

## **COMISSÃO DE CONSTITUIÇÃO E JUSTIÇA E CIDADANIA**

### **PROJETO DE LEI Nº 3.109, 2004**

“Altera o art. 63 do Código Penal, que estabelece o conceito de reincidência para efeitos penais”.

**Autor:** Severino Cavalcanti

**Relator:** Wagner Lago

#### **VOTO EM SEPARADO (DO Sr. DEP. LUIZ EDUARDO GREENHALGH)**

#### **I - Relatório**

O projeto de lei em destaque pretende alterar a redação do art. 63 do Código Penal, para estabelecer novo conceito de reincidência para fins penais.

A proposta de alteração da redação tem o seguinte teor:

*“Art. 63. Verifica-se a reincidência quando:*

*a) o agente comete novo crime, depois de condenado no País ou no exterior, por crime anterior, ainda que pendente o julgamento de recurso especial ou recurso extraordinário; ou*

*b) o agente tiver sofrido medida de internação por ato infracional, conforme descrito no Estatuto da Criança e do Adolescente, instituído pela Lei n.º 8.069, de 1990, a exceção daqueles considerados pela lei como de menor potencial ofensivo. (NR)”*

Consoante a justificação apresentada, objetiva-se com este Projeto corrigir duas falhas no sistema penal. A primeira diz respeito à atual



2DD06D5A43

regra de reincidência, que apenas se caracteriza quando novo crime é cometido após o trânsito em julgado de crime anterior, o que dá ensejo à interposição de recursos protelatórios. A outra refere-se ao ato infracional punido com medida de internação, o qual não é considerado para fins de reincidência, após o agente completar a maioridade. Essa norma, segundo se argumentou, permite que “menores homicidas e latrocidias” sejam beneficiados com a condição de primário.

A proposição está sujeita à apreciação em plenário da Câmara dos Deputados.

É o relatório.

## II – Voto do Relator

Compete à Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania o exame da constitucionalidade, juridicidade, técnica legislativa e mérito da presente proposição, em atenção ao disposto no art. 32, IV, “a” e “e” do Regimento Interno.

Sob o enfoque da constitucionalidade formal, os projetos não apresentam vícios, porquanto observadas as disposições constitucionais pertinentes à competência da União para legislar sobre a matéria (art. 22, I), do Congresso Nacional para apreciá-la (art. 48) e à iniciativa (art.61).

Quanto ao cunho material da análise de constitucionalidade, necessário ressaltar que as alterações propostas ferem inúmeras garantias fundamentais estabelecidas pela Constituição Federal, notadamente o direito à presunção de inocência e à coisa julgada.

Com relação à presunção de inocência, segundo a proposição em exame, a reincidência ficaria caracterizada mesmo antes de transitada em julgado a sentença penal condenatória. Ou seja, o réu poderia ser considerado culpado na pendência de recurso especial ou extraordinário, o que contraria frontalmente o disposto no inciso LVII do art. 5º da Constituição da República

*“LVII – ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória;”*

No que se refere à coisa julgada, verifica-se que o Projeto de Lei em análise vai de encontro à disposição do art. 5º, XXXVI, da CF: *“a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada.”* Sabe-se que coisa julgada é a eficácia que torna imutável a sentença, não mais sujeita a recurso. Portanto, admitir a configuração da reincidência antes de formada a coisa julgada constitui, *data venia*, flagrante afronta ao



2DD06D5A43

mencionado dispositivo constitucional.

O Projeto de Lei em foco está, com a devida vênia, eivado de inconstitucionalidade, por contrariar as disposições contidas nos mencionados incisos XXXVI e LVII do art. 5º da Constituição Federal.

No que toca à juridicidade, considero que o projeto não foi elaborado em inteira conformidade com os princípios gerais vigentes no ordenamento jurídico, considerando-se, assim, injurídico.

Em relação à técnica legislativa, o projeto atende ao disposto na Lei Complementar 95/1998.

No mérito, as seguintes considerações devem ser feitas sobre o projeto em análise.

Analisando-se o conteúdo do Projeto em comento, verifica-se que ocorre uma ampliação das situações em que a reincidência ficará caracterizada, uma vez que, pela regra atual, manifestação da teoria ficta adotada pelo Código Penal, para sua configuração exige-se a prática de novo crime após o trânsito em julgado da sentença condenatória por crime anterior, consoante dispõe o art. 63, *in verbis*:

*“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.”*

A primeira hipótese do Projeto estabelece que a reincidência se dará com a prática de novo crime após a condenação por crime anterior, ainda que pendente recurso especial ou extraordinário. Ou seja, institui-se uma situação mais gravosa ao agente, e suprime-se-lhe alguns direitos, sem que tenha sido definitivamente condenado, em clara afronta ao princípio constitucional da presunção de inocência ou não-culpabilidade, insculpido no citado art. 5º, LVII.

