

Aplicação da **PENA**

Paulo Queiroz
e Giovane Santin

2ª edição
revista e atualizada

2025

 EDITORA
*Jus*PODIVM
www.editorajuspodivm.com.br

Capítulo 5

SEGUNDA FASE: FIXAÇÃO DA PENA PROVISÓRIA. CIRCUNSTÂNCIAS AGRAVANTES E ATENUANTES

Fixada a pena-base com apoio nas circunstâncias judiciais do art. 59, o juiz passará à segunda fase (fixação da pena provisória), sopesando as circunstâncias legais atenuantes (CP, art. 65) e agravantes (CP, arts. 61 e 62), as quais têm por fim limitar a discricionariedade judicial, de modo a assegurar uma pena proporcional à infração cometida. Tais circunstâncias constituem dados ou fatos acidentais que, embora não modifiquem a tipificação da conduta, devem ser obrigatoriamente considerados na fixação da pena.

Não incidem, porém, sempre que já figurem como causas de diminuição ou de aumento de pena ou qualificadoras (*ne bis in idem*). É que, constituindo circunstâncias genéricas, devem ser desconsideradas quando o tipo penal as especificar. Assim, por exemplo, o motivo de relevante valor social ou moral, em relação ao crime de homicídio, visto que já integra o tipo de homicídio privilegiado (art. 121, § 1º); o motivo torpe ou fútil, quanto ao homicídio, porque já faz parte do homicídio qualificado (art. 121, § 2º, I e II) etc.

Também por essa razão (*ne bis in idem*), uma circunstância atenuante ou agravante não poderá ser valorada mais de uma vez.

5.1. CIRCUNSTÂNCIAS AGRAVANTES EM ESPÉCIE

5.1.1. Introdução: agravantes sem dolo?

As circunstâncias agravantes são dados ou fatos acidentais, objetivos ou subjetivos, que, embora não façam parte da estrutura do crime, são importantes para a verificação da maior culpabilidade do agente; e diferentemente das atenuantes, o rol das agravantes é taxativo, motivo pelo qual o juiz não pode admitir outras que não constem da lei, sob pena de ofensa ao princípio da legalidade das penas. Além disso, e à exceção da reincidência, que pode incidir também nos crimes culposos, todas são aplicáveis exclusivamente aos crimes dolosos e preterdolosos, pois o que se castiga em última análise é atuação qualificada do agente em virtude das variáveis do caso concreto.

De acordo com o STJ, é possível o reconhecimento de circunstância agravante de pena (CP, art. 61) sem conhecimento do autor, a exemplo da gravidez e da condição de pessoa idosa da vítima, ao argumento de se tratar de circunstância de natureza objetiva que independe de representação do autor.

O equívoco é manifesto.

Com efeito, se dolo é conhecimento e vontade de realização dos elementos do tipo, a representação do autor há de compreender tudo que o tipo contém.

Isso vale também para as qualificadoras, causas de aumento de pena e agravantes, sob pena de se impor ao agente responsabilidade penal objetiva, isto é, sem dolo ou sem culpa (*nullum crimen, nulla poena sine culpa*).

A exigência de dolo é, pois, aplicável a todos os elementos do tipo, principais e acessórios, aí incluídas as circunstâncias qualificadoras, causas de aumento pena e agravantes.

Se o agente desconhece, por exemplo, que a vítima é seu ascendente, descendente, irmão ou cônjuge, está grávida ou é pessoa idosa (CP, art. 61, II, *e e h*), não é possível fazer incidir a agravante. Nem cabe presumir esse conhecimento, sob pena de violação ao princípio da presunção de inocência. Como se sabe, não se prova a inocência, que se presume constitucionalmente (CF, art. 5º, LVII), mas a culpa, que deve ser demonstrada com base em fatos e provas, não a partir de ilações ou conjecturas.

