



Bárbara de Oliveira

**O ENTENDIMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL
SOBRE A AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA**

**Monografia apresentada à Escola
de Formação da Sociedade Brasileira de
Direito Público - SBDP, sob a orientação da
Professora Carolina Cutrupi Ferreira.**

**SÃO PAULO
2010**

Sumário

1. Introdução	3
2. Metodologia	8
3. Análise Geral dos Acórdãos	10
4. Análise qualitativa das decisões	12
4.1 Os Maus antecedentes	12
4.2 O Princípio <i>bis in idem</i>	17
4.3 Desconstituição do trânsito em julgado de sentença inferior	22
4.4 Posicionamento dos ministros do STF	23
5. Conflito entre entendimentos dos tribunais	26
5.1 Decisões dos Tribunais de Justiça	26
5.2 Manutenção da decisão do Superior Tribunal de Justiça	28
6. Conclusão	31
7. Bibliografia	33
8. Tabela informativa sobre o material utilizado	34

1. Introdução

A Constituição Federal de 1988 declara que o Brasil constitui-se em um Estado Democrático de Direito (artigo 1º). O que faz com que esse artigo se concretize não é simplesmente a proclamação da igualdade entre os homens, mas sim a imposição de metas e deveres para a construção de uma sociedade livre, justa e solidária. A finalidade desse modelo de Estado é a busca do bem estar social, através de leis que garantam os direitos e deveres dos indivíduos e das autoridades.

Com as primeiras civilizações as condutas dos indivíduos começaram a ser valoradas como reprováveis e não reprováveis. Assim, com o desenvolvimento das sociedades, os cidadãos se organizaram e criaram leis que possuíam como objetivo limitar e regular as atitudes consideradas nocivas, denominadas de crimes. Dessa forma, quem pratica uma conduta prevista em lei está cometendo um crime e, conseqüentemente, a ele poderá ser imposta uma pena.

Há muito tempo vêm se pensando em soluções para impedir que condutas indesejadas sejam cometidas. Um exemplo disso é o método encontrado por Platão para punir os criminosos: a primeira prisão servia para guardar as pessoas, prevenindo outros delitos, a segunda seria para aqueles criminosos recuperáveis e não teria função punitiva, mas corretiva. A prisão punitiva ficaria no local mais distante e seria destinada aos agentes dos crimes mais graves e incorrigíveis.¹

Entretanto, os delitos são inerentes a qualquer época e sociedade, por isso, até hoje estes são o foco de diversas discussões, seja na esfera pública ou nas relações entre particulares. A criminalidade sempre é levada em conta, seja nos debates políticos, na universidade, é assunto sempre presente na mídia e, além disso, é uma das maiores preocupações das pessoas ao escolher um local para viver, para o filho estudar, e até mesmo para o lazer. São esses e outros motivos que motivam novos argumentos para se prevenir e punir o crime.

¹ Dotti, René Ariel, "Bases e alternativas para o sistema das penas", pg. 117.

Na hora de pensarmos nessa questão, entram em conflito razão e emoção. No caso da reincidência, por exemplo, pensa-se que se um indivíduo comete novos crimes, mesmo já tendo sido condenado anteriormente, é porque não possui respeito às normas, e apresenta, portanto, risco à sociedade e maior culpabilidade. Sendo assim, deve ser aumentada a sua pena.

Nesse sentido se encontra o Código Penal brasileiro, ao tratar a reincidência como circunstância agravante da pena, de acordo com o artigo 61, inciso I e artigo 63:

Art. 61 - São circunstâncias que sempre agravam a pena, quando não constituem ou qualificam o crime:

I - a reincidência;

Art. 63 - 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.

Além de agravar a pena-base, a reincidência pode causar ainda muitas limitações ao acusado, como:

- a) Impedimento da substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direito ou multa (arts. 44, inciso II, e 60 § 2º, Código Penal);
- b) Impedimento da concessão do sursis quando se tratar de crimes dolosos (art. 77, inciso I, Código Penal);
- c) Impedimento de que se inicie o cumprimento da pena em regime semi-aberto (a não ser quando se tratar de detenção) ou aberto (art. 33, § 2º, b e c, Código Penal);
- d) Aumento do prazo para a concessão do livramento condicional (art. 83, inciso II, Código Penal);
- e) Aumento do prazo para a prescrição da pretensão executória (art. 110, última parte, Código Penal);
- f) Interrupção o prazo da prescrição (art. 17, inciso IV, Código Penal);

- g) Revogação do sursis, obrigatoriamente em caso de condenação por crime doloso (art. 81, inciso I) e facultativamente na hipótese de crime culposos ou contravenção (art. 81, § 1º, Código Penal);
- h) Impedimento do reconhecimento de causas de diminuição da pena (arts. 155 e § 2º, 171, § 1º etc).²

Dessa forma, podemos perceber que o nosso ordenamento trata de forma rigorosa os reincidentes, que perdem muitos direitos e benefícios que seriam aplicáveis caso não existisse a circunstância agravante do artigo 61, inciso I. É importante ressaltar a existência de ao menos duas vertentes que norteiam as discussões sobre a reincidência. A primeira se refere ao fato de a reincidência agravar a pena do criminoso, já a segunda vertente é que a agravante pode significar uma dupla punição pelo mesmo ato.

Ao que se pôde constatar ao longo desta pesquisa, existe na doutrina brasileira quem afirme que a prisão não cumpre a função de reabilitar o condenado, mas têm provocado o efeito inverso.³ Assim, não faria sentido em agravar a pena dos indivíduos condenados que cometem novos crimes. Por outro lado, há os que defendem as conseqüências do reconhecimento da reincidência, pois a proteção dos bens jurídicos pelo Estado deve ser feita de forma mais severa com aquele que comete novos crimes⁴. Argumenta-se que, pelo fato de quem cometeu o novo crime provavelmente possuir maior periculosidade e a pena anterior ter sido insuficiente, a reincidência deve continuar como circunstância agravante.

No que diz respeito ao instituto da reincidência, Alberto Silva Franco entende que existe violação ao princípio do *non bis in idem*, pois "não se

² Mirabete, J. F., *Manual de direito Penal*, pg. 299-300.

³ Chiquezi, Adler; "Reincidência criminal e sua atuação como circunstância agravante", http://www.dominiopublico.gov.br/pesquisa/DetaileObraForm.do?select_action=&co_obra=148150, visualizado em 15/11/2010.

⁴ Pescuma, Leandro Recchiutti Gonsalves, "Reincidência, um instituto não recepcionado pela norma fundamental", <http://jus.uol.com.br/revista/texto/6306/reincidencia>, visualizado em 15/11/2010.

compreende como uma pessoa possa, por mais vezes, ser punida pela mesma infração⁵. Por isso:

“o fato criminoso que deu origem à primeira condenação não pode, depois, servir de fundamento a uma agravação obrigatória da pena, em relação a um outro fato delitivo, a não ser que se admita, num Estado Democrático de Direito, um Direito Penal atado ao tipo de autor (ser reincidente), o que constitui uma verdadeira e manifesta contradição lógica⁶.”

Outro fundamento em defesa da inconstitucionalidade da reincidência é a vedação de *non bis in idem* em tratados internacionais ratificados pelo Brasil. A Emenda Constitucional nº 45 de 08 de dezembro de 2004 acrescentou ao artigo 5º, § 3º:

“os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais”.

Deste modo, há a possibilidade de os tratados internacionais serem incorporados no ordenamento brasileiro com o *status* de norma constitucional, desde que seu conteúdo seja referente aos direitos humanos ou sua deliberação parlamentar obedeça aos limites formais estabelecidos para a edição das emendas constitucionais.

