculosidade* era, justamente, a reincidência em crime doloso (antigo artigo 78). Seriam presumidamente perigosos: (a) os inimputáveis, (b) os semi-imputáveis, (c) os condenados por crimes cometidos em estado de embriaguez pelo álcool ou substâncias de efeitos análogos, se habitual, (d) *os reincidentes em crimes dolosos*, e (e) os condenados por crime que hajam cometido como filiados a associação, bando ou quadrilha.

³ ZAFFARONI, *Tratado de Derecho Penal*, v. V, p. 360.

⁴ KARAM, *Aplicação da Pena*, p.125.

⁵ REALE Jr. (*et alli.*), *Penas e Medidas de Segurança no Novo Código Penal*, p. 178.

Presumida a periculosidade, sobreviria o *estado perigoso*.
“A reincidência – dizia Hungria – é sinal de periculosidade, como a febre é sinal de infecção, como a putrefação é sinal de morte.”⁶

Em 1984, com a vedação da possibilidade de imposição da medida de segurança (sistema do duplo binário) ao reincidente, a agravante permanece como forma de prolongar sua pena. Nota-se, pois, que apesar da orientação da Reforma em direção à implementação da responsabilidade penal baseada na culpabilidade, o fundamento periculosista, típico do sistema de *direito penal de autor*, é mantido.

A constatação do caso brasileiro encontra eco na leitura do instituto realizada por ZAFFARONI, para quem a reincidência só se explica “na medida em que se abandona o direito penal do ato, embora, às vezes, nem mesmo nestas posições a explicação se mostre coerente. Ao contrário, as tentativas de explicá-la dentro dos limites de um direito penal do ato são todas insatisfatórias.”⁷

IV. A CRÍTICA JURISPRUDENCIAL E DOUTRINÁRIA À NÃO RECEPÇÃO DA REINCIDÊNCIA COMO AGRAVANTE NO DIREITO PENAL BRASILEIRO

A posição jurisprudencial discutida no presente Recurso Extraordinário foi fixada, em 1999, pela 5ª Câmara Criminal do TJRS, no julgamento de recurso de apelação proposto pelo Ministério Público em razão de o Magistrado de primeiro grau ter afastado a aplicação da agravante da reincidência em caso de condenação do réu por furto.

“*FURTO. CIRCUNSTÂNCIA AGRAVANTE. REINCIDÊNCIA – INCONSTITUCIONALIDADE POR REPRESENTAR ‘BIS IN IDEM’. VOTO VENCIDO. NEGARAM PROVIMENTO AO APELO DA ACUSAÇÃO POR MAIORIA*” (TJRS, Apelação Crime 699291050, 5ª Câmara Criminal, Rel. Amilton Bueno de Carvalho, j. 11.09.99).

Após a inédita decisão, o entendimento foi compartilhado pela 6ª Câmara Criminal da Corte gaúcha em dois julgados de referência:

⁶ Apud MARQUES, *Tratado de Direito Penal*, v. III, p. 121.

⁷ ZAFFARONI, *Reincidência: um conceito do direito penal autoritário*, p. 53.

“PENA. PORTE ILEGAL DE ARMA. DOSIMETRIA. As penas para as hipóteses de porte ilegal de arma são graves. Deste modo, o apenamento só deve sair do patamar mínimo, quando houver circunstância demonstrando a gravidade no caso concreto. Se a infração penal se traduz no simples portar, situação que não reflete nenhuma outra periculosidade, a pena justa é a mínima cominada. Diferente seria, e aí se justificaria uma punição maior, se o agente estivesse usando a arma com a intenção declarada de cometer outro crime. Abortada sua ação ainda nos atos preparatórios e, portanto, impunível, o porte ilegal de arma se apresenta com circunstâncias graves, recomendado um apenamento adequado, ou seja, acima do mínimo. PENA. DOSIMETRIA. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DA PERSONALIDADE E CONDUTA SOCIAL. IMPOSSIBILIDADE DE AGRAVAR A PUNIÇÃO. As circunstâncias judiciais da conduta social e personalidade, previstas no art. 59 do CP, só devem ser consideradas para beneficiar o acusado e não para lhe agravar mais a pena. A punição deve levar em conta somente as circunstâncias e conseqüências do crime. E excepcionalmente minorando-a face a boa conduta e/ou a boa personalidade do agente. Tal posição decorre da garantia constitucional da liberdade, prevista no artigo 5º da Constituição Federal. Se é assegurado ao cidadão apresentar qualquer comportamento (liberdade individual), só responderá por ele, se sua conduta ('lato sensu') for ilícita. Ou seja, ainda que sua personalidade ou conduta social não se enquadre no pensamento médio da sociedade em que vive (mas os atos são legais) elas não podem ser utilizadas para o efeito de aumentar sua pena, prejudicando-o. PENA. DOSIMETRIA. REINCIDÊNCIA E CONFISSÃO ESPONTÂNEA. PREPONDERÂNCIA DA ÚLTIMA. Tendo em vista o moderno entendimento a respeito da reincidência - o 'bis in idem' e que nem sempre o reincidente tem mais culpabilidade que o primário - e a obrigatoriedade da atenuação pela confissão espontânea em razão de seu valor - ela gera uma decisão judicial mais rápida para o caso concreto e complexo e afasta a incerteza da decisão - é de se afirmar que a atenuante citada prepondera sobre a agravante mencionada e (se for aplicada) deverá, sempre, ter um peso maior na fixação da pena.” (TJRS, Apelação Crime nº 70001004530, 6ª Câmara Criminal, Relator Des. SYLVIO BAPTISTA NETO, j. 25.05.00).

