

04/04/2013

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 453.000 RIO GRANDE DO SUL

RELATOR : **MIN. MARCO AURÉLIO**
RECTE.(S) : **VOLNEI DA SILVA LEAL**
PROC.(A/S)(ES) : **DEFENSOR PÚBLICO-GERAL FEDERAL**
RECDO.(A/S) : **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO
GRANDE DO SUL**
PROC.(A/S)(ES) : **PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO
RIO GRANDE DO SUL**

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.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do
Supremo Tribunal Federal em desprover o recurso extraordinário, nos
termos do voto do relator e por unanimidade, em sessão presidida pelo
Ministro Joaquim Barbosa, na conformidade da ata do julgamento e das
respectivas notas taquigráficas.

Brasília, 4 de abril de 2013.

MINISTRO MARCO AURÉLIO – RELATOR

04/04/2013

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 453.000 RIO GRANDE DO SUL

RELATOR : MIN. MARCO AURÉLIO
RECTE.(S) : VOLNEI DA SILVA LEAL
PROC.(A/S)(ES) : DEFENSOR PÚBLICO-GERAL FEDERAL
RECDO.(A/S) : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO
GRANDE DO SUL
PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO
RIO GRANDE DO SUL

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – O Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul assentou não haver inconstitucionalidade na aplicação da agravante da reincidência, porquanto expressa maior censura à conduta do agente, não caracterizando *bis in idem* ou ofensa aos princípios da proporcionalidade e da individualização da pena.

Nas razões do extraordinário de folha 15 a 25, interposto com alegada base na alínea “a” do permissivo constitucional, articula-se com a transgressão do artigo 5º, incisos XXXVI e XLVI, da Carta da República. Sustenta-se que a visão garantista estabelecida pelo Constituinte não se coaduna com o instituto da reincidência, porque “este – além de contrariar o princípio constitucional da individualização da pena – estigmatiza, obstaculiza uma série de benefícios legais, afeta a coisa julgada e viola, flagrantemente, o *non bis in idem*, base fundamental de toda a legislação criminal” (folha 19). Entende-se que “um mesmo fato é tomado em consideração duplamente, na medida em que o delito anterior produz efeitos jurídicos duas vezes” (folha 20). Ressalta-se que, em caso de infração de trânsito ou de devedor contumaz, a multa ou dívida anterior não acarreta o aumento de outra subsequente. Afirma-se que tal agravante, a par de aumentar a pena de delito anterior cuja condenação já

RE 453000 / RS

transitou em julgado, empresta ao indivíduo, por determinado tempo, um estigma que o diferencia dos demais, rotulando o reincidente e prejudicando a ressocialização – finalidade oficial da pena. Por fim, asseverou-se que os princípios constitucionais não podem ser afastados pela aplicação literal de dispositivo legal hierarquicamente inferior.

O Ministério Público, nas contrarrazões de folha 26 a 28, aponta a existência de precedentes do Supremo nos quais assentada a constitucionalidade do instituto.

A Procuradoria Geral da República, no parecer de folha 81, manifesta-se pelo desprovimento do recurso.

É o relatório.

04/04/2013

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 453.000 RIO GRANDE DO SUL

V O T O

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) – Na interposição deste extraordinário, atendeu-se aos pressupostos de recorribilidade. A peça, subscrita por defensora pública, foi protocolada no prazo em dobro a que tem jus a Defensoria Pública.

Ao prover o agravo que resultou, mediante conversão, no extraordinário, fiz ver (folha 73):

(...)

1. O tema de fundo, devidamente prequestionado sob o ângulo da Constituição Federal, está a merecer reflexão. Articula-se com o princípio da individualização da pena e com a impossibilidade de alguém, transitado em julgado certo decreto condenatório, vir a sofrer conseqüências outras que não a retratada no título penal.

(...)

De início, é dado constatar envolver a situação concreta destes autos a agravante do artigo 61, inciso I, do Código Penal:

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

I - a reincidência;

(...)

A definição de reincidência está no próprio Código Penal:

Art. 63 - Verifica-se a reincidência quando o agente comete

RE 453000 / RS

novo crime, depois de transitar em julgado a sentença que, no País ou no estrangeiro, o tenha condenado por crime anterior.

O artigo 64 do mencionado Código prevê a exclusão do instituto quando, entre a data do cumprimento ou da extinção da pena relativa a condenação anterior e a data da infração posterior, haja decorrido tempo superior a cinco anos, computado o período de prova da suspensão ou do livramento condicional, se não ocorrer revogação, não se considerando, para tal efeito – o de ter-se o apenado como reincidente –, os crimes militares próprios e os políticos.

Múltiplas são as repercussões legais da reincidência, não estando, portanto, restrita à problemática do agravamento da pena. Logicamente, uma vez assentada a inconstitucionalidade, haverá, por coerência, o afastamento também das demais implicações. Assim é que, no tocante ao regime intermediário de cumprimento da pena, ou seja, o semiaberto, em face do balizamento de quatro a oito anos, não se pode favorecer o reincidente. O regime aberto também fica excluído, presente pena igual ou inferior a quatro anos, se notada a figura legal – alíneas “b” e “c” do § 2º do artigo 33 do Código Penal.

Mais uma vez, no artigo 44, a versar as penas restritivas de direitos, vê-se a impossibilidade da substituição da privativa de liberdade quando o réu for reincidente – inciso II. O instituto também repercute no tocante à substituição da pena privativa de liberdade pela de multa – § 2º do artigo 60. Consoante se depreende do disposto no artigo 67, a reincidência é levada em conta, novamente, para deslinde do concurso de agravantes e atenuantes.

Segue-se a disciplina do *sursis*. Consta do inciso I do artigo 77 do Código Penal que a reincidência o obstaculiza. A reincidência volta a repercutir para efeito de lapso temporal relativamente ao livramento condicional – artigo 83, incisos I e II, do mesmo diploma – bem como à prescrição depois de transitada em julgado a sentença considerado o disposto no artigo 110, ganhando o fenômeno repercussão maior no que ocasiona a interrupção da prescrição – inciso VI do artigo 117. Configura também causa de revogação do *sursis* e do livramento condicional,

RE 453000 / RS

impedindo, em alguns casos, a diminuição da pena, a reabilitação e a prestação de fiança – artigos 155, § 2º, 170, 171, § 1º, e 95 do Código Penal e 323, inciso III, do Código de Processo Penal. E, mais, segundo os artigos 76, § 2º, inciso I, e 89 da Lei nº 9.099/95 – a Lei dos Juizados Especiais –, a reincidência impede a transação e afasta a suspensão condicional do processo.