Salo de Carvalho tem razão, portanto, quando assinala que “embora as causas de aumento não sejam nucleares do tipo, sua condição periférica e acessória não exclui a necessidade de demonstração da consciência e vontade do agente em relação às circunstâncias, sobretudo as objetivas. Assim, como as elementares do tipo, as agravantes devem estar presentes na representação do sujeito no momento do agir delitivo (...). Dessa forma, a demonstração do dolo em relação à agravante é condição necessária à sua aplicabilidade”.¹

5.1.2. Reincidência

Por força do princípio da presunção de inocência (CF, art. 5º, LVII), segundo o qual ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória, só pode ser declarado reincidente quem cometer novo crime depois de transitar em julgado sentença que o tenha condenado por crime anterior (CP, art. 63). A reincidência requer assim o concurso de dois requisitos: a) trânsito em julgado de sentença penal condenatória por crime anterior; b) cometimento de novo crime.

1. Penas e medidas de segurança. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 388.

Pode ocorrer, portanto, de o agente praticar diversos crimes sucessivamente e, apesar disso, ser considerado não reincidente em todos os processos contra si instaurados. Exemplificando: se o agente, depois da prisão em flagrante delito, vem a confessar outros delitos cometidos anteriormente, cuja autoria era até então ignorada, será primário nas várias ações penais a que responder, uma vez que nenhum dos crimes foi praticado posteriormente ao trânsito em julgado de sentença penal condenatória.

Por isso que, para a configuração da reincidência, não basta o cometimento de novo crime; é necessário que esse novo crime tenha sido cometido após transitar em julgado a sentença que, no Brasil ou no estrangeiro, o tenha condenado por crime anterior. Também não é suficiente que tenha havido uma sentença condenatória, se esta, ainda pendente de recurso, não tiver transitado em julgado. Ademais, é irrelevante se o agente cumpriu ou não a condenação anterior que gerou a reincidência (reincidência ficta).

Não têm caráter condenatório e, pois, não induzem reincidência: a) a sentença concessiva de perdão judicial (CP, art. 120); b) a sentença que aplica medida de segurança (de acordo com a doutrina majoritária); c) a decisão que aplica pena restritiva de direito em transação penal (Lei nº 9.099/95, art. 76, § 4º); d) a decisão concessiva de suspensão condicional do processo (Lei nº 9.099/95, art. 89); e) a decisão que homologa a composição civil (Lei nº 9.099/95, art. 74); f) a decisão que homologa acordo de não persecução penal (CPP, art. 28-A).

E, à exceção da prescrição da pretensão executória, o reconhecimento judicial da prescrição da pretensão punitiva (retroativa ou superveniente) impede a reincidência, uma vez que implica desconstituição da própria sentença condenatória.

Como a lei refere especificamente o cometimento de *crime anterior*, segue-se que *contravenção anterior* não gera reincidência. Entretanto, por força do que dispõe o art. 7º da

Lei das Contravenções Penais (Dec. lei nº 3.688/41), haverá reincidência quando o agente praticar uma contravenção depois de passar em julgado sentença que o tenha condenado por outra contravenção (no Brasil) ou por qualquer crime (no Brasil ou no estrangeiro). Em conclusão, tem-se a seguinte e inexplicável situação: se o agente comete duas contravenções, há reincidência; se pratica dois crimes, também; *idem* se for crime e contravenção. Todavia, se praticar contravenção e crime, não haverá reincidência (?).

A reincidência produz diversos efeitos penais, de modo a restringir ou inviabilizar o exercício de certos direitos, tais como:

- a) figura como circunstância agravante obrigatória;
- b) constitui circunstância preponderante quando houver concurso de agravantes e atenuantes;
- c) amplia os prazos de livramento condicional e progressão de regime prisional;
- d) impede o livramento condicional quando houver reincidência específica em crime hediondo ou afim;
- e) interrompe e aumenta o prazo da prescrição da pretensão executória;
- f) impede a substituição da pena de prisão por restritiva de direito quando houver reincidência específica;
- g) permite que o regime inicial de cumprimento de pena seja mais severo que aquele determinado pela quantidade de pena etc.;
- h) impede o acordo de não persecução penal (CPP, art. 28-A);
- i) impede o reconhecimento do tráfico privilegiado (art. 33, §4º, da Lei nº 11.343/2.006);

j) autoriza ou pode autorizar a decretação da prisão preventiva ou de medida cautelar diversa (monitoramento eletrônico etc.).

