

## O INSTITUTO DA REINCIDÊNCIA COMO VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DO NE BIS IN IDEM

### *THE INSTITUTION OF RECIDIVISM AS A VIOLATION OF THE PRINCIPLE OF THE NE BIS IN IDEM*

**JESSICA LISSA UEDA**

Graduada em Direito pelo Centro Universitário Curitiba e Pós-Graduada em Direito Penal e Processo Penal pelo Centro Universitário Curitiba.

#### **RESUMO:**

O presente trabalho visa, inicialmente, conceituar o princípio do ne bis in idem (que é a vedação do processamento, julgamento e condenação de um sujeito duas ou mais vezes pelo mesmo fato) e demonstrar sua aplicabilidade no ordenamento jurídico brasileiro, mesmo que não esteja expressamente previsto em lei, visto que aplicação é prevista de forma implícita. Ademais, busca dispor acerca da ampla aplicação do instituto da reincidência, como circunstância legal agravante, de forma a prejudicar o réu. Por fim, aponta a referida agravante como violadora do princípio do ne bis in idem, uma vez que o delito anterior, o qual já teve decisão condenatória transitada em julgado, com arbitramento da pena, é novamente apenado em segundo delito, uma vez que a agravante implica em aumento da pena. Destaca-se que o tema foi analisado e julgado pelo Supremo Tribunal de Justiça, em Recurso Extraordinário nº 453.000, no qual foi considerada constitucional a aplicação da reincidência. Desta forma, tem também como objetivo apresentar críticas à referida decisão.

**Palavras-chave:** princípio do ne bis in idem, reincidência, circunstância legal agravante, inconstitucionalidade da reincidência, violação à dupla persecução penal.

#### **ABSTRACT:**

This work aims initially to conceptualize the principle of ne bis in idem (which is the prohibition of the processing, judgment and condemnation of a person two or more times for the same fact) and to demonstrate its applicability in the Brazilian legal system, even if it is not expressly provided for by law, since implementation is implicitly envisaged. In addition, it seeks to dispose of the wide application of the institute of recidivism, as an aggravating legal circumstance, in order to harm the defendant. Lastly, the aggravating party points out that it violates the principle of ne bis in idem, since the previous offense, which has already had a final and conclusive conviction, is again penalized for a second offense, since the aggravating circumstance implies an increase in sentence. It should be noted that the matter was analyzed and judged by the Supreme Court of Justice, in Extraordinary Appeal 453,000, in which the application of recidivism was considered constitutional. In this way, it also aims to present criticisms of this decision.



**Keywords:** principle of *ne bis in idem*, recidivism, aggravating legal circumstance, unconstitutionality of recidivism, violation of dual criminal prosecution

## 1. INTRODUÇÃO

O princípio do *ne bis in idem* proíbe o processamento, julgamento e condenação de um sujeito pelo mesmo fato, a fim de proteger a coisa julgada. O presente artigo tem como um dos objetivos demonstrar a sua aplicação, uma vez que não está previsto de forma expressa no ordenamento jurídico brasileiro.

Ademais, visa conceituar a reincidência, apontando a sua influência no Código Penal e em outras leis que versam acerca da matéria criminal. A reincidência ocorre quando há um crime ou contravenção penal com decisão condenatória transitada em julgado, com posterior cometimento de novo crime, podendo também o primeiro fato ser um crime, seguido de contravenção penal, ressaltando-se que não se aplica em crimes militares próprios e políticos, bem como o segundo delito deve ser praticado dentro do lapso temporal de 5 (cinco) anos, a contar do cumprimento da pena anterior ou de sua extinção.

A análise do referido princípio e da agravante ocorre em razão de diversas críticas realizadas por uma parcela considerável de juristas que consideram inconstitucional a aplicação da reincidência como circunstância legal agravante, sob o fundamento de que viola o princípio do *ne bis in idem*.

## 2. PRINCÍPIO DO *NE BIS IN IDEM*

Os princípios possuem caráter normativo, sejam implícitos ou explícitos, sendo assim, devem ser amplamente estudados e aplicados. O princípio do *ne bis in idem* possui sua relevância uma vez que impede diversas violações de direitos fundamentais.



## 2.1 CONCEITO

*Ne bis in idem*, em sua tradução literal, tem como significado: não duas vezes pela mesma coisa. No âmbito criminal, denota a vedação de um sujeito ser processado, julgado e condenado duas vezes pelo mesmo fato, evitando-se a formação de litispendência<sup>1</sup> ou a ofensa à coisa julgada<sup>2</sup>.

O princípio do *ne bis in idem* possui dupla função, a primeira é dirigida ao legislador e a segunda aos aplicadores do direito. O Poder Legislativo, ao introduzir novos tipos penais, deve-se atentar para este princípio, não sendo possível, portanto, a criação de uma lei que autorize a dupla punição.

Por sua vez, o Judiciário não poderá considerar a mesma circunstância duas vezes, de modo a prejudicar o réu, nota-se que este objetivo é garantido pelo dever do magistrado de motivar suas decisões. (SILVA, 2009)

Desta forma, o *ne bis in idem* tem como fundamento a segurança jurídica, uma vez que impede a prolação de decisões contraditórias, preservando a coisa julgada. (CASTRO; SILVA, 2017). Ainda, pode também ser interpretado como uma forma de se aplicar o princípio da vedação ao excesso e da proporcionalidade, tendo em vista que a dupla punição do indivíduo pela mesma conduta seria desproporcional de forma a lesionar as garantias fundamentais dos cidadãos. (SILVA, 2009)

## 2.2 BREVE HISTÓRICO

O princípio do *ne bis in idem* teve origem no direito romano, visto que foi o primeiro ordenamento jurídico a prever o instituto da coisa julgada, o qual foi consagrado na *Lex*

---

<sup>1</sup> Litispendência é caracterizada quando há duas ações ajuizadas com as mesmas partes, pedido e causa de pedir.

<sup>2</sup> Uma lide, quando possui decisão irrecorrível, torna-se imutável e indiscutível, formando, portanto, a coisa julgada.



*Repetundarum*<sup>3</sup>, na qual se estabeleceu que a sentença indicaria o fim do processo, não sendo permitido o ajuizamento de nova ação pelos mesmos fatos.

A ascensão da igreja católica consolidou o processo inquisitivo, no qual se extinguiu a aplicação do mencionado princípio, visto que a principal característica desta época era a busca pela verdade real, sendo marcada pela discricionariedade dos magistrados, que poderiam julgar no momento em que considerassem mais apropriado, bem como retornar ao julgamento de controvérsia que já fora analisada outrora sem qualquer fundamento. (SABOYA, 2006)

A segunda metade do século XVIII foi marcada por ideias que tinham como fundamento a razão e a humanidade, passando-se, portanto, a criticar o antigo regime punitivista do Estado, acarretando na Revolução Francesa, que com seus ideais de liberdade, igualdade e fraternidade, retomou a ideia do *ne bis in idem*, respeitando-se a coisa julgada. O princípio, inclusive, teve previsão legal expressa na Constituição Francesa de 1791: (FRANÇA, 1791)

**Artigo 9º.** - Em matéria penal, nenhum cidadão pode ser julgado, exceto por uma acusação recebida pelos jurados ou decretada pelo órgão legislativo, nos casos em que é sua responsabilidade processar a acusação. - Após a acusação admitida, o fato será reconhecido e declarado pelos jurados. - O acusado terá a faculdade de recusar até vinte, sem fundamentar. - Os jurados que declaram o fato, não podem estar abaixo do número de doze. - A aplicação da lei será feita pelos juízes. A instrução será pública, e ao acusado não pode ser negada a assistência de um advogado. - Qualquer homem absolvido por um jurado, não pode ser processado ou acusado pelo mesmo fato.<sup>4</sup> (tradução nossa)

Ademais, em 1887, os Estados Unidos passaram a prever o princípio da vedação à dupla persecução penal através da 5ª Emenda à Constituição:

Ninguém será detido para responder por crime capital, ou outro crime infamante, salvo por denúncia ou acusação perante um Grande Júri, exceto em se tratando

<sup>3</sup> Lex Repetundarium era o direito estabelecido na Roma Antiga em 123 A.C.

<sup>4</sup> **Article 9.** - En matière criminelle, nul citoyen ne peut être jugé que sur une accusation reçue par des jurés, ou décrétée par le Corps législatif, dans les cas où il lui appartient de poursuivre l'accusation. - Après l'accusation admise, le fait sera reconnu et déclaré par des jurés. - L'accusé aura la faculté d'en récuser jusqu'à vingt, sans donner des motifs. - Les jurés qui déclareront le fait, ne pourront être au-dessous du nombre de douze. - L'application de la loi sera faite par des juges. - L'instruction sera publique, et l'on ne pourra refuser aux accusés le secours d'un conseil. - Tout homme acquitté par un juré légal, ne peut plus être repris ni accusé à raison du même fait



de casos que, em tempo de guerra ou de perigo público, ocorram nas forças de terra ou mar, ou na milícia, durante serviço ativo; ninguém poderá pelo mesmo crime ser duas vezes ameaçado em sua vida ou saúde; nem ser obrigado em qualquer processo criminal a servir de testemunha contra si mesmo; nem ser privado da vida, liberdade, ou bens, sem processo legal; nem a propriedade privada poderá ser expropriada para uso público, sem justa indenização. (ESTADOS UNIDOS, 2003)

Posteriormente, o surgimento das inovações tecnológicas possibilitou a globalização, mas também acarretou em uma criminalização de caráter internacional, sendo assim, tendo em vista que o direito deve sempre acompanhar o desenvolvimento da sociedade, surgiram diversos pactos e tratados internacionais.