Cito essas diversas disciplinas para retratar o sistema penal pátrio, devendo ficar consignado que a reincidência como agravante vem do Código Penal do Império – Lei de 16 de dezembro de 1830, artigo 16, 3º. Descabe dizer que há regência a contrariar a individualização da pena. Ao reverso, leva-se em conta, justamente, o perfil do condenado, o fato de haver claudicado novamente, distinguindo-o daqueles que cometem a primeira infração penal, como se faz, já agora sob o ângulo da atenuante, a circunstância de ter menos de vinte e um anos de idade ou mais de setenta ou de desconhecer a lei – artigo 65 do Código Penal.

A reincidência, integrando o sistema penal pátrio como um todo, é mais uma vez versada na Lei de Entorpecentes, na Lei nº 11.343/2006. Confirmam com o preceito do § 4º do artigo 33 dela constante no que jungida a causa de diminuição da pena ao fato de estar envolvido agente primário, aludindo-se também ao detentor de bons antecedentes. Logo, se a primariedade pressupõe a ausência de crime anterior, a existência de decisão condenatória transitada em julgado, a menção presente no preceito, remete necessariamente à reincidência.

Do mesmo modo é considerada no cômputo do requisito objetivo para a progressão de regime dos condenados por crime hediondo, exigindo-se o implemento de dois quintos da pena, se primário o agente, e de três quintos, se reincidente – redação dada pela Lei nº 11.494, de 2007. Impede o livramento condicional, após cumprido mais de dois terços da pena, aos condenados reincidentes por crime hediondo, prática de tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, conforme alteração conferida pela Lei nº 8.072, de 1990, ao inciso V do artigo 83 do Código Penal. Também figura como circunstância integrante do tipo da contravenção penal prevista no artigo 25 do Decreto nº 3.688, de 1941.

RE 453000 / RS

Influi na revogação da suspensão condicional do processo, do livramento condicional e da reabilitação, nos termos dos artigos 81, inciso I e § 1º, 86, 87 e 95 do Código Penal.

Vê-se que a reincidência repercute em diversos institutos penais, compondo consagrado sistema de política criminal de combate à delinquência. Serão todas essas normas inconstitucionais? Sim, a glosa da reincidência como agravante alcançará, por coerência, os demais preceitos, ante a harmonia própria à aplicação e interpretação do Direito.

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

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

Não é sem motivo que os tipos penais, sob o ângulo da pena privativa da liberdade, remetem a balizamento temporal, ou seja, preveem um mínimo e um máximo de apenação, somente alijados se verificada causa de diminuição ou de aumento da pena, como decidiu

RE 453000 / RS

este Plenário no Recurso Extraordinário nº 597.270-4/RS, relator ministro Cezar Peluso. Evidentemente, a definição da reprimenda adequada ocorre em face das peculiaridades do caso, despontando o perfil do agente, inclusive se voltou, por isto ou por aquilo, não importa, a claudicar. Ao contrário do que assevera o recorrente, o instituto constitucional da individualização da pena respalda a consideração da singularidade, da reincidência, evitando a colocação de situações desiguais na mesma vala – a do recalcitrante e a do agente episódico, que assim o é ao menos ao tempo da prática criminosa.

Saliento, então, a inviabilidade de dar-se o mesmo peso, em termos de gravame de ato de constrição a alcançar a liberdade de ir e vir, presentes os interesses da sociedade, a caso concreto em que envolvido réu primário e a outro em que o Estado se defronta com quem fora condenado antes e voltou a trilhar o caminho glosado penalmente, deixando de abraçar a almejada correção de rumos, de alcançar a ressocialização.

O tema ainda suscita amplo debate doutrinário, no qual a questão mostra-se polarizada entre a corrente que sustenta a inconstitucionalidade do agravamento da pena pela reincidência, frente ao modelo estatal garantista, representada por Alberto Silva Franco, Eugenio Raul Zaffaroni, José Henrique Pierangeli, René Ariel Dotti, Cirino dos Santos, e aquela que afirma a adequação do instituto à Constituição Federal, porquanto atende ao princípio da individualização da pena, defendida por Reale Júnior, Guilherme de Souza Nucci, Ivanir Nogueira Itajiba e Celso Delmanto. Embora reconheça a importância acadêmica da discussão, é certo que a jurisprudência do Supremo tem revelado óptica semelhante à da segunda, conforme se extrai dos seguintes julgados:

HABEAS CORPUS. PENAL. REINCIDÊNCIA. BIS IN IDEM. INOCORRÊNCIA.

A pena agravada pela reincidência não configura *bis in idem*. O recrudescimento da pena imposta ao paciente resulta de sua opção por continuar a delinquir.

RE 453000 / RS

Ordem denegada. (Segunda Turma, *Habeas Corpus* nº 91.688/RS, relator Ministro Eros Grau, Diário da Justiça eletrônico de 26 de outubro de 2007.)

"*Habeas corpus*". - A pena agravada em função da reincidência não representa "*bis in idem*". - A presunção de inocência não impede que a existência de inquéritos policiais e de processos penais possam ser levados à conta de maus antecedentes. "*Habeas corpus*" indeferido. (Primeira Turma, *Habeas Corpus* nº 73.394/SP, relator Ministro Moreira Alves, Diário da Justiça de 21 de março de 1997.)

PENAL. PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. REINCIDÊNCIA. AGRAVAMENTO DA PENA PELO TRIBUNAL A QUO. I. - Reconhecida a reincidência, à vista da certidão de antecedentes criminais constante dos autos, o Tribunal *a quo*, dando provimento ao recurso de apelação do Ministério Público, agravou corretamente a pena aplicada pelo juízo de primeiro grau. II. - H.C. indeferido. (Segunda Turma, *Habeas Corpus* nº 74.746/SP, relator Ministro Carlos Velloso, Diário da Justiça de 11 de abril de 1997.)