O Brasil adotou a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, o Pacto San José da Costa Rica, que estabelece em seu artigo 8º, inciso IV: “O acusado absolvido por sentença passada em julgado não poderá ser submetido a novo processo pelos mesmos fatos”. Isto é, é possível fazer a leitura deste dispositivo e entender que uma vez julgado e condenado o réu, este não poderá, futuramente, ter sua pena aumentada com fundamento pelo mesmo crime do qual foi condenado.

Assim, considerando o Pacto de San José como norma materialmente constitucional, pois tem conteúdo intrinsecamente ligado aos Direitos

⁵ Alberto Silva Franco, *Código Penal e sua interpretação*, pg. 1020.

⁶ Ibid.

Humanos, a reincidência fere o princípio disposto no artigo 8º, inciso IV do tratado.

A despeito de existirem inúmeras discussões sobre o tema, iremos focar neste trabalho se a reincidência é considerada um instituto que fere ou não os princípios constitucionais. Em outras palavras, investigar o entendimento do Supremo Tribunal Federal (STF) acerca da constitucionalidade da reincidência com a análise de quais são os argumentos utilizados pelos ministros para defender a aplicação ou não da reincidência.

A importância do tema evidencia-se com o reconhecimento da repercussão geral em dois Recursos Extraordinários pelo STF, em que se decidiu analisar a constitucionalidade do agravamento da pena dado aos reincidentes.⁷

O trabalho está estruturado da seguinte maneira:

- Introdução: apresenta qual a fundamentação jurídica da reincidência, quais são as conseqüências de aplicá-la e qual a sua importância;
- Metodologia: explica como será feita a análise do material de estudo, assim como qual foi o tempo delimitado para tal;
- Terceiro capítulo: realiza uma análise quantitativa das decisões, comparando os dados extraídos do material;
- Quarto e quinto capítulo: analisam de forma qualitativa os acórdãos, ou seja, realiza um estudo detalhado das teses existentes em relação à aplicação da reincidência;
- Conclusão.

⁷ O Supremo Tribunal Federal reconheceu no dia 2 de outubro, repercussão geral em dois Recursos Extraordinários (RE 591.563 e RE 583.523) contra decisões do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, nos quais os réus estariam sendo mais severamente punidos pelo fato de haverem contra eles antecedentes criminais por outras infrações. Os autores dos recursos argumentam que a restrição das liberdades de quem já cumpriu a pena é inconstitucional.

2. Metodologia

Este capítulo possui como objetivo explicar o percurso metodológico percorrido nesse trabalho, apresentando as justificativas para a escolha do objeto da pesquisa, como este será analisado, o que se pretende ao estudá-lo e como será desenvolvido.

O objeto escolhido para desenvolver a pesquisa foi a jurisprudência do STF. Antes de optar pelo estudo da reincidência, foi preciso se pensar em duas outras possibilidades. Inicialmente, tive interesse pela análise da prisão civil à luz do Pacto de San José da Costa Rica. Porém, outras monografias já haviam se realizado nesse sentido. Recorri a uma segunda opção, como o STF estaria julgando os crimes de estupro após a lei 12.015/09. Entretanto, em virtude do pouco tempo de vigência da lei, não encontrei decisões suficientes para o desenvolvimento de tal pesquisa.

Na faculdade já havia me identificado com a área penal, mas somente após focar na segunda hipótese de pesquisa é que descobri que essa área é de grande interesse, já que é esse o ramo do direito com o qual a sociedade mais se envolve, clama por justiça e se indigna. Conversei com minha orientadora a respeito da situação, pensamos em várias hipóteses, como, por exemplo, os crimes contra a ordem tributária e o aborto, mas este tema foi o que mais me agradou.

Para selecionar os acórdãos sobre o tema foi utilizado o sítio do Supremo Tribunal Federal, no dia 19 de agosto de 2010. No campo de pesquisa de jurisprudência, em “pesquisa livre”, utilizou-se a palavra chave: “reincidência”, com a utilização dos seguintes filtros. No campo “legislação” selecionei o Código Penal de 1940, artigo 61, inciso I. No filtro temporal selecionei a data 01/01/1988 até 31/12/2009, datas que marcam o ano em que se deu início à elaboração da atual Constituição até um ano anterior a realização deste trabalho. O período resultante entre estas datas resultou em 61 acórdãos. Dadas as limitações de tempo para a execução da pesquisa, restringi o estudo para os últimos dez anos da jurisprudência do Tribunal (janeiro de 2000 até dezembro de 2009), totalizando 20 acórdãos.

Destas 20 decisões, 18 são *Habeas Corpus* e 2 são Recursos Ordinários em *Habeas Corpus*.

Os acórdãos serão analisados qualitativamente, observando como os ministros se referem à reincidência, além de investigar como a reincidência tem sido utilizada para a fixação da pena. Quantitativamente pretendemos levantar quais foram os anos de distribuição dos processos, quais foram os modos, os crimes cometidos, o relator, e o *quantum* aumentativo da pena. Assim, teremos um panorama geral de quais são os casos relativos à reincidência que chegam ao Supremo e como o STF trata o instituto.

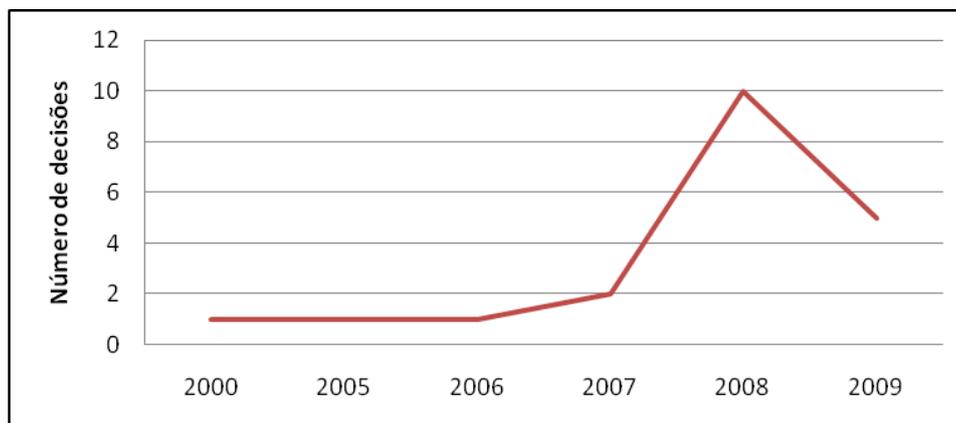
3. Análise Geral dos Acórdãos

Esse capítulo possui como finalidade apresentar quais são as características comuns dos acórdãos analisados nesta pesquisa.

Importa indicar, entre os inúmeros elementos em comum entre as decisões, o sexo do paciente, estado de origem da decisão e crime cometido. Embora estejamos trabalhando com um universo pequeno de decisões – apenas 20 – podem ser de grande utilidade, pois pode-se perceber algumas semelhanças interessantes entre as decisões.

O número de *Habeas Corpus* julgados varia bastante ao longo dos anos. Dentro do universo de decisões analisadas, nota-se em 2008 foram decididos 10 acórdãos, metade dos processos referentes ao período temporal delimitado.

Gráfico 1 – Acórdãos distribuídos por ano



Fonte: elaboração própria

Entre os anos de 2000 a 2009, nenhum *Habeas Corpus* ou Recurso em *Habeas Corpus* referente à agravante reincidência teve origem nos Tribunais Superiores dos estados do Norte e Nordeste do País. O STF recebeu acórdãos somente aos Estados do Paraná, Rio de Janeiro, Minas Gerais, São Paulo e Rio Grande do Sul. Da leitura do gráfico abaixo percebe-se que 65% dos acórdãos são procedentes do Estado do Rio Grande do Sul. Como se verá no capítulo 5, grande parte das decisões do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul questiona a

constitucionalidade do instituto da reincidência, o que pode ser um indício para explicar o grande número de casos cadastrados.