Alguns positivaram o princípio, como por exemplo, o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos<sup>5</sup>, Convênio Europeu para a Proteção dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais<sup>6</sup>, a Convenção de Aplicação do Acordo Schengen (CASS)<sup>7</sup>, Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia<sup>8</sup>, Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional<sup>9</sup>, e Convenção Americana Sobre Direitos Humanos<sup>10</sup>.(SABOYA, 2006)

<sup>5</sup> Art. 14.1 Todas as pessoas são iguais perante os tribunais e as cortes de justiça. Toda pessoa terá o direito de ser ouvida publicamente e com devidas garantias por um tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido por lei, na apuração de qualquer acusação de caráter penal formulada contra ela ou na determinação de seus direitos e obrigações de caráter civil. A imprensa e o público poderão ser excluídos de parte da totalidade de um julgamento, quer por motivo de moral pública, de ordem pública ou de segurança nacional em uma sociedade democrática, quer quando o interesse da vida privada das Partes o exija, que na medida em que isso seja estritamente necessário na opinião da justiça, em circunstâncias específicas, nas quais a publicidade venha a prejudicar os interesses da justiça; entretanto, qualquer sentença proferida em matéria penal ou civil deverá torna-se pública, a menos que o interesse de menores exija procedimento oposto, ou processo diga respeito à controvérsia matrimoniais ou à tutela de menores.

<sup>6</sup> Art. 4.1 Ninguém pode ser penalmente julgado ou punido pelas jurisdições do mesmo Estado por motivo de uma infração pela qual já foi absolvido ou condenado por sentença definitiva, em conformidade com a lei e o processo penal desse Estado.

<sup>7</sup> Aquele que tenha sido definitivamente julgado por um tribunal de uma Parte Contratante não pode, pelos mesmos factos, ser submetido a uma acção judicial intentada por uma outra Parte Contratante, desde que, em caso de condenação, a sanção tenha sido cumprida ou esteja actualmente em curso de execução ou não possa já ser executada, segundo a legislação da Parte Contratante em que a decisão de condenação foi proferida.

<sup>8</sup> Art. 50 Ninguém pode ser julgado ou punido penalmente por um delito do qual já tenha sido absolvido ou pelo qual já tenha sido condenado na União por sentença transitada em julgado, nos termos da lei.

<sup>9</sup> Art. 20.1 Salvo disposição contrária do presente Estatuto, nenhuma pessoa poderá ser julgada pelo Tribunal por atos constitutivos de crimes pelos quais esta já a tenha condenado ou absolvido.

<sup>10</sup> Art. 8.4 O acusado absolvido por sentença transitada em julgado não poderá ser submetido a novo processo pelos mesmos fatos.





## 2.3 PRINCÍPIO DO *NE BIS IN IDEM* NO BRASIL

O legislador brasileiro não criou uma norma que previsse o *ne bis in idem*, de forma expressa, no entanto, em 24 de janeiro de 1992 o Brasil ratificou o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos<sup>11</sup> e, em 25 de setembro de 1992, a Convenção Americana dos Direitos Humanos<sup>12</sup>, sendo assim, a dupla punição é vedada pelo ordenamento jurídico brasileiro.

Nota-se que a Constituição Federal de 1988 prevê em seu art. 5º, § 2º:

§ 2º. Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte. (BRASIL, 1988)

Desta forma, entendia-se que os tratados internacionais ratificados teriam caráter constitucional. Ocorre que a emenda constitucional 45/2004 incluiu o § 3º do mesmo dispositivo legal, o qual dispõe:

§ 3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais. (BRASIL, 1988)

O Supremo Tribunal Federal, ao analisar a possibilidade de se decretar a prisão civil do depositário infiel, em Recurso Extraordinário nº 466.343-1-SP, entendeu que os

---

<sup>11</sup> Art. 14.1 Todas as pessoas são iguais perante os tribunais e as cortes de justiça. Toda pessoa terá o direito de ser ouvida publicamente e com devidas garantias por um tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido por lei, na apuração de qualquer acusação de caráter penal formulada contra ela ou na determinação de seus direitos e obrigações de caráter civil. A imprensa e o público poderão ser excluídos de parte da totalidade de um julgamento, quer por motivo de moral pública, de ordem pública ou de segurança nacional em uma sociedade democrática, quer quando o interesse da vida privada das Partes o exija, que na medida em que isso seja estritamente necessário na opinião da justiça, em circunstâncias específicas, nas quais a publicidade venha a prejudicar os interesses da justiça; entretanto, qualquer sentença proferida em matéria penal ou civil deverá torna-se pública, a menos que o interesse de menores exija procedimento oposto, ou processo diga respeito à controvérsia matrimonial ou à tutela de menores.

<sup>12</sup> Art. 8.4 O acusado absolvido por sentença transitada em julgado não poderá ser submetido a novo processo pelos mesmos fatos

tratados internacionais que versam sobre direitos humanos, e que não foram aprovados, seguindo o trâmite previsto no § 3º, do art. 5º da Constituição Federal, ocupam a hierarquia de norma supra legal:

Em conclusão, entendo que, desde a ratificação, pelo Brasil, sem qualquer reserva, do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (art. 11) e da Convenção Americana sobre Direitos Humanos – Pacto de San José da Costa Rica (art. 7º, 7), ambos no ano de 1992, não há mais base legal para prisão civil do depositário infiel, pois o caráter especial desses diplomas internacionais sobre direitos humanos lhes reserva lugar específico no ordenamento jurídico, estando abaixo da Constituição, porém acima da legislação interna. O status normativo supralegal dos tratados internacionais de direitos humanos subscritos pelo Brasil, dessa forma, torna inaplicável a legislação infraconstitucional com ele conflitante, seja ela anterior ou posterior ao ato de ratificação. Assim ocorreu com o art. 1.287 do Código Civil de 1916 e com o Decreto-Lei nº 911/69, assim como em relação ao art. 652 do Novo Código Civil (Lei nº 10.406/2002). (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2008)

A respeito da incorporação de tratados internacionais que versem sobre direitos humanos, leciona Flávia Piovesan:

Isto porque, a partir de um reconhecimento explícito da natureza materialmente constitucional dos tratados de direitos humanos, o § 3º do art. 5º permite atribuir o status de norma formalmente constitucional aos tratados de direitos humanos que obedecerem ao procedimento nele contemplado. Logo, para que os tratados de direitos humanos a serem ratificados obtenham assento formal na Constituição, requer-se a observância de quorum qualificado de três quintos dos votos dos membros de cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos – que é justamente o quorum exigido para a aprovação de emendas à Constituição, nos termos do art. 60, § 2º, da Carta de 1988. Nessa hipótese, os tratados de direitos humanos formalmente constitucionais são equiparados às emendas à Constituição, isto é, passam a integrar formalmente o Texto Constitucional. (PIOVESAN, 2016, p. 80)

Por conseguinte, os tratados proporcionariam ao princípio do *ne bis in idem* caráter de norma supralegal. No entanto, em Habeas Corpus, o Supremo Tribunal Federal julgou que se trata de um complemento ao rol de direitos e garantias fundamentais previstos no art. 5º da Constituição Federal:

A incorporação do princípio do *ne bis in idem* ao ordenamento jurídico pátrio, ainda que sem o caráter de preceito constitucional, vem, na realidade, complementar o rol dos direitos e garantias individuais já previstos pela Constituição Federal, cuja interpretação sistemática leva à conclusão de que a

Lei Maior impõe a prevalência do direito à liberdade em detrimento do dever de acusar. Nesse contexto, princípios como o do devido processo legal e o do juízo natural somente podem ser invocados em favor do réu e nunca em seu prejuízo. (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2003)

Ainda, o Superior Tribunal de Justiça editou a súmula 241, a qual evita a utilização de uma mesma circunstância duas vezes em desfavor do réu para a dosimetria da pena. (SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 2011a)

Em que pese o ordenamento jurídico brasileiro não preveja expressamente o princípio, existem normas que aplicam o princípio para casos específicos, como o art. 8º do Código Penal, que versa sobre o *ne bis in idem* em relação à pena cumprida no estrangeiro: “Art. 8º - A pena cumprida no estrangeiro atenua a pena imposta no Brasil pelo mesmo crime, quando diversas, ou nela é computada, quando idênticas.” (BRASIL, 1940a). A respeito de pena cumprida no estrangeiro, o Código Penal estabelece em seu art. 42:

Art. 42 - Computam-se, na pena privativa de liberdade e na medida de segurança, o tempo de prisão provisória, no Brasil ou no estrangeiro, o de prisão administrativa e o de internação em qualquer dos estabelecimentos referidos no artigo anterior. (BRASIL, 1940a)

Há previsão também quanto à vedação de leis que contrariem a coisa julgada, e, tendo em vista que se encontra prevista no art. 5º, XXXVI da Constituição Federal, trata-se de direito e garantia fundamental: “XXXVI - a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada;” (BRASIL, 1988).

O Código de Processo Penal acompanha a Magna Carta quanto à impossibilidade de se contrariar a litispendência e a coisa julgada, conforme dispõem os arts.95, III e V, e 110, CF:

Art. 95. Poderão ser opostas as exceções de:  
(...)  
III - litispendência;  
(...)  
V - coisa julgada.  
(...)





Art. 110. Nas exceções de litispendência, ilegitimidade de parte e coisa julgada, será observado, no que lhes for aplicável, o disposto sobre a exceção de incompetência do juízo. (BRASIL 1940a)

A vedação à dupla persecução penal é amplamente aplicada nos casos concretos, mesmo sem ser inserida ao ordenamento de forma expressa, a exemplo, o Inquérito nº 3990/DF (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2017), em que se observou ofensa ao *ne bis in idem*, a imputação do crime de integrar organização criminosa ao acusado que já foi denunciado pelo mesmo delito, em relação aos mesmos fatos; bem como o Habeas Corpus nº 405111/SC (SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 2017b), no qual se constatou que a valoração da natureza e da quantidade de entorpecentes, não podem ser utilizados para agravar a pena e exasperar a pena-base, sob pena de violação ao princípio, devendo ser valorada somente na terceira fase da dosimetria da pena.

### 3. REINCIDÊNCIA

A análise da reincidência se torna necessária, uma vez que, apesar de muito criticada é amplamente aplicada de modo a prejudicar o réu.

#### 3.1 CONCEITO

A reincidência é uma circunstância legal agravante, prevista no art. 61, I, do Código Penal Brasileiro e é conceituado em seu art. 63:

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

I - a reincidência;  
(...)

