

# O RECONHECIMENTO DA AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA QUANDO NÃO ALEGADA NO PLENÁRIO DO TRIBUNAL DO JÚRI

THE RECOGNITION OF THE AGGRAVATING FACTOR OF RECIDIVISM WHEN IT IS NOT ALLEGED IN THE PLENARY OF THE COURT OF JURY

**Paulo Henrique Lorenzetti da Silva**  
*Especialista*  
*Promotor de Justiça*

**RESUMO:** A Lei n. 11.689/2008, que alterou o rito do Tribunal do Júri, no que tange à prolação da sentença, após os debates no plenário, trouxe nova redação ao artigo 492 do Código de Processo Penal, nos seguintes termos: “Em seguida, o presidente proferirá sentença que: I – no caso de condenação: [...] b) considerará as circunstâncias agravantes ou atenuantes alegadas nos debates”. Todavia, na fase de preparação do processo para o julgamento em plenário (art. 422 do Código de Processo Penal), a acusação e a defesa, no prazo de cinco dias, podem requerer diligências. Nessa etapa processual, via de regra, o Ministério Público requer a certificação dos antecedentes criminais do réu, a fim de demonstrar nos autos a reincidência. Já em plenário, durante a fase de debates, a acusação, representada pelo Ministério Público, expõe aos jurados as provas relativas à materialidade e à autoria do fato, além de refutar as teses defensivas e demonstrar a existência, quando for o caso, das qualificadoras do crime. Dessa forma, este trabalho analisa a possibilidade ou não de aplicação da agravante da reincidência, caso tal circunstância não tenha sido alegada durante os debates. A questão é controversa na jurisprudência catarinense, razão pela qual é necessário debater o tema.

**Palavras-chave:** Processo Penal. Tribunal do Júri. Agravante. Reincidência.

**ABSTRACT:** Law 11689/2008, which changed the rite of the jury with regard to the delivery of the sentence, after the debates in the plenary, brought a new wording to article 492 of the Code of Criminal Procedure, as follows: “Next, the President will render a sentence that: I - in case of conviction: [...] b) will consider the aggravating or mitigating circumstances alleged in the debates”. However, during the preparation of the proceedings for trial in plenary (article 422 of the Code of Criminal Procedure), the prosecution and the defense, within five days, may require action. At this procedural stage, as a rule, the Public Prosecution Service requires the certification of the defendant’s criminal record in order to demonstrate the recidivism in the records. In the plenary session, during the debate phase, the prosecution, represented by the Public Prosecution Service, exposes the jurors to evidence regarding the materiality and authorship of the fact, in addition to refuting defensive arguments and demonstrating the existence, when applicable, of qualifiers of the crime. Thus, the elaboration of this scientific paper is justified to analyze the possibility of applying or not the aggravating factor of recidivism, if such circumstance was not alleged during debates. The issue is controversial in the jurisprudence of Santa Catarina, which is why it is necessary to discuss the issue.

**Keywords:** Criminal procedure. Court of Jury. Aggravating factor. Recidivism.

## 1 INTRODUÇÃO

A reforma do Código de Processo Penal, por meio da Lei n. 11.689/2008, trouxe diversas alterações no rito das matérias de competência do Tribunal do Júri. Uma das principais novidades foi a forma de quesitação. Antes, além da materialidade, da autoria, das causas de aumento e diminuição da pena, que foram mantidas, os jurados também decidiam sobre as agravantes e as atenuantes.

A inovação é criticada por parte dos processualistas penais, pois entendem que a medida retira a competência do Conselho de Sentença. Ao criticar a ausência do quesito de agravantes e atenuantes, Guilherme de Souza Nucci aponta que:

Devem os jurados deliberarem sobre todas as circunstâncias fáticas que envolvam o crime doloso contra a vida. Não se pode, portanto, lesando a soberania do Tribunal de Júri, bem como a sua competência constitucional, eliminar tais questões. (NUCCI, 2017, p. 1130).