Gráfico 2 – Acórdãos distribuídos por estado

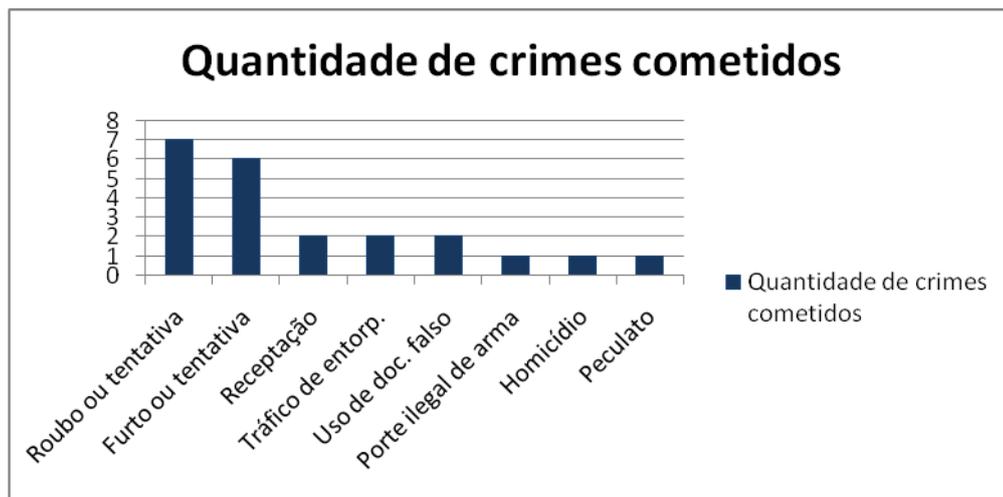


Fonte: elaboração própria

Dos vinte acórdãos julgados pelo Supremo, na data determinada, 30% dos crimes são relacionados ao furto; 35% ao roubo; 10% ao crime de receptação, 5% aos crimes de falsa identidade, peculato, homicídio e uso de documento público falsificado.⁸

Gráfico 3 – Acórdãos distribuídos por crimes que causam a reincidência

⁸ A soma tem como resultado mais que cem por cento, pois há mais de um crime por acórdão.



Fonte: elaboração própria

O Ministério da Justiça⁹, por meio do Infopen - Sistema Integrado de Informações Penitenciárias - publica anualmente dados sobre o sistema penitenciário federal e dos estados com o objetivo de oferecer informações confiáveis para o direcionamento de políticas públicas neste mesmo âmbito.¹⁰

Segundo o Infopen, em dezembro de 2009, o número de presos nos regimes fechado, aberto e semi-aberto era de 245.417 homens e 15.083 mulheres. Ou seja, o número de homens presos é quase 16,5 vezes maior que o número de mulheres. Esta informação ajuda na compreensão do dado extraído do total de decisões analisadas, nas quais 19 são de pacientes, e apenas no *Habeas Corpus* nº 93.515-0¹¹, de 2009, o paciente é uma mulher.

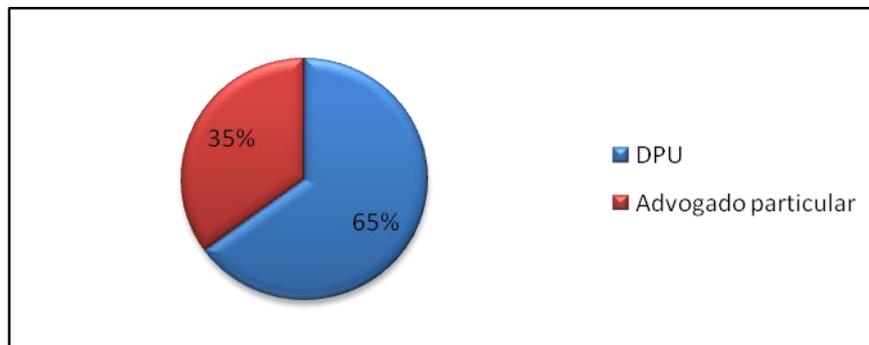
Ainda que de forma especulativa, pois não foram analisadas decisões o suficiente, é possível pensar que os casos defendidos pela Defensoria Pública são, em sua maioria, relacionados a crimes contra o patrimônio, possivelmente cometidos por pessoas com insuficiência de recursos para arcar com os custos de um advogado particular.

⁹<http://portal.mj.gov.br/data/Pages/MJD574E9CEITEMIDC37B2AE94C6840068B1624D28407509CPTBRIE.htm> visualizado em 30/10/2010.

¹⁰<http://portal.mj.gov.br/data/Pages/MJD574E9CEITEMID598A21D892E444B5943A0AEE5DB94226PTBRNN.htm>, visualizado em 30/10/2010.

¹¹ STF, Ministro Relator Marco Aurélio, DJ de 09/06/2009.

Gráfico 4 – Acórdãos distribuídos por natureza do defensor



Fonte: elaboração própria

Deve-se atentar, ainda, que entre os vinte casos estudados o Ministério Público Federal atuou em quatorze, interpondo recurso especial ao Superior Tribunal de Justiça, sempre no sentido de manter a aplicação do artigo 61, pois como pode ser encontrado no *Habeas Corpus* do STF, nº 95.398/RS, Relatora Ministra Cármen Lúcia, DJ de 04/08/2009, o Ministério Público, ao interpor o recurso especial, ao qual foi dado provimento, alega:

“ao afastar a reincidência no cálculo da pena fixada ao réu ora recorrido, efetivamente, negou vigência ao art. 61, I, do Código Penal, que prevê essa agravante como circunstância legal que deverá majorar a pena, sendo, portanto norma de natureza cogente, ou seja, de aplicação obrigatória”.

Outro argumento utilizado é que a aplicação do artigo 61 do Código Penal irá representar uma maior reprovação da conduta, como pode-se encontrar no *Habeas Corpus* nº 94.846/RS, Relator Ministro Ricardo Lewandowski, DJ de 07/10/2008, do STF, no qual o STJ deu provimento ao recurso especial do Ministério Público, por ser da mesma opinião de que a agravante da reincidência deve ser valorada no momento da individualização da pena, uma vez que se constitui um elemento que representa maior reprovação da conduta.

4. Análise dos Grupos de Casos

Como já mencionado acima, este trabalho tem como finalidade estudar os votos dos Ministros do STF e entender como a Corte vem se decidindo sobre o tema da reincidência.

Estudar de forma qualitativa as decisões do STF é fundamental, pois torna possível uma melhor compreensão de como os institutos penais são harmonizados com princípios presentes na Constituição e com os tratados internacionais, como o Pacto de San José da Costa Rica, mencionado anteriormente.

Este capítulo divide-se em quatro tópicos que foram objeto de discussão nas decisões analisadas. O primeiro deles é sobre a relação entre reincidência e maus antecedentes, o segundo, por sua vez, sobre a defesa ou refutação de violação do princípio do *non bis in idem*, o terceiro sobre a desconstituição do trânsito em julgado de sentença inferior, e o último sobre o posicionamento dos ministros do STF.

4.1 Os Maus antecedentes

No estado democrático de direito a aplicação da pena, o processo punitivo do Estado – que é detentor do *ius puniendi* –, serve para exteriorizar sua reprovação ao que considera como crime, ou seja, a conduta típica, antijurídica e culpável realizada pelo indivíduo.

O Código Penal brasileiro através de suas normas regula e determina critérios, como o sistema trifásico de determinação da pena, conforme dispõem os artigos 68 e 59; para a aplicação e fixação da pena para aqueles que descumprem o direito, possuindo como resposta penal a aplicação do sistema trifásico, artigo 68 deste código:

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.

Art. 59 - O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e conseqüências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime:

- I - as penas aplicáveis dentre as cominadas;
- II - a quantidade de pena aplicável, dentro dos limites previstos;
- III - o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade;
- IV - a substituição da pena privativa da liberdade aplicada, por outra espécie de pena, se cabível.