Art. 63 - Verifica-se a reincidência quando o agente comete novo crime, depois de transitar em julgado a sentença que, no País ou no estrangeiro, o tenha condenado por crime anterior. (BRASIL, 1940a)

Ou seja, ela ocorre quando um sujeito comete um crime, é condenado, tendo a decisão transitada em julgado e, posteriormente, pratica um novo crime. Ao se interpretar



isoladamente o art. 63, CP, entender-se-ia que somente a prática de crimes caracterizaria a reincidência, não se incluindo as contravenções penais. Ocorre que o art. 7º do decreto lei 3.688/41 versa:

Art. 7º Verifica-se a reincidência quando o agente pratica uma contravenção depois de passar em julgado a sentença que o tenha condenado, no Brasil ou no estrangeiro, por qualquer crime, ou, no Brasil, por motivo de contravenção. (BRASIL, 1941b)

Desta forma, conclui-se que, a reincidência não se opera quando a infração penal anterior é uma contravenção, enquanto a posterior é classificada como crime. No entanto, configura-se a reincidência quando se trata: a) crime como infração anterior, e crime ou contravenção como posterior; b) contravenção com sentença condenatória transitada em julgado anterior à nova contravenção.

O conceito de reincidência também é delimitado por período, essa agravante é aplicada nos casos em que o segundo delito é praticado dentro do lapso temporal de 5 (cinco) anos, a contar da data do cumprimento da pena anterior ou de sua extinção, conforme prevê o art. 64, I, CP:

Art. 64 - Para efeito de reincidência:  
I - não prevalece a condenação anterior, se entre a data do cumprimento ou extinção da pena e a infração posterior tiver decorrido período de tempo superior a 5 (cinco) anos, computado o período de prova da suspensão ou do livramento condicional, se não ocorrer revogação; (BRASIL, 1940a)

Quanto ao momento da prática do delito, ressalta-se que somente se incide a reincidência nos casos em que a segunda conduta delituosa seja praticada antes da publicação da decisão condenatória de fato anterior e de seu trânsito em julgado, conforme leciona Fernando Galvão:

Dessa forma, para a caracterização da reincidência, é necessário que exista decisão condenatória, com trânsito em julgado, por crime anterior. Se o novo fato criminoso é cometido antes da publicação da decisão condenatória relativa ao fato anterior, ou se esta tiver sido publicada, mas não tenha transitado em julgado, não haverá reincidência. (GALVÃO, 2013, p. 749)



Destaca-se ainda que esta agravante não é aplicada em crimes militares próprios e crimes políticos, visto que são abrangidas por justiças especializadas, não correspondendo à justiça comum, assim prevê o art. 64, II, CP:

Art. 64 - Para efeito de reincidência:

(...)

II - não se consideram os crimes militares próprios e políticos (BRASIL, 1940a)

Assim, a reincidência incide como agravante quando um autor pratica um crime e após decisão condenatória transitada em julgado realiza novo delito, seja crime ou contravenção penal, podendo também incidir a reincidência quando o delito anterior se trata de contravenção e o posterior também. Destacando-se que somente é aplicável quando há trânsito em julgado, desde que não ultrapassado o período de 5 (cinco) anos e a segunda conduta seja de competência da justiça comum.

### 3.2 INFLUÊNCIA DA REINCIDÊNCIA NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

O instituto da reincidência é relevante para o direito penal, visto que influencia em diversos momentos a aplicação da pena, tal como nos arts. 77, I e 120, CP, os quais preveem que não é possível a aplicação da suspensão condicional da pena e do perdão judicial, respectivamente, quando se tratar de réu reincidente:

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:

I - o condenado não seja reincidente em crime doloso;

(...)

Art. 120 - A sentença que conceder perdão judicial não será considerada para efeitos de reincidência. (BRASIL, 1940a)

Assim como no livramento condicional, a reincidência influi no período necessário de cumprimento da pena para a concessão do benefício:

Art. 83 - O juiz poderá conceder livramento condicional ao condenado a pena privativa de liberdade igual ou superior a 2 (dois) anos, desde que:



I - cumprida mais de um terço da pena se o condenado não for reincidente em crime doloso e tiver bons antecedentes;  
II - cumprida mais da metade se o condenado for reincidente em crime doloso;  
(...)  
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. (BRASIL, 1940a)

Acerca da suspensão condicional da pena e do livramento, Paulo César Busato leciona:

Desse modo, se o sujeito for condenado com trânsito em julgado e tiver a execução de sua pena suspensa, o prazo da suspensão deverá ser somado ao prazo decorrido após a extinção do feito pelo cumprimento das condições da suspensão, a efeitos da contagem do período de cinco anos capaz de desqualificar a reincidência. Do mesmo modo, se parte da sentença for cumprida em livramento condicional, esse período de livramento deve ser acrescido ao período de tempo após o cumprimento da pena, a efeitos de computar o prazo de exclusão da reincidência.

Nos dois casos, se for revogado o benefício – livramento ou sursis -, o período deixa de ser computado. (BUSATO, 2015, p. 890)

O instituto também revoga a reabilitação, na forma do art. 95, CP:

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. (BRASIL, 1940a)

A prescrição da pretensão executória também sofre influência deste agravante, seja a fim de aumentar o prazo (art. 110, CP), ou para interrompê-la (art. 117, VI, CP):

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.  
(...)

Art. 117 - O curso da prescrição interrompe-se:  
(...)  
VI - pela reincidência. (BRASIL, 1940a)



Insta salientar que o mesmo não se aplica para o prazo prescricional da pretensão punitiva, conforme dispõe a súmula 220, do STJ. (SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 2011b)

O regime da pena depende do réu, se este é primário ou reincidente:

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. (...)

§ 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:

- 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. (BRASIL, 1940a)

Por fim, a reincidência restringe a substituição das penas privativas de liberdade pelas penas restritivas de direito:

Art. 44. As penas restritivas de direitos são autônomas e substituem as privativas de liberdade, quando: (...)

II – o réu não for reincidente em crime doloso; (...)

§ 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. (BRASIL, 1940a)

Assim, torna-se nítido como a reincidência pode prejudicar o réu, em vários aspectos, o que é amplamente criticado por diversos doutrinadores, conforme será demonstrado em tópico 4 (REINCIDÊNCIA X BIS IN IDEM).

### 3.3 ESPÉCIES

A reincidência pode ser classificada conforme a natureza dos delitos cometidos, ou de acordo com a necessidade tão somente do trânsito em julgado da sentença condenatória do primeiro delito, ou se exige o cumprimento, total ou parcial, da pena.





### 3.3.1 Genérica X Específica

O instituto da reincidência pode ser classificado de acordo com a natureza dos delitos cometidos. Essa distinção era prevista pelo Código Penal, em seu art. 46, § 1º, em sua redação original:

Art. 46. 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.

§ 1º Diz-se a reincidência:

I - genérica, quando os crimes são de natureza diversa;

II - específica, quando os crimes são da mesma natureza. (BRASIL, 1940b)

A natureza do delito, por sua vez, era classificada pelo § 2º do referido dispositivo legal:

§ 2º Consideram-se crimes da mesma natureza os previstos no mesmo dispositivo legal, bem como os que, embora previstos em dispositivos diversos, apresentam, pelos fatos que os constituem ou por seus motivos determinantes, caracteres fundamentais comuns. (BRASIL, 1940b)

Ainda, observa-se que o texto original previa expressamente as hipóteses da aplicação da reincidência específica:

Art. 47. A reincidência específica importa:

I - a aplicação da pena privativa de liberdade acima da metade da soma do mínimo com o máximo;

II - a aplicação da pena mais grave em qualidade, dentre as cominadas alternativamente, sem prejuízo do disposto no n. I. (BRASIL, 1940b)

Ocorre que a lei nº 6.416/1997 alterou o Código Penal, retirando essa classificação, bem como, determinou que quando se trata de reincidência, o texto legal se refere à genérica:

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. (BRASIL, 1940a)



A referida lei, no entanto, não excluiu totalmente a específica, visto que é prevista pelos arts. 44, § 3º e 83, V, CP:

Art. 44. As penas restritivas de direitos são autônomas e substituem as privativas de liberdade, quando: (...)

§ 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. (...)

Art. 83 - O juiz poderá conceder livramento condicional ao condenado a pena privativa de liberdade igual ou superior a 2 (dois) anos, desde que: (...)

V - 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. (BRASIL, 1940a)

Quando se trata de crime de natureza ambiental, o legislador optou pela aplicação da reincidência específica, no art. 15, da lei nº 9.605/98:

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

I - reincidência nos crimes de natureza ambiental; (BRASIL, 1998)

Analisando-se os referidos dispositivos, verifica-se que o ordenamento jurídico brasileiro pune com mais severidade, aquele que reincide da forma específica, ou seja, praticou dois delitos de mesma natureza, assim dispõe Marcelo Santiago de Morais Afonso:

Verifica-se, assim, que o legislador pátrio mantém o entendimento de que a reincidência específica é mais grave que a genérica, estabelecendo efeitos ainda mais danosos ao condenado pela prática de crimes da mesma natureza. Não obstante, a adoção da reincidência específica nos casos apontados não afasta a disciplina da reincidência genérica, que, caso configurada, operará normalmente seus efeitos. Assim, por exemplo, se o autor de um crime hediondo já tiver sido condenado, com trânsito em julgado, por uma lesão corporal, ocorrerá normalmente a incidência do instituto da reincidência. A reincidência específica, nesse caso, apenas impede a concessão de determinados benefícios. (AFONSO, 2014, p. 187-220)

O Código Penal, portanto, apesar de utilizar e reincidência genérica em regra, a específica também é aplicada em casos específicos.

### 3.3.2 *Real X Ficta*

A reincidência real é caracterizada pela prática de novo delito, posterior ao cumprimento total ou parcial da pena de crime anterior. Enquanto a ficta exige apenas trânsito em julgado de delito antecedente, com a prática de outro crime, durante o período de 5 anos, a contar da extinção da pena.

Observa-se que o ordenamento jurídico brasileiro optou pela utilização do instituto da reincidência ficta, conforme se observa no art. 63, CP:

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. (BRASIL, 1940a)

A adoção do instituto, da forma como realizada pelo legislador brasileiro, foi criticada, visto que se trata de medida com caráter punitivo maior do que se aplicada a reincidência real. Assim dispõe Marcelo Santiago de Moraes Afonso:

Percebe-se, por óbvio, o maior rigor advindo da reincidência ficta, que é a espécie adotada pelo nosso Código Penal, pois a simples condenação com trânsito em julgado, pela prática de crime, como já dito, é suficiente para a aplicação do instituto, possibilitando sua incidência de uma forma mais facilitada.