Com a reforma processual de 2008, o artigo 483 do Código de Processo Penal passou a ter a seguinte redação:

Art. 483. Os quesitos serão formulados na seguinte ordem, indagando sobre:  
I – a materialidade do fato;  
II – a autoria ou participação;  
III – se o acusado deve ser absolvido;  
IV – se existe causa de diminuição de pena alegada pela defesa;  
V – se existe circunstância qualificadora ou causa de aumento de pena reconhecidas na pronúncia ou em decisões posteriores que julgaram admissível a acusação. (BRASIL, 1941).

A consideração das circunstâncias agravantes e atenuantes passou a ser, em caso de condenação, de competência do Juiz Presidente da Sessão do Júri, conforme estabelecido no artigo 492 do Código de Processo Penal:

Art. 492. Em seguida, o presidente proferirá sentença que:  
I – no caso de condenação:  
a) fixará a pena-base;  
b) considerará as circunstâncias agravantes ou atenuantes alegadas nos debates;  
c) imporá os aumentos ou diminuições da pena, em atenção às causas admitidas pelo júri;  
d) observará as demais disposições do art. 387 deste Código;

e) mandará o acusado recolher-se ou recomendá-lo-á à prisão em que se encontra, se presentes os requisitos da prisão preventiva;  
f) estabelecerá os efeitos genéricos e específicos da condenação [...] (grifou-se). (BRASIL, 1941).

O presente artigo visa abordar a aplicação da agravante da reincidência (art. 61, inciso I, do Código Penal). Tal delimitação se deu em virtude de que uma das principais peças do processo-crime é justamente a certidão de antecedentes criminais, a qual é anexada aos autos quando da distribuição do feito.

Ademais, na fase de preparação do processo para julgamento em plenário (art. 422 e seguintes do Código de Processo Penal), o Ministério Público, via de regra, requer a atualização dos antecedentes criminais. Ou seja, independentemente de qualquer alegação em plenário ou, até menos, de formulação de quesitos ao Conselho de Sentença, o que era feito antes de 2008, a comprovação da reincidência já constará nos autos.

Acrescenta-se a isso o fato de que a legislação processual penal, na parte que trata da sentença-crime, possibilita ao Juiz reconhecer, ao final do processo, as circunstâncias agravantes, embora não alegadas (art. 385 do Código de Processo Penal).

Sobre a diferença entre o artigo 385 e o artigo 492, inciso I, alínea "b", ambos do Código de Processo Penal, Renato Brasileiro Lima leciona:

O art. 492, I, alínea "b", do CPP, deixa entrever que o juiz presidente só pode levar em consideração agravantes e atenuantes alegadas pelas partes durante os debates. Logo, se as partes não fizerem menção a tais circunstâncias nos debates, está o juiz presidente impedido de levá-las em consideração. O referido dispositivo se aparta, portanto, do quanto previsto no art. 385 do CPP, o qual autoriza que o juiz reconheça agravantes, embora nenhuma tenha sido alegada. Destarte, se o art. 385 do CPP permite que qualquer outro órgão jurisdicional possa conhecer de ofício agravantes em sentido estrito, é certo que, no âmbito do Júri, ao juiz presidente só é permitido considerar as circunstâncias agravantes ou atenuantes alegadas nos debates, preservando-se, assim, o contraditório, a ampla defesa e o próprio sistema acusatório. (LIMA, 2017, p. 1429).

Em que pese o entendimento, torna-se contraditória a possibilidade de, no rito comum criminal, o Juiz poder reconhecer a agravante, mesmo não alegada, e, no rito do Tribunal do Júri, o Juiz estar limitado a considerar a circunstância agravante apenas se alegada nos debates, não obstante, como é o caso da agravante da reincidência, tal fato já esteja comprovado nos autos por meio de

documento (certidão de antecedentes criminais) expedido pelo próprio Poder Judiciário.

## 2 DA CARACTERÍSTICA OBJETIVA DA AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA

Inicialmente, antes de abordar o tema da reincidência, frisa-se que se encontra sepultada qualquer alegação de inconstitucionalidade do instituto. O Supremo Tribunal Federal, ao julgar o Recurso Extraordinário n. 453.000, oriundo do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, reconheceu os efeitos da repercussão geral e, por unanimidade, julgou a constitucionalidade da reincidência.