A aplicação do processo trifásico, para se determinar a pena, visa atender ao princípio constitucional previsto no artigo 5º, inciso XLVI e permite ao juiz que se proceda à análise das circunstâncias judiciais, dentre as quais: a culpabilidade e os antecedentes do agente. Após essa análise, passará o juiz ao reconhecimento das atenuantes e agravantes, caso comprovadas nos autos, e, por fim, considerará a incidência de causa de aumento ou de diminuição, conforme dispõe o artigo 68.

Por sua vez, a reincidência é uma circunstância agravante regulada no artigo 61, devendo ser analisada pelo juiz somente na segunda fase da fixação da pena.

Contudo, existem divergências nas decisões dos juízes e tribunais acerca do reconhecimento de maus antecedentes e da reincidência, sendo que muitos juízes chegam a considerar ambos como conceitos sinônimos. Parte da doutrina entende que o magistrado deve, ao analisar os antecedentes do réu, computar todos fatos pretéritos ao fato delitivo relacionados à sua pessoa, quer lhe sejam positivos, quer negativos. Assim, processos em andamento, inquéritos policiais arquivados ou absolvições se

mostram capazes de produzir - no âmbito da aplicação da pena, em juízo de reprovação em relação ao agente - um possível acréscimo sancionatório.¹²

Há autores, porém, que se inclinam pela idéia de que os antecedentes a que alude o art. 59 do CP dizem respeito às condenações com trânsito em julgado e que seriam inidôneas para caracterização da reincidência. Assim, por exemplo, "*processos judiciais anteriores contra o acusado, que tenham conduzido à sua absolvição, são irrelevantes*"¹³, como acentuado por Heleno Fragoso. No mesmo sentido, a posição de Damásio Evangelista de Jesus, para quem não devem ser considerados como maus antecedentes, processos em curso, inquéritos em andamento, sentenças condenatórias ainda não confirmadas, simples indiciamento em inquérito policial, fatos posteriores não relacionados ao crime, crimes posteriores, etc.¹⁴ Dito de outra maneira: os antecedentes do réu, tal como estatuído no art. 59, do CP, seriam alusivos à vida pregressa judicial do mesmo, reveladora de condenação penal irrecorrível inapta à configuração da reincidência.¹⁵

O *Habeas Corpus* nº 95.585-1/SP¹⁶ trata justamente da diferença entre maus antecedentes e reincidência. De acordo com a decisão, maus antecedentes são os fatos anteriores ao crime, relacionados ao estilo de vida do acusado e, para tanto, não é pressuposto a existência de condenação definitiva por 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.

Pode-se perceber que o Ministro Celso de Mello faz parte da segunda corrente argumentativa mencionada, pois afirma que "a mera existência de inquéritos policiais em curso e a tramitação de processos penais em juízo

¹² Plínio Leite Nunes, "Os Maus antecedentes na aplicação da pena", visualizado em http://www.ibccrim.org.br/site/artigos/capa.php?jur_id=9536, dia 01/11/2010.

¹³ FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal*, pg. 407.

¹⁴ JESUS, Damásio E. *Código penal anotado*, pg. 198.

¹⁵ Plínio Leite Nunes, "Os Maus antecedentes na aplicação da pena", visualizado em http://www.ibccrim.org.br/site/artigos/capa.php?jur_id=9536, dia 01/11/2010.

¹⁶ STF, Relatora Ministra Ellen Gracie, DJ de 11/11/2008.

não autorizam que se atribua, a qualquer pessoa, só por isso, a condição de portadora de maus antecedentes”.

É importante que seja levado em conta que se deve considerar primeiro a presunção constitucional de não culpabilidade, no qual encontra fundamento no artigo 5, LVII da CF. Ou seja, a mera existência de inquéritos policiais em curso ou arquivados ou ainda de processos penais em andamento ou sentença condenatória ainda suscetível de impugnação recursal não devem ser consideradas.

Ou ainda, como afirma o Ministro Celso de Mello:

“Não tenho qualquer dúvida de que se mostra juridicamente inadmissível considerar-se, como indício revelador de maus antecedentes, **a mera existência** de processos penais **ou** de investigações criminais em curso, **porque há de prevalecer, sempre,** nessa matéria **sem** qualquer distinção, **a supremacia** da presunção **constitucional** do estado de inocência.” (grifos do Ministro)

Porém, na decisão, o Ministro Joaquim Barbosa defendeu que não é de total acordo com a opinião do Ministro Celso de Mello, pois afirma que deve ser analisado caso a caso, por exemplo, se o paciente tiver muitos processos não a seu favor, pois deve levar em consideração, também, o fato de que dificilmente uma ação penal transita em julgado no Brasil, sobretudo se ela é conduzida por bons advogados.

A turma que julgou o *habeas corpus* decidiu por votação majoritária indeferir o pedido feito pelo paciente, nos termos do voto da Ministra Relatora, ou seja, nesse processo a corrente que prevaleceu foi a primeira, pois os ministros, ao indeferir o *writ*, consideraram que a sentença foi aplicada de forma correta ao considerar um antecedente criminal pode valer como maus antecedentes.

4.2 O Princípio *bis in idem*

Ao aplicar a agravante da reincidência, o juiz deve verificar qual é o antecedente criminal que está levando em consideração afim de não ser

considerado duplamente como antecedente e como circunstância judicial prevista no artigo 59. A aplicação de duas penalidades por um mesmo fato a uma única pessoa é denominado *bis in idem*.

Entende-se que a aplicação da reincidência como uma agravante é justificada pelo fato de que não é o acontecimento passado que determina o aumento da pena; é a *reincidência* em si, por si só, ou seja, o fato do agente praticar uma nova infração penal após já haver sido condenado.¹⁷

A aplicação do instituto da reincidência caracteriza também o exercício do poder do Estado, o detentor do monopólio de formular as leis penais. Ao exercer sua função de estabelecer e buscar a justiça na vida de seus indivíduos deve punir aquelas que violam a lei, de forma que estes não venham desobedecer ao que foi estipulado pelas normas.

Neste sentido, a finalidade da pena é que ela seja necessária e suficiente para a reprovação e prevenção do crime. Assim, diante desta premissa, seria inadmissível aplicar a agravante da reincidência caso se constatasse que a mesma não se presta para reprovar ou prevenir o crime.

A partir da leitura dos acórdãos, pode-se perceber que quando há a dupla aplicação da reincidência, ou seja, quando a reincidência incide como circunstância judicial na primeira fase da dosimetria da pena, e como circunstância agravante, na segunda fase, os juízes de instâncias inferiores calculam a pena no sentido de entender que a conduta criminosa, por ser reiterada, é mais reprovável.

¹⁷ Esse é o entendimento de Francisco Bandeira de Carvalho Melo, Promotor de Justiça de Trindade, ao afirmar que a pena exerce duas funções: a preventiva e a retributiva. A primeira tem como premissa a de que a prevenção geral é tanto mais eficiente quanto maior é a certeza da punição e a segunda PE a de que a finalidade da pena é o restabelecimento da ordem violada pelo delito, na medida em que a pena deve ser proporcional ao crime cometido. Para o Promotor, é evidente que a criminalidade crescente em nosso País não será reduzida com a supressão de direitos e benefícios legais previstos para os que delinqüirem, mas sim pela certeza da punição estatal. Visualizado em: http://www.mp.go.gov.br/portaIweb/hp/7/docs/artigo_a_funcao_retributiva_da_pena_privativa_de_liberdade.pdf, dia 15/12/2010.

Dessa forma, ao aplicar o artigo 59, entendem que o indivíduo escolheu praticar novos delitos, todo ser humano é detentor de seu livre arbítrio, logo, quem resolveu praticar novos crimes possui maior culpabilidade e a conduta social divergente da esperada.