“PENA. FURTO QUALIFICADO. DOSIMETRIA. ISONOMIA AO ROUBO DE IGUAL QUALIDADE. Tendo em vista os princípios da proporcionalidade e isonomia previstos de forma imanente na Constituição Federal, e diante da necessária releitura do Código Penal face aos novos mandamentos constitucionais, a punição pela prática de furto qualificado deve ser idêntica ao do roubo com a mesma qualidade. Ao invés de um apenamento fixo como estabelece o § 4º, tem-se que aplicar a pena da modalidade simples e aumentá-la de um terço à metade. PENA. DOSIMETRIA. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DA PERSONALIDADE E CONDUTA SOCIAL. IMPOSSIBILIDADE DE AGRAVAR A PUNIÇÃO. As circunstâncias judiciais da conduta social e personalidade, previstas no art. 59 do CP, só devem ser consideradas para beneficiar o acusado e não para lhe agravar mais a pena. A punição deve levar em conta somente as circunstâncias e conseqüências do crime. E excepcionalmente minorando-a face a boa conduta e/ou a boa personalidade do agente. Tal posição decorre da garantia constitucional da liberdade, prevista no art. 5º da Constituição Federal. Se é assegurado ao cidadão apresentar qualquer comportamento (liberdade individual), só responderá por ele, se a sua conduta ('lato sensu') for ilícita. Ou seja, ainda que sua personalidade ou conduta social não se enquadre no pensamento médio da sociedade em que vive (mas os atos são legais), elas não podem ser utilizadas para o efeito de aumentar sua pena, prejudicando-o. PENA. DOSIMETRIA. REINCIDÊNCIA. DESVALOR DE AGRAVAMENTO. Afasta-se o agravamento da punição pela reincidência, pois, além do 'bis in idem', inclui-la como causa de agravamento da pena, não leva em conta que o delinqüente reincidente nem sempre é mais perverso, mais culpável, mais perigoso, em confronto com o acusado primário. Depois, não pode o próprio Estado, um dos estimuladores da

reincidência, na medida em que submete o condenado a um processo dessocializador, exigir que se exacerbe a punição a pretexto de que o agente desrespeitou a sentença anterior, desprezou a formal advertência expressa nessa condenação e, assim, revelou uma culpabilidade mais intensa.” (TJRS, Apelação Crime nº 70001014810, Sexta Câmara Criminal, Relator Des. SYLVIO BAPTISTA NETO, j. 08.06.00)

O posicionamento das Câmaras levou o debate ao 3º Grupo Criminal do TJRS, sendo a tese acolhida por maioria:

“1. Roubo majorado. Caracterização. Emprego de arma. 2. Roubo. Emprego de arma. Arma desmuniada. Disposições jurisprudenciais. 3. Roubo. Emprego de arma desmuniada. Majorante. Reconhecimento. Impossibilidade. 4. Roubo. Emprego de arma desmuniada. Majorante. Reconhecimento. Possibilidade. 5. Celso Delmanto. Código Penal Comentado, 1986, p. 275. 6. Pena. Fixação. Agravante. Reincidência. Constitucionalidade. 7. Pena. Fixação. Agravante. Reincidência. Princípio do non bis idem. 8. Princípio do non bis idem. Aplicação. Proibição da dupla valorização fática” (TJRS, Embargos Infringentes nº 70000916197, 3º Grupo Criminal, Rel. Des. PAULO MOACIR AGUIAR VIEIRA, j. 19.05.00).

