

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E ECONÔMICAS
FACULDADE DE DIREITO

MATEUS MARCULINO NASCIMENTO

**A QUESTIONADA RACIONALIDADE DA REINCIDÊNCIA: ANÁLISE DA
LEGISLAÇÃO, DOS PRINCÍPIOS E DO ENTENDIMENTO DO SUPREMO
TRIBUNAL FEDERAL**

RIO DE JANEIRO

2023

MATEUS MARCULINO NASCIMENTO

**A QUESTIONADA RACIONALIDADE DA REINCIDÊNCIA: ANÁLISE DA
LEGISLAÇÃO, DOS PRINCÍPIOS E DO ENTENDIMENTO DO SUPREMO
TRIBUNAL FEDERAL**

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação do **Professor Dr. Cezar Augusto Rodrigues Costa.**

RIO DE JANEIRO

2023

CIP - Catalogação na Publicação

N244q Nascimento, Mateus Marculino
A questionada racionalidade da reincidência:
análise da legislação, dos princípios e do
entendimento do Supremo Tribunal Federal / Mateus
Marculino Nascimento. -- Rio de Janeiro, 2023.
61 f.

Orientador: Cezar Augusto Rodrigues Costa.
Trabalho de conclusão de curso (graduação) -
Universidade Federal do Rio de Janeiro, Faculdade
Nacional de Direito, Bacharel em Direito, 2023.

1. Reincidência. 2. Direito penal. 3. Direito
processual penal. 4. Execução penal. I. Costa, Cezar
Augusto Rodrigues, orient. II. Título.

MATEUS MARCULINO NASCIMENTO

**A QUESTIONADA RACIONALIDADE DA REINCIDÊNCIA: ANÁLISE DA
LEGISLAÇÃO, DOS PRINCÍPIOS E DO ENTENDIMENTO DO SUPREMO
TRIBUNAL FEDERAL**

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação do **Professor Dr. Cezar Augusto Rodrigues Costa**.

Data da Aprovação: 04/01/2023

Banca Examinadora:

Orientador

Membro da Banca

Membro da Banca

**RIO DE JANEIRO
2023**

RESUMO

O sistema de justiça penal é composto por diversos elementos que procuram formar a sua contestada racionalidade. Para compreender como o poder punitivo estatal opera e averiguar a validade das críticas feitas a ele, é necessário o estudo de seus institutos, dentre os quais se destaca a reincidência em razão da sua expressividade quanto ao agravamento da situação do réu ou apenado. Tendo-se em vista a sua importância, é indispensável destrinchar as hipóteses em que tal instrumento é utilizado para gerar consequências ao indivíduo que é considerado reincidente. O presente trabalho tem como objetivo verificar o grau de conformidade do instituto da reincidência com o ordenamento jurídico considerando as várias críticas que podem ser feitas a ele.

Palavras-chave: Reincidência; direito penal; direito processual penal; execução penal.

RESUMEN

El sistema de justicia penal se compone de varios elementos que buscan configurar su cuestionada racionalidad. Para comprender cómo opera el poder punitivo estatal y comprobar la validez de las críticas que se le hacen, es necesario estudiar sus institutos, entre los que destaca la reincidencia por su expresividad en cuanto al agravamiento de la situación del imputado o condenado. Dada su importancia, es fundamental desentrañar las hipótesis en las que dicho instrumento es utilizado para generar consecuencias para el individuo que es considerado reincidente. El presente trabajo tiene como objetivo verificar el grado de conformidad del instituto de reincidencia con el ordenamiento jurídico considerando las diversas críticas que se le pueden hacer.

Palabras clave: Reincidencia; derecho penal; derecho procesal penal; ejecución penal.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	07
1. A REINCIDÊNCIA NA LEGISLAÇÃO PENAL BRASILEIRA	10
1.1. Prisão processuais e medidas cautelares	12
1.2. Óbice ao acordo de não persecução penal, transação penal e suspensão condicional do processo	13
1.3. Circunstância agravante	15
1.4. Óbice ao reconhecimento de causas de diminuição da pena, à aplicação de pena de multa e ao perdão judicial	16
1.5. Causas de aumento de pena	20
1.6. Fixação de regime	21
1.7. Substituição da pena privativa de liberdade e suspensão condicional da pena	21
1.8. Óbice ao direito de apelar em liberdade	22
1.9. Execução penal	22
1.10. Livramento condicional	25
1.11. Reabilitação e prescrição	27
2. O DEBATE DOUTRINÁRIO SOBRE A REINCIDÊNCIA	28
2.1. O princípio do <i>non bis in idem</i>	29
2.2. Princípio da legalidade	32
2.3. Coisa julgada	35
2.4. Princípio da intervenção mínima	36
2.5. Princípio da lesividade	38
2.6. Princípio da culpabilidade	38
2.7. Princípio da proporcionalidade	39
2.8. Princípio da presunção de inocência	39
3. O TEMA 114 E O ENTENDIMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL	44
3.1. Breve resumo do caso	44
3.2. A fundamentação da Corte	47
CONSIDERAÇÕES FINAIS	55
BIBLIOGRAFIA	59

INTRODUÇÃO

A busca por justiça impõe a reflexão sobre os desafios que ainda devem ser enfrentados para que se possa perseguir uma sociedade mais igualitária. As indagações que podem ser feitas são várias, e a maioria delas perpassa pela esfera do direito. Afinal, uma das funções precípua do direito é a regulação dos conflitos afetos aos bens mais relevantes em sociedade.

Tanto entre os problemas mais vistosos da sociedade brasileira quanto entre as questões mais preocupantes atinentes ao direito, encontram-se as discussões acerca da prisão e das penas. É possível citar como pautas que permeiam o debate nacional o superencarceramento, as taxas de violência e o discurso de insegurança pública.

Nessa toada, o conhecimento e o estudo sobre os institutos de direito penal material e processual revelam-se de suma importância para se destrinchar os alicerces nos quais se fincam as atuais condições da justiça criminal no Brasil.

Dentre os institutos mais notáveis, a reincidência detém grande visibilidade em razão da variedade de efeitos que pode produzir. Para além disso, a reincidência é uma figura que não só pode servir ao agravamento da situação do réu ou apenado, mas também pode ser útil à elaboração de estatísticas acerca da justiça criminal. Dessa forma, o instituto em questão, ao mesmo tempo que colabora para o aumento da população carcerária e para a ampliação de seu tempo de permanência, sinaliza que as prisões não são tão efetivas como teoricamente deveriam ser.

Esta contradição é uma das várias que podem ser apontadas sobre a reincidência. Não obstante, as normas repressivas continuam a recrudescer em uma tentativa de frear o número de registros de crimes. Nessa esteira, foi promulgada nos últimos anos a Lei nº 13.964/2019, popularmente conhecida como "Pacote Anticrime", que entrou em vigor a partir de 2020. Tal lei alterou dispositivos e introduziu novas hipóteses de aplicação dos efeitos da reincidência, motivo pelo qual se debruçar sobre o instituto torna-se ainda mais importante atualmente.

Em que pese as adições feitas às previsões de agravamento da situação do agente reincidente frente ao poder punitivo estatal, o debate ultrapassa a esfera legal e adentra a

questão de qual seria o discurso legitimador apto a justificar a reincidência. A discussão, derradeiramente, chega ao ponto em que se pauta a conformidade ou a contrariedade do instituto em relação à Constituição da República e aos seus princípios.

Consequentemente, é de esperar que a disputa teórica, ao adentrar no âmbito constitucional, inste o Supremo Tribunal Federal, como guardião da Constituição, a pronunciar seu entendimento após ser devidamente provocado. E foi isto que ocorreu nos autos do Recurso Extraordinário nº 453.000, cuja decisão entendeu por ser a reincidência condizente com os preceitos da Carta Magna.

Todavia, a discussão não cessou para os doutrinadores e estudiosos do direito. Houve inovações legislativas desde o proferimento do supramencionado *decisum* e ainda há muitas vozes que discordam do posicionamento da Corte e defendem a inconstitucionalidade da reincidência.

Com o presente trabalho, questionam-se criticamente os argumentos ventilados para defender a constitucionalidade da reincidência, que é amplamente aplicada por magistrados em razão de haver uma jurisprudência pacífica acerca de sua conformidade com o ordenamento jurídico. Pretende-se, assim, contrapor os discursos antagônicos e distinguir os diferentes níveis de conformidade com a Constituição dos mais variados efeitos do instituto a depender das perspectivas utilizadas.

Para se entender o fenômeno da reincidência e seu lugar no ordenamento jurídico brasileiro, é preciso, em primeiro lugar, analisar a sua definição legal. Somente após entender os contornos legais dados ao instituto é possível verificar sua legitimidade. Todavia, cabe destacar que a definição deve ser seguida da explicitação das consequências decorrentes do reconhecimento da reincidência espreiadas pela legislação penal de maior relevância, uma vez que a definição, por si só, não inflige efeitos à pena do agente recalcitrante.

O estudo da definição e de seus efeitos legais não é, ainda, o suficiente para se averiguar a legitimidade do instituto. Por esse motivo, é necessário recorrer à doutrina para se averiguar quais são as justificativas de legitimação da reincidência e de sua conformidade com a Constituição. Neste âmbito, deve-se analisar tanto os autores que entendem ser a reincidência

legítima e constitucional quanto aqueles segundo os quais o instituto é ilegítimo e inconstitucional.

É imperativo se proceder, então, à avaliação do entendimento do Supremo Tribunal Federal como intérprete da Constituição, levando-se em consideração a fundamentação da decisão proferida em sede de julgamento do Recurso Extraordinário 453.000, que teve repercussão geral reconhecida e foi considerado como *leading case* do Tema 114. De acordo com a tese firmada pela Corte, a reincidência como agravante é harmônica com a Constituição.

Ao sobrepor os diversos efeitos resultantes da reincidência às teses doutrinárias e à fundamentação do Supremo Tribunal Federal, espera-se ser possível esboçar critérios que delimitem os graus de conformidade da reincidência com a ordem constitucional em função dos seus efeitos e a depender do ponto de partida do intérprete.

1. A REINCIDÊNCIA NA LEGISLAÇÃO PENAL BRASILEIRA

Dentre os institutos pertinentes à seara do direito penal, a reincidência é um dos mais notórios por possuir grande repercussão em diversas consequências do poder punitivo estatal. Por esse motivo, é tema de grande debate entre doutrinadores, magistrados e demais profissionais e estudiosos do direito quanto à sua conformidade com a ordem constitucional e aos limites da aplicação de seus efeitos.

No direito brasileiro, verifica-se a ocorrência da reincidência quando o agente comete novo crime após ter sido condenado, por sentença transitada em julgado, por delito anterior, de acordo com o art. 63 do Código Penal:

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. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

Além de tal definição, a legislação brasileira limita a incidência das consequências do referido instituto. O primeiro limite é de ordem temporal. A reincidência pode ter seus efeitos aplicados somente nos casos em que o intervalo entre a data do cumprimento ou extinção da pena do crime anterior e a data do cometimento do novo delito for igual ou inferior a cinco anos, conforme se interpreta do art. 64, inciso I do Código Penal:

Art. 64 - Para efeito de reincidência: (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

I - não prevalece a condenação anterior, se entre a data do cumprimento ou extinção da pena e a infração posterior tiver decorrido período de tempo superior a 5 (cinco) anos, computado o período de prova da suspensão ou do livramento condicional, se não ocorrer revogação; (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

II - não se consideram os crimes militares próprios e políticos. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

A natureza do crime é o segundo limite definido, uma vez que não se consideram crimes militares próprios e crimes políticos para a configuração da reincidência nos termos do art. 63

supramencionado, mas apenas crimes comuns, em obediência ao inciso II do também já citado art. 64.

Além da reincidência, é importante estabelecer o que se entende por primariedade. Réu primário é todo aquele que não se encontra nas delimitações que configuram a reincidência. Isto é, mesmo que possua condenações passadas, o agente que vir a cometer novo delito após o decurso do prazo previsto no Código Penal para a imposição dos efeitos da reincidência será considerado primário para os efeitos legais.¹

O reconhecimento da reincidência resulta na imposição de diversos efeitos para o indivíduo que se encontra na posição de denunciado, réu ou condenado. Apesar de sua consequência mais notória ser a sua utilização como circunstância agravante, a reincidência coloca o agente que comete novo delito nas condições delimitadas pelo Código Penal em outras situações mais gravosas em comparação ao tratamento dado ao agente primário.

Merecem destaque os efeitos da reincidência previstos nos principais diplomas legais do âmbito do direito penal material e processual: Código Penal, Código de Processo Penal, Lei nº 7.210/1984 (Lei de Execução Penal) e Lei nº 9.099/1995 (Lei dos Juizados Especiais). Também demanda grande atenção a previsão de gravames aos agentes reincidentes no âmbito dos crimes relacionados ao tráfico de drogas, constantes da Lei nº 11.343/2006, e dos crimes referentes ao porte ou posse ilegal de armas, definidos na Lei nº 10.826/2003, em razão da sua relevância dentro do sistema de justiça criminal.

Entretanto, há de se frisar que a reincidência tem seus efeitos previstos em demais hipóteses contidas em leis esparsas. A título exemplificativo, são citadas as consequências para o réu reincidente que vem a ser condenado por crimes de trânsito, prescritos pela Lei nº 9.503/1997, ou por crimes ambientais, nos termos da Lei nº 9.605/1998. Não se pretende, contudo, exaurir todas as previsões legais da reincidência, mas delimitar as principais consequências decorrentes do instituto, de modo que eventuais normas não contempladas pelo trabalho têm, guardadas as devidas particularidades, efeitos análogos aos de uma hipótese estudada.

¹ FRANCO, Alberto Silva; STOCO, Rui (org). *Código Penal e sua Interpretação Jurisprudencial, Volume 1: Parte Geral*. 7ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 1185-1186.

1.1. Prisões processuais e medidas cautelares

No âmbito da audiência de custódia em caso de prisão em flagrante, o parágrafo 2º do art. 310 do Código de Processo Penal coíbe a concessão de liberdade provisória se for verificado que o acusado é reincidente:

Art. 310. Após receber o auto de prisão em flagrante, no prazo máximo de até 24 (vinte e quatro) horas após a realização da prisão, o juiz deverá promover audiência de custódia com a presença do acusado, seu advogado constituído ou membro da Defensoria Pública e o membro do Ministério Público, e, nessa audiência, o juiz deverá, fundamentadamente: (Redação dada pela Lei nº 13.964, de 2019)

I - relaxar a prisão ilegal; ou (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).

II - converter a prisão em flagrante em preventiva, quando presentes os requisitos constantes do art. 312 deste Código, e se revelarem inadequadas ou insuficientes as medidas cautelares diversas da prisão; ou (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).

III - conceder liberdade provisória, com ou sem fiança. (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).