Neste caso, também se torna claro que a reincidência, no nosso sistema penal, apesar de existirem discursos justificadores do instituto que tomam em consideração os fins da pena, não pode se fundamentar em qualquer função da pena, vez que não a pressupõe. (AFONSO, 2014)

A crítica se dá, visto que este instituto penaliza o agente pela nova prática de crime, sancionando-o pelo fato de persistir no cometimento de delitos, mesmo após a sua condenação. No entanto, tendo em vista que não se exige sequer o cumprimento parcial da pena, mas apenas o trânsito em julgado, não há que se falar se a pena foi satisfativa ou não, visto que a execução não foi iniciada, desvinculando-se, portanto, à função da pena.

## 3.4 DIFERENÇA PARA MAUS ANTECEDENTES

O instituto da reincidência não se confunde com os maus antecedentes, este, por sua vez, trata-se de uma circunstância judicial, ou seja, ela deve ser analisada para a fixação da pena-base, conforme previsto pelo art. 59, CP:

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

I - as penas aplicáveis dentre as cominadas;

II - a quantidade de pena aplicável, dentro dos limites previstos;

III - o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade;

IV - a substituição da pena privativa da liberdade aplicada, por outra espécie de pena, se cabível. (BRASIL, 1940a)

Configuram os maus antecedentes, aqueles delitos transitados em julgado (SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 2010)<sup>13</sup> e que não se enquadram na reincidência. Contudo, discute-se se englobaria apenas condenação anterior por crime político e militar ou se consideraria também como maus antecedentes, aqueles que não foram classificados como reincidência, em razão de terem ocorrido em lapso temporal superior a 5 anos.

A crítica, em relação ao período considerado para a configuração dos maus antecedentes, se dá em razão do art. 5º, XLII, que veda penas de caráter perpétuo, nos seguintes termos:

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: (...)

XLVII - não haverá penas: (...)

b) de caráter perpétuo; (BRASIL, 1988)

<sup>13</sup> Súmula nº 444. É vedada a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena-base.

Sobre o tema, foi reconhecida a repercussão geral pelo (à época) ministro Joaquim Barbosa, no julgamento do Recurso Extraordinário nº 593.818-2/SC (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. 2009), estando o recurso, no entanto, ainda pendente de julgamento.

A segunda turma do Supremo Tribunal Federal passou a proferir os seus julgados, a partir do entendimento de que se consideradas as condenações anteriores transitadas em julgado há mais de cinco anos como maus antecedentes, caracterizaria pena de caráter perpétuo, violando, portanto norma constitucional, posto isso, aplicou-se o art. 64, I, CP, de forma análoga, limitando o lapso temporal, assim como na reincidência:

Art. 64 - Para efeito de reincidência:

I - não prevalece a condenação anterior, se entre a data do cumprimento ou extinção da pena e a infração posterior tiver decorrido período de tempo superior a 5 (cinco) anos, computado o período de prova da suspensão ou do livramento condicional, se não ocorrer revogação; (BRASIL, 1940)

O STJ, no entanto, diverge do entendimento, ao considerar os maus antecedentes no sopesamento negativo das circunstâncias judiciais, mesmo que transcorrido lapso temporal superior a cinco anos, conforme informativo jurisprudencial nº 0493:

DOSIMETRIA DA PENA. CONDENAÇÕES PRETÉRITAS. CRIME CULPOSO. Não há flagrante ilegalidade se o juízo sentenciante considera, na fixação da pena, condenações pretéritas, ainda que tenha transcorrido lapso temporal superior a cinco anos entre o efetivo cumprimento das penas e a infração posterior; pois, embora não sejam aptas a gerar a reincidência, nos termos do art. 64, I, do CP, são passíveis de serem consideradas como maus antecedentes no sopesamento negativo das circunstâncias judiciais. Contudo, no caso dos autos, existem peculiaridades suficientes para infirmar o entendimento então consolidado, pois o aumento da pena do crime doloso por crime culposos cometido em passado distante afrontaria os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade na fixação da pena privativa de liberdade. (SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 2012)

No entanto quando o período entre as condenações é demasiadamente longo, em razão do princípio da razoabilidade, o STJ entende que não deve ser valorado como maus antecedentes, em aplicação da teoria do direito ao esquecimento, como ocorreu, por exemplo, em AgRg no AREsp nº 98374/RJ (SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 2017a)





## 4. REINCIDÊNCIA X *BIS IN IDEM*

O instituto da reincidência sofre diversas críticas, em especial quanto à sua aplicação como circunstância legal agravante, uma boa parcela da doutrina aduz que é inconstitucional por violar o princípio da vedação à dupla persecução penal.

### 4.1 RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 591.653-8 (INSTITUTO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS, 2014)

O Ministério Público do Rio Grande do Sul interpôs recurso extraordinário a fim de reformar decisão do TJ/RS, a qual não aplicou a agravante da reincidência na dosimetria da pena provisória, sob o fundamento de que a aplicação viola o princípio do *ne bis in idem*; o princípio da igualdade, uma vez que o réu reincidente é punido de forma diversa ao primário; infringe também o princípio da proporcionalidade ou da razoabilidade. Aduz que a decisão recorrida não se atém ao art. 5º, XLVI, CF, que dispõe acerca da individualização da pena:

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; (BRASIL, 1988)

O Instituto Brasileiro de Ciências Criminais requereu (INSTITUTO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS, 2014) seu ingresso no aludido processo figurando como *amicus curi*, em razão da relevância da matéria, afirmando que de acordo com Maria Lúcia Karam (KARAM, 1994 apud INSTITUTO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS,



2014), a agravante da reincidência não se sustenta, posto que vincula dois sistemas absolutamente distintos, quais sejam, as penas pautadas na culpabilidade e as medidas de segurança valoradas pela periculosidade.

O instituto alude também que a reincidência na dosimetria da pena produz *bis in idem* e viola a coisa julgada:

A sentença penal condenatória é o mecanismo processual penal de exposição do juízo de reprovabilidade ao autor do injusto. Nela estão contidos todos os elementos de valoração do ilícito praticado pelo autor. Com o trânsito em julgado da decisão – e o posterior cumprimento da pena no devido processo de execução penal – o juízo de censura ganha fixidez, impedindo que nova apreciação sobre o mesmo fato seja realizada. Desta forma, em um sistema constitucional penal que é regulado pelo princípio da coisa julgada, está vedada reavaliação jurídica de fato anteriormente apreciado e, após o trâmite processual, estabilizado com o trânsito em julgado da decisão. (INSTITUTO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS, 2014)

Destaca, ainda, que uma parcela relevante da doutrina possui este entendimento, como Eugenio Raul Zaffaroni, José Henrique Pierangelli, Juarez Cirino dos Santos, Alberto Silva Franco, Adauto Suannes e Paulo Queiroz.

Ademais, sustenta que, tendo em vista que o instituto da reincidência incide em agravamento da pena pelo que o réu é, e não pelo que fez, viola também o princípio da dignidade da pessoa humana, previsto no art. 1º, III, CF:

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; (BRASIL, 1988)

Além disso, fundamenta que a reincidência deveria ser um fator de redução da pena, ante ao sistema carcerário que possui notoriamente efeito criminógeno. Por fim, rebate o argumento da necessidade da aplicação da referida agravante em razão da individualização da pena nos seguintes termos:

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



É que determinar aplicação universal e obrigatória de aumento de pena para os reincidentes ofende a lógica individualizadora. Isto porque a individualização implica análise criteriosa do caso concreto, pressupondo que cada caso é distinto e cada autor é um universo em si mesmo. Assim, obrigar ao Juiz a que, em todos os casos de reincidência, estabeleça pena superior, ofende o conteúdo constitucional que emana do próprio princípio da individualização. (INSTITUTO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS, 2014)

O STJ reconheceu a repercussão geral da matéria, no entanto, restou prejudicada a sua apreciação dada a similitude com o tema tratado em Recurso Extraordinário nº 453000. (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2013)

## 4.2 O RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 453.000 (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2013)

A defensoria pública federal, atuando como procurador de Volnei da Silva Leal, interpôs Recurso Extraordinário nº 453.000/RS (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2013) contra decisão que condenou o Réu a pena-base de quatro anos, sofrendo o incremento de seis meses, em virtude da aplicação da reincidência como agravante.

O recurso teve como fundamento a inconstitucionalidade da aplicação da reincidência como agravante, uma vez que viola o art. 5º, incisos XXXVI e XLV, da Constituição Federal:

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;

(...)

XLV - nenhuma pena passará da pessoa do condenado, podendo a obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento de bens ser, nos termos da lei, estendidas aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do valor do patrimônio transferido; (BRASIL, 1988)

Destaca que o Constituinte estabeleceu uma visão garantista à Carta Magna, o que não coaduna com o instituto da reincidência, que além de violar o princípio da individualização da pena e do *ne bis in idem*, obstaculiza diversos benefícios legais.



Ainda, estigmatiza o indivíduo reincidente, acarretando na perda da finalidade da pena, qual seja, a ressocialização.

O mencionado processo teve a relatoria do ministro Marco Aurélio, o qual fundamenta que a inconstitucionalidade da reincidência como circunstância agravante, terá diversas outras implicações, uma vez que é aplicado em diversas outras situações: a) fixação do regime inicial de cumprimento de pena; b) é um impedimento para substituição da privativa de liberdade pela restritiva de direitos ou pela multa; c) obstaculiza o sursis; d) interfere no livramento condicional da pena e) altera a prescrição, entre outros. Destaca ainda, que a reincidência surgiu como agravante no Código Penal do Império, em 1830.

Sustenta que não contraria a individualização da pena, posto que diferencia os reincidentes daqueles que cometerem um delito pela primeira vez, sendo o instituto, portanto, necessário. Vejamos:

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 pena, 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. (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2013)

O relator teve seu voto acompanhado por unanimidade, a ministra Rosa Weber, destaca que a reincidência não remete ao direito penal do autor, visto que a valoração negativa é realizada segundo análise de conduta criminal pretérita, e não por condição pessoal.