O momento é de apreensão social no que o Tribunal, nos últimos tempos, tem fulminado institutos relativos a crime de inexcusável malefício, como é o tráfico de drogas. Refiro-me à declaração de inconstitucionalidade da proibição de liberdade provisória – *Habeas Corpus* nº 104.339, relatado pelo ministro Gilmar Mendes, acórdão publicado em 6 de dezembro de 2012 –, da cláusula que impunha a obrigatoriedade do início do cumprimento da pena em regime fechado – *Habeas Corpus* nº 111.840/ES, relatado pelo ministro Dias Toffoli, julgado em 27 de junho de 2012 – e da vedadora da substituição da pena restritiva da liberdade pela de direitos – *Habeas Corpus* nº 97.256/RS, relatado pelo ministro Ayres Britto, acórdão publicado em 16 de dezembro de 2010. Nas três matérias, mesmo tomado como progressista, como garantidor e,

RE 453000 / RS

até mesmo, como libertário – e, na verdade, sou simplesmente um Juiz a atuar de forma vinculada à ciência e consciência possuídas –, fiquei vencido.

Estamos a vivenciar um período de desmonte do sistema criminal normativo em que pese o aumento sem igual da prática criminosa? Sinceramente, não creio, ante o fato de o Supremo, na dicção do ministro Néri da Silveira, ser um Tribunal comprometido com a preservação de princípios, de valores maiores da vida gregária, com os interesses protegidos dos cidadãos brasileiros e estrangeiros residentes no Brasil.

Por tudo, surge constitucional o instituto – existente desde a época do Império – da reincidência, não se podendo, a partir de exacerbação do chamado garantismo penal, olvidar o sistema, desmantelando-o no ponto consagrador da cabível distinção, tratando-se desiguais de forma igual. A regência da matéria, harmônica com a Constituição Federal, circunscreve-se a oportuna, sadia, razoável e proporcional política normativa criminal e envolve, em rápida contagem, mais de vinte institutos penais, conforme referido.

Com a palavra, está a sempre ilustrada maioria. De minha parte, desprovejo o recurso, assentando a constitucionalidade do inciso I do artigo 61 do Código Penal – Decreto-Lei nº 2.848/1940.

04/04/2013

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 453.000 RIO GRANDE DO SUL

RELATOR : **MIN. MARCO AURÉLIO**
RECTE.(S) : **VOLNEI DA SILVA LEAL**
PROC.(A/S)(ES) : **DEFENSOR PÚBLICO-GERAL FEDERAL**
RECDO.(A/S) : **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO
GRANDE DO SUL**
PROC.(A/S)(ES) : **PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO
RIO GRANDE DO SUL**

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) – Senhor Presidente, não posso me furtar a um registro. Este processo teve pauta publicada, versando matéria penal, em 20 de março de 2009 e entrou na dirigida, pauta da internet, em 2 de abril de 2009, 25 de junho de 2009, e, agora, por último, na eletrônica, em 24 de maio de 2012. Está na de hoje. Foi apregoado duas vezes: em março e em maio. O Presidente cancelou o pregão, porquanto teria processo a versar matéria idêntica e estimaria trazê-lo em conjunto. Acabou sendo alcançado pela expulsória e não trouxe o referido processo.

04/04/2013

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 453.000 RIO GRANDE DO SUL

RELATOR : **MIN. MARCO AURÉLIO**
RECTE.(S) : **VOLNEI DA SILVA LEAL**
PROC.(A/S)(ES) : **DEFENSOR PÚBLICO-GERAL FEDERAL**
RECDO.(A/S) : **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO
GRANDE DO SUL**
PROC.(A/S)(ES) : **PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO
RIO GRANDE DO SUL**

NOTAS PARA O VOTO

A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER - Senhor Presidente, sem embargo da respeitabilidade da tese reiterada da tribuna, também entendo que a reincidência não implica dupla valoração negativa do mesmo fato.

Entendo que não há *bis in idem*, que se trata apenas de valorar negativamente a escolha do agente em voltar a delinquir, do que resulta maior o juízo de censura em relação a essa nova conduta praticada, e não uma nova punição em relação ao crime pretérito.

Endosso na íntegra os argumentos, os fundamentos lúcidos, com o brilhantismo de sempre, do eminente Relator para acompanhá-lo, negando provimento ao Recurso Extraordinário.

04/04/2013

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 453.000 RIO GRANDE DO SUL

VOTO

A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER - O presente caso envolve a discussão da constitucionalidade da consideração da reincidência como agravante para a exasperação da pena.

O ora Recorrente, Volnei da Silva Leal, foi condenado pelo crime de extorsão (art. 158, *caput*, do Código Penal). A pena-base, de quatro anos, sofreu incremento de seis meses em decorrência da agravante da reincidência, pois o acusado possuía condenação criminal anterior transitada em julgado.

Alega o Recorrente, em suas razões, que a consideração da reincidência como agravante configuraria *bis in idem*, contrariando o princípio da individualização da pena (art. 5º, XLVI, da Constituição Federal) e violação da proteção constitucional à coisa julgada (art. 5º, XXXVI, da Constituição Federal).

O Ministério Público opinou pelo improvimento.

Foi reconhecida a repercussão geral da questão constitucional.

Não há precedentes desta Suprema Corte, quer do Pleno, quer das Turmas, no sentido de que o agravamento da pena pela reincidência configure inconstitucionalidade.

Há, é certo, alguns julgados nos quais é reconhecido o *bis in idem*, mas somente quando a condenação criminal pretérita é empregada como vetorial negativa para o incremento da pena-base na primeira fase de fixação da pena, do art. 59 do Código Penal, e também para o acréscimo como agravante na segunda fase de fixação da pena, do art. 61, I, do Código Penal (v.g. HC 94.692/SP, 2ª Turma, Rel. Min. Joaquim Barbosa, un., j. 14.9.2010).

Quando o tema foi enfrentado diretamente, ou seja, a questão da constitucionalidade da reincidência, por si só, como agravante da pena, a arguição foi rejeitada.