Dentre os argumentos que ampararam a tese, para além do reconhecimento de que a reincidência ofende o princípio da proibição da dupla valoração, está a constatação de que a reprovabilidade (culpabilidade) da conduta daquele que comete novamente delito não necessariamente é mais grave que a do réu primário. Apenas o procedimento judicial de individualização permitiria esta conclusão, sendo, portanto, generalizadora a agravante que, além de impor dupla punição, inviabiliza análise do caso concreto, ou seja, a efetiva individualização da pena.

Nos termos analisados pelos julgadores *“o delinqüente reincidente nem sempre é mais perverso, mais culpável, mais perigoso, em confronto com o acusado primário”* (TJRS, Apelação Crime nº 70001014810, Sexta Câmara Criminal, Relator Des. SYLVIO BAPTISTA NETO, j. 08.06.00).

A análise do caso de referência, que gerou o reconhecimento da repercussão geral no presente Recurso Extraordinário, em conjunto com a série de decisões da Corte gaúcha acima referidas, permite que sejam especificados os argumentos que depõem contra a recepção do instituto pela Constituição Federal de 1988.

V. O INSTITUTO DA REINCIDÊNCIA EM CONFRONTO COM AS REGRAS DA COISA JULGADA E DO NE BIS IN IDEM

É matéria incontroversa na doutrina e na jurisprudência que o *princípio constitucional da coisa julgada* (art. 5º, inciso XXXVI, da Constituição Federal), garante que ninguém pode ser processado e julgado, em mais de uma ocasião, pelo mesmo fato. Trata-se de postulado universal de justiça consolidado nos distintos sistemas do direito ocidental: na tradição anglo-saxônica por meio da fórmula do *double jeopardy*⁸ e na cultura romano-germânica instrumentalizado no princípio *ne bis in idem*.

O princípio constitucional é reforçado, em nosso sistema legal, pelo Decreto 678/92, o qual, em razão da Emenda Constitucional 45/04, tem *status* constitucional, ou, no mínimo, supralegal⁹. Segundo o artigo 8, n. 3, do Decreto 678/92, Convenção Interamericana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica): “o acusado absolvido por sentença passada em julgado não poderá ser submetido a novo processo pelos mesmos fatos.”

A proibição do duplo julgamento é especificada na ordem jurídico-penal, sobretudo na sentença penal condenatória, na fase de aplicação da pena, através da proibição de dupla valoração de idêntica circunstância, objetiva ou subjetiva. Efeitos que também podem ser percebidos nos sistemas penais alienígenas¹⁰.

Assim, assevera ALBERTO SILVA FRANCO que “o significado fulcral do princípio constitucional *ne bis in idem* reside no seu caráter bifronte: uma face processual e outra material. Sob a primeira perspectiva, o princípio inadmite uma persecução penal múltipla, isto é, que uma mesma pessoa e um mesmo fato sejam, de novo, aferidos judicialmente. Com razão, assevera-se que tal princípio ‘representa fechar definitivamente as portas de um episódio que já foi objeto de um processo penal’. Sob a

⁸ A cláusula do *double jeopardy* está prevista na 5ª Emenda à Constituição Norte-Americana: “Nor shall any person be subject for the same offence to be twice put in jeopardy of life or limb.” Seu sentido tradicional é expresso por LaFave, Israel e King: “(...) here is concerned less with avoiding the costs of redundant litigation and relieving crowded dockets and more with protecting the defendant against the oppression of prosecution.” (LAFAVE, ISRAEL & KING, *Criminal Procedure*, p. 1.162). Explica ADAUTO SUANNES: “o sistema anglo-saxão alude à impossibilidade do *double jeopardy*, isto é, um mesmo fato típico somente pode dar origem a um único processo criminal contra o mesmo réu, garantia que provém das primeiras contemplações da *due process clause* [5ª Emenda à Constituição Norte-Americana]” (SUANNES, *Os Fundamentos Éticos do Devido Processo Penal*, p. 245).

⁹ Cf. STF, **RE 349.703**, relator originário Min. CARLOS BRITTO, relator para o acórdão Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, DJe 05/06/2009, e **RE 466.343**, Min. CEZAR PELUSO, Tribunal Pleno, DJe 05/06/2009.