A ministra também fundamenta que as sentenças possuem dois momentos distintos, a primeira seria o juízo condenatório, ou seja, analisa-se tão somente a imputação do crime ao acusado. Enquanto a segunda fase é a dosimetria da pena, sendo que a reincidência incide apenas nesta. Desta forma, não viola o *ne bis in idem*, pois o instituto é aplicado apenas para efeitos de exasperação da pena.

Em relação à violação à coisa julgada, alerta que o art. 5º, XXXVI, CF veda a edição de leis retroativas que afetem a coisa julgada, destacando que a aplicação da



reincidência é tradição do direito brasileiro, sendo prevista pelo Código Penal de 1940, mas que também é prevista pela Lei nº 7.209/84, que reformulou parte do código.

O ministro Luiz Fux assevera que se impõe um juízo negativo de valor ao sujeito reincidente, visto que não foi reabilitado, restando, portanto, a condenação de crime anterior, ineficaz quanto à sua função preventiva. Ressalta que não há condições de pressupor que a responsabilidade de ressocializar seria do Estado, visto que existe a possibilidade de ser algo relacionado à personalidade do agente.

Por fim, o recurso foi desprovido por unanimidade de votos.

#### 4.3 A AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA COMO VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DO *NE BIS IN IDEM*

Conforme já aludido, a reincidência é uma circunstância legal que agrava a pena, desta forma, existindo condenação transitada em julgado seguida de novo delito (lembrando-se que a contravenção penal como delito anterior e crime como fato posterior não gera reincidência), desde que dentro do lapso temporal de 5 anos a contar da extinção ou do cumprimento da pena anterior, bem como não sendo crime militar próprio e político, configura-se a reincidência, e, portanto, agrava-se a pena do segundo delito.

Isso implica em uma dupla persecução penal, uma vez que o primeiro delito já foi analisado, processado e julgado. Verifica-se que o advento de fato criminoso posterior, implicando em reincidência, se esta for aplicada a título de circunstância legal, acarreta em uma nova análise da conduta já previamente processada, uma vez que esta é utilizada como fundamentação para se agravar a pena do novo delito, violando-se a coisa julgada, a qual é um direito individual fundamental, tutelado pela CF/88 (BRASIL, 1988):

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;



O mesmo ocorre em relação à pena, visto que na dosimetria da pena do segundo delito, é imputado um período superior à pena base, em razão da agravante pela reincidência, ou seja, há uma punição maior pelo fato já apenado, o que caracteriza uma dupla valoração da mesma conduta.

Isso implica em violação ao princípio do *ne bis in idem*, uma vez que conforme lecionam José Henrique Pierangeli e Eugenio Raul Zaffaroni a quantificação de uma pena maior relativa ao segundo delito decorre do primeiro, pelo qual o indivíduo já foi apenado. (PIERANGELI; ZAFFARONI, 2013, p. 748)

Sobre o tema dispõe Salo de Carvalho:

“Dentre os principais argumentos jurídicos sobre a **inconstitucionalidade da reincidência** destaca-se a sua contradição lógica com o princípio da proibição da dupla incriminação (*ne bis in idem*). Frisou-se anteriormente a incorporação do princípio no ordenamento jurídico brasileiro e a forma pela qual o *ne bis in idem* se instrumentaliza na aplicação da pena, sobretudo na pena provisória, pois o art. 61 do Código Penal acentua que as circunstâncias agravantes têm efeito de aumentar a pena “(...) *quando não constituem ou qualificam o delito*”.

(...)  
A sentença penal condenatória é o mecanismo processual penal de exposição do juízo de responsabilização do autor do injusto. Na decisão judicial estão contidos todos os elementos de valoração do fato-crime praticado pelo autor. 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)valoração jurídica 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 *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.” (CARVALHO, 2015, p. 397-398) (grifo do autor)

Diversos outros doutrinadores repudiam a aplicação da agravante da reincidência, como por exemplo, Adriano Teixeira que menciona que seria plausível a sua aplicação como agravante naqueles delitos em que o custo operacional para a realização do delito é baixa, sendo compensado pelos benefícios obtidos pela empreitada criminosa, a título de exemplo, menciona crimes ambientais e financeiros. (TEIXEIRA, 2014)

Alberto Silva Franco disserta acerca do “plus punitivo”, uma vez que a pena agravada, em razão da reincidência faz com que a infração anterior tenha duplo efeito (FRANCO, 2010 apud TEIXEIRA, 2014), ideia também é aderida por Paulo Queiroz:



(...) a reincidência não passa, como assinala Muñoz Conde, de uma pena tarifada, na medida em que ela atua como causa de agravamento da pena fundada em fato diverso, gerador de culpabilidade e de responsabilidade próprias, de modo que o plus de gravidade decorrente da reincidência equivale à pena sem culpabilidade, estranho ao fato e que importa dupla valoração da mesma causa, constituindo bis in idem. (QUEIROZ apud INSTITUTO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS, 2014)

O agravante pela reincidência, portanto, contraria o princípio do *ne bis in idem*, o qual é previsto pelo Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e pela Convenção Americana dos Direitos Humanos, ambos ratificados pelo Brasil, bem como em interpretação sistemática do ordenamento jurídico brasileiro.

#### 4.4 OUTRAS CRÍTICAS AO ACÓRDÃO DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 453.000

O fundamento de que a inconstitucionalidade da reincidência implicaria em diversas alterações ao Código Penal não prospera, nota-se que a Constituição Federal trata-se de norma hierarquicamente superior às leis ordinárias, sendo assim, o instituto da reincidência pode ser declarado inválido por violação à Carta Magna, mesmo que isso implique em revogar inúmeros outros artigos, sobre o tema leciona o ministro Gilmar Mendes:

A superioridade das normas constitucionais também se expressa na imposição de que todos os atos do poder político estejam em conformidade com elas, de tal sorte que, se uma lei ou outro ato do poder público contrariá-las, será inconstitucional, atributo negativo que corresponde a uma recusa de validade jurídica. Porque as normas constitucionais são superiores às demais; elas somente podem ser alteradas pelo procedimento previsto no próprio texto constitucional. (BRANCO; MENDES, 2016, p. 65-66)

Ademais, nota-se que o Código Penal é de 1940, sendo que grande parte foi reestruturada em 1984, ocorre, no entanto, que a Constituição é posterior à promulgação desta lei, sendo assim, as normas anteriores incompatíveis, nem mesmo deveriam ser



recepcionadas, conforme disserta Celso Ribeiro Bastos, acerca da recepção de normas ordinárias por nova ordem constitucional:

Em primeiro lugar, todos os princípios gerais de quaisquer ramos do direito passam a ser aqueles constantes da nova Constituição.

Em segundo lugar, todos os demais dados legais e regulamentares têm de ser reinterpretados à luz da nova Constituição, a fim de se porem conformes com as suas normas e princípios.

Em terceiro lugar, as normas contrárias à Constituição não são recepcionadas, mesmo que sejam contrárias apenas a normas programáticas e não ofendam a nenhuma preceptiva. (BASTOS, 2010, p. 126)

Quanto à individualização da pena, destaca que deve ser realizado conforme a situação em que ocorreu o crime e suas variantes, não podendo incidir sobre o indivíduo, sob pena de retrocesso ao direito penal do autor, no qual se punia o agente pelo que ele é, e não pelo fato, criticado pela ministra Rosa Weber no próprio acórdão em análise:

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. (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2013)

Acerca do argumento da ministra, a qual menciona que o instituto da reincidência não viola o princípio do *ne bis idem*, por ser aplicável somente na exasperação da pena, e não em seu juízo condenatório, também não se sustenta, uma vez que o mencionado princípio se trata da vedação de uma pessoa ser julgada, processada e condenada pelo mesmo fato. Destacando-se que o período inserido no cômputo da pena relativo a crime anterior, corresponderia em dupla condenação.

Ainda, não se consagra a necessidade de punir de maneira mais rigorosa o indivíduo reincidente, visto que, ao contrário do alegado pelo ministro Luiz Fux, é possível verificar que a não ocorre a ressocialização em razão da falha do Estado, e não do indivíduo.

Observa-se que de acordo com pesquisa realizada pelo IPEA (INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA, 2015), 70% dos presidiários voltam a delinquir, e ainda, apenas 22% dos presos no sistema carcerário trabalham. (CASTRO, 2013) Portanto, não se pode punir o agente por falha estatal. Fato admitido pelo ministro Gilmar Mendes:

No nosso caso, que me parece que a discussão é importante, e suscita, diante dos índices que se indicam de reincidência, é a falência do próprio modelo penal prisional. Essa é a questão que eu acho que o debate suscita, destaca e chama atenção. 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. (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2013)

Paulo César Busato afirma que para evitar injustiças, a existência de crime anterior deveria ser sopesada em circunstância judicial, ou seja, como maus antecedentes, posto que se trata de um fator de culpabilidade. Destaca ainda, que não necessariamente seria analisado de forma a prejudicar o réu, pois a nova delinquência demonstra a incapacidade do Estado de ressocialização, sendo assim, poder-se-ia utilizar a reincidência ou maus antecedentes como circunstância judicial positiva, tendo em vista que há coculpabilidade do indivíduo com o Estado. Nesse sentido:

“Essas justificativas para o acréscimo de pena ao autor reincidente expõem-se, todavia, a diferentes críticas. Por um lado, critica-se o “argumento do alerta” sob um aspecto empírico-criminológico. As pesquisas criminológicas mostrariam que o típico delinquente reincidente não apresenta um impulso criminoso mais intenso ou um maior poder ou estímulo de evitar o delito, mas, ao contrário, as condenações anteriores o impulsionam a cometer novos delitos, já que o estigma por elas provocado, a chamada “ação criminógena do cárcere”, reduziria-lhe as possibilidades de uma vida conforme às normas do ordenamento jurídico formal. Por isso, afirma-se que esse criminoso, cuja personalidade é deformada pela prisão, seria na realidade menos sensível à função de alerta de uma condenação. Diante disso, do ponto de vista criminológico, o reincidente portaria na verdade uma culpabilidade menor, o que antes justificaria uma redução de pena. Não penso que esta última afirmação possa ou deva ser generalizável, mas, de qualquer forma, creio que essa crítica criminológica é suficiente para invalidar a tese generalista de que todo reincidente age com maior deliberação e por isso possui um maior capacidade de evitar o delito.” (TEIXEIRA, 2014)

Nota-se que, ao contrário do entendimento da ministra, à ofensa à coisa julgada não se dá em relação à violação de lei já promulgada, mas sim quanto a sentença condenatória transitada em julgado, uma vez que o primeiro delito praticado já teve sua pena imposta, a reincidência portanto ofenderia a coisa julgada uma vez que seria uma nova pena para fato já processado e julgado.