§ 2º Se o juiz verificar que o agente é reincidente ou que integra organização criminosa armada ou milícia, ou que porta arma de fogo de uso restrito, deverá denegar a liberdade provisória, com ou sem medidas cautelares. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

A reincidência em crime doloso também pode ensejar a decretação de prisão preventiva, nos termos do inciso II do art. 313 do Código de Processo Penal:

Art. 313. Nos termos do art. 312 deste Código, será admitida a decretação da prisão preventiva: (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

II - se tiver sido condenado por outro crime doloso, em sentença transitada em julgado, ressalvado o disposto no inciso I do caput do art. 64 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal; (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

Além disso, o cometimento de novo delito doloso provoca a quebra da fiança, nos termos do art. 341, inciso V do supramencionado diploma legal:

Art. 341. Julgar-se-á quebrada a fiança quando o acusado: (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

V - praticar nova infração penal dolosa. (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).

1.2. Óbice ao acordo de não persecução penal, transação penal e suspensão condicional do processo

Antes mesmo da aceitação da denúncia, é defeso ao Ministério Público propor acordo de não persecução penal, em consonância com o inciso II do parágrafo 2º do art. 28-A do Código de Processo Penal, uma vez que a reincidência é uma das condições que obstam os benefícios de tal proposta. Ainda de acordo com o inciso III do mesmo parágrafo, a proposição do acordo de não persecução penal também não é possível nos casos em que o agente acusado já foi beneficiado pelo mesmo instituto ou pelos institutos da transação penal e da suspensão condicional do processo nos cinco anos anteriores ao cometimento do delito a ser objeto do acordo. Veja-se:

Art. 28-A. Não sendo caso de arquivamento e tendo o investigado confessado formal e circunstancialmente a prática de infração penal sem violência ou grave ameaça e com pena mínima inferior a 4 (quatro) anos, o Ministério Público poderá propor acordo de não persecução penal, desde que necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime, mediante as seguintes condições ajustadas cumulativa e alternativamente: (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

§ 2º O disposto no caput deste artigo não se aplica nas seguintes hipóteses: (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

II - se o investigado for reincidente ou se houver elementos probatórios que indiquem conduta criminal habitual, reiterada ou profissional, exceto se insignificantes as infrações penais pretéritas; (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

III - ter sido o agente beneficiado nos 5 (cinco) anos anteriores ao cometimento da infração, em acordo de não persecução penal, transação penal ou suspensão condicional do processo; e (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

A transação penal também não pode ser proposta se houver constatação de que o imputado é reincidente, de acordo com o art. 76, parágrafo 2º, inciso I da Lei 9.099/1995:

Art. 76. Havendo representação ou tratando-se de crime de ação penal pública incondicionada, não sendo caso de arquivamento, o Ministério Público poderá propor a aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou multas, a ser especificada na proposta.

§ 2º Não se admitirá a proposta se ficar comprovado:

I - ter sido o autor da infração condenado, pela prática de crime, à pena privativa de liberdade, por sentença definitiva;

II - ter sido o agente beneficiado anteriormente, no prazo de cinco anos, pela aplicação de pena restritiva ou multa, nos termos deste artigo;
III - não indicarem os antecedentes, a conduta social e a personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias, ser necessária e suficiente a adoção da medida.

§ 4º Acolhendo a proposta do Ministério Público aceita pelo autor da infração, o Juiz aplicará a pena restritiva de direitos ou multa, que não importará em reincidência, sendo registrada apenas para impedir novamente o mesmo benefício no prazo de cinco anos.

Nota-se que, apesar do benefício não importar em reincidência propriamente dita, a sua concessão impede a realização de nova transação pelo prazo de cinco anos, nos termos do art. 76, parágrafo 2º, inciso II e parágrafo 4º do mesmo diploma legal.

O art. 89 da mesma lei prevê o instituto da suspensão condicional do processo, que deve ser proposto no ato de oferecimento da denúncia e cujos requisitos necessários – alguns destes compartilhados com o instituto da suspensão condicional da pena, a ser visto adiante – estão também delimitados pelo art. 77 do Código Penal e incluem a condição de primariedade do réu:

Art. 89. Nos crimes em que a pena mínima cominada for igual ou inferior a um ano, abrangidas ou não por esta Lei, o Ministério Público, ao oferecer a denúncia, poderá propor a suspensão do processo, por dois a quatro anos, desde que o acusado não esteja sendo processado ou não tenha sido condenado por outro crime, presentes os demais requisitos que autorizariam a suspensão condicional da pena (art. 77 do Código Penal).

Art. 77 - A execução da pena privativa de liberdade, não superior a 2 (dois) anos, poderá ser suspensa, por 2 (dois) a 4 (quatro) anos, desde que: (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

I - o condenado não seja reincidente em crime doloso; (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

II - a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias autorizem a concessão do benefício; (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

III - Não seja indicada ou cabível a substituição prevista no art. 44 deste Código. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

Não obstante, o próprio art. 89 da supracitada lei especial estipula que a *sursis* processual não pode ser aplicada nos casos em que o sujeito tenha sido condenado por outro crime anteriormente.

Cabe ressaltar que a suspensão condicional do processo também não pode ser concedida nos casos em que o agente está sendo processado pela suposta prática de outro delito. Tal proibição não tem relação com a reincidência propriamente dita, uma vez que sequer se exige condenação prévia com trânsito em julgado. Na verdade, essa norma viola o princípio constitucional da presunção de inocência.²

1.3. Circunstância agravante

Após o regular trâmite do processo penal, a superveniência de sentença condenatória enseja a análise dos critérios para dosimetria da pena, dentre os quais se destaca a figura da reincidência como agravante. O art. 61, inciso I do Código Penal determina o agravamento da sanção quando for o réu reincidente:

Circunstâncias agravantes

Art. 61 - São circunstâncias que sempre agravam a pena, quando não constituem ou qualificam o crime:(Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

I - a reincidência; (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

De igual modo, a reincidência agrava a pena dos crimes contra o meio ambiente previstos na Lei nº 9.605/1998, conforme disciplina o seu art. 15, inciso I:

Art. 15. São circunstâncias que agravam a pena, quando não constituem ou qualificam o crime:

I - reincidência nos crimes de natureza ambiental;

O reconhecimento do instituto como agravante da pena também é relevante para a determinação do *quantum* de pena nas hipóteses em que ocorre concurso entre circunstâncias agravantes e atenuantes. O Código Penal define, em seu art. 67, que a reincidência é uma das circunstâncias preponderantes aptas a prevalecer sobre as demais circunstâncias se for verificada a ocorrência tanto de circunstâncias agravantes quanto de circunstâncias atenuantes no caso concreto:

² LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal*. 19ª edição. São Paulo: SaraivaJur, 2022, p. 874.

Concurso de circunstâncias agravantes e atenuantes

Art. 67 - No concurso de agravantes e atenuantes, a pena deve aproximar-se do limite indicado pelas circunstâncias preponderantes, entendendo-se como tais as que resultam dos motivos determinantes do crime, da personalidade do agente e da reincidência. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

1.4. Óbice ao reconhecimento de causas de diminuição da pena, à aplicação de pena de multa e ao perdão judicial

Ao seu turno, a primariedade, condição contrária à de reincidência, enseja a aplicação de certas causas de diminuição de pena. Por exemplo, para o crime de furto, é condição obrigatória ser o réu primário para a aplicação do parágrafo 2º do art. 155 do Código Penal, segundo o qual pode o acusado ser agraciado tanto pela substituição da pena de reclusão pela de detenção quanto pela diminuição da sanção privativa de liberdade, ou, ainda, ter contra ele imposta somente a pena de multa a depender do valor do objeto furtado.

Furto

Art. 155 - Subtrair, para si ou para outrem, coisa alheia móvel: Pena - reclusão, de um a quatro anos, e multa.

§ 2º - Se o criminoso é primário, e é de pequeno valor a coisa furtada, o juiz pode substituir a pena de reclusão pela de detenção, diminuí-la de um a dois terços, ou aplicar somente a pena de multa.

De igual modo, ao réu primário processado pelos crimes de apropriação indébita, apropriação indébita previdenciária, apropriação de coisa havida por erro, caso fortuito ou força da natureza, apropriação de tesouro e apropriação de coisa achada, todos previstos no Código Penal, é garantido o abrandamento da pena privativa de liberdade ou a aplicação da pena multa se for de pequeno valor a coisa apropriada:

Art. 170 - Nos crimes previstos neste Capítulo, aplica-se o disposto no art. 155, § 2º.

Especificamente quanto à apropriação indébita previdenciária, a pena privativa de liberdade pode deixar de ser aplicada ou pode ser substituída pela pena de multa se, dentre outros requisitos, o réu não for reincidente, nos termos do parágrafo 3º do art. 168-A do Código Penal:

Apropriação indébita previdenciária (Incluído pela Lei nº 9.983, de 2000)

Art. 168-A. Deixar de repassar à previdência social as contribuições recolhidas dos contribuintes, no prazo e forma legal ou convencional: (Incluído pela Lei nº 9.983, de 2000) Pena – reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, e multa. (Incluído pela Lei nº 9.983, de 2000)

§ 3º É facultado ao juiz deixar de aplicar a pena ou aplicar somente a de multa se o agente for primário e de bons antecedentes, desde que: (Incluído pela Lei nº 9.983, de 2000)

I – tenha promovido, após o início da ação fiscal e antes de oferecida a denúncia, o pagamento da contribuição social previdenciária, inclusive acessórios; ou (Incluído pela Lei nº 9.983, de 2000)

II – o valor das contribuições devidas, inclusive acessórios, seja igual ou inferior àquele estabelecido pela previdência social, administrativamente, como sendo o mínimo para o ajuizamento de suas execuções fiscais. (Incluído pela Lei nº 9.983, de 2000)

Aos crimes de estelionato e de fraude no comércio aplica-se, de igual modo, o benefício da atenuação da pena privativa de liberdade ou de sua substituição por pena de multa, nos termos do art. 171, parágrafo 1º e do art. 175, parágrafo 2º, respectivamente, do Código Penal:

Estelionato

Art. 171 - Obter, para si ou para outrem, vantagem ilícita, em prejuízo alheio, induzindo ou mantendo alguém em erro, mediante artifício, ardil, ou qualquer outro meio fraudulento: Pena - reclusão, de um a cinco anos, e multa, de quinhentos mil réis a dez contos de réis. (Vide Lei nº 7.209, de 1984)

§ 1º - Se o criminoso é primário, e é de pequeno valor o prejuízo, o juiz pode aplicar a pena conforme o disposto no art. 155, § 2º.

Fraude no comércio

Art. 175 - Enganar, no exercício de atividade comercial, o adquirente ou consumidor:

I - vendendo, como verdadeira ou perfeita, mercadoria falsificada ou deteriorada;

II - entregando uma mercadoria por outra: Pena - detenção, de seis meses a dois anos, ou multa.

§ 1º - Alterar em obra que lhe é encomendada a qualidade ou o peso de metal ou substituir, no mesmo caso, pedra verdadeira por falsa ou por outra de menor valor; vender pedra falsa por verdadeira; vender, como precioso, metal de ou outra qualidade: Pena - reclusão, de um a cinco anos, e multa.

§ 2º - É aplicável o disposto no art. 155, § 2º.

No crime de receptação dolosa, é possível vislumbrar a aplicabilidade do supramencionado do art. 155, parágrafo 2º, conforme prescreve a parte final do parágrafo 5º do art. 180 do Código Penal:

Receptação

Art. 180 - Adquirir, receber, transportar, conduzir ou ocultar, em proveito próprio ou alheio, coisa que sabe ser produto de crime, ou influir para que terceiro, de boa-fé, a adquira, receba ou oculte: (Redação dada pela Lei nº 9.426, de 1996)

Pena - reclusão, de um a quatro anos, e multa. (Redação dada pela Lei nº 9.426, de 1996)

[...]

§ 3º - Adquirir ou receber coisa que, por sua natureza ou pela desproporção entre o valor e o preço, ou pela condição de quem a oferece, deve presumir-se obtida por meio criminoso: (Redação dada pela Lei nº 9.426, de 1996)

Pena - detenção, de um mês a um ano, ou multa, ou ambas as penas. (Redação dada pela Lei nº 9.426, de 1996)

[...]

§ 5º - Na hipótese do § 3º, se o criminoso é primário, pode o juiz, tendo em consideração as circunstâncias, deixar de aplicar a pena. Na receptação dolosa aplica-se o disposto no § 2º do art. 155. (Incluído pela Lei nº 9.426, de 1996)

O parágrafo 5º também permite ao juiz deixar de aplicar a pena ao réu primário em caso de receptação culposa.

De modo similar, é possível que o juiz deixe de aplicar a pena privativa de liberdade ou aplique somente a pena de multa ao condenar o acusado de ter cometido o delito de sonegação de contribuição previdenciária se, dentre outros requisitos, o réu for primário, de acordo com o parágrafo 2º do art. 337-A do Código Penal:

Sonegação de contribuição previdenciária (Incluído pela Lei nº 9.983, de 2000)

Art. 337-A. Suprimir ou reduzir contribuição social previdenciária e qualquer acessório, mediante as seguintes condutas: (Incluído pela Lei nº 9.983, de 2000)

I – omitir de folha de pagamento da empresa ou de documento de informações previsto pela legislação previdenciária segurados empregado, empresário, trabalhador avulso ou trabalhador autônomo ou a este equiparado que lhe prestem serviços; (Incluído pela Lei nº 9.983, de 2000)

II – deixar de lançar mensalmente nos títulos próprios da contabilidade da empresa as quantias descontadas dos segurados ou as devidas pelo empregador ou pelo tomador de serviços; (Incluído pela Lei nº 9.983, de 2000)

III – omitir, total ou parcialmente, receitas ou lucros auferidos, remunerações pagas ou creditadas e demais fatos geradores de contribuições sociais previdenciárias: (Incluído pela Lei nº 9.983, de 2000)

Pena – reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, e multa. (Incluído pela Lei nº 9.983, de 2000)

§ 2º É facultado ao juiz deixar de aplicar a pena ou aplicar somente a de multa se o agente for primário e de bons antecedentes, desde que: (Incluído pela Lei nº 9.983, de 2000)

I – (VETADO) (Incluído pela Lei nº 9.983, de 2000)

II – o valor das contribuições devidas, inclusive acessórios, seja igual ou inferior àquele estabelecido pela previdência social, administrativamente, como sendo o mínimo para o ajuizamento de suas execuções fiscais. (Incluído pela Lei nº 9.983, de 2000)

A pena prevista para a conduta de tráfico de pessoas pode ser reduzida de um a dois terços por outra causa de diminuição, prevista no parágrafo 2º do art. 149-A do Código Penal, caso, além de não integrar organização criminosa, o réu também for primário:

Tráfico de Pessoas (Incluído pela Lei nº 13.344, de 2016) (Vigência)

Art. 149-A. Agenciar, aliciar, recrutar, transportar, transferir, comprar, alojar ou acolher pessoa, mediante grave ameaça, violência, coação, fraude ou abuso, com a finalidade de: (Incluído pela Lei nº 13.344, de 2016)

I - remover-lhe órgãos, tecidos ou partes do corpo; (Incluído pela Lei nº 13.344, de 2016)

II - submetê-la a trabalho em condições análogas à de escravo; (Incluído pela Lei nº 13.344, de 2016)

III - submetê-la a qualquer tipo de servidão; (Incluído pela Lei nº 13.344, de 2016)

IV - adoção ilegal; ou (Incluído pela Lei nº 13.344, de 2016)

V - exploração sexual. (Incluído pela Lei nº 13.344, de 2016)

Pena - reclusão, de 4 (quatro) a 8 (oito) anos, e multa. (Incluído pela Lei nº 13.344, de 2016)

[...]