¹⁰ “Although this language might seem to limit only the retrial of a person for the same crime, its influence extends far beyond that setting. As a result, discussions of the Double Jeopardy limitation occur throughout this treatise. The most important and direct impact of the Double Cause Jeopardy Clause is in the area of retrials (...)” (LAFAVE, ISRAEL & KING, *Criminal Procedure*, p. 1.161-1.162)

angulação material, proíbe a dupla valoração penal na medida em que obsta que o delito anterior produza, de novo, conseqüências penais.”¹¹

O comando de *ne bis in idem* é evidenciado na previsão das agravantes, quando se determina que as circunstâncias previstas no artigo 61 e 62 do Código Penal “*sempre agravam a pena, quando não constituem ou qualificam o delito*” (grifamos). Assim, se determinada circunstância *constitui* (elementar do tipo) ou *qualifica* (qualificadora) o crime, deve ser excluída como causa de agravamento na valoração da pena. Ao contrário, se a circunstância *constitui* ou *qualifica* e, ao mesmo tempo, *agrava* a pena, gera dupla valoração, ofendendo o princípio *ne bis in idem* decorrência, na especificidade da aplicação da pena, da *coisa julgada*.

Note-se que esta lógica de não-proliferação de valoração de circunstâncias não é residual ou se encontra isolada na arquitetura da aplicação da sanção no Código Penal brasileiro. O artigo 68, que determina o método trifásico que quantificação da pena – superando o clássico debate entre Nelson Hungria e Roberto Lyra –, em seu parágrafo único prevê que “*no concurso de causas de aumento ou de diminuição previstas na parte geral, pode o juiz limitar-se a um só aumento ou a uma só diminuição, prevalecendo, todavia, a causa que mais aumento ou diminua*” (grifamos). Ou seja, mesmo em caso de circunstâncias distintas, o Código faculta ao juiz a aplicação de apenas uma causa, reforçando o entendimento da proibição da dupla valoração.

Neste quadro em que os ordenamentos constitucional e legal brasileiro vedam a dupla incriminação e a dupla valoração das mesmas circunstâncias objetivas e subjetivas, indaga-se acerca da constitucionalidade do agravamento da pena pela reincidência. Eis a indagação posta ao Plenário desta egrégia Corte Constitucional: *seria admissível o aumento da pena de um crime em razão de o mesmo autor ter sido processado, julgado e condenado por outro delito no qual houve execução e extinção de pena criminal?*

Desde o ponto de vista do princípio constitucional da *coisa julgada* e de suas decorrências penal e processual penal de *vedação da dupla incriminação* e de *proibição da dupla valoração de circunstâncias negativas*, a possibilidade do acréscimo

¹¹ FRANCO, Alberto Silva. Sobre a Não Recepção da Reincidência pela Constituição Federal de 1988: Breves Anotações. In *Direito Penal na Atualidade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 08.

sancionatório decorrente da reincidência inegavelmente constitui *bis in idem*. Não por outra razão constata-se a não recepção do artigo 61, inciso I, do Código Penal pela Constituição Federal de 1988.

A sentença penal condenatória é o mecanismo processual penal de exposição do juízo de reprovabilidade ao autor do injusto. Nela estão contidos todos os elementos de valoração do ilícito praticado pelo autor. Com o trânsito em julgado da decisão – e o posterior cumprimento da pena no devido processo de execução penal – o juízo de censura ganha fixidez, impedindo que nova apreciação sobre o mesmo fato seja realizada. Desta forma, em um sistema constitucional penal que é regulado pelo princípio da coisa julgada, está vedada reavaliação jurídica de fato anteriormente apreciado e, após o trâmite processual, estabilizado com o trânsito em julgado da decisão.

A conclusão, portanto, é de que a agravação da pena em decorrência de condenação por fato diverso do analisado produz *bis in idem* que se reflete na violação da coisa julgada constitucional.

Questão análoga, mas que remete ao mesmo raciocínio é a vedação da *reformatio in pejus* no processo penal ou a proibição de revisão criminal em desfavor do réu.

O entendimento é partilhado por parcela substancial e relevante da doutrina penal.

ZAFFARONI constata que “a agravação da pena do segundo delito é dificilmente explicável em termos racionais, e a estigmatização que sofre a pessoa prejudica sua incorporação à vida livre”¹². PIERANGELLI, ao rejeitar as tentativas teóricas de justificar a agravação da penal pela reincidência, sem violar o *ne bis in idem* e a intangibilidade da coisa julgada, conclui que “(...) a agravação da reincidência não é compatível com os princípios de um direito penal de garantias, e a sua constitucionalidade é sumamente discutível.”¹³

¹² ZAFFARONI, *Sistemas Penales y Derechos Humanos en América Latina*, p. 89.

¹³ ZAFFARONI & PIERANGELI, *Manual de Direito Penal Brasileiro: Parte Geral*, p. 795.