Na ocasião do julgamento, sob a relatoria do Ministro Marco Aurélio de Mello, a Corte Suprema asseverou que “Surge harmônico com a Constituição Federal o inciso I do artigo 61 do Código Penal, no que prevê, como agravante, a reincidência” (BRASIL, 2013b).

Nos termos do artigo 63 do Código Penal, “Verifica-se a reincidência quando o agente comete novo crime, depois de transitar em julgado a sentença que, no País ou no estrangeiro, o tenha condenado por crime anterior” (BRASIL, 1940).

Sobre a prova de reincidência, Rogério Sanchez Cunha leciona:

A prova de reincidência deve ser feita através de certidão cartorária. Contudo, o STJ tem flexibilizado esta exigência, admitindo a comprovação através de folha de antecedentes criminais. Nesse sentido: “A falta de certidão cartorária não impede a aplicação da agravante da reincidência, o que pode ser feito com base na folha de antecedentes” (STJ, Sexta Turma, HC 177.090, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, DJe 01/08/2013). (CUNHA, 2017, p. 454).

No mesmo norte, Greco aponta que “Comprova-se a reincidência mediante certidão expedida pelo cartório criminal, que terá por finalidade verificar a data do trânsito em julgado da sentença penal condenatória anterior” (GRECO, 2017, p. 218).

Acerca da flexibilização da prova de reincidência, o Tribunal de Justiça de Santa Catarina já entendeu até pela desnecessidade da certidão cartorária, ao decidir que “É desnecessária a juntada de certidão cartorária como prova da reincidência, sobretudo quando existem informações que evidenciam a existência da agravante” (SANTA CATARINA, 2016).

Nesse sentido, se há prova documental, frisa-se, por certidão expedida pelo próprio Poder Judiciário declarando que o réu é reincidente, que não há o que se discutir, uma vez que constará na declaração o número do processo no qual já fora condenado, a pena aplicada e a data da extinção da reprimenda, ou seja, trata-se de uma questão meramente objetiva, sem qualquer grau de subjetividade.

E, antes que se alegue que o reconhecimento da agravante da reincidência, por entender ser de característica objetiva, visa tão somente prejudicar o réu no Tribunal do Júri e beneficiar a acusação, tal entendimento também pode (e deve) ser usado, por exemplo, para reconhecer a atenuante da menoridade relativa (art. 65, inciso I, do Código Penal), pois, se nos autos há documento oficial que comprove que o réu possuía entre 18 e 21 anos de idade à época do cometimento do crime, dessa circunstância não cabe qualquer discussão.

Nesse ponto, já entendeu o Superior Tribunal de Justiça.

PENAL E PROCESSO PENAL. RECURSO ESPECIAL. 1. VIOLAÇÃO AO ART. 593, INCISO III, ALÍNEA A, DO CPP. TRIBUNAL DO JÚRI. ATENUANTE DA MENORIDADE. NÃO SUBMISSÃO AO CONSELHO DE SENTENÇA. JULGAMENTO REALIZADO ANTES DA LEI 11.689/2008. 2. CIRCUNSTÂNCIA RECONHECIDA PELO TRIBUNAL A QUO. ANULAÇÃO DO JÚRI. DESNECESSIDADE. ATENUANTE OBJETIVA. 3. NOVO JULGAMENTO. AUSÊNCIA DE UTILIDADE. TEMPUS REGIT ACTUM. NOVA SISTEMÁTICA. ATENUANTES E AGRAVANTES. NÃO SUBMISSÃO AOS JURADOS. ART. 492, INCISO I, ALÍNEA B, DO CPP. 3. RECURSO ESPECIAL PROVIDO.

1. Antes da alteração legislativa implementada pela Lei nº 11.689/2008, o parágrafo único do art. 484 do Código de Processo Penal previa a formulação de quesitos relativamente a circunstâncias agravantes e atenuantes trazidas nos arts. 61, 62 e 65 do Código Penal. Dessarte, só poderia incidir no cômputo da pena as circunstâncias efetivamente reconhecidas pelo Conselho de Sentença. Portanto, nos termos do que registrou o Tribunal local, caberia efetivamente aos jurados reconhecerem a incidência da atenuante da menoridade, circunstância que nem ao menos foi quesitada.