Nesse sentido, o Recurso Extraordinário em *Habeas Corpus* nº 84.295-0/RJ¹⁸ traz em seu teor o caso do recorrente. Alega que na fixação da pena base foram considerados conjuntamente os maus antecedentes e a reincidência do réu. Portanto, foi incorreta a aplicação do critério trifásico de dosimetria da pena, o que tornaria nulo o capítulo decisório da sentença condenatória.

O Ministro Cezar Peluso, ao discorrer sobre o caso, apresenta a decisão do juiz de primeira instância, que considerou como circunstâncias judiciais os maus antecedentes como a reincidência dos acusados:

“atendendo às diretrizes do art. 59 do Código Penal, sendo os réus reincidentes e com péssimos e vários antecedentes penais, demonstrando personalidade distorcida, sem qualquer inibição quanto a responder perante a justiça e alta periculosidade, às circunstâncias e conseqüências do delito e ao dolo com que agiram, fixou a pena base em 07 (sete) anos de reclusão, que pela existência de duas qualificadoras aumentou da metade, perfazendo a pena total e definitiva de 10 (dez) anos e seis (6) meses de reclusão.”

Neste caso, pode-se dizer claramente que houve *bis in idem*. O réu foi punido duas vezes por um mesmo fato, por ser reincidente. Neste sentido a Turma do STF, que julgou o caso, anulou o capítulo de imputação da pena de prisão, determinando que outra pena fosse calculada com estrita observância do critério trifásico da fixação da pena, o que mostra a reprovação da Corte em relação a sentenças nesse sentido.

¹⁸ STF, Ministro Relator Cezar Peluso, DJ de 29/11/2005.

Outro acórdão em que houve discussão sobre a violação ao princípio do *non bis in idem* foi o Habeas Corpus nº 87.071-6/SP¹⁹, como consta da decisão monocrática:

“as circunstâncias do artigo 59 do Código Penal, já se considerando as reincidências dos réus, são **“in totum”** desfavoráveis aos réus, pois se trata de organização criminosa que sobrevive às custas da desgraça dos seres humanos, levando estes ao vício mortal, destruindo famílias e famílias [...], o que redundando na conclusão de que os réus tem personalidade hostil e violenta, com ‘animus’ de destruição dos seres humanos, o que os leva a serem considerados de extrema **periculosidade**.” (meus grifos)

Nesse aspecto, percebe-se que na tentativa de fundamentar os antecedentes, a reincidência torna-se muito estimada, pois para muitos juízes o crime praticado por um reincidente tem maior culpabilidade.

No caso, a reincidência foi afastada como critério determinante da fixação da pena-base, pois como sustenta a defesa houve violação ao artigo 68 do Código Penal, já que o juízo considerou para a fixação da própria pena-base, que deveria ser norteadada apenas pelos critérios do artigo 59, levando em conta uma circunstância legal da reincidência.

Outro acórdão que exemplifica a discussão é o *Habeas Corpus* nº 80.066-1/MG²⁰, segundo o qual o impetrante alega que a agravante reincidência foi entendida como maus antecedentes para fundamentar a fixação da pena-base acima do mínimo legal.

No caso, o réu foi condenado pela tentativa de furto simples (art. 155, caput c/c o artigo 14, II) e teve seu *Habeas Corpus* denegado pelo Supremo Tribunal de Justiça, pelo qual se impugnara decisão denegatória de writ impetrado perante o Tribunal de Alçada do Estado de Minas Gerais.

O Ministro relator Ilmar Galvão no relatório cita a Procuradoria-Geral da República (PGR) que salienta:

¹⁹ STF, Ministro Relator Cezar Peluso, DJ de 26/06/2007.

²⁰ STF, Ministro Relator Ilmar Galvão, DJ de 13/06/2000.

“Como se vê... o acréscimo na pena-base foi justificado porque: à personalidade voltada para a prática de crimes contra o patrimônio, não tendo o mínimo de dignidade para regenerar-se, modificar sua conduta criminoso... com isso ficou acrescido em um ano e seus meses o mínimo legal... Que se o tenha aceito, todavia injurídica é **acrescer-se** à sanção-base, assim disposta, **mais 1 (hum) ano pela reincidência...** Há bis in idem” (grifos do texto).

Continua o Ministro em seu voto baseado na citação da PGR; “Patente, assim, que foi valorada duas vezes a reincidência, para considerá-la, ao mesmo tem, como circunstância judicial desfavorável (para aplicação da pena base) e como agravante (art. 61, I, CP)”.

Ambas as Turmas naquela data já haviam se manifestado no sentido de que o fato que serve para justificar a agravante não pode ser levado à conta de maus antecedentes para fundamentar a fixação da pena-base acima do mínimo legal.

Assim, a primeira Turma deferiu em parte o pedido do *Habeas Corpus*, seguindo a decisão do Ministro relator, onde se decidiu que fosse excluído da pena base o acréscimo de um ano equivalente incidência da agravante à reincidência.

O mesmo aconteceu no *Habeas Corpus* nº 93.969-4/RS²¹ no qual a pena base foi majorada pelo fato de o paciente possuir “antecedentes criminais”, que consistiam em “mais de uma sentença condenatória transitada em julgado”, ou seja, significa que as duas condenações transitadas em julgado foram valoradas na primeira fase de aplicação da pena. Logo, ao analisar a segunda fase de aplicação da pena, não poderia ter sido reconhecida pelo Juízo local a agravante da reincidência, como foi feito, pois as condenações transitadas em julgado que poderiam justificar a sua incidência já haviam sido valoradas na primeira fase. Os fatos considerados como maus antecedentes não poderiam ser novamente considerados na segunda fase da aplicação sob pena de inadmissível *bis in idem*.

²¹ STF, Ministra Relatora Cármen Lúcia, DJ de 22/04/2008.

Entretanto, ao estudar os acórdãos, verifica-se outro tipo de *bis in idem* relacionado à reincidência. Há aqueles que afirmam que a reincidência por si só, quando é aplicada, fere os princípios da Constituição. Como por exemplo, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul²² excluiu o acréscimo concernente à reincidência sob o fundamento de que a consideração dessa circunstância configuraria *bis in idem*, porquanto o paciente **não poderia ser novamente apenado por crime pelo qual já pagou.**

Semelhante decisão pode ser encontrada no *Habeas Corpus* nº 93.194-4/RS²³ no qual o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, mais uma vez, em recurso de apelação da defesa excluiu o acréscimo concernente à reincidência, sob o fundamento de que o aumento em virtude da reincidência configuraria *bis in idem*, punindo-se o paciente por crime pelo qual já pagou.

O princípio do *non bis in idem* pode ser encontrado tanto no âmbito processual como no material. Sob a primeira perspectiva o princípio inadmite que uma pessoa e um mesmo fato sejam, de novo, aferidos judicialmente. Sob o ângulo material, o princípio proíbe a dupla valoração penal na medida em que obsta que o delito anterior produza novos efeitos, novas conseqüências penais.

Nos acórdãos, os impetrantes alegaram ambos os tipos de *bis in idem*. Entretanto, a argumentação que se mostrou mais recorrente foi a que relacionava a dupla valoração da reincidência no sistema trifásico da aplicação da pena.

4.3 Desconstituição do trânsito em julgado de sentença inferior

Para que o réu seja considerado reincidente, deverá a sentença que o condenou por crime anterior ter transitado em julgado, ou seja, “uma decisão (sentença ou acórdão) de que não se pode mais recorrer, seja

²² STF, Habeas Corpus nº 91.688-1, Ministro Relator Eros Grau, DJ de 14/08/2007.

²³ STF, Ministro Relator Eros Grau, DJ de 12/02/2008.

porque já passou por todos os recursos possíveis, seja porque o prazo para recorrer terminou.”²⁴

Um dos acórdãos estudados traz à tona exatamente essa questão. Trata-se do Recurso Ordinário em Habeas Corpus nº 88.022-3/RJ²⁵ no qual Joacy José Gomes de Santana, foi condenado por tráfico e associação para o tráfico de drogas e tem como objetivo afastar o aumento decorrente da agravante reincidência.