## 5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Assim, conclui-se que apesar de amplamente aplicada, a reincidência ao ser tratada como agravante, implica em inúmeras violações, em especial ao princípio do *ne bis in idem*, uma vez que impõe uma nova pena para um fato que já foi anteriormente apenado, caracterizando a dupla valoração da mesma conduta.

Não coaduna também com o princípio da individualização da pena, posto que as circunstâncias legais devem remeter às circunstâncias do fato e suas variações, caso contrário remete-se ao direito penal do autor, amplamente repudiado.

Ademais, viola a coisa julgada, uma vez que o primeiro delito já foi analisado e apenado, não podendo, portanto, remeter-se novamente à nova análise, a fim de agravar a pena do segundo delito.

Portanto, apesar de o STF entender pela aplicabilidade da reincidência, esta se demonstra inconstitucional, violando diversos direitos fundamentais.

## REFERÊNCIAS

AFONSO, Marcelo Santiago de Moraes. Reincidência Penal: Sua (Não) Recepção pela Constituição Federal de 1988. **Revista Jurídica da Seção Judiciária de Pernambuco**, Pernambuco, n. 7, p. 187-220, set 2014. Disponível em <<https://revista.jfpe.jus.br/index.php/RJSJPE/article/view/115/113>>.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito constitucional**. 22. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010. p. 126.





BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 65-66.

BRASIL, **Código de Processo Penal** (1941). Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm)>.

BRASIL, **Código Penal** (1940). Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm)>.

BRASIL, **Código Penal**: texto original (1940). Disponível em <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1940-1949/decreto-lei-2848-7-dezembro-1940-412868-publicacaooriginal-1-pe.html>>.

BRASIL, **Constituição Federal** (1988). Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>.

BRASIL, **Decreto-Lei nº 3.688**, de 03 de outubro de 1941. Lei das Contravenções Penais. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del3688.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3688.htm)>.

BRASIL, **Lei nº 9.605**, de 12 de fevereiro de 1998. Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/CCivil\\_03/leis/L9605.htm](http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/leis/L9605.htm)>.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ROUBO MAJORADO. PENA-BASE. ANTECEDENTES. DIREITO AO ESQUECIMENTO. NÃO APLICAÇÃO. EXECUÇÃO IMEDIATA DA PENA. AGRAVO NÃO PROVIDO. 1. O Superior Tribunal de Justiça tem o entendimento de que "à luz do art. 64, inciso I, do Código Penal, ultrapassado o lapso temporal superior a 5 anos entre a data do cumprimento ou extinção da pena e a infração posterior, as condenações penais anteriores não prevalecem para fins de reincidência. Podem, contudo, ser consideradas como maus antecedentes, nos termos do art. 59 do Código Penal." (HC n. 292.810/RJ, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, 6ª T., DJe 19/11/2014). 2. No caso dos autos, a extinção das condenações consideradas não se distancia em demasia da data do novo delito praticado, motivo pelo qual não incide o direito ao esquecimento. 3. Ante o esgotamento das instâncias ordinárias, de acordo com entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento do ARE n. 964.246, sob a sistemática da repercussão geral, é possível a execução da pena depois da prolação de acórdão em segundo grau de jurisdição e antes do trânsito em julgado da condenação, para garantir a efetividade do direito penal e dos bens jurídicos constitucionais por ele tutelados. 4. Agravo regimental não provido. AgRg no **Agravo em Recurso Especial nº 983.741/RJ**. Agravante: Fábio Tavares Carneiro. Agravado: Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro. Relator: Ministro Rogério Schietti Cruz, Rio de Janeiro, 27 de junho de 2017. Disponível em <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=74246114&num\\_registro=201602438909&data=20170801&tipo=5&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=74246114&num_registro=201602438909&data=20170801&tipo=5&formato=PDF)>

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. HABEAS CORPUS. CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. DOSIMETRIA DA PENA. VALORAÇÃO DE CONDENAÇÕES POR CRIMES DE LESÃO CORPORAL CULPOSA E EXTINTAS HÁ MAIS DE CINCO ANOS. CONSIDERAÇÃO NA PRIMEIRA ETAPA DA FIXAÇÃO DA PENA COMO MAUS ANTECEDENTES. NÃO CARACTERIZAÇÃO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL CONFIGURADO. ORDEM CONCEDIDA. 1. Não há falar em flagrante ilegalidade se o Juízo sentenciante considera na fixação da pena condenações pretéritas, ainda que tenha transcorrido lapso temporal superior a 5 (cinco) anos entre o efetivo cumprimento das penas e a infração posterior, pois, embora não sejam aptas a gerar a reincidência, nos termos do art. 64, inciso I, do Código Penal, são passíveis de serem consideradas como maus antecedentes no sopesamento negativo das circunstâncias judiciais. 2. Na hipótese dos autos, ainda que condenações anteriores possam, em princípio, caracterizar os maus antecedentes do paciente, tenho que a peculiaridade de terem sido os delitos cometidos em sua forma culposa mostra-se suficiente para infirmar o entendimento consolidado nesta Corte, pois que a sua adoção no caso em exame afrontaria os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade na fixação da pena privativa de liberdade, com o aumento da pena do crime doloso por crime culposos cometido em passado distante. 3. Habeas corpus concedido. **Habeas Corpus nº 198557/MG**. Impetrante: Defensoria Pública do Estado de Minas Gerais. Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Paciente: Victor Ferreira Paulino. Relator: Ministro Marco Aurélio Bellizze. Minas Gerais, 16 de abril de 2012. Disponível em <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=20943518&num\\_registro=201100397810&data=20120416&tipo=5&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=20943518&num_registro=201100397810&data=20120416&tipo=5&formato=PDF)>

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. PACIENTE CONDENADO À PENA DE 2 ANOS E 6 MESES DE RECLUSÃO, EM REGIME INICIAL FECHADO. PENA-BASE E FRAÇÃO REDUTORA PELO TRÁFICO PRIVILEGIADO ESTABELECIDAS COM LASTRO NA QUANTIDADE/NOCIVIDADE DA DROGA APREENDIDA. OFENSA AO PRINCÍPIO DO NE BIS IN IDEM. CIRCUNSTÂNCIAS E CONSEQUÊNCIAS DO DELITO. FUNDAMENTAÇÃO GENÉRICA. PENA-BASE REDUZIDA. FRAÇÃO DE 1/2 DE REDUÇÃO PELA MINORANTE DO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006 MANTIDA, ANTE A QUANTIDADE/NATUREZA DA DROGA, VALORADA, AGORA, APENAS NA TERCEIRA ETAPA DO CÁLCULO DOSIMÉTRICO. REGIME PRISIONAL FECHADO. PENA INFERIOR A 4 ANOS E PRIMARIEDADE. REGIME INTERMEDIÁRIO CONCEDIDO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA CORPORAL. NÃO ATENDIMENTO DO REQUISITO SUBJETIVO PREVISTO NO ART. 44, III, DO CP. HEDIONDEZ DO DELITO. TRÁFICO PRIVILEGIADO. AFASTAMENTO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO. - O Superior Tribunal de Justiça, seguindo entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal, passou a não admitir o conhecimento de habeas corpus substitutivo de recurso previsto para a espécie. No entanto, deve-se analisar o pedido formulado na inicial, tendo em vista a possibilidade de



se conceder a ordem de ofício, em razão da existência de eventual coação ilegal. - Em se tratando de crime de tráfico de drogas, como ocorre in casu, o juiz deve considerar, com preponderância sobre o previsto no artigo 59 do Estatuto Repressivo, a natureza e a quantidade da substância entorpecente, a personalidade e a conduta social do agente, consoante o disposto no artigo 42 da Lei n. 11.343/2006. - Reconhecido o tráfico privilegiado (art. 33, § 4º, da Lei n 11.343/2006), na ausência de indicação, pelo legislador, das balizas para o quantum da redução a ser promovida, a natureza e a quantidade de droga apreendida, assim como as demais circunstâncias do art. 59 do CP, podem ser utilizadas na definição de tal índice. - Por ocasião do julgamento do ARE n. 666.334/AM, o Supremo Tribunal Federal reconheceu a repercussão geral da matéria referente à valoração da natureza e da quantidade da droga na dosimetria relativa ao delito de tráfico de entorpecentes e, reafirmando sua jurisprudência, fixou entendimento segundo o qual fica evidenciado o bis in idem quando a valoração em tela opera-se na primeira e terceira fases do cálculo da pena. - Hipótese em que a pena-base foi reduzida ao mínimo legal, pois a valoração desfavorável das circunstâncias (crime praticado em ponto turístico) e consequências do crime (ameaça à saúde pública) lastrearam-se em elementos genéricos e inidôneos, que não justificam o rigor penal. Além disso, restou evidenciada a ofensa ao primado do ne bis in idem, tal qual definido pelo STF por ocasião do julgamento do ARE n. 666.334/AM, motivo pelo qual a quantidade/nocividade da droga apreendida passou a ser valorada apenas na terceira fase do cálculo dosimétrico, ocasião em que foi mantida a fração redutora de 1/2, ante a minorante do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, pois a apreensão de considerável quantidade de cocaína enseja a necessidade de uma resposta estatal mais efetiva, diante da gravidade concreta do delito. Precedentes. - O Plenário do Supremo Tribunal Federal, em 27/7/2012, ao julgar o HC 111.840/ES, por maioria, declarou incidentalmente a inconstitucionalidade do art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/1990, com a redação que lhe foi dada pela Lei n. 11.464/2007, afastando, dessa forma, a obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crimes hediondos e equiparados. - O regime de cumprimento de pena mais gravoso do que a pena comporta pode ser estabelecido, desde que haja fundamentação específica, com base em elementos concretos extraídos dos autos, a teor das Súmulas 440/STJ e 718 e 719/STF. - No caso, o acórdão recorrido conferiu legalidade ao manter o regime inicial fechado, pois levou em conta a quantidade e a variedade da droga apreendida - cocaína -, argumentos válidos para tal fim, pois em consonância à jurisprudência desta Corte, que permite o recrudescimento do regime prisional com lastro na quantidade de drogas que o caso envolve. - Ocorre, todavia, que, embora válido o fundamento para o recrudescimento do regime prisional, não se justifica, por questão de proporcionalidade, a imposição do regime inicial fechado ao réu primário e condenado a pena reclusiva inferior a 4 anos, fazendo jus o paciente, portanto, ao regime intermediário, qual seja, o semiaberto, nos termos do art. 33, § 3º, do CP e art. 42 da Lei n. 11.343/2006. Precedentes. - No que tange à possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, ao analisar o HC n. 97.256/RS, o Supremo Tribunal Federal passou a admitir tal possibilidade, nos termos do art. 44 do Código Penal, reconhecendo a inconstitucionalidade da parte final do art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, que posteriormente teve sua execução suspensa pelo Senado Federal, por meio da Resolução n. 5/2012. - Na espécie, embora adimplido o requisito objetivo previsto