2. Contudo, havendo verdadeira omissão quanto à quesitação da menoridade, circunstância que é demonstrada de forma objetiva, por meio de documentação cível, seria mais consentâneo com o princípio do aproveitamento dos atos processuais apenas o redimensionamento da pena para incidir a atenuante. Note-se que, no caso, não haveria invasão à soberania dos vereditos, pois o tema nem ao menos foi levado aos jurados. Ademais, tendo o Tribunal de origem reconhecido a existência de documento comprovando que o recorrido era menor de 21 (vinte e um) anos à época dos fatos, sua submissão a novo julgamento pelo Júri, apenas para afirmar algo que já é patente, não poderia resultar na desconsideração da mencionada circunstância, sob pena de se cuidar de decisão manifestamente contrária à prova dos autos, a atrair nova anulação.

3. Outrossim, acaso seja o recorrido levado a novo júri, o julgamen-

to será realizado de acordo com a sistemática introduzida pela Lei nº 11.689/2008, porquanto no processo penal os atos são realizados de acordo com a lei vigente no momento de sua realização. Assim, não serão as atenuantes e as agravantes submetidas ao Conselho de Sentença, devendo estas serem analisadas pelo Juiz-Presidente ao dosar a pena. Portanto, patente a ausência de utilidade na anulação do julgamento realizado pelo Júri, a fim de que outro seja realizado exclusivamente para analisar a incidência da atenuante da menoridade já constatada pela Corte a quo, e cujo exame não mais compete ao Tribunal Popular.

4. Recurso especial a que se dá provimento para desconstituir a nulidade reconhecida, haja vista a decisão recorrida ser desprovida de utilidade. Como consequência, os autos devem retornar ao Tribunal de origem, para o exame dos demais pontos da apelação interposta pelo recorrido, incluindo o redimensionamento da pena pelo reconhecimento da atenuante da menoridade. (BRASIL, 2013a, grifo nosso).

Assim, respeitados os entendimentos diversos, mostra-se inviável que nos processos de competência do Tribunal do Júri, após a fase dos debates, quando há nos autos a comprovação documental da reincidência, o Magistrado esteja vedado de aplicar o respectivo aumento da pena, porquanto o fato, em que pese estar claro nos autos, não tenha sido alegado em plenário.

Outro ponto que demonstra a incongruência da proibição do reconhecimento da agravante da reincidência, deve-se ao fato de que, caso o condenado possua duas ou mais condenações transitadas em julgado, uma das condenações serviria (ou deveria servir) para a incidência da agravante prevista no artigo 61, inciso I, do Código Penal, e a outra migraria para a primeira fase da dosimetria da pena (art. 59 do Código Penal) para aumentar a pena-base em razão dos maus antecedentes, da conduta social e/ou da personalidade do réu voltada à corriqueira prática criminosa.

Sabe-se que a primeira fase da dosimetria da pena é atividade exclusiva do Juiz, conforme dispõe o artigo 59 do Código Penal:

Art. 59 - O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime. (BRASIL, 1940).

Ademais, o Brasil adotou o sistema da temporariedade da reincidência, com fundamento no artigo 64, inciso I, do Código Penal, que explica que:

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

Logo, no mesmo norte, caso já passado o período depurador, a condenação não serviria para fins de reincidência, mas poderia ser considerada na primeira fase da dosimetria, por ato exclusivo do Juiz, como situação que aumenta a pena-base.

Colhe-se do julgado do Superior Tribunal de Justiça:

AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. PENAL. DUAS CONDENAÇÕES ANTERIORES TRANSITADAS EM JULGADO. INEXISTÊNCIA DE PROVA PRÉ-CONSTITUÍDA DA NÃO VERACIDADE DO AFIRMADO PELAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS. ÔNUS DA IMPETRANTE. LEGALIDADE DA UTILIZAÇÃO DE UMA COMO VETORIAL NEGATIVA E OUTRA COMO REINCIDÊNCIA. PRECEDENTES. DECISÃO AGRAVADA MANTIDA.