A esse respeito, transcrevo os seguintes precedentes a título exemplificativo:

RE 453000 / RS

“A pena agravada pela reincidência não configura bis in idem. O recrudescimento da pena imposta ao paciente resulta de sua opção por continuar a delinquir.” (HC 94.816/RS – 2ª Turma – Rel. Min. Eros Grau – un. - j. 04.8.2009)

“O aumento da pena, em função da reincidência, expressamente prevista no art. 61, I, do Código Penal, não constitui bis in idem quando não utilizada como circunstância judicial para a fixação da pena-base.” (HC 94.846/RS – 1ª Turma do STF – Rel. Min. Ricardo Lewandowski – un. - j. 07.10.2008)

“Este Supremo Tribunal Federal sempre reputou válida a fixação da circunstância agravante da reincidência, não entendendo haver ilegalidade ou inconstitucionalidade a ser reconhecida.” (HC 93.969/RS – 1ª Turma – Rel. Min. Carmen Lúcia – un. - j. 22.4.2009)

“A pena agravada em função da reincidência não representa bis in idem.” (HC 73.394/SP – 1ª Turma – Rel. Min. Moreira Alves – por maioria - j. 19.3.1996)

Na esteira desses precedentes, entendo que a impugnação da constitucionalidade da consideração da reincidência como agravante não tem procedência.

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.

Não se trata de dupla punição pelo mesmo fato, ou *bis in idem*. Argumento da espécie confunde, em geral, dois momentos diferenciados da condenação criminal. Em um primeiro momento, cabe ao magistrado sentenciante proferir o juízo sobre a ocorrência do crime e sobre a responsabilidade do acusado sobre ele. Se efetuado o juízo condenatório,

RE 453000 / RS

cabe, em um segundo momento, a fixação da pena. Para os crimes em geral, submetidos à competência do magistrado monocrático, esses dois momentos por vezes são confundidos pois reunidos em uma mesma peça, a sentença. No entanto, tomando-se como exemplo os julgamentos do Tribunal do Júri, a distinção fica clara, com o veredicto competindo ao Conselho de Sentença e a fixação da pena, em sentença, ao Juiz Presidente.

A reincidência não tem lugar no primeiro momento, ou seja, quando se profere o juízo condenatório ou o veredicto. O fato do acusado possuir condenações criminais pretéritas é irrelevante nesse momento de cognição e decisão. Apenas após a conclusão pela responsabilidade criminal do acusado, passando-se à fase de fixação da pena na sentença, é que pode a reincidência ser invocada para fins de exasperação da pena.

Haveria eventualmente que se reconhecer *bis in idem* caso a reincidência tivesse alguma influência para o momento do juízo condenatório pelo novo crime, mas isso, como visto, não ocorre.

Em outras palavras, o agente não está sendo punido pela reincidência, mas sim pela nova conduta delitiva, objeto da nova condenação, sendo a reincidência apenas invocada como fator de exasperação da pena.

Por outro lado, a consideração da reincidência como agravante não representa nova punição em relação ao crime pretérito.

Trata-se apenas de valorar negativamente a escolha efetuada pelo agente em voltar a delinquir, do que resulta maior juízo de censura em relação a nova conduta praticada, e não uma nova punição em relação ao crime pretérito.

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

Não se vislumbra com facilidade como a agravante da reincidência

RE 453000 / RS

poderia violar o princípio da individualização da pena como alega o Recorrente (art. 5º, XLVI, da Constituição Federal). O dispositivo constitucional não trata do tema em questão e remete ao legislador a tarefa de estabelecer as penas cabíveis a cada crime. O legislador cumpriu essa tarefa, elencando a reincidência como critério de exasperação da pena (art. 61, I, e art. 63 do Código Penal). É certo que tal remissão ao legislador é condicionada pelos limites constitucionais impostos pela própria norma constitucional, mas nada nela se vislumbra a respeito de eventual vedação à consideração da reincidência como fator de exasperação da pena.

Melhor sorte não merece a alegação de violação da proteção constitucional da coisa julgada (art. 5º, XXXVI, da Constituição Federal). A norma constitucional em questão veda a edição de leis retroativas que afetem a coisa julgada, o direito adquirido e o ato jurídico perfeito. O art. 61, I, e o art. 63 do Código Penal remontam a 1984, quando foi editada a Lei nº 7.209, de 11.7.1984, que reformulou a parte geral do Código Penal. O caso concreto refere-se à condenação criminal por fato havido em 2001, muito posterior a 1984. Não está em questão, portanto, qualquer lei retroativa que tenha alterado ou pretendido imprimir efeitos à coisa julgada.

Destaque-se, aliás, que a reincidência já estava prevista como agravante na redação originária da parte geral do Código Penal de 1940, mesmo antes da reforma de 1984 (art. 44, I, Código Penal).

Aliás, a reincidência, embora específica, já era considerada como agravante para a fixação da pena no Código Criminal de 1830 (art. 16, 3º, “ter o delinquente reincidido em *delicto* da mesma natureza”), sendo longa, portanto, a tradição no Direito brasileiro em extrair da reincidência tais efeitos.

A consideração da reincidência como agravante da pena não faz parte apenas da tradição do Direito brasileiro. Em rápido exame do Direito Comparado, observo que a existência de condenações pretéritas é considerada como fator que agrava a pena pela legislação dos mais diferentes países, como Reino Unido (*section 143.2 do Criminal Justice Act*

RE 453000 / RS

2003), França (artigos 132-5 e 132-10 do Código Penal Francês) e Portugal (arts. 75 e 76 do Código Penal Português).

Destaco ainda que, caso se conclua que a consideração da reincidência como agravante da pena consistiria em espécie de vedado *bis in idem*, seria necessário, por coerência, estender o mesmo entendimento para outros efeitos extraídos pela legislação penal ou processual penal para a reincidência, o que representaria a invalidação de um número significativo de normas no Direito brasileiro. Tendo presente apenas o Código Penal, podem ser citados, exemplificadamente, os arts. 33, 44, 77, 83, 110 e 117, que tratam dos mais diversos temas, como regime de cumprimento da pena, penas restritivas de direito, suspensão condicional da pena, livramento condicional e prescrição. Todos esses dispositivos extraem da reincidência efeitos jurídicos relevantes e seriam igualmente contaminados por eventual reconhecimento da inconstitucionalidade em questão. O impacto em nossa legislação seria, portanto, bastante significativo. Não que isso constitua argumento decisivo, mas pelo menos justifica que o tema seja tratado com bastante cautela.