A prova da reincidência deverá ser feita, a princípio, mediante certidão do cartório competente, não bastando a simples exibição de folha de antecedentes, nem sempre exata, nem sempre atualizada. Tampouco pode ser provada pela simples confissão do réu. No entanto, segundo a Súmula 636 do STJ: A folha de antecedentes criminais é documento suficiente a comprovar os maus antecedentes e a reincidência.

A jurisprudência do STJ e do STF admite que, se houver mais de uma condenação (multirreincidência), o juiz poderá considerar uma delas como maus antecedentes para aplicação da pena-base, e a outra como agravante, para fixação da pena provisória. Mas um tal aproveitamento do instituto ofende o princípio da legalidade e implica *bis in idem*, uma vez que, embora com nome diverso, estar-se-á ainda a elevar a pena com base na mesma circunstância: a reincidência. Além disso, não se pode ignorar que a reincidência é espécie do gênero maus antecedentes, sua máxima expressão, motivo pelo qual não pode ensejar múltiplos aumentos, ora com o nome de maus antecedentes, ora com o nome de reincidência.

De acordo com Lênio Streck, o duplo gravame da reincidência é antigarantista, sendo, à evidência, incompatível com o Estado Democrático de Direito, mormente pelo seu conteúdo estigmatizante, que divide os indivíduos em ‘aqueles-que-aprendem-a-viver-em-sociedade’ e ‘aqueles-que-não-aprendem-e-insistem-em-continuar-delinquindo’².

É evidente que o aumento da pena pela reincidência e pelos maus antecedentes, além da expressa violação ao princípio da legalidade e *ne bis in idem*, contribui diretamente para

2. Streck, Lênio Luiz. Tribunal do júri: símbolos e rituais. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p. 66.

a superlotação carcerária e para as condições degradantes do sistema penal, tornando-o cada vez mais incompatível com a Constituição Federal ante a ofensa de preceitos fundamentais que vedam a tortura e o tratamento desumano, o direito de acesso à Justiça e aos direitos sociais, como saúde, educação, trabalho e segurança dos presos.

Reconhecer a legalidade do duplo gravame e os múltiplos efeitos da reincidência e dos maus antecedentes na pena privativa de liberdade é eternizar o tempo de permanência das pessoas em celas superlotadas, insalubres, com proliferação de doenças infectocontagiosas e temperaturas extremas, onde falta água potável e produtos higiênicos básicos, submetidos a tortura e violência sexual praticadas tanto por outros detentos quanto por agentes do Estado.

É manter vivas as sanções penais da antiguidade que passa pela Idade Média e avança pela Idade Moderna, onde o rosto do condenado era marcado com ferro em brasa para que ele não esquecesse e a sociedade soubesse que em determinado momento de sua vida cometeu um crime.

a) Crimes que não geram reincidência

Nem todos os crimes geram reincidência. O Código excepciona os crimes militares próprios e os crimes políticos (art. 64, II). Crimes militares próprios são os definidos exclusivamente no Código Penal Militar, e que somente podem ser cometidos por militar (*v. g.*, deserção, abandono de posto, insubordinação etc.), e não o civil. Não se confundem, portanto, com crimes militares impróprios, que podem ser praticados por qualquer pessoa (militar ou civil), a exemplo de furto de armamento militar.

Já os crimes políticos são os praticados contra a segurança interna e externa do Estado, sendo puramente políticos os crimes que atentam exclusivamente contra o Estado e suas

instituições (*v. g.*, atentado à soberania, espionagem, abolição violenta do Estado, golpe de Estado), e relativamente políticos são os crimes que se referem a fatos puníveis segundo a lei penal comum, praticados com finalidade político-subversiva (*v. g.*, roubo ou sequestro com fins políticos).³ Somente os puramente políticos não geram reincidência. Alguns crimes políticos estão previstos atualmente no Código Penal (arts. 359-I a 359-M).