no art. 44, I, do CP, a nocividade e a quantidade do entorpecente apreendido não recomendam a substituição, nos termos do inciso III do art. 44 do CP. Precedentes. - A Terceira Seção deste Tribunal, em 23/11/2016, ao julgar a Petição n. 11.796/DF, cancelou o enunciado n. 512 da Súmula deste Superior Tribunal de Justiça, firmando a nova tese de que o tráfico ilícito de drogas, na sua forma privilegiada (art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006), não é crime equiparado a hediondo. - Considerando ser pacífica a jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça em afastar a natureza hedionda do tráfico privilegiado, constata-se que a sentença e acórdão contrariam a orientação jurisprudencial desta Corte, firmada no julgamento da Petição n. 11.796/DF, sendo o caso de se conceder ex officio a presente ordem, para afastar a hediondez do crime tipificado no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006. - Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida ex officio, para reduzir a pena-base ao mínimo legal, sem reflexo no montante final da pena, modificar o regime para o inicial semiaberto e afastar o caráter hediondo delito de tráfico privilegiado. **Habeas Corpus nº 405111/SP. Impetrante: Manoel Patrício Padilha Ruiz. Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, Paciente: Guilherme Bortoleto. Relator: Ministro Reynaldo Soares da Fonseca. Santa Catarina, 24 de novembro de 2017. Disponível em <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&seque ncial=78889431&num\\_registro=201601192971&data=20171212&tipo=5&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&seque ncial=78889431&num_registro=201601192971&data=20171212&tipo=5&formato=PDF)>**

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Súmula nº 214. A reincidência penal não pode ser considerada como circunstância agravante e, simultaneamente, como circunstância judicial. **Revista Súmulas**, v. 18, abril 2011. Disponível em <[https://ww2.stj.jus.br/docs\\_internet/revista/eletronica/stj-revista-sumulas-2011\\_18\\_capSumula241.pdf](https://ww2.stj.jus.br/docs_internet/revista/eletronica/stj-revista-sumulas-2011_18_capSumula241.pdf)>

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Súmula nº 220. A reincidência não influi no prazo da prescrição da pretensão punitiva. **Revista Súmulas**, v. 16, março 2011. Disponível em <[https://ww2.stj.jus.br/docs\\_internet/revista/eletronica/stj-revista-sumulas-2011\\_16\\_capSumula220.pdf](https://ww2.stj.jus.br/docs_internet/revista/eletronica/stj-revista-sumulas-2011_16_capSumula220.pdf)>

BRASIL, **Superior Tribunal de Justiça**. Súmula nº 444. É vedada a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena-base, 13 de maio de 2010. Disponível em <[http://www.coad.com.br/busca/detalhe\\_16/2362/Sumulas\\_e\\_enunciados](http://www.coad.com.br/busca/detalhe_16/2362/Sumulas_e_enunciados)>

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. 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. **Recurso Extraordinário nº 453.000**. Recorrente: Volnei da Silva Leal. Recorrido: Ministério Público do Rio Grande do Sul. Relator ministro Marco Aurélio. Rio Grande do Sul, 03 de outubro 2013. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=4614110>>

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **HABEAS CORPUS. PACIENTE ABSOLVIDO EM PRIMEIRA INSTÂNCIA. PRELIMINAR DE INCOMPETÊNCIA, NÃO SUSCITADA NA**



**APELAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO, ACOLHIDA DE OFÍCIO PELO TRIBUNAL, POR TRATAR-SE DE NULIDADE ABSOLUTA. ALEGAÇÃO DE QUE A SENTENÇA ABSOLUTÁRIA TRANSITOU EM JULGADO EM TUDO AQUILO QUE NÃO FOI OBJETO DO RECURSO DO PARQUET. PRETENSÃO DE APLICAÇÃO DA SÚMULA 160/STF, COM A MANUTENÇÃO DA ABSOLVIÇÃO DIANTE DA IMPOSSIBILIDADE DE HAVER NOVA DECISÃO MAIS GRAVOSA AO RÉU. O Tribunal, ao julgar apelação do Ministério Público contra sentença absolutória, não pode acolher nulidade -- ainda que absoluta --, não veiculada no recurso da acusação. Interpretação da Súmula 160/STF que não faz distinção entre nulidade absoluta e relativa. Os atos praticados por órgão jurisdicional constitucionalmente incompetente são atos nulos e não inexistentes, já que proferidos por juiz regularmente investido de jurisdição, que, como se sabe, é una. Assim, a nulidade decorrente de sentença prolatada com vício de incompetência de juízo precisa ser declarada e, embora não possua o alcance das decisões válidas, pode produzir efeitos. Precedentes. A incorporação do princípio do ne bis in idem ao ordenamento jurídico pátrio, ainda que sem o caráter de preceito constitucional, vem, na realidade, complementar o rol dos direitos e garantias individuais já previstos pela Constituição Federal, cuja interpretação sistemática leva à conclusão de que a Lei Maior impõe a prevalência do direito à liberdade em detrimento do dever de acusar. Nesse contexto, princípios como o do devido processo legal e o do juízo natural somente podem ser invocados em favor do réu e nunca em seu prejuízo. Por isso, estando o Tribunal, quando do julgamento da apelação, adstrito ao exame da matéria impugnada pelo recorrente, não pode invocar questão prejudicial ao réu não veiculada no referido recurso, ainda que se trate de nulidade absoluta, decorrente da incompetência do juízo. Habeas corpus deferido em parte para que, afastada a incompetência, seja julgada a apelação em seu mérito. Habeas Corpus nº 80.263 – SP. Pacientes: José Antônio de Souza e Ana Lúcia Arbex. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Ilmar Galvão. São Paulo, 20 de fevereiro de 2003. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=78309>>.**

**BRASIL, Supremo Tribunal Federal. INQUÉRITO. CORRUPÇÃO PASSIVA, LAVAGEM DE DINHEIRO E ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA (ART. 317, § 1º, DO CÓDIGO PENAL, ART. 1º, § 4º, DA LEI 9.613/1998 E ART. 2º, §§ 3º E 4º, II, DA LEI 12.850/2013). RÉPLICA ÀS RESPOSTAS DOS DENUNCIADOS. POSSIBILIDADE. APRESENTAÇÃO. PRAZO IMPRÓPRIO. INVIABILIDADE DA ANÁLISE DE NULIDADES OCORRIDAS EM PROCESSOS QUE TRAMITARAM PERANTE A PRIMEIRA INSTÂNCIA. INTERCEPTAÇÃO TELEMÁTICA DE MENSAGENS ARMAZENADAS POR EMPRESA ESTRANGEIRA. LICITUDE DA PROVA. AFASTAMENTO DOS SIGILOS FISCAL E BANCÁRIO E DEFERIMENTO DE BUSCA E APREENSÃO. LEGITIMIDADE. INÉPCIA DA DENÚNCIA. INOCORRÊNCIA. DESMEMBRAMENTO DA INVESTIGAÇÃO QUANTO A ACUSADOS SEM PRERROGATIVA DE FORO. POSSIBILIDADE. PRELIMINARES REJEITADAS. INDÍCIOS DE AUTORIA E MATERIALIDADE DEMONSTRADOS QUANTO À PARTE DA DENÚNCIA. IMPUTAÇÃO, EM MAIS DE UMA PEÇA ACUSATÓRIA, DO CRIME**