Então, tendo presente, em síntese, que a consideração da reincidência como agravante da pena não viola qualquer norma constitucional, especialmente as invocadas pelo Recorrente, que a invocação da reincidência não se confunde com o repudiado Direito Penal do Autor, que não representa *bis in idem* ou dupla punição pelo mesmo fato, que a consideração da reincidência como agravante faz parte da tradição do Direito brasileiro, remontando pelo menos a 1830, que a legislação dos mais diversos países também considera a reincidência como agravante das penas, e que, caso reputada inconstitucional a extração de efeitos jurídicos da reincidência, haveria significativo impacto na legislação brasileira, não há como acolher a pretensão do Recorrente.

Reputo, portanto, constitucional a consideração da reincidência como circunstância agravante e, por conseguinte, válidas as normas do arts. 61, I, 63 e 64 do Código Penal.

Portanto, voto para negar provimento ao Recurso Extraordinário.

04/04/2013

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 453.000 RIO GRANDE DO SUL

VOTO

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Senhor Presidente, egrégia Corte, ilustre representante do Ministério Público, Senhores Advogados, ilustre Defensor Público da União que, no exercício do seu *munus* e da sua função precípua, suscitou aqui uma questão deveras instigante.

A matéria, aqui, senhor Presidente, no meu modo de ver, foi muito bem colocada tanto pelo Relator quanto pelo Ministério Público. Ela é uma matéria principiológica, quer dizer, vai-se ao princípio específico da individualização da pena, olvidando-se o princípio maior: a promessa constitucional é a de criar uma sociedade justa e, além de justa, uma sociedade igualitária.

Bom, se a sociedade é justa, a defesa da sociedade prepondera sobre eventuais direitos reflexos do imputado, em primeiro lugar.

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

E exatamente porque a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, depois de 1988, tem bases axiológicas é que, por exemplo, muito recentemente, a Primeira Turma decidiu que "a reincidência revela que a condenação transitada em julgado restou ineficaz como efeito preventivo no agente, por isso merece maior carga de reprovação". Foi assim que decidiu unanimemente a Primeira Turma, da qual faço parte, com muita honra, juntamente com o Ministro Dias Toffoli, com o Ministro Marco Aurélio e com a Ministra Rosa Weber, no Recurso de Habeas Corpus nº 111.454.

Por outro lado, fico um pouco à vontade, porque tive o grande

RE 453000 / RS

prazer de conviver com o Professor Juarez Cirino, o pioneiro que capitaneou essa tese na PUC do Rio de Janeiro, antes de ele se transferir para o Paraná. É um estudioso de escol, um homem com profundos conhecimentos. A obra dele obedece a uma metodologia completamente diferente de todas as obras de Direito Penal, mas, com a devida vênia, a tese jurídica sustentada por Sua Excelência é uma tese que escapa ao âmbito jurídico, é uma tese bio-psicológica: saber se o Estado teleológico, que tem a finalidade de recuperar o imputado, ele fracassa nessa sua promessa, em razão de o acusado ter delinquido.

Nós não temos condições de saber da personalidade do agente, o porquê ele voltou a delinquir, se isso pode ser efetivamente imputável ao sistema carcerário. Nós não podemos esquecer que Lombroso, de há muito, afirmava a existência, é certo, do criminoso nato. Então, nós não temos capacidade institucional para verificarmos se efetivamente isso é uma imputação diretamente vinculada ao Estado, pelo seu fracasso do sistema carcerário.

Como destacou o Ministro Marco Aurélio: é preciso que o condenado tenha freios de inibição para saber que, se reincidir, há várias repercussões daquela sua atitude, daquela sua atuação. E, como o Ministro Marco Aurélio aqui citou, a anciania da reincidência, que já foi extremamente mitigada, até com o decurso desse lapso temporal, para se considerar reincidência.

E eu observo que, mais recentemente, 10 anos depois da Constituição Federal, em 1998, inseriu-se, no Código Penal, no artigo 44, a possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade e restritiva de direitos para condenados reincidentes; quer dizer, 10 anos depois da Constituição, tanto se entendeu constitucional esse instituto, que procurou-se mitigar talvez com aquela virtude mediana de nem abarcar a tese de que a incidência viola a Constituição Federal, e também nem desconsiderar que não se pode dar tratamento igual ao criminoso que reincide àquele cuja exemplaridade da pena cumpre o seu escopo.

E exatamente, nesse segmento da anciania, o Professor Magalhães Noronha assentava que o fato do reincidente ser punido mais gravemente

RE 453000 / RS

do que o primário é justificável, não havendo nenhuma violação à Constituição da República e a garantia do **non bis in idem**, isto é, de que ninguém pode ser punido duas vezes pelo mesmo fato. Com efeito, se é certo que ao cumprir integralmente a pena imposta pela prática de determinado delito o condenado, em razão desse fato, não pode ser punido novamente, a valoração da reincidência para fins de aumento de pena em relação a um novo crime cometido pelo sujeito, em prazo inferior a 5 anos - naquela época -, não tendo sido ele reabilitado, diz em nosso entendimento, com a maior reprovabilidade da sua conduta em relação a um novo crime. E aqui, então, discorro mais intensamente.

Por outro lado, Senhor Presidente, o próprio Código Penal faz uma distinção entre reiteração criminosa e reincidência. Na reiteração criminosa, não há reincidência, porque dá-se ao acusado o denominado período de *probation*, para ele refletir sobre a sua atitude e não voltar a reincidir no cometimento da prática de delito.

Em recentíssima decisão, também da Primeira Turma, foi destacada que essa reincidência revela que a condenação transitada em julgado restou ineficaz no seu efeito preventivo.