A jurisprudência do STF e do STJ não admite a reincidência com base em condenação pelo crime do artigo 28 da Lei de Drogas (porte de droga para consumo pessoal), por considerá-la desproporcional e ilegal, já que o tipo penal não comina pena privativa da liberdade.

De fato, como o art. 28 da Lei não prevê a aplicação de pena privativa de liberdade, não faria sentido algum que a condenação por este tipo – claramente inconstitucional, inclusive – pudesse gerar reincidência e justificar a aplicação de prisão a título de maus antecedentes.

Admitir que tal delito gerasse reincidência e, com base nela, fosse aplicada pena privativa da liberdade, seria violar os princípios da legalidade e proporcionalidade das penas. O que a lei veda diretamente (pena privativa de liberdade) não pode ser admitido indiretamente.

b) Extinção da reincidência

A reincidência não é perpétua, haja vista que, se entre a data do cumprimento ou extinção da pena anterior e a prática da infração posterior, tiver decorrido período de tempo superior a cinco anos, extinguir-se-ão todos os seus efeitos, isto é, o sentenciado voltará à condição de primário (CP, art. 64, II). Estando o réu no gozo de livramento condicional, computar-

3. Fragoso. Lições, cit., p. 330.

-se-á também, no prazo legal de cinco anos, o tempo em que o condenado esteve sob livramento, desde que não tenha havido revogação. Assim, se condenado a seis anos de prisão, após quatro anos, cumpriu o restante (dois anos) em livramento condicional, os efeitos da reincidência extinguir-se-ão em três anos, a contar da audiência admonitória, e não da sentença que declara extinta a pena, por força do cumprimento das condições legais do benefício. O mesmo ocorrerá se estiver em gozo de suspensão condicional da pena (*sursis*).

Conforme vimos, a jurisprudência admite que, retomando a condição de primário, em razão do decurso do prazo de cinco anos sem praticar novo delito, é possível usar a condenação como maus antecedentes. Também aqui, no entanto, há clara ofensa ao princípio da legalidade, pois, se, com o decurso do prazo, cessa a reincidência, principal forma de maus antecedentes, ela não pode ser aproveitada para outros fins, frustrando a finalidade da lei, até porque o acessório (maus antecedentes) deve seguir a sorte do principal (a reincidência). Mais: os maus antecedentes (reincidência) acabariam assumindo caráter perpétuo.

c) O problema da reincidência

A reincidência é um problema.

Do ponto de vista político-criminal, é um fator importantíssimo de encarceramento; e do ponto de vista da dogmática penal, é um caso clássico de *bis in idem*, cuja aplicação produz múltiplas penalizações, isto é, mais *bis in idem*.

Com efeito, a reincidência tem repercussão sobre diversos temas penais, processuais penais e executórios, tais como: 1) prisão cautelar; 2) acordo de não persecução penal (CPP, art. 28-A); 3) princípio da insignificância; 4) dosimetria da pena; 5) substituição da prisão por pena restritiva de direito; 6) aplicabilidade de causas de diminuição de pena (*v. g.*, furto

privilegiado); 7) fixação do regime inicial de cumprimento da pena; 8) progressão de regime; 9) livramento condicional; 10) indulto; 11) comutação; 12) prescrição.

Numa caso de tráfico de drogas, a sentença poderá, por exemplo, com base no mesmo fundamento jurídico-penal da reincidência: a) afastar o princípio da insignificância; b) impedir o acordo de não persecução penal; c) decretar a prisão preventiva; d) agravar a pena com base nos maus antecedentes (CP, art. 59), quando houver mais de uma condenação; e) aumentar a pena-base (CP, art. 61, I); f) vedar o tráfico privilegiado (art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2.006); g) negar a substituição por pena restritiva de direito (CP, art. 44, II); h) impor o regime fechado de execução.

Nessa hipótese, a reincidência implicaria oito penalizações sucessivas num único caso. E outras poderiam ser imaginadas.

E mesmo após a sua extinção formal (CP, art. 64, I), ela continua a ser utilizada com outros nomes: maus antecedentes, reiteração criminosa, habitualidade etc.