O trânsito em julgado que o condenava por um crime anterior foi desconstituído pelo Superior Tribunal de Justiça ao deferir ordem de *Habeas Corpus* para determinar que nova pena fosse fixada relativamente à primeira condenação – a que serviu de base para a reincidência – e, por isso, desconstituiu o trânsito em julgado da sentença respectiva, a qual não poderia ser invocada para majorar as penas pela condenação por tráfico e associação para o tráfico.

O Ministério Público sustenta em seu parecer que independentemente de anulação da sentença, há registro na mesma de outra condenação contra o paciente, que por si só revela reincidência. Entretanto, considera que não se deve levar a aceitação da reincidência por inferência ou por via reflexa, sem que esteja disponível para o juiz da sentença o título formado da recidiva.

Assim, o Ministro Relator Sepúlveda Pertence, deu provimento ao recurso, em favor do réu, mesmo existindo terceira condenação definitiva, já que esta não pode ser invocada para manter a agravante da reincidência, dado que não foi considerada anteriormente pelas demais instâncias.

Em vista disso, pode-se concluir que não se considera reincidente cuja condenação não é definitiva, assim como aquele que teve anulada a sentença *a quo* que reconhecia tal circunstância agravante.

4.4 Posicionamento dos ministros do STF

²⁴ <http://www.stf.jus.br/portal/glossario/verVerbete.asp?letra=T&id=220>

²⁵ STF, Ministro Relator Sepúlveda Pertence, DJ de 28/03/2006.

Como se pôde perceber, o posicionamento dos Tribunais inferiores divergem quando o assunto é a constitucionalidade da reincidência. O Supremo Tribunal Federal é o tribunal destinado a proteger os valores sociais e políticos assegurados pela Constituição, ou seja, sua maior função é ser guardião-mor dos preceitos fundamentais e que ao resolver os casos interpreta as leis visando atender aos princípios constitucionais vigentes.

Por isso, é de grande relevância a fundamentação dos ministros, que por unanimidade se inclinaram ao argumento de que o instituto da reincidência não configura afronta ao princípio *non bis in idem*.

O Ministro Eros Grau, relator dos acórdãos de nº 91.688-1/RS, nº 93.194-4/RS e nº 93.194-4/RS, decidiu os três recursos de forma a aplicar a agravante da reincidência, pois em sua opinião, o acréscimo da pena pela reincidência não configura *bis in idem*, “já que o *recrudescimento da reprimenda imposta ao paciente resulta de sua opção por continuar a delinqüir*”. Além disso, toma como certa as decisões do STJ – que são a favor de aplicar a agravante em questão – que estão “*em perfeita sintonia com o entendimento **pacificado** nesta Corte.*”

Relator dos *Habeas Corpus* nº 92.626-6/RS, 94.846-4/RS, 94.020-0/RS, nº 94.665-8/RS, o Ministro Ricardo Lewandowski, é da opinião que se pode presumir que o reincidente, ao voltar a delinqüir, demonstra que não ser sensível à sanção criminosa anteriormente imposta, que a sua conduta mostra-se, portanto, mais reprovável do que a daquele que, uma vez punido, passa a respeitar as regras de convivência social. “*Essa é a razão pela qual o artigo 61, I, do CP, arrola a reincidência dentre as circunstâncias que sempre agravam a pena*”.

Para o Ministro, a recidiva é aplicada não para punir um fato passado, mas sim para punir a valoração de elementos subjetivos da personalidade do agente revelados pela reincidência.

O Ministro cita em um de seus votos Aníbal Bruno²⁶ que diz:

“Hoje se pode justificar a exacerbação da pena, ao segundo crime, pela maior culpabilidade do agente, pela maior reprovabilidade que sobre ele recai em razão de sua vontade **rebelde**, particularmente interior e persistente, que resistiu à ação inibidora da ameaça de sanção penal e mesmo da advertência pessoal, mais severa da condenação infligida, que para um homem normalmente ajustável à ordem do Direito, isto é, de temperamento e vontade menos decisivamente adversos aos impeditivos da norma, seria estímulo suficiente para afastá-lo da prática de um novo crime.”

Nas palavras do Ministro:

“Tenho decidido, reiteradamente, que é **legítimo** levar-se em conta a circunstância agravante prevista no artigo 61, I, do Código Penal”. Para ele, ainda, a aplicação da reincidência em nada afronta a individualização da pena, mas sim dá tratamento distinto ao criminoso primário e ao contumaz, **viabilizando** não só a formulação idônea do juízo de **reprovação**, bem como a **justa aplicação** da sanção penal, conforme as singularidades de cada caso.”

A Ministra Cármen Lúcia, relatora dos *Habeas Corpus* nº 93.969-4/RS, nº 95.389-1/RS, alega que não desconhece 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.

Contudo, afirma a Ministra que tal tese **jamais** obteve o beneplácito da jurisprudência do STF, que **sempre reputou válida** a fixação daquela agravante, reconhecendo, inclusive, que o recrudescimento da pena imposta ao paciente em razão da reincidência, resulta de “sua opção por continuar a delinquir”.

Para o Ministro Menezes Direito, relator do *Habeas Corpus* 94.903-7/RS, todo o processo estabelecido pelo artigo 68 do Código Penal, é corolário do princípio do devido processo legal e encontra justificativa direta

²⁶ Aníbal Bruno. *Direito penal: parte geral*, pg. 112.

na necessidade de se preservar a proporcionalidade possível entre o ilícito praticado e a reprimenda que lhe deve corresponder.

Não diferente dos outros ministros, Joaquim Barbosa, relator dos *Habeas Corpus* nº 90.747/PR e nº 94.9449/RS, ao julgar os acórdãos, afirma que quanto à tese de que o reconhecimento da agravante da reincidência configuraria *bis in idem* o STF **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**, logo, deve ser aplicado.

5. Conflito entre entendimentos dos Tribunais

Todos os órgãos do Poder Judiciário são independentes entre si, ou seja, ao julgar o magistrado não está subordinado a qualquer outro tribunal ou autoridade por mais “graduada” que seja. Dessa forma, os juízes, ao decidirem, o fazem de acordo com sua livre convicção.

Ao analisar as decisões restou patente a divergência de posicionamento entre os tribunais. A grande maioria dos Tribunais de Justiça julgou os processos contra a aplicação da agravante da reincidência diferentemente do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal. A independência existente entre eles possibilita que cada um decida de um modo diferente, entretanto, o posicionamento que prevalecerá será o do STF, nos casos de recurso à Corte ou após o julgamento da repercussão geral.

5.1 Decisões dos Tribunais de Justiça

Nas decisões conflitantes sobre a agravante da reincidência, todos os julgados do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul foram favoráveis à não aplicação do artigo 61, inciso I. Como aconteceu nos seguintes *Habeas Corpus*²⁷:

²⁷ Outros *Habeas Corpus* no mesmo sentido:

STF, *Habeas Corpus* nº 91.688-1/RS: o paciente foi condenado inicialmente pela prática do crime de roubo, o TJ excluiu o acréscimo concemente à reincidência sob o fundamento de que a consideração dessa circunstância configuraria bis in idem, porquanto o paciente não poderia ser novamente apenado por crime pelo qual já pagou.

STF, *Habeas Corpus* nº 93.194-4/RS: o TJ, em recurso de apelação da defesa, excluiu o acréscimo concemente à reincidência, reduzindo a pena do paciente, sob o fundamento de que o aumento em virtude da reincidência configuraria bis in idem, punindo-se o paciente por crime pelo qual já pagou.

STF, *Habeas Corpus* nº 92.626-6/RS: Ao negar provimento ao recurso ministerial, o TJ/RS acolheu o da defesa para afastar o aumento relativo à reincidência.