A reincidência, como o próprio nome indica, é instituto de que se vale o legislador para tratar mais rigorosamente aquele agente que repetiu a prática do crime. Ocorre que, em razão do princípio supracitado, enquanto não transitar em julgado a sentença penal condenatória, não há como se considerar o agente culpado pela prática do crime e, portanto, não poderá ele ser reincidente. Dispor diversamente viola o princípio constitucional da presunção de inocência.

Na justificativa ao Projeto, afirma-se que nenhum prejuízo haveria ao direito do sentenciado, visto que, em caso de reforma da sentença condenatória no STJ ou STF, a pena aplicada ao novo crime seria ajus-



2DD06D5A43

tada pelo Juízo da Execução. Esse entendimento, s.m.j., não atende às situações que podem ser geradas pela aplicação da reincidência.

Nos termos da legislação penal, a reincidência gera os seguintes efeitos:

- (a) agrava a pena (art. 61, I, CP);
- (b) no concurso de agravantes, é considerada circunstância preponderante (art. 67, CP);
- (c) impede a concessão da suspensão condicional da pena – **sursis** (art. 77, I, CP);
- (d) aumenta o prazo de cumprimento da pena para a obtenção do livramento condicional (art. 83, II, CP);
- (e) aumenta o prazo da prescrição da pretensão executória (art. 110, *caput*, CP);
- (f) interrompe a prescrição (art. 117, VI).

No que tange à aplicação da pena, observa-se que não há previsão na lei da possibilidade de “ajuste” da pena, em caso de reforma da sentença nas instâncias extraordinárias. Assim, na ausência de dispositivo autorizador desse ajustamento, não seria possível efetuar alteração do conteúdo da sentença condenatória (quantificação da pena) no Juízo da Execução.

Além do que a reincidência não apenas é fator de agravamento da pena, mas impede a concessão de **sursis** e prorroga a obtenção do livramento condicional, ou seja, tem efeitos na aquisição de direitos subjetivos do acusado. Se, como se pretende, a reincidência não mais exigir o trânsito em julgado, a lei estará restringindo a possibilidade de obtenção desses direitos, em contrariedade à Constituição, que adotou o princípio da presunção de inocência, ou seja, o acusado é inocente durante o desenvolvimento do processo e seu estado só se modifica por uma sentença final com o trânsito em julgado.

Necessário reiterar, ainda, que o projeto ofende o instituto da coisa julgada previsto no referido artigo 5º, XXXVI, CF. Tal instituto é decorrente de decisões judiciais transitadas em julgado, das quais a sentença não é mais impugnável, uma vez ultrapassada a fase recursal, quer por não ter sido interposto o recurso, quer porque o recurso não foi conhecido por intempestividade, **quer porque foram esgotados todos os meios recursais.**

A segunda hipótese prevista no Projeto objetiva considerar, para efeitos de reincidência, o crime praticado pelo menor de dezoito anos, denominado pelo art. 103 do Estatuto da Criança e do Adolescente, de ato infracional, ressaltando os delitos considerados de menor potencial ofensivo.



Essa inovação, *data venia*, também não se coaduna com o sistema constitucional.

O art. 228 da Constituição prescreve que “são penalmente inimputáveis os menores de dezoito anos, sujeitos às normas de legislação especial”. Esse dispositivo estabelece uma presunção absoluta de que o menor de dezoito anos é inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento (art. 26 do Código Penal), e por conseguinte, diante da inimizabilidade, exclui-se a culpabilidade.

Desse modo, impor ao acusado situação mais gravosa em razão de conduta praticada sem que pudesse, na ocasião, ser a ele imputado, contraria o princípio da culpabilidade e o art. 228 da Constituição.

Há que se salientar ainda que, consoante se depreende da leitura do Estatuto da Criança e do Adolescente, nem sempre o menor punido com internação praticou ato infracional de natureza grave.

Dispõe o art. 122 que a medida de internação será aplicada quando se tratar de ato infracional praticado com violência ou grave ameaça (inc. I), reiteração no cometimento de outras infrações graves (inc. II) e por descumprimento reiterado e injustificável de medida anteriormente imposta (inc. III). Observe-se que neste último caso a gravidade do delito não é requisito para a aplicação da internação, o que não foi aventado na justificativa ao Projeto.

Por todo o exposto, meu voto é pela inconstitucionalidade, injuridicidade, boa técnica legislativa e no mérito, pela sua rejeição.

Sala da Comissão, em                      de                      de 2005.

**Deputado LUIZ EDUARDO GREENHALGH**

Relator



2DD06D5A43