Além disso, produz efeitos mais gravosos nos casos de multirreincidência, reincidência específica etc.

Tudo isso não é *bis in idem* puro e simples?

É evidente que sim, porque, ao se agravar a pena de um crime com base noutra, o que se está a fazer é punir novamente o crime já sentenciado e cuja pena foi ou será cumprida (possivelmente). O efetivo cumprimento da sentença não é indispensável à sua caracterização, pois poderá haver reincidência mesmo que tenha havido prescrição da pretensão executória, fuga do condenado etc.

E, como vimos no exemplo do tráfico, tudo que se segue ao reconhecimento da reincidência são múltiplas penalizações incompatíveis com o princípio que veda a dupla punição (*ne bis in idem*).

Além disso, trata-se de uma agravante que nada tem a ver com a culpabilidade pelo delito praticado.

Com efeito, diferentemente das agravantes dos arts. 61 e 62 do CP (motivo fútil ou torpe, traição, emboscada etc.), que traduzem uma especial reprovabilidade da conduta atual de que trata a sentença, a agravante da reincidência fundamenta-se num crime passado sem relação com a nova condenação.

Mais: a censurabilidade do autor da infração penal (crime ou contravenção) não é maior ou menor pelo só fato da reincidência. Autores e partícipes de um crime de homicídio são puníveis independentemente de serem primários ou reincidentes. E são mais ou menos culpáveis de acordo com as circunstâncias concretas do caso. O primário poderá ter agido muito mais reprovavelmente, inclusive, podendo o reincidente fazer jus, por exemplo, à causa de diminuição de pena do art. 29, § 1º, do CP (participação de menor importância).

A culpabilidade deve ser aferida, portanto, segundo o fato (direito penal do fato), não segundo o autor do fato (direito penal do autor). Pune-se o agente pelo que fez, não pelo que é (reincidente, perigoso etc.).

Por fim, é possível ser autor dos mais graves crimes (um massacre, por exemplo) e, não obstante, ser primário. É que só há reincidência quando o agente comete novo crime depois de transitar em julgado a sentença que o tenha condenado por crime anterior (CP, art. 63). E ele poderá ser reincidente em contravenção ou em crimes leves ou de menor potencial ofensivo (*v. g.*, crimes contra a honra).

A reincidência/primariedade não é, por conseguinte, garantia de maior ou menor periculosidade do autor.

O problema da reincidência é a própria reincidência. Que pode e deve ser abolida.

d) Constitucionalidade da reincidência

Apesar de consagrada pela maioria dos códigos penais, a reincidência, que encerra uma presunção absoluta de maior perigosidade do réu, é dificilmente compatível com os princípios penais, especialmente *ne bis idem*.

Inicialmente, é de ver que, com a relativização determinada pelo princípio da presunção de inocência, o instituto perdeu grandemente o seu sentido, uma vez que nem sempre o réu reincidente é mais perigoso do que o não reincidente. Afinal, o agente pode ser primário, não obstante ter praticado diversos delitos, assim como pode ser reincidente, mas em crimes de menor potencial ofensivo.⁴ É de reconhecer, portanto, que a reincidência já não constitui uma prova segura de maior perigosidade, não se justificando, também por essa razão, sua existência. Por isso não é exato dizer que a reincidência é um sinal de periculosidade, como a febre é sinal de infecção, como a putrefação é sinal de morte (Hungria).

Além disso, 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 em dupla valoração da mesma causa, constituindo *bis in idem*.⁵

4. Sem razão, portanto, Mirabete, quando afirmava que “a exacerbação da pena justifica-se plenamente para aquele que, punido anteriormente, voltou a delinquir, demonstrando com sua conduta criminosa que a sanção normalmente aplicada se mostrou insuficiente para intimidá-lo ou recuperá-lo. Há, inclusive, um índice maior de censurabilidade na conduta do agente que reincide” (Manual de direito penal. São Paulo: Atlas, 2000, p. 301).