JUAREZ CIRINO DOS SANTOS entende que “a reincidência (ficta ou real) significa dupla punição do crime anterior: a primeira punição é a pena aplicada ao crime anterior; a segunda punição é o quantum de acréscimo obrigatório da pena do crime posterior, por força da reincidência.”¹⁴

ALBERTO SILVA FRANCO alerta que “a reincidência, enquanto agravante, não apenas aplica oficialmente, através de manifestação judicial no segundo processo, o rótulo de reincidente ao condenado por fato criminoso anterior, como também valora penalmente o fato precedente para efeito de agregar maior gravidade à pena cominada para o segundo delito, tomando-se a sentença condenatória anterior como pressuposto do plus punitivo. É evidente que um mesmo fato não pode ser duplamente aferido, posto que ‘a maior gravidade da pena do segundo delito é um plus de gravidade por causa do primeiro’, o que faz, ‘no fundo, com que o delito anterior surta efeitos jurídicos duas vezes’ e que haja assim ‘uma inadmissível reiteração no exercício do ius puniendi do Estado.’”¹⁵

ADAUTO SUANNES, de longa data¹⁶, pondera que a reincidência é “impassível de levar ao agravamento da nova pena por força do ne bis in idem e da imutabilidade, como garantia dos réus, das decisões penais condenatórias.”¹⁷

Também PAULO QUEIROZ, ao confrontar a reincidência com o sistema constitucional, conclui que “a reincidência não passa, como assinala Muñoz Conde, de uma pena tarifada, na medida em que ela atua como causa de agravamento da pena fundada em fato diverso, gerador de culpabilidade e de responsabilidade próprias, de modo que o plus de gravidade decorrente da reincidência equivale à pena sem culpabilidade, estranho ao fato e que importa dupla valoração da mesma causa, constituindo bis in idem.”¹⁸

¹⁴ SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito Penal: Parte Geral*. Lumen Juris, p. 570.

¹⁵ FRANCO, Alberto Silva. Sobre a Não Recepção da Reincidência pela Constituição Federal de 1988: Breves Anotações. In *Direito Penal na Atualidade*, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2010, pp. 08-09.

¹⁶ SUANNES, *A Reincidência, Autêntico ‘Bis in Idem’*, p. 07.

¹⁷ SUANNES, *Os Fundamentos Éticos do Devido Processo Penal*, p. 240.

¹⁸ QUEIROZ, Paulo. *Direito Penal: Parte Geral*, p. 343.

E na esteira destes importantes autores das letras jurídicas nacionais, o entendimento de inúmeros pesquisadores de relevância acadêmica e importantes operadores jurídicos brasileiros.¹⁹

A questão, portanto, sob o ponto de vista da intangibilidade da coisa julgada e da proibição do *bis in idem* parece, salvo melhor juízo, direcionada à resolução pela incompatibilidade da agravante da reincidência com a Ordem Constitucional de 1988.

Em síntese: “reconhecer a reincidência significa alargar o raio de abrangência da decisão de condenação do processo, em que foi proferida, para o efeito de atingir a pena a ser fixada em outro processo, movido em virtude de novo fato criminoso praticado pelo mesmo condenado.”²⁰

VI. OUTRAS NORMAS CONSTITUCIONAIS QUE APONTAM PARA A NÃO RECEPÇÃO DA AGRAVANTE

Não só o respeito à coisa julgada e a vedação do *bis in idem* maculam a referida agravante, também o princípio da **dignidade humana**, do qual é

¹⁹ Exemplificativamente, em ordem alfabética, é possível referir, ANDRÉ COPETTI: “sob o aspecto meramente jurídico, conduzem estas referências a situações delituosas anteriores a um plus de punição, atingindo frontalmente o princípio do *ne bis in idem*, fundamental no momento da aplicação da pena. Ao aumentar-se a pena do delito posterior pela existência da circunstância agravante da reincidência, em realidade se está punindo novamente a situação anterior já sentenciada” (COPETTI, *Direito Penal e Estado Democrático de Direito*, p. 194); CÂNDIDO FURTADO MAIA NETO: “o instituto da reincidência 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. 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” (MAIA NETO, *Direitos Humanos do Preso*, p. 147); ADAUTO SUANNES, uma vez mais: “em caso onde não havia reincidência, mas o julgador tinha levado em conta os maus antecedentes do condenado para fixar a pena acima do mínimo, levantamos em recurso, a questão da inconstitucionalidade dessa considerações, na medida em que por força do devido processo legal, a cada crime deve corresponder um processo, no sentido de que não é possível, constitucionalmente, que um mesmo fato seja levado em conta em dois ou mais processos, como se dá com a valorização dos chamados maus antecedentes. É o *ne bis in idem*.” (SUANNES, *A Reincidência, Autêntico ‘Bis in Idem’*, p. 07); LENIO STRECK: “no nosso Código Penal, a reincidência, além de agravar a pena do (novo) delito, constitui-se em fator obstaculizante de uma série de benefícios legais (...). Esse duplo gravame da reincidência é antiguarantista, sendo, à evidência, incompatível com o Estado Democrático de Direito (...)” (STRECK, *Tribunal do Júri: Símbolos e Rituais*, p. 66).