STF, *Habeas Corpus* nº 95.389-1/RS: No caso, as partes, ao apelarem ao TJ obtiveram a seguinte resposta: “Reconhecimento da inconstitucionalidade de sua aplicação como agravante necessária.”

STF, *Habeas Corpus* 94.020-0/RS: Novamente o TJ local deu parcial provimento à apelação para excluir da pena o acréscimo relativo à reincidência, com fundamento de ser inconstitucional e configurar bis in idem.

STF, *Habeas Corpus* nº 93.194-4/RS: Em recurso de apelação da defesa excluiu, o TJ, acréscimo concemente à reincidência, sob o fundamento de que o aumento em virtude da reincidência configuraria bis in idem, punindo-se o paciente por crime pelo qual já pagou.

*Habeas Corpus nº 93.969-4/RS*²⁸: O Tribunal concluiu pela não aplicação da agravante da reincidência por considerar que ela não possui “função teleológica”, ou seja, ao julgar o *Habeas Corpus* alega que refletir sobre a reincidência é remeter a questão para a discussão, sempre presente, a respeito da função da pena e, se assim fizermos, devemos relacioná-la com o indivíduo, ou seja, aquele a quem a aplicação da sanção atinge. Trata-se, para o Tribunal, em tese, de aplicar medidas orientadas para a ressocialização do delinqüente e, por óbvio, significaria mais que evitar simplesmente a reincidência.

O cumprimento da sanção, para realizar seu conteúdo teleológico, deveria, por exemplo, resultar em preparação profissional, ensinar a fazer uso do ócio de uma forma construtiva, educar, melhorar as relações pessoais e despertar a consciência sócio axiológica. Mas, de acordo com a decisão, a pena seria um mal necessário. Etiologicamente, então, identificam-se como determinantes da reincidência fatores sociais alcançados pela pena. O Tribunal julga no sentido de que se a sanção não pode cumprir sua função, não existe a razão para o acréscimo pela reincidência. Para eles a pena é um mal necessário, a reincidência não. Logo, sem função teleológica, sem aplicação a agravante.

*Habeas Corpus nº 94.846-4/RS*²⁹: O TJ/RS expungiu o acréscimo da reincidência da pena, sob fundamento de ser inconstitucional e configurar *bis in idem*, sustentando, em suma, que a atual Constituição Federal não recepcionou o instituto da reincidência. O tribunal afirma que, desde a antiguidade, a reincidência estigmatiza o condenado e que, na segunda metade do século IX, foi subvertida pela **regressão positivada** do direito penal, que centrou grande parte da nova política criminal na **relevância e no tratamento de tipos de autor, a que nos delitos**.

STF, Habeas Corpus nº 95.398/RS: O Tribunal de Justiça afirma claramente que eles reconhecem a reincidência como inconstitucional como aplicação da agravante necessária.

²⁸ STF, Ministra Relatora Cármen Lúcia, DJ de 22/04/2008.

²⁹ STF, Ministro Relator Ricardo Lewandowski, DJ de 07/10/2008.

Aduz ainda, que a alteração da Constituição Federal impede que o Código Penal continue a ser interpretado da mesma forma em face de Constituições diferentes. Assim, o instituto da reincidência viola o princípio do *non bis in idem* e o princípio constitucional do estado democrático de direito.

5.2 Manutenção da decisão do Superior Tribunal de Justiça

O posicionamento do STJ, quando mencionadas nos acórdãos, sempre apontaram pela incidência da agravante da reincidência. Neste sentido, o STJ até mesmo editou a Súmula nº 241, distinguindo a hipótese de aplicação da agravante como antecedentes e como circunstância legal: “a reincidência penal não pode ser considerada como circunstância agravante e, simultaneamente como circunstância judicial”. Logo, reconhece violação ao princípio do *non bis in idem* quando há aplicação da agravante na primeira e segunda fase da dosimetria da pena. Nos acórdãos demonstra a seguinte opinião:

Habeas Corpus nº 95.389-1/RS³⁰: O Ministério Público do Rio Grande do Sul interpôs recurso especial, o qual foi dado provimento pelo STJ, que verificou que a Corte estadual, ao afastar a reincidência no cálculo da pena fixada ao réu ora recorrido, efetivamente, negou vigência ao artigo 61, I, do Código Penal, que prevê essa agravante como circunstância legal que sempre deverá majorar a pena, sendo, portanto, norma de natureza cogente, ou seja, de aplicação **obrigatória**.

O STJ julga no sentido de que é respeitável a construção doutrinária na defesa de quaisquer teses que exaltem ou critiquem o sistema legal em vigor, contudo, durante a sua vigência, afigura-se imprescindível que seja efetivamente respeitado e aplicado; e, consoante se depreende da redação do dispositivo em questão, o legislador endereçou um **comando**, e não uma **faculdade**, ao aplicador da lei, qual seja: no momento da dosimetria

³⁰ STF, DJ de 04.08.2008.

da pena, estando comprovada a reincidência, a sanção corporal deverá ser **sempre** agravada.³¹

³¹ Julgados no mesmo sentido:

STF, *Habeas Corpus* nº 91.688-1/RS: O STJ reconheceu provimento no pedido do Ministério Público do Rio Grande do Sul, no sentido de que no momento da dosimetria da pena, a reincidência, a sanção corporal **deverá ser sempre agravada** sob pena de **violação** ao comando contido no artigo 61, inciso I, do Código Penal.

STF, *Habeas Corpus* nº 93.194-4/RS: Entretanto, o Ministério Público do Rio Grande do Sul interpôs recurso especial, provido pelo STJ, no sentido de que “dentro dos limites legais, uma vez caracterizada a reincidência, a agravante deve ser aplicada.”

STF, *Habeas Corpus* nº 92.626-6/RS: O STJ ao julgar o recurso, afirma que o afastamento da reincidência como fator agravante da pena aplicada, sob a afirmativa de que tal instituto não se coaduna com a moderna evolução do Direito Penal, além de se mostrar divergente do entendimento adotado por este colendo Superior Tribunal, nega vigência ao artigo 61, I do CPB, que prevê expressamente o instituto como causa circunstancial obrigatória de majoração da reprimenda a ser fixada.

STF, *Habeas Corpus* nº 93.969-4/RS: Ao julgar o recurso, o STJ deu provimento ao pedido do Ministério Público, alegando que “dentro dos limites legais, uma vez caracterizada a reincidência, a agravante **deve ser aplicada** e que **ferre** o disposto no artigo 61, inciso I, do CP, a rejeição de sua incidência sob pretexto de *bis in idem* ou de adequação a novas realidades penais não decorrentes da lei.

STF, *Habeas Corpus* nº 94.846-4/RS: O STJ deu provimento ao recurso especial do MP, por considerar que a agravante de reincidência deve ser valorada no momento da individualização da pena, uma vez que se constitui em elemento que **representa maior reprovação da conduta**.

STF, *Habeas Corpus* nº 94.665-8/RS: O STJ afirma que quando se comprova a reincidência, a dosimetria da pena deve ocorrer de forma a observar os parâmetros legais de retribuição, prevenção e recuperação do delito, respeitando-se o ordenamento jurídico e a sua finalidade.

STF, *Habeas Corpus* 94.903-7/RS: Neste *Habeas Corpus* são citados outros processos que confirmam o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, por exemplo: a REsp 736.345/RS, Rel. Min. Laurita Vaz, Quinta Turma, DJ de 19/12/2005 que a jurisprudência do STJ afirma que “condenações diversas, transitadas em julgado, singularmente apreciadas, podem ser levadas em consideração, pelo julgador, para efeito de maus antecedentes e de reincidência, desde que, como **in casu** ocorre, sejam distintos os elementos geradores. O que não se admite, é a valoração em momentos diversos, durante a fixação da pena, de um mesmo fato.