§ 2º A pena é reduzida de um a dois terços se o agente for primário e não integrar organização criminosa. (Incluído pela Lei nº 13.344, de 2016)

No crime de tráfico de drogas, a ausência da configuração da reincidência no caso concreto é um dos requisitos para a adoção da causa de diminuição da pena constante do parágrafo 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006:

Art. 33. Importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer drogas, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar:

Pena - reclusão de 5 (cinco) a 15 (quinze) anos e pagamento de 500 (quinhentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa.

§ 1º Nas mesmas penas incorre quem:

I - importa, exporta, remete, produz, fabrica, adquire, vende, expõe à venda, oferece, fornece, tem em depósito, transporta, traz consigo ou guarda, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, matéria-prima, insumo ou produto químico destinado à preparação de drogas;

II - semeia, cultiva ou faz a colheita, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, de plantas que se constituam em matéria-prima para a preparação de drogas;

III - utiliza local ou bem de qualquer natureza de que tem a propriedade, posse, administração, guarda ou vigilância, ou consente que outrem dele se utilize, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, para o tráfico ilícito de drogas.

IV - vende ou entrega drogas ou matéria-prima, insumo ou produto químico destinado à preparação de drogas, sem autorização ou em desacordo com a determinação legal ou regulamentar, a agente policial disfarçado, quando presentes elementos probatórios razoáveis de conduta criminal preexistente. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

[...]

§ 4º Nos delitos definidos no caput e no § 1º deste artigo, as penas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, vedada a conversão em penas restritivas de direitos, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa.

1.5. Causas de aumento de pena

Como causa de aumento de pena, a reincidência específica nos crimes de porte ilegal de arma de fogo de uso permitido, disparo de arma de fogo, posse ou porte ilegal de arma de fogo de uso restrito, comércio ilegal de arma de fogo e tráfico internacional de arma de fogo enseja o agravamento da reprimenda, de acordo com o inciso II art. 20 da Lei nº 10.826/2003:

Art. 20. Nos crimes previstos nos arts. 14, 15, 16, 17 e 18, a pena é aumentada da metade se: (Redação dada pela Lei nº 13.964, de 2019)

[...]

II - o agente for reincidente específico em crimes dessa natureza. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

Além disso, o parágrafo 4º do art. 28 da Lei nº 11.343/2006 prevê uma duração maior das penas previstas para os reincidentes na conduta de posse de drogas para consumo pessoal:

Art. 28. Quem adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trazer consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar será submetido às seguintes penas:

I - advertência sobre os efeitos das drogas;

II - prestação de serviços à comunidade;

III - medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo.

[...]

§ 3º As penas previstas nos incisos II e III do caput deste artigo serão aplicadas pelo prazo máximo de 5 (cinco) meses.

§ 4º Em caso de reincidência, as penas previstas nos incisos II e III do caput deste artigo serão aplicadas pelo prazo máximo de 10 (dez) meses.

1.6. Fixação de regime

Após determinado o *quantum* de pena, a fixação do regime inicial do cumprimento de pena privativa de liberdade também é influenciada pela qualidade de reincidente do indivíduo a ser condenado. Ao reincidente, é determinada a fixação de regime mais gravoso do que ao réu primário, de acordo com a interpretação do art. 33, parágrafo 2º, alíneas *a*, *b* e *c* do Código Penal:

Reclusão e detenção

Art. 33 - A pena de reclusão deve ser cumprida em regime fechado, semi-aberto ou aberto. A de detenção, em regime semi-aberto, ou aberto, salvo necessidade de transferência a regime fechado. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

§ 2º - As penas privativas de liberdade deverão ser executadas em forma progressiva, segundo o mérito do condenado, observados os seguintes critérios e ressalvadas as hipóteses de transferência a regime mais rigoroso: (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

- a) o condenado a pena superior a 8 (oito) anos deverá começar a cumpri-la em regime fechado;
- b) o condenado não reincidente, cuja pena seja superior a 4 (quatro) anos e não exceda a 8 (oito), poderá, desde o princípio, cumpri-la em regime semi-aberto;
- c) o condenado não reincidente, cuja pena seja igual ou inferior a 4 (quatro) anos, poderá, desde o início, cumpri-la em regime aberto.

1.7. Substituição da pena privativa de liberdade e suspensão condicional da pena

Outrossim, a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos é uma possibilidade restrita, em geral, aos acusados primários, conforme dispõe o art. 44, inciso II do Código Penal:

Art. 44. As penas restritivas de direitos são autônomas e substituem as privativas de liberdade, quando: (Redação dada pela Lei nº 9.714, de 1998)

[...]

II – o réu não for reincidente em crime doloso; (Redação dada pela Lei nº 9.714, de 1998)

[...]

§ 3º Se o condenado for reincidente, o juiz poderá aplicar a substituição, desde que, em face de condenação anterior, a medida seja socialmente recomendável e a reincidência não se tenha operado em virtude da prática do mesmo crime. (Incluído pela Lei nº 9.714, de 1998)

[...]

§ 5º Sobrevindo condenação a pena privativa de liberdade, por outro crime, o juiz da execução penal decidirá sobre a conversão, podendo deixar de aplicá-la se for possível ao condenado cumprir a pena substitutiva anterior. (Incluído pela Lei nº 9.714, de 1998)

Excepcionalmente, o réu reincidente pode ter a pena de prisão substituída por restritiva de direitos caso a "medida seja socialmente recomendável" e não se trate de reincidência específica, ou seja, não tenha repetido o cometimento do mesmo crime.

A reincidência coíbe outras penas alternativas à pena de prisão. A sua configuração em crime doloso proíbe a substituição da pena privativa de liberdade por pena de multa, nos termos do parágrafo 2º do art. 60 do Código Penal:

Critérios especiais da pena de multa

Art. 60 - Na fixação da pena de multa o juiz deve atender, principalmente, à situação econômica do réu. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

[...]

§ 2º - A pena privativa de liberdade aplicada, não superior a 6 (seis) meses, pode ser substituída pela de multa, observados os critérios dos incisos II e III do art. 44 deste Código. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

Além disso, a suspensão condicional da pena também não é concedida aos reincidentes, nos termos do art. 77, inciso I do Código Penal, já transcrito acima.

1.8. Óbice ao direito de apelar em liberdade

Durante a fase recursal, vislumbra-se efeito da reincidência sobre o direito do réu de apelar em liberdade no que se refere a determinados crimes relacionados ao tráfico de drogas, consonante com o art. 59 da Lei 11.343/2006:

Art. 59. Nos crimes previstos nos arts. 33, caput e § 1º, e 34 a 37 desta Lei, o réu não poderá apelar sem recolher-se à prisão, salvo se for primário e de bons antecedentes, assim reconhecido na sentença condenatória.

1.9. Execução penal

Durante a execução penal, a diferenciação entre agente primário e reincidente importa em critério de separação dos presos que foram condenados por crimes com violência ou grave ameaça à pessoa, nos termos do art. 84, parágrafo 3º, incisos II e III da Lei nº 7.210/1984:

Art. 84. O preso provisório ficará separado do condenado por sentença transitada em julgado.

§ 3º Os presos condenados ficarão separados de acordo com os seguintes critérios: (Incluído pela Lei nº 13.167, de 2015)

II - reincidentes condenados pela prática de crimes cometidos com violência ou grave ameaça à pessoa; (Incluído pela Lei nº 13.167, de 2015)

III - primários condenados pela prática de crimes cometidos com violência ou grave ameaça à pessoa; (Incluído pela Lei nº 13.167, de 2015)

A reincidência também enseja a conversão da pena restritiva de direitos por privativa de liberdade caso sobrevenha condenação a pena de prisão por outro crime durante o curso de seu cumprimento, de acordo com o parágrafo 5º do art. 44 do Código Penal, explicitado anteriormente.

Além disso, o percentual de pena cumprido necessário para a concessão da progressão de regime sofre influência do fato de se tratar de réu primário ou recalcitrante. As frações podem variar entre 16%, 20%, 25%, 30%, 40%, 50%, 60% e 70%, a depender de se tratar de condenado primário ou reincidente e das qualidades do crime praticado, de acordo com o art. 112 e seus incisos da Lei nº 7.210/1984:

Art. 112. A pena privativa de liberdade será executada em forma progressiva com a transferência para regime menos rigoroso, a ser determinada pelo juiz, quando o preso tiver cumprido ao menos: (Redação dada pela Lei nº 13.964, de 2019)

I - 16% (dezesesseis por cento) da pena, se o apenado for primário e o crime tiver sido cometido sem violência à pessoa ou grave ameaça; (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

II - 20% (vinte por cento) da pena, se o apenado for reincidente em crime cometido sem violência à pessoa ou grave ameaça; (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

III - 25% (vinte e cinco por cento) da pena, se o apenado for primário e o crime tiver sido cometido com violência à pessoa ou grave ameaça; (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

IV - 30% (trinta por cento) da pena, se o apenado for reincidente em crime cometido com violência à pessoa ou grave ameaça; (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

V - 40% (quarenta por cento) da pena, se o apenado for condenado pela prática de crime hediondo ou equiparado, se for primário; (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

VI - 50% (cinquenta por cento) da pena, se o apenado for: (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

a) condenado pela prática de crime hediondo ou equiparado, com resultado morte, se for primário, vedado o livramento condicional; (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

b) condenado por exercer o comando, individual ou coletivo, de organização criminosa estruturada para a prática de crime hediondo ou equiparado; ou (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

c) condenado pela prática do crime de constituição de milícia privada; (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

VII - 60% (sessenta por cento) da pena, se o apenado for reincidente na prática de crime hediondo ou equiparado; (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

VIII - 70% (setenta por cento) da pena, se o apenado for reincidente em crime hediondo ou equiparado com resultado morte, vedado o livramento condicional. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

§ 3º No caso de mulher gestante ou que for mãe ou responsável por crianças ou pessoas com deficiência, os requisitos para progressão de regime são, cumulativamente: (Incluído pela Lei nº 13.769, de 2018)

I - não ter cometido crime com violência ou grave ameaça a pessoa; (Incluído pela Lei nº 13.769, de 2018)

II - não ter cometido o crime contra seu filho ou dependente; (Incluído pela Lei nº 13.769, de 2018)

III - ter cumprido ao menos 1/8 (um oitavo) da pena no regime anterior; (Incluído pela Lei nº 13.769, de 2018)

IV - ser primária e ter bom comportamento carcerário, comprovado pelo diretor do estabelecimento; (Incluído pela Lei nº 13.769, de 2018)

V - não ter integrado organização criminosa. (Incluído pela Lei nº 13.769, de 2018)

§ 4º O cometimento de novo crime doloso ou falta grave implicará a revogação do benefício previsto no § 3º deste artigo. (Incluído pela Lei nº 13.769, de 2018)

O parágrafo 3º do supramencionado dispositivo prevê um percentual menor – 1/8 – de cumprimento de pena para que a mulher gestante ou que for responsável por criança ou pessoa com deficiência possa progredir de regime, desde que, dentre outros requisitos, seja a pleiteante primária.

A concessão do benefício da saída temporária também exige mais do condenado reincidente, uma vez que um dos requisitos é o cumprimento de 1/4 da pena para o sujeito recalcitrante, ao passo que o exigido é 1/6 para os primários, conforme o inciso II do art. 123 da Lei nº 7.210/1984:

Art. 123. A autorização será concedida por ato motivado do Juiz da execução, ouvidos o Ministério Público e a administração penitenciária e dependerá da satisfação dos seguintes requisitos:

I - comportamento adequado;

II - cumprimento mínimo de 1/6 (um sexto) da pena, se o condenado for primário, e 1/4 (um quarto), se reincidente;

III - compatibilidade do benefício com os objetivos da pena.

O cometimento de nova conduta delituosa durante a vigência da execução da pena é prejudicial aos benefícios concedidos. A reincidência em delito doloso enseja a regressão de regime, a revogação do benefício da saída temporária e a revogação da progressão especial

destinada à mulher nos termos, respectivamente, dos arts. 118 e 125, transcritos abaixo, e do parágrafo 4º do art. 112, exposto acima, todos da Lei nº 7.210/1984:

Art. 118. A execução da pena privativa de liberdade ficará sujeita à forma regressiva, com a transferência para qualquer dos regimes mais rigorosos, quando o condenado:

I - praticar fato definido como crime doloso ou falta grave;

II - sofrer condenação, por crime anterior, cuja pena, somada ao restante da pena em execução, torne incabível o regime (artigo 111).

Art. 125. O benefício será automaticamente revogado quando o condenado praticar fato definido como crime doloso, for punido por falta grave, desatender as condições impostas na autorização ou revelar baixo grau de aproveitamento do curso.

Parágrafo único. A recuperação do direito à saída temporária dependerá da absolvição no processo penal, do cancelamento da punição disciplinar ou da demonstração do merecimento do condenado.

1.10. Livramento condicional

A reincidência também é elemento definidor da fração a ser cumprida para que possa ser concedido o livramento condicional, em consonância com o art. 83, incisos I, II e V do Código Penal:

Requisitos do livramento condicional

Art. 83 - O juiz poderá conceder livramento condicional ao condenado a pena privativa de liberdade igual ou superior a 2 (dois) anos, desde que: (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

I - cumprida mais de um terço da pena se o condenado não for reincidente em crime doloso e tiver bons antecedentes; (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

II - cumprida mais da metade se o condenado for reincidente em crime doloso; (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

[...]

V - cumpridos mais de dois terços da pena, nos casos de condenação por crime hediondo, prática de tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, tráfico de pessoas e terrorismo, se o apenado não for reincidente específico em crimes dessa natureza. (Incluído pela Lei nº 13.344, de 2016)

Ao reincidente em crime comum, é determinado o cumprimento de 1/2 da pena para a concessão do benefício, ao passo que ao primário é exigido somente o percentual de 1/3.