Trago também, ainda, à colação, Senhor Presidente, da relatoria da eminente Ministra Cármen Lúcia, um aresto emblemático sobre o tema no sentido de que o Supremo Tribunal Federal sempre reputou válida a fixação das circunstâncias agravantes da reincidência, não entendendo haver ilegalidade ou inconstitucionalidade a ser reconhecida. Essa decisão foi lavrada no **Habeas Corpus** nº 93.969, onde Sua Excelência enfrenta exatamente essa questão do fracasso teleológico do Estado, que não conseguiu recuperar e, por isso, a culpa é sua pela reincidência e, nesse segmento, a incidência seria inconstitucional.

De sorte que, me agregando a todos os fundamentos que aqui foram suscitados pelo Ministro Marco Aurélio - parabenizando-o mais uma vez pelo voto -, eu o acompanho integralmente.

04/04/2013

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 453.000 RIO GRANDE DO SUL

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) – Presidente, apenas um aspecto e uma observação, pedindo a confirmação pelo ministro Luiz Fux. O esclarecimento não se trata de um "estigma" perpétuo, porque há a denominada reabilitação, passados cinco anos do cumprimento da pena pretérita.

A observação: talvez tenha havido percepção errônea. A lei de 1998, que deu nova redação ao artigo 44 do Código Penal, que é a Lei nº 9.714, trouxe a reincidência como óbice à substituição. Não ocorreu o contrário, ou seja, o afastamento do empecilho.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Não, Vossa Excelência entendeu exatamente aquilo que eu disse.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) – Perdoe-me, estou correto. Vossa Excelência veiculou esse fato!

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Dez anos depois, a Lei consagrou a constitucionalidade da incidência, e aí criou algumas ...

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - Tão válido que reiterou.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) – Depois da Carta, entendendo-se que se trata de instituto constitucional. Está bem. Era a confirmação que pretendia.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Exatamente.

04/04/2013

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 453.000 RIO GRANDE DO SUL

VOTO

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

Senhor Presidente, cumprimento o voto objetivo e profundo do Ministro **Marco Aurélio** sobre o tema e o acompanhamento.

04/04/2013

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 453.000 RIO GRANDE DO SUL

VOTO

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - Senhor Presidente, eu também acompanho o Ministro Marco Aurélio pelo brilhantíssimo voto e, desta vez, não é para discordar, Ministro. Vossa Excelência que sempre chama a atenção que, quando se elogia o voto, é para discordar. Não, estou elogiando para acompanhar exatamente nos termos.

Tenho para mim que não há inconstitucionalidade, Presidente, como já foi acentuado aqui, e que é uma forma de se tratar igualmente os iguais, deixando a desigualdade para os desiguais, não - como o Ministro acentuou - como se fosse um carimbo desumano para sempre, mas para que se garanta àquele que cometeu um delito, que ele pense sobre isso e não venha a reincidir.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) – Antes de transcorrido o quinquênio.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - Antes de transcorrido, que ele não venha a delinquir novamente em afronta à sociedade.

Por essa razão, Senhor Presidente, eu acompanho o Ministro para negar provimento ao recurso.

04/04/2013

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 453.000 RIO GRANDE DO SUL

VOTO

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - Senhor Presidente, inicialmente eu queria agradecer ao ilustre Defensor Público, Dr. Afonso Carlos Roberto do Prado, as palavras que ele dirigiu, e aqui, de público agora, no Plenário do Supremo Tribunal Federal, cumprimentar, mais uma vez, a Defensoria Pública da União, que completou 18 anos de sua criação.

Eu também, antes de proferir meu voto, quero cumprimentar o Ministro Marco Aurélio, que esgotou o assunto de forma objetiva, trazendo doutrina, jurisprudência, o Direito Intertemporal, e eu estou acompanhando integralmente Sua Excelência.

Já me pronunciei nesse sentido no *Habeas Corpus* 94.020, do Rio Grande do Sul, ocasião em que trouxe à colação, inclusive, um escólio doutrinário de Aníbal Bruno, que já, à sua época - ele é sabidamente um dos maiores penalistas brasileiros - dizia o seguinte - eu me permito reproduzir esse pequeno trecho que estava no meu voto, e que vem no mesmo sentido da manifestação do eminente Ministro Relator. Então, dizia Aníbal Bruno o seguinte:

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

Portanto, acompanho o Relator, considerando constitucional esse dispositivo.

RE 453000 / RS

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) – Presidente, apenas para esclarecer que, no meu voto, não citei precedente de colega que comigo ainda ombreia para não ser indelicado quanto a possível evolução ou involução. Por isso, apenas mencionei precedentes de aposentados: dos ministros Moreira Alves, Eros Grau e Carlos Velloso.

04/04/2013

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 453.000 RIO GRANDE DO SUL**VOTO**

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Senhor Presidente, também eu acompanho o eminente Relator e o cumprimento pelo voto.

Sem dúvida nenhuma, esse debate está instaurado na própria doutrina, e há países que estão fazendo a própria revisão do modelo. A Alemanha, a partir de 1986, faz uma reforma entendendo que aqui significava, talvez, conceber-se novamente a responsabilidade ou o reflexo sobre a culpabilidade. Outros consideram, e aí a Alemanha é inclusa, inclusive no que diz respeito à eventual liberdade condicional.

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.

De modo que, eu acho que o debate é importante nessa quadra – uma quadra inclusive que o Ministro Marco Aurélio destacou – de preocupação imensa da comunidade com o quadro de insegurança pública. O debate é extremamente importante para chamar a atenção no que concerne à falência do modelo repressivo e da necessidade, talvez, de se repensar. Há medidas positivas nesse sentido, a questão da formação, escolarização, formação profissional, mas é necessário que isso seja, de fato, universalizado e que haja, também, programas – tanto quanto possível – amplos de reinserção social para afetar a reincidência.

RE 453000 / RS

No CNJ, certamente, Vossa Excelência tem tido essa experiência. Os técnicos que trabalham com esse tema, especialmente que acabam tendo contato com o Exterior, sempre recebem essa pergunta: o que vocês estão fazendo no plano da reincidência? E, em geral, nós temos respostas pouco satisfatórias.

De modo que, acho que o debate, no atual estágio, é importante para que nós pensemos criticamente a questão da efetividade ou da inefetividade do modelo repressivo prisional.

Acompanho o Relator.