STF, *Habeas Corpus* nº 93.812-4/RS: A interpretação dada pelo STJ no acórdão reconhece que a reincidência não importa em *bis in idem*, tornando-se, por isso, constitucional, porquanto tão-só visa reconhecer **maior censurabilidade** à conduta de quem reitera a prática infracional, após o trânsito em julgado da sentença em que anteriormente foi condenado.

STF, *Habeas Corpus* nº 98.992/RS: O STJ parte do princípio que negar a aplicação do agravante constitui efetiva e direta ofensa ao texto legal, além de contrariar todo o sistema jurídico-penal, para o qual a reincidência é considerada circunstância basilar na dosimetria da pena.

6. Conclusão

Pelo exposto, pode-se afirmar que o STF mantém posicionamento pacífico sobre a constitucionalidade da aplicação da circunstância agravante da reincidência, embora sejam freqüentes recursos de Tribunais de Justiça (como o TJ do Rio Grande do Sul), que questionam sua incidência – isso pode ser constatado até mesmo pela decisão na qual foi conhecida repercussão geral, também proveniente do Rio Grande do Sul.

A partir daí, podemos nos perguntar: como o STF reconheceu a repercussão geral se a aplicabilidade da reincidência é um assunto pacificado pela corte? Existem duas razões possíveis, a primeira: para se reconhecer a repercussão geral é necessário que o seu fato gerador atinja um número determinado de pessoas e a decisão sobre este fato deve, por sua vez, influenciar a sociedade. Neste caso, a reincidência caracteriza um número expressivo de cidadãos, assim, uma sentença dada pelos ministros pode influenciar a saída de muitos detentos que são reincidentes, como também pode manter o atual quadro de aplicação de penas privativas de liberdade no Brasil.

Além disso, a agravante por vezes é utilizada pelos juízes de maneira equivocada, pois, muitos magistrados utilizam a reincidência como justificativa tanto para fixar a pena base como também para agravá-la, ou seja, ocorre em muitos casos a prática do *non bis in idem*.

Entretanto, embora o número de decisões estudadas seja pequeno, foi possível perceber diversos pontos que foram consolidados pelos ministros, através de argumentos como “sempre reputou válida a fixação daquela agravante”, “dispositivo legal não declarado inconstitucional”, “o STF por diversas vezes, já se manifestou no sentido da possibilidade do agravamento da pena em razão da reincidência”, entre outros.

No voto do Ministro Celso de Mello, no Mandado de Segurança 26.603, ele afirma que:

“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 e 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.”

Como se pôde constatar neste estudo, há muita discussão sobre o tema, tanto jurisprudencial como também doutrinária. Desta forma, pode-se vislumbrar como será decidida a repercussão geral. Após tantos precedentes favoráveis à reincidência, entendo que seja pouco provável vislumbrar uma mudança de posicionamento do Supremo, considerando-se a atual composição da Corte. Ao se pronunciar sobre a reincidência na decisão da repercussão geral, o STF poderá pacificar o entendimento sobre a questão e uniformizar a jurisprudência sobre o assunto.

7. Bibliografia

Bruno, Aníbal. *Direito Penal: parte geral*, Rio de Janeiro: Forense, 1962, v.I. Tomo II, pg. 112.

Dotti, René Ariel. "Bases e alternativas para o sistema das penas". São Paulo, *Revista dos Tribunais*, 2ª edição, 1998, pg. 117.

Fragoso, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal*. 16ª edição. Forense: 2003, pg. 407.

Franco, Alberto Silva. *Código Penal e sua interpretação*. 6ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, Tomo I – Volume 1 – Parte Geral, pg. 1020.

JESUS, Damásio Evangelista de. *Código Penal Anotado*. Saraiva: 2000, 2ª Edição, pg. 222.

Mirabete, J. F., *Manual de Direito Penal*, São Paulo: Atlas, 2002, 13ª edição, 2002, pg. 299-300.

Endereços Eletrônicos

http://www.dominiopublico.gov.br/pesquisa/DetalheObraForm.do?select_action=&co_obra=148150, visualizado em 15.11.2010.

http://www.ibccrim.org.br/site/artigos/capa.php?jur_id=9536, visualizado em 01/11/2010.

<http://jus.uol.com.br/revista/texto/6306/reincidencia>, visualizado em 01.11.2010.

http://www.mp.go.gov.br/portalweb/hp/7/docs/artigo_a_funcao_retributiva_da_pena_privativa_de_liberdade.pdf, visualizado em 02.11.2010.

<http://portal.mj.gov.br/data/Pages/MJD574E9CEITEMID598A21D892E444B5943A0AEE5DB94226PTBRNN.htm>, visualizado em 30.10.2010.

<http://portal.mj.gov.br/data/Pages/MJD574E9CEITEMIDC37B2AE94C6840068B1624D28407509CPTBRIE.htm>, visualizado em 30/10/2010.

<http://www.stf.jus.br/portal/glossario/verVerbete.asp?letra=T&id=220>, visualizado em 03.03.11.

8. Tabela Informativa sobre o material utilizado:

N. dos Acórdãos	Ano	Estado	Relator	Paciente	Impetrante
HC 80.066-1	2000	Minas Gerais	Min. Ilmar Galvão	Eduardo D. Martins	Maurício R. Thomaz
RHC 84.295-0	2005	Rio de Janeiro	Min. Cesar Peluso	Luiz G. Biglia	Karine Faria B. Michel
RHC 88.022-3	2006	Rio de Janeiro	Min. Sepúlveda Pertence	Joacy J. G. de Santana	Flavio J. Martins
HC 91.688-1	2007	Rio Grande do Sul	Min. Eros Grau	Flávio Luiz da S. Martins	Defensoria Pública da União
HC 87.071-6	2007	São Paulo	Min. Cezar Peluso	Orlando M. dos Santos	Alberto Zacharias Toron
HC 94.020-0	2008	Rio Grande do Sul	Min. Ricardo Lewandowski	Leandro Ferreira	Defensoria Pública da União
HC 94.846-4	2008	Rio de Janeiro	Min. Ricardo Lewandowski	Jucemar Antônio Martins	Defensoria Pública da União
HC 95.585-1	2008	São Paulo	Min. Ellen Gracie	Airton José Low	Reinaldo de J. Scandiucci
HC 93.194-4	2008	Rio Grande do Sul	Min. Eros Grau	Paulo R. Luz da Silva	Defensoria Pública da União
HC 94.903-7	2008	Rio Grande do Sul	Min. Menezes Direito	Marcos A. Rosa de Oliveira	Defensoria Pública da União
HC 94.665-8	2008	Rio Grande do Sul	Min. Ricardo Lewandowski	José Valdecir Farias	Defensoria Pública da União
HC 93.459-5	2008	Rio Grande do Sul	Min. Ricardo Lewandowski	Ricardo Minossi de Borba	Defensoria Pública da União
HC 92.626-6	2008	Rio Grande do Sul	Min. Ricardo Lewandowski	Jorge Alberto de Montigny	Defensoria Pública da União
HC 93.812-4	2008	Rio Grande do Sul	Min. Ricardo Lewandowski	Sandro Giovanni Azambuja Flores	Defensoria Pública da União
HC 93.969-4	2008	Rio Grande do Sul	Min. Cármen Lúcia	Claudionor de Souza	Defensoria Pública da União
HC 90.747	2009	Paraná	Min. Joaquim Barbosa	Cláudio B. Corrêa	Leonardo Lobo de Andrade Vianna
HC 95.298-1	2009	Rio Grande do Sul	Min. Cármen Lúcia	Márcio R. Severo	Defensoria Pública da União
HC 94.449	2009	Rio Grande do Sul	Min. Joaquim Barbosa	Luciano Laerte Ramos	Defensoria Pública da União
HC 98.992	2009	Rio Grande do Sul	Min. Ellen Gracie	Tiago da Silva Vidal	Defensoria Pública da União
HC 93.515-0	2009	Paraná	Min. Marco Aurélio	Eliane de Fátima W. Nichalls	Lincoln Ferreira de Barros