O art. 44 da Lei 11.343/2006 veda a concessão de livramento condicional ao reincidente específico aos crimes relacionados ao tráfico de drogas:

Art. 44. Os crimes previstos nos arts. 33, caput e § 1º, e 34 a 37 desta Lei são inafiançáveis e insuscetíveis de sursis, graça, indulto, anistia e liberdade provisória, vedada a conversão de suas penas em restritivas de direitos.

Parágrafo único. Nos crimes previstos no caput deste artigo, dar-se-á o livramento condicional após o cumprimento de dois terços da pena, vedada sua concessão ao reincidente específico.

Já o inciso VIII do art. 112 da Lei nº 7.210/1984, transcrito acima, veda a concessão de livramento condicional em caso de agente reincidente em crime hediondo ou equiparado com resultado morte.

Mesmo após concedidos, a suspensão condicional da pena e o livramento condicional podem ser revogados durante o período de prova nos termos do inciso I e do parágrafo 1º do art. 81, no caso da primeira, e dos incisos I e II do art. 86 e do art. 87, em relação ao segundo, todos do Código Penal, em caso de reiteração criminosa:

Revogação obrigatória

Art. 81 - A suspensão será revogada se, no curso do prazo, o beneficiário: (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

I - é condenado, em sentença irrecorrível, por crime doloso; (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

II - frustra, embora solvente, a execução de pena de multa ou não efetua, sem motivo justificado, a reparação do dano; (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

III - descumprir a condição do § 1º do art. 78 deste Código. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

Revogação facultativa

§ 1º - A suspensão poderá ser revogada se o condenado descumprir qualquer outra condição imposta ou é irrecorrivelmente condenado, por crime culposo ou por contravenção, a pena privativa de liberdade ou restritiva de direitos. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

Revogação do livramento

Art. 86 - Revoga-se o livramento, se o liberado vem a ser condenado a pena privativa de liberdade, em sentença irrecorrível: (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

I - por crime cometido durante a vigência do benefício; (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

II - por crime anterior, observado o disposto no art. 84 deste Código. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

Revogação facultativa

Art. 87 - O juiz poderá, também, revogar o livramento, se o liberado deixar de cumprir qualquer das obrigações constantes da sentença, ou for irrecorrivelmente condenado, por crime ou contravenção, a pena que não seja privativa de liberdade. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

1.11. Reabilitação e prescrição

De igual modo, a reabilitação pode ser revogada se contra o reabilitado sobrevier condenação na qualidade de reincidente a pena que não seja de multa, nos termos do art. 95 do Código Penal:

Art. 95 - A reabilitação será revogada, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, se o reabilitado for condenado, como reincidente, por decisão definitiva, a pena que não seja de multa. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

A configuração da reincidência também influi na contagem do prazo para se verificar a ocorrência da prescrição, que é maior para os agentes reincidentes, nos termos do art. 110, *caput* do Código Penal:

Prescrição depois de transitar em julgado sentença final condenatória

Art. 110 - A prescrição depois de transitar em julgado a sentença condenatória regula-se pela pena aplicada e verifica-se nos prazos fixados no artigo anterior, os quais se aumentam de um terço, se o condenado é reincidente. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

Além disso, a ocorrência da reincidência interrompe o curso do prazo prescricional, de acordo com o art. 117, inciso VI do Código Penal:

Causas interruptivas da prescrição

Art. 117 - O curso da prescrição interrompe-se: (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

[...]

VI - pela reincidência. (Redação dada pela Lei nº 9.268, de 1º.4.1996)

2. O DEBATE DOUTRINÁRIO SOBRE A REINCIDÊNCIA

A doutrina divide-se entre a corrente que entende ser a reincidência compatível com a Constituição e a corrente segundo a qual o instituto não encontra respaldo nos princípios constitucionais. A maior parte da controvérsia reside, em uma primeira análise, na possibilidade de que a reincidência, ao se basear em condenação pretérita, pudesse vir a punir duplamente uma mesma conduta, violando-se, dessa forma, o princípio do *non bis in idem*. Por outro ângulo, é discutido se a reincidência seria uma afronta a demais princípios, como o princípio da legalidade, e, sobretudo, à coisa julgada, por fazer uma nova valoração de um fato no qual uma sentença transitada em julgado se baseou.

É importante ressaltar que o estabelecimento de princípios e institutos que limitam o poder punitivo estatal é essencial para a racionalização do pensamento jurídico-penal. O respeito a comandos essenciais no que se refere à aplicação da lei penal ganhou, com o advento da Constituição da República de 1988, aspecto de direito fundamental em razão de sua grande importância em mitigar arbitrariedades. Dessa forma, os princípios afetos ao sistema penal estão previstos expressamente na Constituição e, quando não, podem ser entendidos como princípios implícitos derivados do arcabouço teórico – fundamentos, objetivos, direitos e outros princípios – que a Carta Magna fundou.

Também cabe chamar atenção ao fato de que os princípios de direito penal e de direito processual penal imbricam-se, de modo que “certas garantias individuais estabelecidas pela Constituição repercutem tanto no campo do direito penal quanto no do processo penal”.³

Segundo E. Raúl Zaffaroni, Nilo Batista, Alejandro Alagia e Alejandro Slokar, todo princípio limitador informado pelo arcabouço teórico fundado pela Constituição possui equivalente no âmbito do direito penal e no âmbito do direito processual penal.⁴ Destarte, os princípios estudados revelam importância no sistema penal como um todo, devendo ser observados na seara do direito material e do direito processual com as devidas

³ ZAFFARONI, E. Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito Penal Brasileiro: Primeiro Volume – Teoria Geral do Direito Penal*. 4ª edição. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2011 (1ª reimpressão, 2013), p. 291.

⁴ *Ibid*, p. 289-290.

particularidades inerentes de cada campo, não podendo também ser olvidados na esfera da execução penal.⁵

2.1. O princípio do *non bis in idem*

A reincidência é amplamente admitida como instituto legítimo do ordenamento jurídico pátrio, uma vez que sua aplicação é a prática dos tribunais. Em sua defesa, autores como Guilherme de Souza Nucci defendem que os efeitos da reincidência seriam consagrados pelo princípio da individualização da pena,⁶ inscrito no art. 5º, XLVI da Constituição, segundo o qual:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

XLVI - 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;

Além disso, a culpabilidade da pessoa, ao cometer um novo delito, revelaria justificadamente um maior grau de censurabilidade pela constatação da reincidência, uma vez que o agente desafiaria "a ordem pública e as leis vigentes" e demonstraria "persistência e rebeldia inaceitáveis para quem pretenda viver em sociedade".⁷

Julio Fabbrini Mirabete também alega que a reincidência demonstraria um maior grau de culpabilidade por parte do sujeito, uma vez que sua conduta criminosa apontaria que "a sanção normalmente aplicada se mostrou insuficiente para intimidá-la ou recuperá-lo".⁸

⁵ ZAFFARONI, E. Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito Penal Brasileiro: Primeiro Volume – Teoria Geral do Direito Penal*. 4ª edição. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2011 (1ª reimpressão, 2013), p. 299.

⁶ NUCCI, Guilherme de Souza. *Código Penal Comentado*. 14ª edição. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2014, p. 461-462.

⁷ Ibid, p. 461-462.

⁸ MIRABETE, Julio Fabbrini. *Manual de Direito Penal: Volume I – Parte Geral*. 21ª edição. São Paulo: Editora Atlas, 2004, p. 301-302.

Contudo, há muitos autores que defendem a inconciliabilidade entre a reincidência e o princípio do *non bis in idem*. Segundo o referido princípio, o poder punitivo estatal não pode se socorrer aos mesmos elementos em diferentes etapas da punição no mesmo processo ou utilizá-los como fundamento da punição em processos diferentes.

Inicialmente, cabe destacar que a doutrina costuma fazer uma distinção entre reincidência ficta e reincidência real. A primeira seria a situação verificada quando há cometimento de novo delito após o mero trânsito em julgado de condenação anterior, sem necessidade de aplicação da pena de fato para sua configuração. A reincidência real, por sua vez, toma forma nos casos em que a recalcitrância é verificada depois do efetivo cumprimento da reprimenda.⁹

De acordo com a legislação brasileira, a simples ocorrência trânsito em julgado de sentença condenatória é suficiente para a configuração da reincidência se houver prática criminosa posterior, nos termos do já visto art. 63 do Código Penal.

Em razão do trânsito em julgado ser o bastante para a caracterização da reincidência, Juarez Cirino dos Santos leciona que a previsão legal da reincidência na legislação pátria basear-se-ia em uma "presunção de periculosidade" projetada sobre o réu em virtude de condenação penal anterior.¹⁰

Contudo, Cirino dos Santos destaca que não haveria como se constatar, cientificamente, a periculosidade de determinado indivíduo baseado em sua conduta anterior. Além disso, o retorno do sujeito à delinquência quando configurada a reincidência real indicaria a insuficiência do modelo de execução proposto pelo Estado e, por isso, deveria ser considerado uma circunstância atenuante da pena.¹¹

De acordo com Alberto Silva Franco, o agravamento da pena pela reincidência seria a manifestação de um indevido *bis in idem*, uma vez que a condenação anterior é tida como

⁹ ZAFFARONI, E. Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro: Volume 1 - Parte Geral*. 14ª edição. São Paulo: Thomson Reuters, 2020, p. 740-741.

¹⁰ SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito Penal: Parte Geral*. 6ª edição. Curitiba: ICPC Cursos e Edições, 2014, p. 540-541.

¹¹ *Ibid*, p. 540-541.

motivo idôneo para o endurecimento da sanção correspondente ao novo delito.¹² Ainda segundo o doutrinador e Rui Stoco, a prisão e todas as suas mazelas seriam verdadeiros catalisadores da conduta criminosa reiterada para muitos daqueles que um dia já foram apenados.¹³

Em razão das péssimas condições do cárcere, o poder punitivo estatal não teria legitimidade para agravar a pena em virtude do reconhecimento da reincidência, de acordo com René Ariel Dotti.¹⁴ Pelo contrário, a obrigatoriedade da aplicação dos efeitos da reincidência seria inconstitucional ao passo que a condenação pretérita é, via de regra, estranha ao delito cometido posteriormente. O autor defende que a reincidência deveria ser aplicada facultativamente, contemplando-se, assim, somente os casos em que a condenação anterior guardar relação com o novo crime cometido.¹⁵

E. Raúl Zaffaroni e José Henrique Pierangeli militam, de igual modo, pelo reconhecimento de que a reincidência constituiria *bis in idem* ao considerar a conduta pretérita para a aplicação da sua respectiva pena e para o agravamento da pena de novo delito.¹⁶

Não obstante, o que determinaria o agravamento da pena não seria o delito anterior em si ou sua relação com o novo crime, mas somente a existência de condenação em relação ao primeiro.¹⁷

Dessa forma, a conduta anterior seria duplamente punida ao mesmo tempo em que, paradoxalmente, não é ela em si que legitima a aplicação da reincidência, mas a existência da respectiva condenação. Como consequência, seria legitimado o agravamento da pena para o reincidente genérico, isto é, aquele que cuja reincidência se verifica em relação a crimes diferentes, uma vez que não se exige qualquer ligação entre o delito anterior e o novo delito.

¹² FRANCO, Alberto Silva. Reincidência: um caso de não-recepção pela Constituição Federal. In: *Boletim IBCCRIM*. São Paulo, ano 17, n. 209, abr/2010, p. 2-3.

¹³ FRANCO, Alberto Silva; STOCO, Rui (org). *Código Penal e sua Interpretação Jurisprudencial, Volume 1: Parte Geral*. 7ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 1179-1180.

¹⁴ DOTTI, René Ariel. *Curso de Direito Penal: Parte Geral*. 6ª edição. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, p. 762-763

¹⁵ *Ibid*, p. 762-763.

¹⁶ ZAFFARONI, E. Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro: Volume 1 - Parte Geral*. 14ª edição. São Paulo: Thomson Reuters, 2020, p. 739-743.

¹⁷ ZAFFARONI, E. Raúl. *Tratado de Derecho Penal, Tomo V: Parte General*. Buenos Aires: Editora Ediar, 1988, p. 355.

Cabe destacar que Zaffaroni e Pierangeli defendem que o argumento segundo o qual a reincidência se baseia na condenação anterior e, por isso, não configuraria ofensa ao princípio do *non bis in idem*, não passaria de um “jogo de palavras, uma vez que a condenação anterior decorre de um delito, e é uma consequência jurídica do mesmo”.¹⁸

Zaffaroni e Pierangeli criticam a utilização da reincidência genérica para agravamento da pena, tendo em vista que "nada faz presumir ser mais provável que venha a praticar um delito de emissão de cheque sem provisão de fundos, quem antes causou um homicídio culposo com o seu veículo, do que aquele que nada fez até então".¹⁹

2.2. Princípio da legalidade

O princípio da legalidade é norteador do direito penal e determina que “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”, nos termos do inciso XXXIX do art. 5^a da Constituição, *in verbis*:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

XXXIX - não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal;

De acordo com o princípio em tela, a previsão de crimes e de suas penas deve ser feita somente através da lei, de modo que esta se torna o único instrumento legitimado a criminalizar condutas.²⁰ A finalidade é se evitar arbitrariedades por parte do Estado, uma vez que a definição de crimes, no direito brasileiro, se submete ao devido processo legislativo de competência da União, de acordo com o art. 22, I da Constituição da República, que, por sua vez, determina:

¹⁸ ZAFFARONI, E. Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro: Volume 1 - Parte Geral*. 14ª edição. São Paulo: Thomson Reuters, 2020, p. 742.

¹⁹ *Ibid*, p. 741.

²⁰ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal, Volume 1: Parte Geral*. 22ª edição. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 50-51.

Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre:
I - direito civil, comercial, penal, processual, eleitoral, agrário, marítimo, aeronáutico, espacial e do trabalho;
[...]

Como consequência do princípio da legalidade, impõe-se o reconhecimento de que as leis penais devem descrever precisamente a conduta que pretendem incriminar. A esta constatação dá-se o nome de princípio da máxima taxatividade legal.²¹ A interpretação da lei penal também deve ser restritiva, não se admitindo analogia que prejudique a situação do réu, chamadas pela doutrina de analogia *in malam partem*.²²

Apesar disso, a reincidência, segundo alguns autores, colocaria em xeque o respeito ao referido princípio. A conclusão de que a reincidência apontaria uma personalidade mais reprovável por parte do agente violaria o princípio da legalidade, uma vez que não seria o ato cometido em si e sua previsão legal que agravariam a pena.²³

Cabe destacar que, dentre as teorias que justificariam a validade do instituto da reincidência, têm maior notoriedade as teorias que se baseiam ou na periculosidade da pessoa ou na culpabilidade do indivíduo.²⁴

Segundo a corrente que defende a sua legitimidade em razão da periculosidade do agente, a reincidência encontraria respaldo na presunção de que haveria maior probabilidade de que o indivíduo cometesse novo delito em virtude de seu reiterado comportamento criminoso.²⁵

Proceder-se-ia, assim, a um juízo acerca da pessoa do agente conjugado a um exercício prognóstico baseado unicamente numa condenação passada. Tal perspectiva teria como consequência a supervalorização de fatores que fogem da esfera do novo crime cometido, para o qual deveria ser direcionada a reprimenda.