04/04/2013

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 453.000 RIO GRANDE DO SUL

VOTO

O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA (PRESIDENTE) -

Também eu, a exemplo do eminente Relator e de todos os que o acompanharam, mantenho-me aliado ao entendimento de que a pena agravada, em discussão da reincidência, não significa **bis in idem**. Todos nós sabemos, a pena possui diversas finalidades: finalidade ressocializadora, finalidade retributiva, preventiva geral, preventiva específica. De modo que o condenado que reincide, que volta a cometer novo crime, demonstra que não preenche, não é, a pena. No seu caso, não cumpriu nenhuma dessas finalidades, não cumpriu a sua missão.

Por essas e as demais razões já expostas no voto do Relator, eu acompanho Sua Excelência para negar provimento ao recurso.

04/04/2013

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 453.000 RIO GRANDE DO SUL

DEBATE

O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA (PRESIDENTE) -
Neste caso que nós...Eu tinha uma proposta de aplicar...Na verdade, consta da pauta que ele tem repercussão geral, mas o Ministro Marco Aurélio me avisou aqui, durante o julgamento, que não tem repercussão geral, porque ele antecede.

A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER - Foi afetado, Ministro?

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - É anterior.

O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA (PRESIDENTE) -
É anterior. Mas nós temos já alguns casos...

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Mas nós podemos atribuir, não é?

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) - Não, não podemos. De qualquer forma, penso que a matéria fica pacificada e será possível até editar um verbete vinculante, porque são reiterados os pronunciamentos do Tribunal.

O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA (PRESIDENTE) -
Nós temos aqui unanimidade.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) - E são reiterados os pronunciamentos.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - São muitos os casos

RE 453000 / RS

de ...

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - E esses **habeas corpus** questionam exatamente a questão da

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - Agora, eu penso que se editarmos um verbete...

O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA (PRESIDENTE) - Podemos colocar em votação um verbete.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - Eu penso que, se editarmos um verbete, precisa ficar claro, *data venia*, porque muitos de nós dissemos que não há *bis in idem* quando se aplica a agravante da reincidência. Mas há uma hipótese em que se dá, sim, a reincidência quando se considera a *vita anteacta*, no art. 59, e depois se toma a reincidência novamente como agravante. Aí me parece que há um *bis in idem* vedado.

O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA (PRESIDENTE) - Nós estamos dizendo aqui é que não há.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) – Sim, mas não analisamos a reincidência sobre tal ângulo.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - É.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Não, a própria Lei estabelece que a reincidência é, considerada...

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - Nós temos glosado muitas vezes isso. Quer dizer, nas circunstâncias judiciais, é para que não haja equívocos com relação a isso.

RE 453000 / RS

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) – Nas duas fases da dosimetria, mesmo sob o ângulo da consideração da personalidade do agente, presente o artigo 59 do Código Penal, não é dado realmente acionar o inciso I do artigo 61. Mas é matéria que não está em jogo neste processo.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Sim, mas o questionamento aqui era de inconstitucionalidade do próprio instituto da reincidência.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA – Sim, para a inconstitucionalidade do instituto da reincidência.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - É porque, em sede de *obiter dictum*, muitos de nós dissemos que não há *bis in idem*. Mas é preciso ficar muito claro, a meu ver, com todo o respeito, que pode haver *bis in idem* se os maus antecedentes, e inclusive a reincidência, forem considerados, no art. 59, na primeira fase da dosimetria, e depois novamente considerados na terceira fase.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Há previsão. A previsão não encerra o **bis in idem**.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - Estamos julgando num caso concreto.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) – Ministro, a duplicidade foi evocada mediante mesclagem imprópria de considerar-se a pena pelo crime anterior e, posteriormente, quanto à nova prática, a reincidência. Foi apenas sob esse ângulo.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - Claro. Sem

RE 453000 / RS

dúvida.

O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA - (PRESIDENTE) -
A hipótese é essa.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - E o debate hoje é abstrato.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) – Agora,
saindo um verbete, apenas assentaria que a reincidência está ligada à
individualização da pena e que é um instituto constitucional.

04/04/2013

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 453.000 RIO GRANDE DO SUL

PROPOSTA

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - Senhor Presidente, considerando que foi pacificada a questão relativa à constitucionalidade do instituto da reincidência, indago de Vossa Excelência e do Plenário se não seria o caso de adotarmos, em relação a essa matéria e só a esse item, exatamente o que, em outras ocasiões, decidimos: ou seja, tendo o Plenário afirmado a constitucionalidade, se houver questionamento em outros **habeas** exclusivamente sob esse ponto, se os Ministros não poderiam, monocraticamente, decidir aplicando as decisões do Plenário?

O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA (PRESIDENTE) - Sim. Consulto o Plenário. Todos de acordo?

.....

04/04/2013

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 453.000 RIO GRANDE DO SUL

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) –
Presidente, Vossa Excelência refere-se a *habeas corpus*?

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - É.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) – Preciso
guardar coerência, Presidente, porque entendo que essa ação nobre – no
que voltado a preservar a liberdade de ir e vir do cidadão, alcançada na
via direta ou indireta – deve vir ao Colegiado.

Por isso, peço vênua à relatora, para persistir nessa óptica.

04/04/2013

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 453.000 RIO GRANDE DO SUL

DEBATE

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Senhor Presidente, agora, esse tema já teve – em outro caso, eu acho – o reconhecimento da repercussão geral, não é?

O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA (PRESIDENTE) - Sim, já. Temos outros casos em que foi reconhecida a repercussão geral imediatamente.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

Mas nada impede que agora, neste momento, entenda-se por aplicá-la.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA – Aplicá-la diante da pacificação da matéria.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

Nada impede. Já fizemos isso em Plenário.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES – Sim.

O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA (PRESIDENTE) -

Sim. Eu vou...

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Eu digo: já teve a repercussão geral.

O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA (PRESIDENTE) -

Não, nesse caso, não houve.

RE 453000 / RS

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Não, mas no termo da reincidência.

O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA (PRESIDENTE) - Mas temos precedentes de casos nos quais a repercussão geral foi adotada imediatamente após o julgamento.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Entretanto, nesse caso, já houve, acho.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - Nesse caso, já houve, inclusive, no Plenário Virtual.