5. Apud Paganella Boschi. Penas, cit. No mesmo sentido, André Copetti, para quem, ao aumentar a pena do delito posterior pela existência da circunstância agravante da reincidência, em realidade se está punindo novamente a situação já sentenciada (Direito penal e Estado Democrático de Direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 194). Idem, Salo de Carvalho (Aplicação da pena, cit.) e Lenio Streck (Tribunal do Júri: símbolos e rituais. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2001). Com razão, Paganella Boschi assinala que a reincidência não pode ser sempre e ne-

Por isso é que Cobo del Rosal e Vives Antón propõem a abolição pura e simples do instituto, porque, além de incompatível com um direito penal da culpabilidade pelo fato, está evidenciada sua total ineficácia.⁶

Efetivamente a reincidência importa em *bis in idem* porque, ao se punir mais gravemente um crime, tomando-se por fundamento um delito anterior, está-se, em verdade, a valorar e castigar, por mais uma vez, a infração anteriormente praticada, em relação à qual o autor já foi sentenciado, chegando-se, por vezes, a absurdos, como, por exemplo, estabelecer o juiz, depois de fixar a pena-base em vinte anos de prisão por latrocínio, aumentá-la de metade em razão da reincidência (mais dez anos). Nota: o crime anterior (um furto) fora apenado com dois anos de prisão. A rigor, portanto, o condenado estará a cumprir a mesma pena por mais cinco vezes.

Apesar disso, o Supremo Tribunal Federal (RE 45.000 RS, de 2013, Relator Ministro Marco Aurélio de Melo) decidiu que a agravante da reincidência é constitucional.

De todo modo, temos que o acréscimo de pena que resulta da reincidência não poderá acarretar aumento igual ou

cessariamente justificada como imperiosa punição ao condenado que, por má-formação, desvio de conduta, tendência ao crime, insiste em continuar violando a lei, como tradicionalmente se afirma, mas, isto sim, deve ser compreendida, também, como expressão final do processo de perversão e de estigmatização do homem pela prisão ou pela absoluta falta de políticas oficiais de amparo ao egresso, criadoras de novas oportunidades para a harmônica reintegração ao mundo livre pelo trabalho (Penas, cit., p. 269). Por isso, entende Juarez Cirino que em verdade a reincidência ou deveria ser atenuante, quando houvesse o cumprimento da pena, em virtude da dessocialização decorrente da experiência carcerária, ou deveria ser penalmente indiferente, quando não tivesse havido o cumprimento da pena (Direito penal. Rio de Janeiro: Forense, 1985, p. 245).

6. Derecho penal, cit., p. 815. Escrevem os citados autores, textualmente: “a reincidência, pois, não nos deve situar em outro Direito Penal. De um Direito Penal distinto ao da mera e única repressão por meio da pena; de um Direito Penal preventivo e de medidas de segurança, que conhece e concede maior relevância não tanto ao delito, mas ao estado perigoso, entendido como pressuposto da aplicação daquelas. E dentro deste marco, seguimos, apesar de tudo, propugnando o desaparecimento do instituto da reincidência, em suas distintas manifestações, assim como em sua consideração como agravante da pena, pois está evidenciada a sua total inoperatividade.”

superior, mas sempre inferior (proporcionalmente), à pena (ou penas) aplicada na sentença anterior que a gerou, sob pena de o acréscimo exceder à própria pena antes imposta, desproporcionalmente. Assim, no exemplo antes mencionado o aumento de pena deveria ser inferior a dois anos de prisão.

Finalmente, autores há que propõem que a reincidência, em vez de ensejar o agravamento da pena, deve, ao contrário, justificar sua atenuação. Nesse sentido, Juarez Cirino dos Santos, para quem é necessário reconhecer: a) se o novo crime é cometido após a passagem do agente pelo sistema formal de controle social, com efetivo cumprimento da pena criminal, o processo de deformação e embrutecimento pessoal do sistema penitenciário deveria induzir o legislador a incluir a reincidência real entre as circunstâncias atenuantes, como produto específico da atuação deficiente e predatória do Estado sobre sujeitos criminalizados; b) se o novo crime é cometido após a simples formalidade do trânsito em julgado de condenação anterior, a reincidência ficta não indica qualquer presunção de periculosidade capaz de fundamentar circunstância agravante. Conclui, então, que, no caso de reincidência real (o condenado cumpriu de fato a pena, passando pela experiência carcerária), deve ela ensejar a atenuação da pena; na hipótese de reincidência ficta (o condenado não chegou a cumprir pena alguma, por qualquer motivo, como fuga, por exemplo), tal circunstância é irrelevante, devendo ser ignorada.⁷

e) Agravante da reincidência específica?