²¹ ZAFFARONI, E. Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito Penal Brasileiro: Primeiro Volume – Teoria Geral do Direito Penal*. 4ª edição. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2011 (1ª reimpressão, 2013), p. 206-208.

²² *Ibid*, p. 206-208.

²³ ZAFFARONI, E. Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro: Volume 1 - Parte Geral*. 14ª edição. São Paulo: Thomson Reuters, 2020, p. 741.

²⁴ *Ibid*, p. 740-741.

²⁵ *Ibid*, p. 740-741.

A linha de pensamento que sustenta a aplicabilidade da reincidência baseando-se na culpabilidade da pessoa alega que a reiteração evidenciaria uma vontade mais intensa do sujeito em delinquir ou que a pena anterior não foi suficiente para ruir o ímpeto delitivo inicial.²⁶

Há ainda a teoria de que o crime do apenado reincidente implicaria em uma ofensa maior pois afetaria não só o bem jurídico a que o tipo penal procura proteger, mas também a idoneidade do Estado que, após ter imposto sua sanção referente ao delito anterior, vê o agente voltar a delinquir.²⁷

Na concepção de Ivair Nogueira Itagiba, a legitimidade do agravamento da pena pelo cometimento de novo crime pelo indivíduo encontraria respaldo numa espécie de teoria mista, a qual destaca tanto a culpabilidade do agente quanto a sua periculosidade, considerando também a ofensa ao aparato estatal. Veja-se:

“A lei considera a pessoa do agente. O delinquente, que reincida no crime, demonstra desprezo à autoridade e desprezo à lei; deslouva e esquece a pena imposta pela condenação; manifesta persistência e reiteração no mal; realça a sua periculosidade. Essas razões predeterminam a necessidade da agravante. É princípio de política criminal que o procedimento moral do agente constitui elemento imprescindível na conceituação da culpabilidade”²⁸

Miguel Reale Júnior expressamente opina pelo reconhecimento de que a culpabilidade do autor do fato também deveria ser considerada pelo juiz para a aplicação da pena e que, por isso, a reincidência seria uma condição apta a ensejar efeitos mais gravosos ao indivíduo recalitrante. Em suas palavras,

“Objeto de juízo de culpabilidade não é apenas o fato, mas o autor do fato. E o reincidente, sem se constituir, a meu ver, em tipo normativo de autor, sem ser a reincidência uma qualidade permanente, indica, no entanto, a presença, na prática do fato delituoso novo, de uma vontade do ilícito mais intensa”²⁹

²⁶ ZAFFARONI, E. Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro: Volume 1 - Parte Geral*. 14ª edição. São Paulo: Thomson Reuters, 2020, p. 741-742.

²⁷ *Ibid*, p. 742.

²⁸ ITAGIBA, Ivair Nogueira. *Do homicídio*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1945, p. 158.

²⁹ REALE JÚNIOR, Miguel. *Instituições de Direito Penal*. 4ª edição. São Paulo: Editora Forense, 2013, p. 418

Contudo, como já exposto, critica-se veementemente tal posição, uma vez que também se defende não haveria como se constatar periculosidade de determinado indivíduo baseando-se em sua conduta anterior.³⁰ Tampouco poderia ser a reincidência explicada por uma suposta intensidade da vontade do agente em praticar fato ilícito, uma vez que a própria imposição da pena anterior e os seus impactos na vida do agente poderiam ter reforçado tal desígnio.³¹ O estigma projetado sobre aquele que se submete ao poder punitivo estatal poderia ser ele mesmo o propulsor da recalcitrância delitiva, fazendo, assim, com que a reincidência fosse nada mais do que uma “profecia autorrealizável” do *status* de condenado do agente.³²

2.3. Coisa julgada

O reconhecimento da coisa julgada implica que uma decisão seja considerada imutável após o seu trânsito em julgado. De acordo com Aury Lopes Jr., a coisa julgada asseguraria a proibição do *non bis in idem* e pode ser entendida como uma garantia individual,³³ prevista no art. 5º, inciso XXXVI da Constituição, segundo o qual:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

XXXVI - a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada;

A coisa julgada pode ser classificada em formal ou em material: a coisa julgada formal seria a qualidade da decisão contra a qual não cabem mais recursos; a coisa julgada material, por sua vez, seria a qualidade da sentença cujos efeitos são imutáveis.³⁴

Os fatos sobre os quais foi proferida a sentença coberta pela coisa julgada material não poderiam ser objeto de nova reavaliação, mesmo que sob outra denominação jurídica, sob pena de violação ao princípio do *non bis in idem*.³⁵

³⁰ SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito Penal: Parte Geral*. 6ª edição. Curitiba: ICPC Cursos e Edições, 2014, p. 541.

³¹ *Ibid*, p. 541.

³² *Ibid*, p. 453.

³³ LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal*. 19ª edição. São Paulo: SaraivaJur, 2022, p. 1030.

³⁴ *Ibid*, p. 1030-1031.

Ao considerar tal proibição, pode-se dizer que a reincidência violaria a coisa julgada material, uma vez que um mesmo fato classificado é tido como crime na primeira condenação e como agravante ou gerador dos efeitos da reincidência em um segundo processo.

Aury Lopes Jr. destaca que, no direito penal, a sentença transitada em julgado só pode ser revista em caso de revisão criminal, proposta em favor do réu, de decisão condenatória, uma vez que a imutabilidade dos efeitos só pode ser mitigada em benefício do condenado.³⁶

Não obstante, talvez seja possível afirmar que a reincidência seria também uma exceção à imutabilidade da sentença atingida pela coisa julgada admitida pela justiça criminal brasileira, mas em desfavor do réu. De acordo com Salo de Carvalho,

Com o trânsito em julgado a responsabilidade criminal ganha fixidez, impedindo que nova apreciação sobre a conduta seja realizada. Desta forma, em um sistema constitucional penal regulado pelo princípio da coisa julgada, há uma expressa vedação a qualquer espécie de (re)avaliação de fato anteriormente submetido a julgamento. Não por outra razão que no direito processual penal brasileiro são vedadas a *reformatio in pejus* e a revisão criminal em desfavor do réu. A conclusão possível da leitura desta cadeia normativa que sustenta o princípio do *ne bis in idem* é a da sua incompatibilidade com o instituto da reincidência, motivo pelo qual a agravante não se harmoniza com a ordem constitucional vigente.³⁷

2.4. Princípio da intervenção mínima

De acordo com o princípio da intervenção mínima, o direito penal é o ramo do ordenamento jurídico ao qual o Estado deve se socorrer somente em última instância. limitando-se, assim, o poder punitivo estatal e suas consequências nocivas.³⁸ O direito à liberdade e à autonomia é elemento constituinte da dignidade da pessoa humana,³⁹ que é, por sua vez, fundamento essencial da República, nos termos do inciso III do art. 1º da Constituição:

³⁵ LOPES JR., Aury. Direito Processual Penal. 19ª edição. São Paulo: SaraivaJur, 2022, p. 1033-1034.

³⁶ Ibid, p. 1032-1033.

³⁷ CARVALHO, Salo de. *Penas e Medidas de Segurança no Direito Penal Brasileiro*. 3ª edição. São Paulo: Saraiva Educação, 2020, p. 443.

³⁸ BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal, Volume 1: Parte Geral. 22ª edição. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 53-55.

³⁹ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 6ª edição. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 287-289.

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

III - a dignidade da pessoa humana;

A supressão do direito à liberdade só pode ocorrer em casos extremos, uma vez que implica em interferência na esfera da autonomia individual. Justifica-se, assim, a utilização do direito penal como *ultima ratio*, constatação que informa, por sua vez, o princípio da fragmentariedade, corolário do princípio da intervenção mínima.⁴⁰

No entanto, o agravamento da pena e os vários óbices trazidos pelo instituto da reincidência poderiam fazer com que o direito penal e as penas privativas de liberdade tornem-se a única medida imposta mesmo a reincidentes em delitos de menor potencial ofensivo e praticados sem violência ou grave ameaça.

Como consequência, aquele condenado em um primeiro momento por furto, ao ser meramente processado por injúria, não terá direito ao acordo de não persecução penal, à transação penal e à suspensão condicional do processo. Se vir a ser condenado, não terá direito à suspensão condicional da pena e não poderá ter a sua pena privativa de liberdade substituída por multa.

Além disso, provavelmente também não poderá ter a pena de reclusão substituída por pena restritiva de direitos, uma vez que a substituição é situação excepcional para réus reincidentes e só pode ser aplicada desde que “a medida seja socialmente recomendável”, nos termos do já exposto parágrafo 3º do art. 44 do Código Penal. É difícil imaginar, contudo, que a maior parte dos juízes entenda que seja socialmente recomendável uma pena menos gravosa ao reincidente em virtude da estigmatização provocada pela criminalização.

⁴⁰ BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal, Volume 1: Parte Geral. 22ª edição. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 55-56.

2.5. Princípio da lesividade

O princípio da lesividade informa que só devem ser criminalizadas condutas que lesionem bens jurídicos alheios.⁴¹ Dessa forma, delimita-se a atuação do poder punitivo estatal às hipóteses em que é configurada a alteridade. Além disso, como corolário desta norma principiológica, tem-se o princípio da insignificância, segundo o qual deve ser reconhecida a ausência de tipicidade material nos casos em que é a lesão ao bem jurídico é diminuta,⁴² de modo que a pena que viria a ser aplicada seria desproporcional à conduta e a seu resultado.⁴³

Todavia, os óbices a direitos e o agravamento da pena que a reincidência impõe ao réu por crimes de pequena ofensividade poderiam fazer com que as suas penas se tornem mais graves que a sua conduta e o resultado provocado por ela, isto é, sejam desproporcionais a sua culpabilidade.

2.6. Princípio da culpabilidade

O princípio da culpabilidade, em uma primeira acepção, informa que só deve haver a imputação de uma conduta ao sujeito e a consequente aplicação da pena quando se fizerem presentes elementos que deixem claro que o agente poderia prever o resultado causado, que poderia dele se exigir dele conduta diversa e que era capaz de ter conhecimento da ilicitude do fato.⁴⁴ Em uma outra acepção, a culpabilidade informaria que a pena a ser imposta tem que guardar proporção com a conduta.⁴⁵

⁴¹ ZAFFARONI, E. Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito Penal Brasileiro: Primeiro Volume – Teoria Geral do Direito Penal*. 4ª edição. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2011 (1ª reimpressão, 2013), p. 225-226.

⁴² *Ibid*, p. 228.

⁴³ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal, Volume 1: Parte Geral*. 25ª edição. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. Versão eBook Kindle (online).

⁴⁴ ZAFFARONI, E. Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito Penal Brasileiro: Primeiro Volume – Teoria Geral do Direito Penal*. 4ª edição. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2011 (1ª reimpressão, 2013), p. 245-246.

⁴⁵ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal, Volume 1: Parte Geral*. 22ª edição. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 64-65.

2.7. Princípio da proporcionalidade

O princípio da proporcionalidade, por sua vez, orienta que as normas penais devem ser tanto adequadas quanto necessárias para o fim jurídico pretendido pelo Estado.⁴⁶ O princípio também deve ser observado quando da aplicação da norma, em especial no momento em que a pena é aplicada.⁴⁷

Zaffaroni afirma que a consideração de condenações anteriores na aplicação da pena de novo delito, que por vezes é de leve ou média gravidade, tornaria a sua pena desproporcional ao ato praticado.⁴⁸ Além disso, o agravamento da pena baseado na reincidência constituiria uma categorização do sujeito como elemento indesejável, gerando sobre ele uma qualidade de inimigo consequente da presunção de periculosidade, que é resultante, ao seu turno, da constatação da reincidência.⁴⁹ Isto contribuiria para a estigmatização do indivíduo que está à mercê do poder punitivo estatal, prejudicando sua vida mesmo após o cárcere.⁵⁰

2.8. Princípio da presunção de inocência

O princípio presunção de inocência determina que só se deve considerar culpado aquele que tiver contra si sentença penal condenatória transitada em julgado, nos termos do inciso LVII do art. 5º da Constituição:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória;

⁴⁶ BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal, Volume 1: Parte Geral. 22ª edição. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 66-67.

⁴⁷ SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito Penal: Parte Geral*. 6ª ed. Curitiba: ICPC Cursos e Edições, 2014, p. 29.

⁴⁸ ZAFFARONI, E. Raúl. *O Inimigo no Direito Penal*. 3ª edição. Tradução de Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2011 (2ª reimpressão, 2014), p. 18-19.

⁴⁹ *Ibid*, p. 18-19.

⁵⁰ *Ibid*, p. 70.

Como consequência, o réu em ação penal deve ser tratado como inocente até o momento em que a decisão de mérito se tornar irrecorrível.⁵¹ Como manifestação da presunção de inocência, surge o princípio segundo o qual o juiz deve decidir de forma favorável ao réu em caso de dúvida.⁵² A esse princípio é associada a máxima *in dubio pro reo*, que deve ser entendida tanto como um critério de valoração da prova quanto como uma regra de interpretação da lei.⁵³

Porém, é discutível dizer que a presunção de inocência seria totalmente observada nos casos em que a transação penal e a suspensão condicional do processo deixam de ser propostas em razão da reincidência do acusado. Embora em ambas as hipóteses não exista um juízo definitivo acerca da culpabilidade já que não há propriamente uma condenação, a reincidência consta como motivo de impedimento para a proposição dos dois institutos em questão. Poderia se tornar contraditório, portanto, o óbice trazido pela reincidência nestes casos porque, ao contrário do que ocorre com a agravante, não há um juízo sobre a culpabilidade que se pretende tornar definitivo.

Quando do proferimento da sentença condenatória com pena agravada pela reincidência, a decisão pretende se tornar definitiva no que tange à culpabilidade do agente. Se não forem interpostos recursos ou estes foram esgotados, a sentença manifesta os efeitos da coisa julgada após o trânsito em julgado, podendo ser revogada apenas com a superveniência de revisão criminal. Já o juízo que se faz da condição do réu que poderia ser beneficiado com os supramencionados institutos é precário, uma vez que não se pode afirmar que o acusado é reincidente se não há julgamento de mérito em relação ao novo delito.

A inobservância do princípio da presunção de inocência também poderia ser discutível na análise do inciso II do art. 313 do Código de Processo Penal, segundo o qual a reincidência pode ensejar a decretação de prisão preventiva. Não obstante, cabe ressaltar que, neste caso, a reincidência por si só não conduz necessariamente a uma situação prejudicial para o réu, uma vez que outros motivos devem ser observados para que o juiz possa decretar a prisão

⁵¹ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal, Volume 1: Parte Geral*. 25ª edição. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. Versão eBook Kindle (online).