corolário o **princípio da culpabilidade pelo fato**, é ofendido quando se agrava a pena em função de condenação anterior. De um lado, porque a agravação implica em punição *pelo que se é* e não *pelo que se fez*, traduzindo-se, pois, em ingerência no foro íntimo, na intangível esfera da personalidade protegida pelo postulado da dignidade humana (art. 1º, III, Constituição Federal).

Por sua incongruência com o princípio da culpabilidade pelo fato é que, na Alemanha, o instituto foi derogado em 1986, sob a pressão da crítica ao instituto, como anota CLAUS ROXIN:

“Lo propio sucede en la agravación de la pena por reincidencia del § 48 v.a., que pese a todos los esfuerzos por darle una fundamentación distinta sólo se podía explicar partiendo de la admisión de una culpabilidad por la conducción de la vida y por tanto era inconciliable con el principio de culpabilidad por el hecho; pues bien, tal precepto fue derogado, bajo la presión de la crítica contra el mismo, por la 23ª StrÄG de 13-4-1986.”²¹

Argumenta-se, ainda, 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.

Por isso, observa MIR PUIG, *“no obsta a que pueda reputarse ‘constitucionalmente inconveniente’ la agravación de pena por reincidir. Es, em efecto, rechazable que agrave la pena, en un Derecho penal respetuoso del fuero interno y que quiera limitarse a proteger bienes jurídicos (social-externos), una mera actitud interna del sujeto que no afecta al grado ni a la forma de la lesión producida, cuando, por otra parte, tal actitud suele ir acompañada por una menor capacidad de resistencia frente al delito (menor culpabilidad) em quien ha pasado por la experiencia carcelaria.”²²*

Foram tais ordens de considerações, observam ZAFFARONI e PIERANGELI, que *“levaram o legislador colombiano, por exemplo, a eliminar a reincidência, e, muito embora no nosso país não se a tenha excluído, parece terem pesado considerações deste tipo para*

²⁰ FRANCO, Alberto Silva. Sobre a Não Recepção da Reincidência pela Constituição Federal de 1988: Breves Anotações. In *Direito Penal na Atualidade*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 03.

²¹ ROXIN, Claus. **Derecho penal**: parte general, Tomo I – Fundamentos. La estructura de la teoría del delito. Trad. Diego-Manuel Luzón Peña et al. Madrid: Civitas, 1997, p. 186.

²² MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal*: Parte Geral. Barcelona: [s.n], 1998. p. 653-4.

limitação do seu alcance, numa comparação com o Código de 1940. Algo similar passou-se na Argentina, com a reforma de 1984, que restringiu consideravelmente os seus efeitos.”²³

VII. OS FUNDAMENTOS INVOCADOS PARA SUSTENTAR A CONSTITUCIONALIDADE OU A RECEPÇÃO DO AGRAVAMENTO DA PENA PELA REINCIDÊNCIA

O principal argumento invocado para reivindicar a aplicação da agravante da reincidência é a violação ao princípio da individualização da pena.

E é o argumento invocado no caso concreto, no qual se postula que, ao não ser aplicada a agravante, não seria possível adequar a pena ao autor do caso em concreto (*negativa à individualização*) e, subsidiariamente, diferenciar a sanção entre primários e reincidentes (*ofensa à igualdade*).

No entanto, análise ponderada do sistema de aplicação de pena brasileiro permite perceber, claramente, a existência de complexo mecanismo de individualização da pena, no qual a reincidência aparece como uma das inúmeras variáveis. Ou seja, o raciocínio somente seria válido se a agravante fosse a única circunstância de incremento de pena, o que não é correto.