O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA (PRESIDENTE) - Desse; nos **habeas...**

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Nesse caso.

O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA (PRESIDENTE) - No RE?

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - Não, em outro **habeas...**

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Em outro RE.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - Sim, mas temos feito a substituição de processos. Podemos desprezar aquele anterior e adotar esse como...

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) - Ou, então, um recurso extraordinário...

RE 453000 / RS

O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA (PRESIDENTE) -
O outro perdeu objeto.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Mas na repercussão geral, mas a repercussão geral foi reconhecida.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) - O recurso extraordinário não chegou a vir a Plenário, porque, caso contrário, não teria nem trazido este processo.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Não, mas temos o entendimento de que, reconhecida a repercussão geral num dado tema, ela aproveita.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

A matéria fica como tal.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Ela aproveita.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) - Teríamos que conferir para ver se realmente há processo em que reconhecida a repercussão geral tramitando, e não é...

O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA (PRESIDENTE) -
Vossa Excelência... Qual é a objeção de Vossa Excelência, se é que há?

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) - Adiar, não, Presidente. O que penso é que já podemos editar um verbete vinculante e, liquidaríamos a matéria. Chega de adiamentos. Aguarda-se, há muito, uma solução.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - É. Eu tenho a impressão do

RE 453000 / RS

seguinte: uma coisa, foi julgado o recurso.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) – Eu não tenho...

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - O resultado tem que prevalecer pelo Plenário.

Agora, só queria fazer uma ponderação, quer dizer: nós analisamos, em abstrato, a constitucionalidade da reincidência. No meu modo de ver, não há nem necessidade, pela repercussão geral, dessa súmula vinculante, por que qual seria o efeito deletério? Quer dizer, toda vez que fosse aplicada a reincidência, haveria uma reclamação para que apreciássemos, no caso concreto, se houve a reincidência.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) – Ministro, não é assim. Tornarei estreme de dúvidas o pensamento. O que entendo é que, considerada a aplicação da lei no tempo, não podemos emprestar a este caso – recurso interposto antes do instituto da repercussão estar regulamentado – os efeitos da repercussão geral.

Entretanto, o ministro Gilmar Mendes coloca a questão sob ângulo diverso. É que, no outro recurso extraordinário, ainda tramitando, no Plenário, já se teria reconhecido a repercussão geral.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - É.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Mas não foi julgado.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) – Confesso que não me lembro.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Não, o entendimento passa a ser este de hoje.

RE 453000 / RS

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - Porque a repercussão geral é da questão constitucional.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) – Mas qual seria a consequência?

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - Não é do processo, é do tema.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - Da questão constitucional.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Não, a consequência seria o prevailecimento da sua tese para todos os efeitos de repercussão geral.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) – Neste caso, não posso.

O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA (PRESIDENTE) - Bom, vou ouvir cada um.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) – Teria apenas que confirmar esse dado: se realmente já admitimos. Mas o ministro deve ter...

O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA (PRESIDENTE) - Há sim. Tenho informação de que sim.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Admitimos no RE nº 591.563.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) – O Plenário admitiu a repercussão geral?

RE 453000 / RS

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Repercussão geral.

O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA (PRESIDENTE) -
Sim, no tema.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Foi no tema.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) – Então,
fica prejudicada a apreciação.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Versa mesmo tema
da...

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) – Mesmo
tema?

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Mas não foi julgada.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Não. Não foi
julgado o processo.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) – Esse
extraordinário, a rigor, prejudicará. Ele não precisará vir ao Plenário para
repetirmos a decisão.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - A repercussão geral
está reconhecida.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

É importante declarar, na proclamação, que esse resultado passa a
ter repercussão geral.

RE 453000 / RS

O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA (PRESIDENTE) -
Tem repercussão geral.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Retorna sem interesse, trazer de novo.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) - Tendo em conta a repercussão geral em outro processo. O ministro Gilmar Mendes daria o número.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - É o nº 591.563.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) - E consignamos o fato na certidão.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Nesse, houve o reconhecimento da repercussão geral.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Nesse caso, não precisa trazer para julgamento.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

Proclama-se a...

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Como já julgamos a matéria...

A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER - Está decidido.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Fica prevalecendo um só.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Com todos os efeitos.

RE 453000 / RS

O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA (PRESIDENTE) -
Então, basta acrescentar. Acrescentemos, na proclamação, que aplicam-se, a este julgamento, os efeitos da repercussão geral reconhecida no RE nº 591.563.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Pacifico. Isso.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - Com a possibilidade de decisão monocrática.

O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA (PRESIDENTE) -
Está registrado, com a possibilidade de decisão monocrática.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:
Um voto merecedor de repercussão geral.



PLENÁRIO

EXTRATO DE ATA

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 453.000

PROCED. : RIO GRANDE DO SUL

RELATOR : MIN. MARCO AURÉLIO

RECTE.(S) : VOLNEI DA SILVA LEAL

PROC.(A/S) (ES) : DEFENSOR PÚBLICO-GERAL FEDERAL

RECDO.(A/S) : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

PROC.(A/S) (ES) : PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

Decisão: O Tribunal, por unanimidade e nos termos do voto do Relator, negou provimento ao recurso extraordinário. Determinou, ainda, aplicar o regime da repercussão geral reconhecida no RE 591.563. Votou o Presidente, Ministro Joaquim Barbosa. Falaram, pelo recorrente, o Dr. Afonso Carlos Roberto do Prado, Subdefensor Público-Geral Federal e, pelo Ministério Público Federal, a Dra. Deborah Macedo Duprat de Britto Pereira, Vice-Procuradora-Geral da República. Ausentes, justificadamente, os Senhores Ministros Celso de Mello e Teori Zavascki. Plenário, 04.04.2013.

Presidência do Senhor Ministro Joaquim Barbosa. Presentes à sessão os Senhores Ministros Marco Aurélio, Gilmar Mendes, Ricardo Lewandowski, Cármen Lúcia, Dias Toffoli, Luiz Fux e Rosa Weber.

Vice-Procuradora-Geral da República, Dra. Deborah Macedo Duprat de Britto Pereira.

p/ Carlos Alberto Cantanhede
Secretário