⁵² LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal*. 19ª edição. São Paulo: SaraivaJur, 2022, p. 411-413.

⁵³ ZAFFARONI, E. Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro: Volume 1 - Parte Geral*. 14ª edição. São Paulo: Thomson Reuters, 2020, p. 157-158.

preventiva, e, se decidir por decretá-la, deve expor seus fundamentos com base em requisitos tais como o *periculum libertatis*, nos termos do art. 312 do Código de Processo Penal:

Art. 312. A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria e de perigo gerado pelo estado de liberdade do imputado. (Redação dada pela Lei nº 13.964, de 2019)

Seria possível considerar que manifestaria de forma mais clara a violação ao princípio da presunção de inocência o parágrafo 2º do art. 310 do Código de Processo Penal, que coíbe a concessão de liberdade provisória se for verificada a reincidência do acusado. De acordo com Aury Lopes Jr., tal norma seria inconstitucional pois permitiria a denegação da liberdade provisória pela simples constatação da reincidência, sem que se demonstrasse o *periculum libertatis* e sem que se observasse a principiologia cautelar.⁵⁴ Não obstante, o Supremo Tribunal Federal corroborou a aplicabilidade do dispositivo em decisão cuja ementa se transcreve abaixo:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. PRISÃO PREVENTIVA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. REINCIDÊNCIA. PRECEDENTES.

1. A reincidência é fundamento idôneo a sustentar a manutenção da prisão preventiva, forte na necessidade de evitar a reiteração delitiva. Precedentes.
2. Agravo regimental a que se nega provimento.

No voto do Min. André Mendonça, que foi acompanhado pelos demais ministros da Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, foi destacado que “o art. 310, § 2º, do CPP, não deixa dúvidas quanto à periculosidade daquele que volta delinquir após condenação anterior definitiva, ao vedar a concessão de liberdade provisória”.⁵⁵

Tal entendimento poderia se tornar temerário uma vez que usualmente a prática judiciária dá contornos de pena à prisão preventiva. De acordo com o que lecionam Zaffaroni, Batista, Alagia e Slokar, “certos institutos considerados processuais adquiram, pelo menos em

⁵⁴ LOPES JR., Aury. Direito Processual Penal. 19ª edição. São Paulo: SaraivaJur, 2022, p. 703-705.

⁵⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Segunda Turma). Agravo Regimental no Recurso Ordinário em Habeas Corpus 213.876. Agravante: Andre Pereira de Moraes. Agravado: Ministério Público Federal. Relator: Min. André Mendonça, 26 de setembro de 2022 (DO 18.10.2022).

sua aplicação prática, natureza jurídica ambígua e discutível, como se dá com a prisão preventiva quando, empregada como ilegítima antecipação de tutela, ganha inegável matiz penal”.⁵⁶

O art. 59 da Lei 11.343, ao proibir o réu reincidente em crimes relacionados ao tráfico de drogas de apelar em liberdade, também violaria o princípio da presunção de inocência, uma vez que impõe obrigatoriedade da prisão preventiva pela simples observação da reincidência, sem se exigir a presença dos requisitos que motivam a prisão cautelar. Considerar-se-ia, assim, culpado o agente pelo novo delito, antes mesmo do trânsito em julgado e dos efeitos da coisa julgada sobre a sentença, somente em razão de ter uma condenação pretérita.

Por este motivo, há decisões do Supremo Tribunal Federal em que se entendeu por ser inconstitucional a referida norma, conforme consignado nos julgados abaixo:

“HABEAS CORPUS” – PRISÃO CAUTELAR – CONDENAÇÃO PENAL RECORRÍVEL – DENEGACÃO DO DIREITO DE RECORRER EM LIBERDADE FUNDADA NO ART. 59 DA LEI DE DROGAS – CONTEÚDO NORMATIVO DESSA REGRA LEGAL VIRTUALMENTE IDÊNTICO AO DO ART. 594 DO CPP, QUE, NÃO OBSTANTE HOJE DERROGADO (LEI Nº 11.719/2008), JÁ HAVIA SIDO CONSIDERADO INCOMPATÍVEL, PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, COM A VIGENTE CONSTITUIÇÃO (RHC 83.810/RJ, REL. MIN. JOAQUIM BARBOSA) – EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA – IMPOSSIBILIDADE – DECRETABILIDADE DA PRISÃO CAUTELAR – POSSIBILIDADE, DESDE QUE SATISFEITOS OS REQUISITOS MENCIONADOS NO ART. 312 DO CPP – NECESSIDADE DA VERIFICAÇÃO CONCRETA, EM CADA CASO, DA IMPRESCINDIBILIDADE DA ADOÇÃO DESSA MEDIDA EXTRAORDINÁRIA – SITUAÇÃO EXCEPCIONAL NÃO VERIFICADA NA ESPÉCIE – INJUSTO CONSTRANGIMENTO CONFIGURADO – IRRELEVÂNCIA, PARA EFEITO DE CONTROLE DE LEGALIDADE DA DECISÃO QUE MANTÉM A PRISÃO CAUTELAR, DE EVENTUAL REFORÇO DE ARGUMENTAÇÃO ACRESCIDO PELAS INSTÂNCIAS SUPERIORES – PRECEDENTES – VEDAÇÃO LEGAL ABSOLUTA, IMPOSTA EM CARÁTER APRIORÍSTICO, INIBITÓRIA DA CONCESSÃO DE LIBERDADE PROVISÓRIA NOS CRIMES TIPIFICADOS NO ART. 33, “CAPUT” E § 1º, E NOS ARTS. 34 A 37, TODOS DA LEI DE DROGAS – POSSÍVEL INCONSTITUCIONALIDADE DA REGRA LEGAL VEDATÓRIA (ART. 44) – OFENSA AOS POSTULADOS CONSTITUCIONAIS DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA, DO “DUE PROCESS OF LAW”, DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E DA PROPORCIONALIDADE – O SIGNIFICADO DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE, VISTO SOB A PERSPECTIVA DA “PROIBIÇÃO DO EXCESSO”: FATOR DE CONTENÇÃO E CONFORMAÇÃO DA PRÓPRIA ATIVIDADE NORMATIVA DO ESTADO – PRECEDENTE DO

⁵⁶ ZAFFARONI, E. Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito Penal Brasileiro: Primeiro Volume – Teoria Geral do Direito Penal*. 4ª edição. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2011 (1ª reimpressão, 2013), p. 291.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: **ADI 3.112/DF** (ESTATUTO DO DESARMAMENTO, **ART. 21**) – **PEDIDO DEFERIDO**. (Grifo do autor)⁵⁷

Ademais, a exigência de recolhimento compulsório do condenado para apelar viola também os princípios constitucionais da ampla defesa, do contraditório e do duplo grau de jurisdição.

Nem se alegue que, na espécie, o magistrado de primeira instância baseara-se, também, no quanto disposto no art. 59 da Lei n. 11.343/2006, e não somente no art. 594 do CPP, a fim de proibir ao réu o direito de apelar em liberdade. É que, embora dispostos em diplomas distintos, os artigos guardam a mesma finalidade. [...]

Por fim, cabe ressaltar que, em consonância com a jurisprudência sufragada por esta Suprema Corte, a Lei 11.719/2008 revogou expressamente o art. 594 do CPP.⁵⁸

⁵⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2ª Turma). Habeas corpus nº 103.529. Pacientes: Lidiane Viana Silva e Silvio Frazzatto. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Min. Celso de Mello, 03 de agosto de 2010 (DO: 13.03.2014).

⁵⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2ª Turma). Habeas corpus nº 106.243. Paciente: Magno Augusto Jean Jacques da Silva. Coator: Relator do HC nº 185459 do Superior Tribunal de Justiça. Relator: Min. Gilmar Mendes, 05 de abril de 2011 (DO: 25.04.2011).

3. O TEMA 114 E O ENTENDIMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

O Supremo Tribunal Federal foi instado a decidir acerca da constitucionalidade da reincidência. Através de recurso extraordinário, foi alegado, pela parte recorrente, desrespeito a princípios da Constituição por sentença que agravou a pena em razão da reincidência. Ao final, a Corte negou provimento ao recurso e, em regime de repercussão geral, firmou o Tema 114, cuja tese é de que “surge harmônico com o princípio constitucional da individualização da pena o inciso I do artigo 61 do Código Penal, no que prevê, como agravante, a reincidência”.

3.1. Breve resumo do caso

O *leading case* do Tema 114 trata-se, na origem, de denúncia do Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul em face de V. da S. L. e M. dos S. S. pelo cometimento do crime de extorsão, na forma do art. 158, *caput* e parágrafo 1º do Código Penal, tendo sido o primeiro réu também denunciado como incurso nas sanções do crime de roubo, nos termos do art. 157, parágrafo 2º, inciso I do diploma legal supramencionado.

A denúncia gerou o processo nº 108519662 e, ao final, a ação penal foi julgada parcialmente procedente pelo juízo da 1ª Vara Criminal do Foro Regional do Partenon da Comarca de Porto Alegre do Estado do Rio Grande do Sul para condenar V. da S. L. somente nas penas do art. 158, *caput* do Código Penal e para absolver M. dos S. S. das imputações a ele feitas.⁵⁹

Na dosimetria da pena, o juiz de primeiro grau fixou a pena-base no mínimo legal de 04 anos e a aumentou de 06 meses pela agravante da reincidência, restando a pena privativa de liberdade final em 04 anos e 06 meses de reclusão

V. da S. L., representado pela Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul, apelou da sentença, requerendo a reforma da decisão de 1º grau para que fosse absolvido e,

⁵⁹ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Processo-crime nº 108519662. 1ª Vara Criminal do Foro Regional do Partenon da Comarca de Porto Alegre. Autor: Justiça Pública. Réus: Volnei da Silva Leal e Marcelo dos Santos Soares. Juiz substituto Felipe Keuncke de Oliveira, 31 de julho de 2002.

alternativamente, caso não fosse acolhida a pretensão absolutória, houvesse o afastamento da agravante de reincidência. Baseou-se na alegação de que as condenações pretéritas transitadas em julgado não poderiam prejudicar o réu, uma vez que a reincidência se configuraria como um duplo gravame e feriria o princípio da proporcionalidade, além de estigmatizar a pessoa do réu. A reincidência seria, portanto, contrária à própria Constituição.

O recurso foi desprovido por unanimidade por acórdão da 8ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, de relatoria do desembargador Umberto Guaspari Sudbrack. A decisão, em seu fundamento, declarou que não haveria inconstitucionalidade no instituto da reincidência e que nem se caracterizaria *bis in idem*, estando a agravante em conformidade aos princípios constitucionais da proporcionalidade e da individualização da pena.⁶⁰ Veja-se a ementa:

“EXTORSÃO. AUTORIA INDUVIDOSA. PALAVRA DAS VÍTIMAS. REINCIDÊNCIA. CONSTITUCIONALIDADE.

Sincera a palavra das vítimas, amoldando-se ao conjunto probatório, e fantasiosa a versão do réu, resta configurada, estreme de dúvida, a autoria.

Não há inconstitucionalidade, nem se caracteriza o “bis in idem”, no reconhecimento da reincidência como agravante, porque expressa apenas a maior censura ao agente.

Apelo improvido.” (Grifo do autor)

De acordo com o voto do relator,

“Deve ser mantido o acréscimo pela agravante da reincidência, eis que, ao contrário do pretendido nas razões de apelo, inexistente inconstitucionalidade na aplicação da mesma. Nesse sentido vem decidindo esta Câmara, à unanimidade.

Com efeito, não há inconstitucionalidade, nem se caracteriza o *bis in idem*, no reconhecimento da reincidência como agravante porque expressa a maior censura ao agente. O aumento de pena, em virtude dessa agravante, justifica-se pela maior carga de culpabilidade do réu, verificável quando se observa, na análise de sua vida, uma maior propensão ao delito. Nestes termos, a reincidência como agravante, enquadra-se perfeitamente nos princípios constitucionais da proporcionalidade e da individualização da pena (Embargos Infringentes 7000809648, julgados em 18/08/00, pelo 3º Grupo de Câmaras Criminais do Tribunal de Justiça, Rel. o Des. Aramis Nassif).”

Em face do acórdão de apelação, a Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul interpôs, em favor de V. da S. L., recurso extraordinário. Alegou-se que, além da

⁶⁰ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Apelação nº 70005475363. 8ª Câmara Criminal. Apelante: Volnei da Silva Leal. Apelado: Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul. Relator: Desembargador Umberto Guaspari Sudbrack, 26 de fevereiro de 2003

caracterização do *bis in idem*, não teriam sido observados os princípios da individualização da pena e da intangibilidade da coisa julgada – constantes, respectivamente, dos incisos XLVI e XXXVI da Constituição – em razão da aplicação da agravante da reincidência. A defesa do réu argumentou que

A visão garantista esposada pelo Constituinte não se coaduna com o instituto da reincidência, na medida em que este, - além de contrariar o princípio constitucional da individualização da pena - estigmatiza, obstaculiza uma série de benefícios legais, afeta a coisa julgada e viola, flagrantemente, o *non bis in idem*, base fundamental de toda a legislação criminal.

Em síntese, a defesa de V. da S. L. alegou que a reincidência não se coadunaria ao modelo penal proposto e adotado pela Constituição de 1988, uma vez que a sua aplicação significa a dupla valoração de um mesmo fato, caracterizando-se, assim, o *bis in idem*. O fato delituoso antecedente, cujos efeitos jurídicos já haviam sido definidos quando da aplicação da sua pena correspondente, produziria novo efeito ao ser considerado para a aplicação da agravante em questão à pena de um outro fato típico. Ao ampliar os efeitos de uma condenação antecedente, a reincidência acabaria por punir o agente, e não o novo delito por ele cometido.

Além disso, a Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul também destacou que o instituto implicaria em impor ao sujeito um estigma e que descumpra a finalidade da pena de ressocialização:

Trata-se, na realidade, de emprestar ao indivíduo, por determinado período de tempo, um estigma, que o acompanhará e sobre ele incidirá, no caso da prática de outro fato delituoso. É forma objetiva de desinteração social, que descumpra a finalidade oficial da pena, qual seja, a ressocialização, eis que o reincidente é indivíduo rotulado, pertencente a um grupo especial, de pessoas, diferente dos demais. No dizer de Bissoli (*Estigmas da criminalização: dos antecedentes à reincidência criminal*, p. 162), *esta diferenciação visa tornar nítida a linha que separa os 'bons' dos 'maus', confrontando-se, assim, com o princípio da igualdade.*” (Grifo do autor)

O recurso extraordinário não foi admitido por decisão do desembargador Osvaldo Stefanello, da 2ª Vice-Presidência do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul.