Frequentemente, juízes e tribunais agravam mais duramente a pena em virtude da reincidência específica.

No entanto, a reincidência específica não significa, isoladamente, maior culpabilidade do autor do crime.

7. Direito Penal, cit.

Com efeito, ao contrário do que se pretende, o simples fato de se tratar de reincidente específico não torna o agente mais perigoso ou mais culpável. O que importa não é tanto a reincidência específica, mas a reincidência em crimes especialmente graves, sobretudo reincidência em crime hediondo com resultado morte (LEP, art. 112, VIII).

Muito mais grave seria, por exemplo, se, em vez de reincidente em crime de furto, fosse o agente reincidente (específico ou não) em extorsão mediante sequestro, latrocínio ou homicídio qualificado etc.

Por que admitir, por exemplo, que o condenado que tenha praticado dois furtos simples e tentados (reincidente específico) seja punido mais duramente – em tese – do que o sentenciado que haja cometido roubo majorado e homicídio qualificado consumados (reincidente genérico)? Além disso, a reincidência específica não figura entre os critérios legais de exasperação de pena.

Em suma, a reincidência específica, própria de um direito penal do autor, não implica necessariamente maior culpabilidade; e constitui, em última análise, um preconceito jurídico.

f) Tráfico privilegiado e reincidência

É comum o juiz, ao condenar o réu por tráfico de drogas, agravar a pena-base e afastar o privilégio do art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006, com base no mesmo fundamento jurídico: a reincidência (CP, art. 63). Segundo o artigo 33, § 4º, da Lei: “Nos delitos definidos no caput e no § 1º deste artigo, as penas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa.”

A jurisprudência do STJ é no sentido de que não há *bis in idem* na hipótese.

Temos, porém, que, ao agravar a pena e excluir o privilégio legal com base na mesma circunstância legal – a reincidência – há, sim, *bis in idem*. Afinal, negar a aplicação de uma causa de diminuição de pena não deixa de ser um modo de majorá-la, ainda que de forma indireta ou reflexa. Existe aí, portanto, um duplo prejuízo ao condenado com o mesmo fundamento jurídico-penal.

Como se sabe, não é lícito punir, mais de uma vez, uma mesma conduta (ação ou omissão) com um mesmo fundamento jurídico-penal, sob pena de violação ao princípio *ne bis in idem*, que tem triplice dimensão: penal, processual e executória. O princípio está previsto, entre outros, no artigo 14, 7, do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos: “Ninguém poderá ser processado ou punido por um delito pelo qual já foi absolvido ou condenado por sentença passada em julgado, em conformidade com a lei e os procedimentos penais de cada país”. E no Pacto de São José da Costa Rica, cujo artigo. 8º, 4, diz: “O acusado absolvido por sentença passada em julgado não poderá ser submetido a novo processo pelos mesmos fatos”.

Trata-se de proibição que resulta diretamente dos princípios da proporcionalidade e legalidade das penas, a evitar múltipla valoração e punição do mesmo fato com idêntico fundamento jurídico.

Incide, portanto, na espécie, *mutatis mutandis*, a Súmula 241 desse Superior Tribunal de Justiça, que dispõe: “A reincidência penal não pode ser considerada como circunstância agravante e, simultaneamente, como circunstância judicial”.

Mas, se há *bis in idem*, como corrigi-lo? Existem ao menos duas soluções possíveis: a) não agravar a pena na segunda fase – aqui a reincidência não incide – e negar o privilégio na terceira fase – aqui a reincidência incide; b) agravar a pena na segunda fase – aqui a reincidência incide – e reconhecer o privilégio na terceira fase – aqui a reincidência não incide.