Conforme demonstrado, o artigo 68 do Código Penal estabelece método trifásico para quantificação da pena dividido em pena-base, pena provisória e pena definitiva. Na primeira fase (pena-base), o Magistrado, iniciando o procedimento de individualização imposto pelo artigo 5º, inciso XLVI da Constituição, e em observância ao princípio da motivação (artigo 93, inciso IX da Constituição), valora 08 (oito) circunstâncias (circunstâncias judiciais) de ordem objetiva e subjetiva previstas no *caput* do artigo 59 do Código Penal: *culpabilidade, antecedentes, personalidade, motivos, conduta social, consequências, circunstâncias e comportamento da vítima*.

²³ (ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Brasileiro: Parte Geral*. 5.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004. p. 795-6).

Definida a pena-base, o segundo momento é o de determinação da pena provisória, na qual serão valoradas as atenuantes e as agravantes. Dentre as agravantes, o Código prevê a agravante genérica e obrigatória da reincidência.

Neste aspecto, é interessante notar a importante diferenciação entre a natureza da reincidência em relação às demais agravantes. Leciona ALBERTO SILVA FRANCO que, em geral, “*as agravantes exprimem, de forma categórica (art. 61, II, do Código Penal), condutas atuais justificadoras de maior punição, ou seja, meios e modos de execução embaraçosos à defesa da vítima ou produtores de perigo comum, motivos mais reprováveis, finalidades censuráveis ou direcionamento da ação a parentes ou a pessoas fragilizadas. Já a reincidência ‘é fruto de uma conduta anterior’ ‘(...) que já foi objeto de consideração judicial e que somente depois de tal consideração se converte numa qualificação subjetiva do autor’.*”²⁴

Após ponderar atenuantes e agravantes, a legislação penal determina sejam avaliadas as causas especiais de aumento e de diminuição da pena, dispostas nas Partes Geral e Especial do Código e nas leis especiais.

Ao final, em momento posterior à quantificação da pena, ainda no procedimento de individualização, cabe ao magistrado estabelecer o regime de pena (artigo 59, inciso III, do Código Penal) e verificar a possibilidade de substituição da pena prisional por outras modalidades sancionadoras (penas restritivas de direito ou multa), nos termos do artigo 59, inciso IV do Código Penal.

Equivocado, portanto, o argumento da individualização da pena, visto ser tal procedimento altamente complexo e repleto de variáveis que permitem o ajuste da pena ao fato criminoso praticado pelo condenado. Assim, excluída a agravante da reincidência por representar violação ao *ne bis in idem*, permanecem inúmeras circunstâncias que permitem individualizar a pena e diferenciar a sanção entre aquele que cometeu novo crime e aquele que pela primeira vez violou o ordenamento penal.

Neste ponto, novamente as palavras de ALBERTO SILVA FRANCO: “*a recaída em crime, depois de sentença condenatória transitada em julgado, poderá ser*

²⁴ FRANCO, Alberto Silva. Sobre a Não Recepção da Reincidência pela Constituição Federal de 1988: Breves Anotações. In *Direito Penal na Atualidade*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 03.

livremente avaliada pelo juiz caso a caso em procedimento de individualização da pena, a título de mera circunstância judicial facultativa (art. 59 do CP).”²⁵

No entanto, outro argumento, ainda desde o ponto de vista do próprio princípio da individualização, torna mais evidente a inadequação de tal tipo de fundamentação.

É que *determinar aplicação universal e obrigatória de aumento de pena para os reincidentes ofende a lógica individualizadora*. Isto porque a individualização implica análise criteriosa do caso concreto, pressupondo que cada caso é distinto e cada autor é um universo em si mesmo. Assim, obrigar ao Juiz a que, em todos os casos de reincidência, estabeleça pena superior, ofende o conteúdo constitucional que emana do próprio princípio da individualização.

A propósito, foi exatamente este o argumento utilizado pelo Ministro CERNICCHIARO para, na época em que jurisdicionava no Superior Tribunal de Justiça, propor a relativização da agravante. Defendia que a circunstância do artigo 61, inciso I, do Código Penal brasileiro não fosse interpretada de forma meramente objetiva e mecânica. Sustentava, naquele momento, que a adequação do instituto ao princípio constitucional da individualização judicial da pena implicaria a facultatividade de sua aplicação: *“a reincidência, assim, não é imperativo de aumento, baseada em dados meramente objetivos. Afetaria até o princípio da individualização da pena. Não faz sentido a cominação ofertar grau mínimo e grau máximo, e a agravante não ensejar oportunidade de análise específica. A reincidência, assim, há de ser analisada pelo juiz; decidirá ser ou não, no caso em julgamento, causa de majoração da pena (...). As considerações invocadas são ajustáveis ao Código Brasileiro, o texto, sem dúvida, impõe ponderar a condenação anterior. Afaste-se, todavia, a mera interpretação literal. A lei deve ser analisada segundo princípios, momento de um sistema. O juiz tem a nobre missão de fazer a tradução sistemática, atualizar, se necessário, a norma posta pelo legislador (...).”²⁶*

²⁵ FRANCO, Alberto Silva. Sobre a Não Recepção da Reincidência pela Constituição Federal de 1988: Breves Anotações. In *Direito Penal na Atualidade*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 16.