Foi interposto agravo de instrumento contra tal decisão, a qual foi mantida em juízo de retratação pelo 2º Vice-Presidente do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, tendo sido determinada a remessa dos autos ao Supremo Tribunal Federal.⁶¹

O agravo de instrumento foi conhecido e provido por decisão monocrática do ministro Marco Aurélio com a seguinte ementa:

**“REINCIDÊNCIA - HARMONIA, OU NÃO, COM A CARTA DA REPÚBLICA
INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA, CONSIDERADO FATO CRIMINOSO -
DUPLICIDADE - CONHECIDO E PROVIDO.”** (Grifo do autor)⁶²

O agravo foi, então, convertido em recurso extraordinário. O recurso extraordinário foi desprovido por unanimidade do plenário do Supremo Tribunal Federal, cujo acórdão tem a seguinte ementa:

“AGRAVANTE – REINCIDÊNCIA – CONSTITUCIONALIDADE – Surge harmônico com a Constituição Federal o inciso I do artigo 61 do Código Penal, no que prevê, como agravante, a reincidência.”⁶³

3.2. A fundamentação da Corte

O Supremo Tribunal Federal ao entender, por unanimidade, pela constitucionalidade da reincidência, esposou pensamentos e teorias que procuram legitimar os institutos do sistema criminal. Em meio aos votos dos ministros, cabe chamar a atenção para os argumentos pelos quais foi considerada a reincidência consonante com o ordenamento jurídico.

Em seu voto, o Min. Marco Aurélio, relator do recurso extraordinário, defendeu que:

⁶¹ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Agravo de Instrumento em Recurso Extraordinário nº 70006591671. Segunda Vice-Presidência. Agravante: Volnei da Silva Leal. Agravado: Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul. Desembargador Osvaldo Stefanello, 19 de setembro de 2003.

⁶² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo de Instrumento em Recurso Extraordinário nº 478.154. Agravante: Volnei da Silva Leal. Agravado: Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul. Relator: Min. Marco Aurélio, 10 de dezembro de 2004.

⁶³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). Recurso Extraordinário nº 453.000. Recorrente: Volnei da Silva Leal. Recorrido: Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul. Relator: Min. Marco Aurélio, 04 de abril de 2004.

Descabe dizer que há regência a contrariar a individualização da pena. Ao reverso, leva-se em conta, justamente, o perfil do condenado, o fato de haver claudicado novamente, distinguindo-o daqueles que cometem a primeira infração penal, como se faz, já agora sob o ângulo da atenuante, a circunstância de ter menos de vinte e um anos de idade ou mais de setenta ou de desconhecer a lei – artigo 65 do Código Penal.

Por essa lógica, admitir-se-ia uma valoração do “perfil do condenado” para legitimar a reincidência como agravante. Este pensamento legitimaria a reincidência através da culpabilidade do autor e feriria o princípio da legalidade.⁶⁴ Tal concepção se aproximaria do direito penal do autor, que seria a concepção do direito penal segundo a qual o agente que delinque deveria ser tratado como uma pessoa perigosa ou como uma pessoa com alto grau de culpabilidade em razão da reiteração da conduta delitativa, devendo, assim, ser combatida em razão da manifestação da personalidade revelada pelos injustos praticados.⁶⁵

A aproximação dos argumentos ao direito penal do autor é exposta mais vezes ao longo do voto do relator:

Está-se diante de fator de discriminação que se mostra razoável, seguindo a ordem natural das coisas. Repito que se leva em conta o perfil do réu, percebendo-se a necessidade de maior apenação, consideradas a pena mínima e a máxima do tipo, porque voltou a delinquir apesar da condenação havida, no que esta deveria ser tomada como um alerta, uma advertência maior quanto à necessidade de adoção de postura própria ao homem médio, ao cidadão integrado à vida gregária e solidário aos semelhantes.

Esta concepção do direito penal é duramente criticada por doutrinadores como Zaffaroni e Pierangeli, para os quais, num Estado Democrático de Direito, somente poderia ser objeto da penalização as ações do agente, consagrando-se, assim, o direito penal do ato.⁶⁶

Quanto à possibilidade da reincidência configurar *bis in idem*, o Min. Marco Aurélio explicitou que

⁶⁴ ZAFFARONI, E. Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro: Volume 1 - Parte Geral*. 14ª edição. São Paulo: Thomson Reuters, 2020, p. 741.

⁶⁵ *Ibid*, p. 107.

⁶⁶ *Ibid*, p. 107.

Logicamente, quando da condenação anterior, o instituto não foi considerado. Deve sê-lo na que se segue, em razão do fato de haver ocorrido, sem o interregno referido no artigo 64 do Código Penal - cinco anos -, uma outra prática delituosa. Então, não se aumenta a pena constante do título pretérito, mas, presentes o piso e o teto versados relativamente ao novo crime, majora-se, na segunda fase da dosimetria da pena, no campo da agravante, a básica fixada. Afinal, o julgador há de ter em vista parâmetros para estabelecer a pena adequada ao caso concreto, individualizando-a, e, nesse contexto, surge a reincidência, o fato de o acusado haver cometido, em que pese a glosa anterior, novo desvio de conduta na vida em sociedade.

Não obstante, cabe frisar que, de acordo com Aury Lopes Jr., a coisa julgada encerraria a discussão sobre o fato natural independentemente de que este possa a ser suscitado sob outra denominação jurídica posteriormente.⁶⁷ Com efeito, haveria a caracterização do *bis in idem* se o fato anterior fosse valorado como delito num primeiro momento e sua respectiva condenação fosse tida como motivo para configuração da reincidência em um segundo processo.

Argumentou ainda o Min. Marco Aurélio que “a definição da reprimenda adequada ocorre em face das peculiaridades do caso, despontando o perfil do agente, inclusive se voltou, por isto ou por aquilo, não importa, a claudicar”. O fato de estabelecer que é irrelevante o motivo da reincidência poderia evidenciar que a falta de relação entre a condenação anterior e o novo delito não obsta o agravamento da pena. Não caberia a análise fático-probatório em sede de recurso extraordinário, mas seria importante consignar que a mera reincidência não pode definir totalmente a pena a ser aplicada.

Considerar a reincidência como um motivo obrigatório para agravar a pena e obstar benefícios poderia fazer, por exemplo, com que ao reincidente genérico fosse sempre negada a substituição da pena privativa de liberdade por pena restritiva de direitos, mesmo que “medida seja socialmente recomendável”, nos termos do art. 44, parágrafo 3º do Código Penal.

É importante também notar como, em seu voto, o Min. Marco Aurélio pareceu demonstrar que entender a reincidência como inconstitucional seria incompatível com o atual estado da segurança pública: "Estamos a vivenciar um período de desmonte do sistema criminal normativo em que pese o aumento sem igual da prática criminoso?"

⁶⁷ LOPES JR., Aury. Direito Processual Penal. 19ª edição. São Paulo: SaraivaJur, 2022, p. 1033-1034.

Ao final de seu voto, o Min. Marco Aurélio destacou derradeiramente:

Por tudo, surge constitucional o instituto - existente desde a época do Império - da reincidência, não se podendo, a partir de exacerbação do chamado garantismo penal, olvidar o sistema, desmantelando-o no ponto consagrador da cabível distinção, tratando-se desiguais de forma igual.

Também sob a perspectiva de sistema e sociedade, o Min. Luiz Fux, em seu voto, entendeu que “se a sociedade é justa, a defesa da sociedade prepondera sobre eventuais direitos reflexos do imputado, em primeiro lugar.”

Tais questionamentos e considerações apontam uma aproximação com um dos discursos mais utilizados para legitimar o sistema penal, que é o da função preventiva. Esta função subdivide-se em função preventiva geral e função preventiva especial.

A função preventiva geral se manifestaria através da busca pela inibição do comportamento delitivo por parte da sociedade em geral.⁶⁸ Neste caso, o objetivo seria a segurança jurídica supostamente advinda do exemplo dado aos que não cometeram crimes pela aplicação sobre o delinquente da pena.⁶⁹

Este seria um modo utilitarista de encarar a pena, tendo em vista que a pena seria aplicada ao condenado para que causasse efeitos em terceiros.⁷⁰ Zaffaroni, Batista, Alagia e Slokar condenam essa forma de ver o sistema penal e afirmam que:

Por outro lado, a pena dissuade por intimidação (medo): o grau de dor que deve ser causada a uma pessoa, para que outra sinta medo, não depende daquele que a sofre, mas sim da capacidade de ser atemorizada da outra. Por isso, deveriam as penas ser aumentadas na razão direta da frequência dos fatos pelos quais são impostas e vice-versa. A pena não manteria qualquer relação com o conteúdo injusto do fato praticado, mas sim sua medida dependeria de fatos alheios.⁷¹

⁶⁸ ZAFFARONI, E. Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro: Volume 1 - Parte Geral*. 14ª edição. São Paulo: Thomson Reuters, 2020, p. 84.

⁶⁹ *Ibid*, p. 84.

⁷⁰ ZAFFARONI, E. Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito Penal Brasileiro: Primeiro Volume – Teoria Geral do Direito Penal*. 4ª edição. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2011 (1ª reimpressão, 2013), p. 117.

⁷¹ *Ibid*, p. 119.

A função preventiva especial, por sua vez, teria como meta a defesa social ao buscar a ressocialização do apenado. A pena seria dirigida para a reeducação do apenado,⁷² evitando-se, assim, futuras condutas delitivas.⁷³ De acordo com Zaffaroni e Pierangeli, nesta concepção, seria entendido que o sujeito possui propensão para o delito e, por isso, seria perigoso.⁷⁴ Contudo, como consequência, ocorreria, na verdade, a estigmatização e o encaminhamento do sujeito para uma carreira de crimes através da experiência do cárcere.⁷⁵

Ao prosseguir com seu voto, o Min. Luiz Fux fez o seguinte apontamento:

Em segundo lugar, se é uma sociedade igualitária, não se pode, como destacou o Ministro Marco Aurélio, colocar, na mesma vala comum, o reincidente e aquele que atendeu aos reclamos dos antecedentes das virtualidades da lei e não cometeu mais nenhum crime, sinalizado que lhe foi, que a reincidência poderia torná-lo, digamos assim, um criminoso numa situação mais prejudicial.

A supramencionada afirmação de que a sociedade é igualitária ignora todas as mazelas das desigualdades, bem como os estigmas decorrentes da própria condenação pretérita que podem influenciar o cometimento do novo delito. Lecionam Zaffaroni, Batista, Alagia e Slokar:

E é nesse ponto que surge uma nova contradição: a prática policial exige que sejam impostas penas maiores àquelas pessoas que já cometeram outros delitos e foram condenadas anteriormente. Com frequência, a culpabilidade destas é menor, porque sua origem de classe e escassa escolaridade lhes reduziram o espaço social, e as criminalizações anteriores os estigmatizaram e os deterioraram, diminuindo-o ainda mais. Para sustentar esta prática policial renuncia-se à culpabilidade pelo ato e emprega-se uma culpabilidade de autor, aqui entendida como censura a toda sua existência. Com isso se quantifica a pena pela condução da vida, com o que se propõe às agências jurídicas que se convertam em agentes de uma ética estatal controladora da vida inteira de seus cidadãos (súditos) e assumam o poder de julgamento da existência de seus habitantes⁷⁶

⁷² ZAFFARONI, E. Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro: Volume 1 - Parte Geral*. 14ª edição. São Paulo: Thomson Reuters, 2020, p. 84.

⁷³ *Ibid*, p. 66-67

⁷⁴ *Ibid*, p. 104-105.

⁷⁵ *Ibid*, p. 67.

⁷⁶ ZAFFARONI, E. Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito Penal Brasileiro: Primeiro Volume – Teoria Geral do Direito Penal*. 4ª edição. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2011 (1ª reimpressão, 2013), p. 120-121.

Ao fim de seu voto, foi afirmado pelo Min. Luiz Fux que escapa do âmbito jurídico “saber se o Estado teleológico, que tem a finalidade de recuperar o imputado, ele fracassa nessa sua promessa, em razão de o acusado ter delinquido”. Não obstante, o ministro também entendeu que a reincidência seria sintoma da ineficácia do efeito preventivo da condenação pretérita: “em recentíssima decisão, também da Primeira Turma, foi destacada que essa reincidência revela que a condenação transitada em julgado restou ineficaz no seu efeito preventivo”.

A Min. Rosa Weber, ao seu turno, destacou que o reconhecimento da reincidência não configuraria o direito penal do autor. Em seu voto, frisou o seguinte:

Não se trata de Direito Penal do Autor. O reconhecimento da reincidência não representa a criminalização ou estigmatização do agente pelo que ele é. Aqui não se trata, como o repudiado Direito Penal do Autor, próprio de regimes totalitários ou autoritários, de punir alguém por ser judeu, negro, homossexual, comunista, cristão ou muçulmano, para ficar em alguns exemplos tristes da história mundial. Na reincidência, o que é valorado negativamente, para fins de exasperação da pena é uma conduta criminal pretérita, ou seja, o que o agente fez, e não uma condição pessoal dele.

Em sua fundamentação, a ministra ressaltou que a reincidência seria compatível com o direito penal do ato, uma vez que seria valorada a condenação pretérita, e não a personalidade da pessoa. A reincidência também não configuraria *bis in idem*, mas acarretaria apenas a constatação de uma maior culpabilidade do agente. De acordo com a Min. Rosa Weber, “trata-se apenas de valorar negativamente a escolha efetuada pelo agente em voltar a delinquir, do que resulta maior juízo de censura em relação a nova conduta praticada, e não uma nova punição em relação ao crime pretérito”.

Zaffaroni e Pierangeli defendem, todavia, que a culpabilidade seria tida como maior quando há reincidência porque seria considerada como reprovação da conduta de vida, distanciando-se a punição do ato delitivo. E, embora o réu não fosse condenado apenas pela reincidência, os autores alegam que seriam inconciliáveis a reprovação do ato e a reprovação pela conduta de vida:

O homem é responsabilizado por sua conduta de vida, porque considera-se que o delito é o resultado do modo com que o sujeito conduziu a sua vida, e, na realidade, a culpabilidade é a reprovação ao indivíduo por esta conduta de vida. Alguns

autores, mais moderados, sustentam que há uma combinação de reprovação pelo ato e pela conduta de vida, mas não vemos como é possível fazer esta combinação, porque ou a ação é a ele reprovada na circunstância concreta em que atuou, ou o sujeito é por ela reprovado como resultado de sua conduta de vida; mas qualquer pretensão de combinar ambas as reprovações não pode conduzir a outro resultado senão o de cair na segunda, isto é, em uma culpabilidade de autor, chamada em nossos dias “culpabilidade pela conduta de vida”.⁷⁷

Ao prosseguir com seu voto, a Min. Rosa Weber aponta que

O maior juízo de censura decorre da opção do agente por continuar a delinquir e justifica a exasperação da pena na nova condenação. Merece maior censura, na fase de fixação da pena, o agente que já praticou anteriormente outro crime, já que o fato revela maior propensão à prática delitativa e o apenamento anterior não foi suficiente para prevenir e reprimir o crime.