**DE INTEGRAÇÃO DE ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA EM RAZÃO DE CONDOTA ÚNICA. OFENSA AO PRINCÍPIO DO NE BIS IN IDEM. AUSÊNCIA DE INDÍCIOS DE AUTORIA COM RELAÇÃO ÀS ACUSADAS ROSELI DA CRUZ LOUBET E FABIANE KARINA MIRANDA AVANCI. DENÚNCIA RECEBIDA EM PARTE. 1. É possível assegurar, também no âmbito da Lei 8.038/1990, o direito ao órgão acusador de réplica às respostas dos denunciados, especialmente quando suscitadas questões que, se acolhidas, poderão impedir a deflagração da ação penal. Só assim se estará prestigiando o princípio constitucional do contraditório (art. 5º, LV, CF), que garante aos litigantes, e não apenas à defesa, a efetiva participação na decisão judicial. De outro lado, configura mera irregularidade a apresentação dessa peça pelo Ministério Público após o transcurso dos 5 (cinco) dias prescritos no art. 5º da Lei 8.038/1990, uma vez que tal prazo é impróprio, de modo que sua inobservância não gera vício processual. 2. Não há nos autos documentação que leve à conclusão da procedência das alegações de nulidades nos processos 2004.70.00.002414-0 e 2006.70.00.018662-8, que tramitaram perante a primeira instância, e dos quais seria oriundo o presente procedimento investigatório. Ademais, a Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, no julgamento das questões de ordem nas Aps 871-878 (Rel. Min. TEORI ZAVASCKI, DJe de 30.10.2014), assentou que não existia, no inquérito 2006.70.00.018662-8, notícia de participação de autoridades com foro por prerrogativa de função, razão pela qual se remeteu ao juízo da 13ª Vara Federal da Subseção Judiciária de Curitiba, para regular processamento da demanda. 3. Não se vê, no caso em tela, ofensa às disposições do Tratado de Assistência Mútua em Matéria Penal celebrado entre o Governo da República Federativa do Brasil e o Governo do Canadá - internalizado pelo Decreto 6.747/2009 -, porquanto as mensagens interceptadas foram trocadas em território brasileiro e por pessoas com residência no Brasil, sendo a interceptação, inclusive, deferida por autoridade judicial brasileira. Ressalte-se que uma das finalidades fundamentais dos tratados de cooperação jurídica em matéria penal é justamente “a desburocratização da colheita da prova” (MS 33.751, de minha relatoria, Primeira Turma, DJe de 31.3.2016), de modo que, cumpridas as exigências legais do direito interno brasileiro, eventual inobservância a formalidades previstas no acordo internacional não acarretaria a ilicitude da prova. 4. O afastamento dos sigilos bancário e fiscal dos acusados, bem como as buscas em endereços a eles vinculados, foi deferido mediante análise pormenorizada de indícios colhidos pelo Ministério Público em diligências prévias. Plenamente hígidos, portanto, os elementos oriundos dessas medidas cautelares. 5. A denúncia atende os requisitos do art. 41 do Código de Processo Penal, descrevendo de forma pormenorizada os fatos supostamente delituosos e suas circunstâncias, e explanando de forma compreensível e individualizada a conduta criminosa em tese adotada por cada um dos denunciados. Não há que se falar, desse modo, em inépcia da exordial acusatória. O fato de o Procurador-Geral da República não ter denunciado nestes autos crimes de corrupção ativa não acarreta mácula à acusação, em especial na parte em que imputa aos acusados delitos de corrupção passiva, pois, embora esse delito, na modalidade receber, seja bilateral, nada impede que se ofereça denúncia apenas contra aqueles que praticaram, em**



tese, o crime na forma passiva quando apenas contra eles há indícios de autoria suficientes. 6. A cisão da investigação não acarreta prejuízo ao esclarecimento dos fatos, uma vez que foi possível individualizar a conduta dos denunciados das ações daqueles com relação aos quais foi desmembrado o processo. E mesmo que venham alguns desses a serem denunciados por corrupção ativa, não há óbice à separação da causa, já que é plenamente viável o desmembramento do processo quanto aos crimes de corrupção passiva e ativa, mantendo sob a jurisdição desta Corte apenas a investigação relativa ao recebimento de vantagem indevida por detentor de foro por prerrogativa de função, de modo a preservar, “presente a excepcionalidade da extensão da prerrogativa de foro, a independência entre os delitos de corrupção passiva e ativa (...)” (Inq 2.560, Relator(a): Min. ROSA WEBER, Primeira Turma, DJe de 23.05.2016). 7. Os elementos que acompanham a denúncia demonstram possível envolvimento de parlamentar federal e outros codenunciados na prática de crimes de corrupção passiva no âmbito da BR Distribuidora, com subsequente prática, em tese, de atos de lavagem de dinheiro. Também se logrou êxito em apresentar, quanto aos mesmos, indícios de autoria do crime de integração de organização criminosa majorada, porque teriam se associado à organização criminosa que atuava no âmbito da BR Distribuidora para a prática permanente e reiterada de crimes de corrupção passiva e lavagem de dinheiro. Nada obstante essa conclusão, o delito de integrar organização criminosa não pode ser imputado a acusado que já foi denunciado por esse crime, com relação aos mesmos fatos, no âmbito do Inquérito 4.112, o que configura evidente ofensa ao princípio do *ne bis in idem*. 8. O Ministério Público não traz aos autos indícios suficientes da prática, por duas acusadas, dos crimes de corrupção passiva majorada, lavagem de dinheiro majorada e integração de organização criminosa majorada, devendo a denúncia ser rejeitada em relação a elas. 9. Denúncia recebida em parte. Agravos regimentais desprovidos. Inquérito nº 3990/DF. Autor: Ministério Público Federal. Investigados: Vader Luis dos Santos Loubet, Ademar Chagas da Cruz, Fabiane Karina MirandaAvanci, Pedro Paulo Bergamaschi de Leoni Ramos e Roseli da Cruz Loubet. Relator: Ministro Edson Fachin. Distrito Federal, 14 de março de 2017. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=12989908>>.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **MATÉRIA PENAL. FIXAÇÃO DA PENA-BASE. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS. MAUS ANTECEDENTES. SENTENÇA CONDENATÓRIA EXTINTA HÁ MAIS DE CINCO ANOS. PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE NÃO-CULPABILIDADE. MANIFESTAÇÃO PELO RECONHECIMENTO DO REQUISITO DE REPERCUSSÃO GERAL PARA APRECIÇÃO DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO.** Recurso Extraordinário nº 593.818-2/SC. Recorrente: Ministério Público do Estado de Santa Catarina. Recorridos: Odair José Pinto e Cristiano Jerry Antunes. Interessado: Idavenir Bardini de Souza. Relator: Ministro Joaquim Barbosa. Santa Catarina, 12 de fevereiro de 2009. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=584970>>.



BRASIL, Supremo Tribunal Federal. PRISÃO CIVIL. Depósito. Depositário infiel. Alienação fiduciária. Decretação da medida coercitiva. Inadmissibilidade absoluta. Insubsistência da previsão constitucional e das normas subalternas. Interpretação do art. 5º, inc. LXVII e §§ 1º, 2º e 3º, da CF, à luz do art. 7º, § 7, da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica). Recurso improvido. Julgamento conjunto do RE nº 349.703 e dos HCs nº 87.585 e nº 92.566. É ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade do depósito. **Recurso Extraordinário nº 466.343-1 – SP**. Recorrente: Banco Bradesco S/A. Recorrido: Luciano Cardoso Santos. Relator: Ministro Cezar Peluso. São Paulo, 03 de dezembro de 2008. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/imprensa/pdf/re466343.pdf>>

BUSATO, Paulo César. **Direito Penal**: parte geral. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 890.

CARVALHO, Salo de. **Penas e medidas de segurança no direito penal brasileiro**: fundamentos e aplicação judicial. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 397-398.

CASTRO, Juliana. Apenas 22% dos presos do sistema penitenciário brasileiro trabalham. **O Globo**, 16 de março de 2013. Disponível em <<https://oglobo.globo.com/brasil/apenas-22-dos-presos-do-sistema-penitenciario-brasileiro-trabalham-7861623>>.

CASTRO, Júlio Cezar da Silva; SILVA, Luzia Gomes da. Proibição da múltipla persecução penal no sistema jurídico-constitucional brasileiro. **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XIV, n. 92, set 2011. Disponível em: <[http://ambito-juridico.com.br/site/?artigo\\_id=10322&n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura](http://ambito-juridico.com.br/site/?artigo_id=10322&n_link=revista_artigos_leitura)>.

ESTADOS UNIDOS. **Constituição Americana** (2003). Disponível em <[http://www.mspc.eng.br/temdiv/const\\_usa01.shtml#eme\\_5](http://www.mspc.eng.br/temdiv/const_usa01.shtml#eme_5)>.

FERREIRA, Rogério Cardoso; QUEIROZ, Jaqueline Camargo Machado de. **O princípio ne bis in idem e o concurso de crimes**: roubo circunstanciado e quadrilha armada. 9f. Artigo, Universidade de Rio Verde. [2012?]. Disponível em: <<http://www.fesurv.br/imgs/11%20O%20PRINC%20C%20DPIO%20NE%20BIS%20IN%20IDEM.pdf>>.

FRANÇA. **Constituição Francesa** (1971). Disponível em <<http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/la-constitution/les-constitutions-de-la-france/constitution-de-1791.5082.html>>.

FRANCO, 2010 apud TEIXEIRA, Adriano. O papel da reincidência criminal na aplicação da pena: reflexões a propósito do acórdão do RE 453.000 do STF. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, n. 108, p. 513-539, jun. 2014.

GALVÃO, Fernando. **Direito Penal**: parte geral. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 749.

INSTITUTO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS. **Inconstitucionalidade da consideração da reincidência como agravante**, São Paulo, jun. 2014.



INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA. **Reincidência Criminal no Brasil**: relatório de pesquisa, Rio de Janeiro, 2015. Disponível em <[http://www.ipea.gov.br/agencia/images/stories/PDFs/relatoriopesquisa/150611\\_relatorio\\_reincidencia\\_criminal.pdf](http://www.ipea.gov.br/agencia/images/stories/PDFs/relatoriopesquisa/150611_relatorio_reincidencia_criminal.pdf)>.

KARAM, 1994 apud INSTITUTO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS. **Inconstitucionalidade da consideração da reincidência como agravante**, São Paulo, jun. 2014.

PIERANGELI, José Henrique; ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Manual de direito penal brasileiro**: parte geral. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 748.

PIOVESAN, Flávia. **Temas de Direitos Humanos**. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 80.

QUEIROZ, Paulo apud INSTITUTO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS. **Inconstitucionalidade da consideração da reincidência como agravante**, São Paulo, jun. 2014.

SABOYA, Keity Mara Ferreira de Souza e. **Ne bis in idem**: limites jurídico-constitucionais à persecução penal. 237f. Dissertação (Mestrado) - Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, 2006. Disponível em: <<https://repositorio.ufrn.br/jspui/bitstream/123456789/13875/1/KeityMFS.pdf>>.

SILVA, Pablo Rodrigo Alflen da. Inconstitucionalidade do art. 40, VII, da lei de drogas por inobservância ao ne bis in idem e violação à proibição de excesso. **Revista do Tribunal Regional Federal da 1ª Região**, v.21, n. 2, fev.2009. Disponível em: <[https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/23753/inconstitucionalidade\\_lei\\_drogas\\_inobservancia.pdf](https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/23753/inconstitucionalidade_lei_drogas_inobservancia.pdf)>.

TEIXEIRA, Adriano. O papel da reincidência criminal na aplicação da pena: reflexões a propósito do acórdão do RE 453.000 do STF. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, n. 108, p. 513-539, jun. 2014.