²⁶ CERNICCHIARO, *Questões Penais*, p. 221/2.

VIII. A POSIÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E AS PERSPECTIVAS DE ALTERAÇÃO NO ENTENDIMENTO

Como se sabe, essa Suprema Corte vem, ao longo dos últimos dez anos, rejeitando a tese da não recepção da agravante da reincidência (tratada, por vezes, como questão de inconstitucionalidade), como no seguinte caso:

HABEAS CORPUS. PENAL. ROUBO CONSUMADO OU TENTADO. CONTROVÉRSIA. AUSÊNCIA DE IDENTIDADE DE SITUAÇÃO FÁTICA COM PRECEDENTE DESTA CORTE. REINCIDÊNCIA BIS IN IDEM. NÃO CONFIGURAÇÃO. FIXAÇÃO DA PENA ABAIXO DO MÍNIMO LEGAL. VEDAÇÃO.

1. O crime de roubo consuma-se com a verificação de que, cessada a clandestinidade ou a violência, o agente tenha tido a posse da coisa subtraída, ainda que esta tenha sido retomada logo em seguida por perseguição imediata.

2. Invocação de precedente desta Corte, firmado no HC n. 88.259, em que foi reconhecido o crime de roubo tentado e não o delito de roubo consumado. Inocorrência de identidade de situação fática: no HC invocado o agente subtraiu um passe de ônibus utilizando-se de arma de brinquedo. Considerou-se a particularidade de ter sido ele todo o tempo monitorado por policiais que se encontravam no local do crime. No caso sob exame os bens subtraídos permaneceram com o paciente, ainda que por pouco tempo. As vítimas chamaram policiais que passavam pelo local, quando já ocorrido o roubo. A ação policial foi concomitante ao roubo, no primeiro caso; posterior, no segundo.

3. O reconhecimento de reincidência não configura bis in idem. O recrudesimento da pena imposta resulta da opção do paciente em continuar delinqüindo. Precedentes.

4. A pena cominada para o tipo penal não pode ficar aquém do mínimo legal.

5. Ordem denegada. (STF, HC 92203, Min. EROS GRAU, Segunda Turma, DJe 20/05/2008)

No entanto, a admissão da Repercussão Geral no presente Recurso Extraordinário parecer indicar, no mínimo, a possibilidade de reflexão mais aprofundada e possível revisão do entendimento.

Já há, inclusive, manifestação nesse sentido da eminente Min. CARMEN LÚCIA no **HC 93.969**, *verbis*: “*não desconheço a crítica acirrada de parte da doutrina, que inspirada por alguns dos princípios orientadores do Direito Penal, notadamente pelo repúdio do denominado direito penal do autor, defende ser inadmissível o agravamento obrigatório da pena em razão da reincidência. A tese de ineludível fascínio, jamais obteve, contudo, o beneplácito da jurisprudência deste Supremo Tribunal, que sempre reputou válida a fixação daquela agravante, reconhecendo, inclusive, que, ao contrário do que decido pelo*



Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, se justificaria o ‘recrudescimento da pena imposta ao paciente’ em razão da reincidência, pois isto resultaria de sua ‘opção por continuar a delinquir’ (...) Assim, rendo-me, por ora, à jurisprudência consolidada neste Supremo Tribunal.” (STF, HC 93.969, Min. CÁRMEN LÚCIA, Primeira Turma, DJe 22/04/2008)

Estes, pois, os suprimientos que o IBCCRIM oferece à Corte, na qualidade de *amicus curiae*.

De São Paulo, 11 de agosto de 2010, para Brasília.

MARTA CRISTINA CURY SAAD GIMENES

OAB/SP 155.546

DAVI DE PAIVA COSTA TANGERINO

OAB/SP 200.793

HELOISA ESTELLITA

OAB/SP 125.447

SALO DE CARVALHO

OAB/RS 34.749

DIOGO RUDGE MALAN

OAB/RJ 98.788

PIERPAOLO CRUZ BOTTINI

OAB/SP 163.657

THIAGO BOTTINO DO AMARAL

OAB/RJ 102.312