A ideia de que seria possível apreender da reincidência uma maior propensão à prática delitativa é duramente atacada pelos críticos da reincidência, uma vez que não haveria como se determinar a tendência ao crime e que a recalcitrância seria, geralmente, fruto da própria criminalização. De acordo com Zaffaroni e Pierangeli,

a inclinação ao delito, além de não ser demonstrável, possui o sério inconveniente de, muito frequentemente, ser resultado da própria ação prévia do sistema penal, com o que cairia na absurda conclusão de que o efeito aberrante da criminalização serve para agravar as suas próprias consequências, e, em razão disso, para aprofundar ainda mais a sua aberração.⁷⁸

Obviamente, a criminalização não poderia ser elevada ao grau de determinante de toda a vida do condenado, mas sua ocorrência significaria a redução da autonomia do egresso do sistema penal. Ainda de acordo com Zaffaroni e Pierangeli,

Tampouco nessas hipóteses é possível afirmar encontrar-se o homem completamente determinado, porque nesse, como em qualquer outro caso, há sempre uma margem de autonomia. O que é evidente é que nesses casos, a margem de autonomia se acha reduzida, estreitada pelo condicionamento criado pela própria ação do sistema penal. Esse é um dado de realidade que não pode ser ignorado pelo direito penal e, portanto, quando ocorrer, a sua correta valoração indicará que, no caso manifesta-se um grau menor de culpabilidade. (Grifo do autor)⁷⁹

⁷⁷ ZAFFARONI, E. Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro: Volume 1 - Parte Geral*. 14ª edição. São Paulo: Thomson Reuters, 2020, p. 540.

⁷⁸ *Ibid*, p. 106.

⁷⁹ *Ibid*, p. 106.

Merece destaque o voto do Min. Gilmar Mendes por ter sido o único a chamar atenção para a situação do encarceramento no Brasil e suas mazelas:

Acho que é importante que se discuta e que se considere que, em princípio, as nossas instituições prisionais, elas não dispõem de condições minimamente adequadas de ressocialização. E, por isso, nós temos, em alguns Estados, segundo índices que talvez não sejam precisos, um grau de reincidência que chega até 80%, segundo dados que correm por aí. Certamente, há uma imprecisão em relação a isso, mas, de qualquer sorte, esse é um dado extremamente preocupante.

Embora alguns tentem ignorá-la, é assombrosa a forma como o cárcere é desenhado atualmente, violando-se diversas garantias fundamentais da pessoa humana e tornando ainda mais recluso e estigmatizado aquele que deveria ter chance de ressocialização. Nas palavras de Zaffaroni, “*es un milagro que cuando el preso egresa no reincida, porque está sometido a un mecanismo de matricería humana capaz de marcarle el rol en forma indeleble*”⁸⁰

⁸⁰ ZAFFARONI, E. Raúl. *La Cuestion Criminal*. 2ª edição. Buenos Aires: Ed. Planeta, 2012, p. 318.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Parece permanecer, pois, intrínseco ao instituto da reincidência a aparente configuração do *bis in idem*, prática coibida pelos princípios do direito penal e que consiste em dupla punição por um mesmo fato. Isto porque a valoração negativa da reincidência na aplicação da pena do novo delito é decorrente da existência da sentença condenatória anterior, fazendo com que o crime pretérito a que se refere tal condenação tenha seus efeitos estendidos para além da sua sanção.

Por este mesmo motivo, é possível também se inclinar para a afirmação de que a reincidência atenta contra a coisa julgada, uma vez que o mesmo fato é tido como delito numa primeira condenação e como caracterizador da reincidência em um processo por um novo delito.

O argumento de que é a sentença condenatória (e não o delito pretérito em si) que enseja a configuração da reincidência é válido sob o ponto de vista formal, uma vez que se exige o trânsito em julgado da primeira condenação para que o réu seja considerado reincidente. Contudo, do ponto de vista material, a sentença condenatória que é valorada pelo juiz ao aplicar a reincidência é a mesma que pretendia ter exaurido os seus efeitos sobre o delito de que trata ao formar coisa julgada material e ao extinguir a respectiva pena. E mesmo assim ela pode ser revisitada pelo prazo definido no Código Penal apto a qualificar o agente como reincidente.

As mazelas causadas pelos cárceres são evidentes e deveriam ser levadas em consideração, ao menos casuisticamente, para se ponderar acerca do nível de rigidez, muitas vezes maior que o previsto pela própria lei, com que se aplica as regras de direito penal, de processo penal e de execução penal. Zaffaroni, Batista, Alagia e Slokar frisam o cumprimento da pena revela-se por si só uma segunda punição, tendo em vista que o apenado sofre com consequências da violência e das más condições do cárcere, que, por sua vez, afetam a saúde física e psíquica do preso.⁸¹

⁸¹ ZAFFARONI, E. Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito Penal Brasileiro: Primeiro Volume – Teoria Geral do Direito Penal*. 4ª edição. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2011 (1ª reimpressão, 2013), p. 235.

Por outro lado, a valoração da reincidência baseada em uma suposta tendência ao delito não tem fundamento científico. Não assiste melhor sorte aos argumentos de que os efeitos da reincidência seriam importantes para a sociedade ou para o próprio apenado baseados em discursos genéricos de função de prevenção, uma vez que não o utilitarismo defendido por tal concepção fere o princípio da dignidade da pessoa humana. A agravação compulsória da situação do réu somente em razão de sua qualidade de reincidente, sem considerar todas as particularidades do caso concreto, aproxima-se do direito penal do autor, uma vez que leva em conta mais a pessoa do agente do que o fato em si.

Embora seja defendida por muitos autores a inconstitucionalidade da reincidência, o fato é que, de acordo com nossa Corte, o instituto é constitucional e deve permanecer plenamente em vigência.

Contudo, isso não impede que alguns autores pensem alternativas para a mitigação dos seus efeitos. Ressalta-se que, embora tenham sido citados os diversos efeitos da reincidência ao longo do julgamento do *leading case*, o Tema 114 considera constitucional apenas a reincidência como agravante. Isto abre margem para que profissionais e estudiosos do direito possam apontar incongruências com a Constituição de outros usos da reincidência para a agravação da situação do réu ou apenado. Também pode ser possível que, reconhecendo como legítima como agravante, apontem caminhos para que os efeitos da reincidência neste sentido sejam abrandados.

Para Cirino dos Santos, o retorno do sujeito à delinquência, após cumprimento de uma pena prévia, indicaria a insuficiência do modelo de execução proposto pelo Estado e, por isso, deveria ser considerado uma circunstância atenuante da pena, e não agravante.⁸²

Ao sustentar uma prévia condenação, o agente poderia ser agraciado com um atenuante inominada em razão da estigmatização causada em decorrência da repressão estatal ao delito pretérito, de acordo com Zaffaroni e Pierangeli.⁸³ Dessa forma, a reincidência seria tanto um atenuante quanto uma agravante, o que faria que ela mesma anulasse os seus efeitos de

⁸² SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito Penal: Parte Geral*. 6ª edição. Curitiba: ICPC Cursos e Edições, 2014, p. 540-541.

⁸³ ZAFFARONI, E. Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro: Volume 1 - Parte Geral*. 14ª edição. São Paulo: Thomson Reuters, 2020, p. 739.

agravamento da pena, mantendo-se esta, assim, no seu patamar mínimo na ausência de outras circunstâncias modificadoras.⁸⁴

René Ariel Dotti, por sua vez, milita pelo reconhecimento de que a reincidência deveria ser aplicada facultativamente, contemplando-se, assim, somente os casos em que a condenação anterior guardar relação com o novo crime cometido.⁸⁵

Ao combinar as duas últimas alternativas, poderia surgir uma terceira que, de forma mais conservadora, entende pela aplicação da agravante da reincidência de forma obrigatória, e com a sua anulação por uma atenuante inominada que não se daria em razão das consequências maléficas do cárcere, mas em virtude da ausência de relação do novo delito com aquele que ensejou a primeira condenação.

Mesmo que se adote uma posição mais conservadora, é preciso problematizar a proibição ao réu de poder de ser beneficiado pelo acordo de não persecução penal, pela transação penal e pela suspensão condicional do processo. Ainda que se entenda pela regularidade dessas normas, é mister se atentar para o fato de, diferentemente da agravante empregada na sentença, a reincidência nesses casos é verificada através de um juízo precário, uma vez que não se julgou de forma exauriente a autoria e a materialidade do novo delito.

Além disso, não se deve considerar, sob pena de violação ao princípio da legalidade, o réu que não seja primário automaticamente indigno de ter direito à substituição da pena privativa de liberdade por pena restritiva de direito, uma vez que a lei o permite ao reincidente genérico, desde que “a medida seja socialmente recomendável”.

Quanto às consequências da reincidência no âmbito do processo penal, deve-se ressaltar que, assim como ocorre da análise do cabimento de acordo de não persecução penal, de transação penal e de suspensão condicional da pena, trata-se de um juízo precário.

As medidas de acordo, apesar de poderem ser vistas como direitos do réu, não trazem prejuízo imediato ao acusado quando não concedidas, uma vez que ele não sai do estado em

⁸⁴ ZAFFARONI, E. Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro: Volume 1 - Parte Geral*. 14ª edição. São Paulo: Thomson Reuters, 2020, p. 739.

⁸⁵ DOTTI, René Ariel. *Curso de Direito Penal: Parte Geral*. 6ª edição. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, 762-763.

que já se encontrava. A ausência de prejuízo imediato é confirmada especialmente se este conseguir provar sua inocência posteriormente. Além disso, apesar de poderem ser entendidos, sob certo prisma, como benéficos ao réu, os referidos institutos podem ser considerados, por outro viés, como atentatórios ao princípio da presunção de inocência. Não obstante, tal contradição é mitigada pelo fato de que os mencionados acordos podem colocar o réu numa situação mais favorável se comparado ao cenário que o prosseguimento da ação penal poderia levar, em especial se houver alta probabilidade de condenação.

Contudo, tal mitigação da contradição entre os efeitos da reincidência e o princípio da presunção de inocência não é observada em algumas previsões atinentes ao processo penal e que podem ser consideradas verdadeiras antecipações da tutela ao réu só pelo fato de ser reincidente. É o exemplo da previsão do parágrafo 2º do art. 310 do Código de Processo Penal, que coíbe a concessão de liberdade provisória pela simples constatação da reincidência do acusado, sem que se demonstre o *periculum libertatis* e sem que se observe a principiologia cautelar.⁸⁶ Com efeito, esta norma viola frontalmente os princípios constitucionais, em especial o princípio da presunção da inocência.

A reincidência motiva, portanto, amplo debate teórico que culmina em diversas reflexões acerca do sistema de justiça penal brasileiro. Apesar de bons argumentos em seu desfavor, o instituto foi considerado constitucional pelo Supremo Tribunal Federal e segue com plena eficácia até que o posicionamento do legislador ou da Corte mude. Não obstante, a discussão permite com que se olhe o panorama da reincidência em relação ao ordenamento jurídico e, com isso, fomenta a adoção de atitudes mais justas e adequadas aos princípios constitucionais, considerando as particularidades do caso concreto.

⁸⁶ LOPES JR., Aury. Direito Processual Penal. 19ª edição. São Paulo: SaraivaJur, 2022, p. 703-705.

BIBLIOGRAFIA

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). Recurso Extraordinário nº 453.000. Recorrente: Volnei da Silva Leal. Recorrido: Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul. Relator: Min. Marco Aurélio, 04 de abril de 2004.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Segunda Turma). Agravo Regimental no Recurso Ordinário em Habeas Corpus 213.876. Agravante: Andre Pereira de Moraes. Agravado: Ministério Público Federal. Relator: Min. André Mendonça, 26 de setembro de 2022 (DO 18.10.2022).

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Segunda Turma). Habeas corpus nº 103.529. Pacientes: Lidiane Viana Silva e Silvio Frazzatto. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Min. Celso de Mello, 03 de agosto de 2010 (DO: 13.03.2014).

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Segunda Turma). Habeas corpus nº 106.243. Paciente: Magno Augusto Jean Jacques da Silva. Coator: Relator do HC nº 185459 do Superior Tribunal de Justiça. Relator: Min. Gilmar Mendes, 05 de abril de 2011 (DO: 25.04.2011).

BARROSO, Luís Roberto. Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 6ª edição. São Paulo: Saraiva, 2017.

BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal, Volume 1: Parte Geral. 22ª edição. São Paulo: Saraiva, 2016.

BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal, Volume 1: Parte Geral. 25ª edição. São Paulo: Saraiva, 2019. Versão eBook Kindle (online).

CARVALHO, Salo de. Penas e Medidas de Segurança no Direito Penal Brasileiro. 3ª edição. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

DOTTI, René Ariel. Curso de Direito Penal: Parte Geral. 6ª edição. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

FRANCO, Alberto Silva. Reincidência: um caso de não-recepção pela Constituição Federal. In: Boletim IBCCRIM. São Paulo, ano 17, n. 209, abr/2010.

FRANCO, Alberto Silva; STOCO, Rui (org). Código Penal e sua Interpretação Jurisprudencial, Volume 1: Parte Geral. 7ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

ITAGIBA, Ivair Nogueira. Do homicídio. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1945.

LOPES JR., Aury. Direito Processual Penal. 19ª edição. São Paulo: SaraivaJur, 2022.

MIRABETE, Julio Fabbrini. Manual de Direito Penal I. 21ª edição. São Paulo: Editora Atlas, 2004.

NUCCI, Guilherme de Souza. Código Penal Comentado. 14ª edição. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2014.

REALE JÚNIOR, Miguel. Instituições de Direito Penal. 4ª edição. São Paulo: Editora Forense, 2013.

SANTOS, Juarez Cirino dos. Direito Penal: Parte Geral. 6ª edição. Curitiba: ICPC Cursos e Edições, 2014.

ZAFFARONI, E. Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. Direito Penal Brasileiro: Primeiro Volume – Teoria Geral do Direito Penal. 4ª edição. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2011 (1ª reimpressão, 2013).

ZAFFARONI, E. Raúl; PIERANGELI, José Henrique. Manual de Direito Penal Brasileiro: Volume 1 - Parte Geral. 14ª edição. São Paulo: Thomson Reuters, 2020.

ZAFFARONI, E. Raúl. La Cuestion Criminal. Buenos Aires: Ed. Planeta, 2ª edição, 2012.

ZAFFARONI, E. Raúl. O Inimigo no Direito Penal. 3ª edição. Tradução de Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2011 (2ª reimpressão, 2014).

ZAFFARONI, E. Raúl. Tratado de Derecho Penal, Tomo V: Parte General. Buenos Aires: Editora Ediar, 1988.