1. O Magistrado sentenciante, corroborado pelo Tribunal a quo, afirmou que o réu possui duas condenações transitadas em julgado, e as certidões de objeto e pé constantes dos autos (fls. 49 e 50) indicam a veracidade dessa assertiva, que somente poderia ser afastada por esta Corte Superior de Justiça, na estreita via do writ, caso a impetrante trouxesse provas pré-constituídas do alegado, o que não ocorreu.

2. É pacífico o entendimento da Sexta Turma desta Corte no sentido de que não é ilegal e tampouco configura bis in idem a utilização de condenações definitivas, anteriores e distintas, para consideração desfavorável dos antecedentes, da personalidade, da conduta social e aplicação da agravante da reincidência (AgRg no REsp n. 1.696.116/MS, Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, DJe 15/12/2017).

3. Agravo regimental improvido. (BRASIL, 2018, grifo nosso).

Ou seja, em caso de interpretação literal do texto do artigo 492, inciso I, alínea “b”, do Código de Processo Penal, o Juiz Presidente do Tribunal do Júri estaria limitado às agravantes e às atenuantes debatidas em plenário, porém, poderia usar uma segunda condenação transitada em julgado ou uma condenação cuja extinção da pena superou o período depurador para aumentar a pena-base (art. 59 do Código Penal), o que é sua atividade exclusiva e independe dos jurados ou do que foi alegado nos debates do Tribunal de Júri. Tal situação é no mínimo contraditória e, principalmente, fere o princípio da individualização da pena.

### 3 DO RECONHECIMENTO DA AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA QUANDO NÃO ALEGADA NO PLENÁRIO DO JÚRI

As divergências jurisprudenciais sobre o reconhecimento ou não da agravante da reincidência quando não alegada no Tribunal do Júri se baseiam, principalmente, na possibilidade, com base no princípio da individualização da pena e por considerar a reincidência uma agravante de caráter objetivo, como já explanado no item anterior, ou pela impossibilidade, com base no princípio da legalidade.

Assim, subdivide-se esse item entre os princípios e os julgados, em especial, do Tribunal de Justiça de Santa Catarina.

#### 3.1 PRINCÍPIO DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA *VERSUS* PRINCÍPIO DA LEGALIDADE

A individualização da pena tem por base analisar tanto os critérios subjetivos do condenado como os fatos por ele praticados. Uma vez que cada indivíduo é diferente e que, em um mesmo crime, cada um dos agentes pode ter uma participação distinta, o princípio da individualização da pena tem o objetivo de impor a sanção mais justa possível com o fim de sancionar a conduta delituosa e reprimir novas condutas ilícitas.

Sobre o tema, Cláudio Mendes Júnior aponta:

Encontramos da doutrina referências a três fases cronologicamente sucessivas no processo de individualização da pena, a saber: Fase legislativa (cominação), fase judiciária (aplicação ou concretização) e fase judiciário-administrativa (execução penal). [...] A modelagem da pena ao caso concreto é a própria individualização que surge num momento abstrato (fase legislativa) e vai paulatinamente se concretizando até obter-se a reprimenda do caso concreto. Sem dúvida, é o alicerce em que se funda toda a construção teórico-prática acerca da dosimetria da pena, princípio que, somado aos da culpabilidade e da proporcionalidade, representa inseparáveis balizas a orientar desde o legislador até o juiz da execução penal, ultrapassando todas as fases na busca do apenamento mais justo ao fato e à pessoa, sob a ótica da dignidade da pessoa humana e sem perder o foco nas funções constitucionais da pena, com ênfase na função corretiva, ou ressocializadora. (MENDES JÚNIOR, 2014, p. 94-95).

Complementa Rogério Greco:

Com a finalidade de orientar o julgador neste momento tão importante que é o da aplicação da pena, a lei penal traçou uma série de etapas que, obrigatoriamente, deverão ser por ele observadas, sob pena de se macular o ato decisório, podendo conduzir até mesmo à sua nulidade. Além disso, a pena encontrada pelo julgador deve ser proporcional ao mal produzido pelo condenado, sendo, pois, na definição do Código Penal (art. 59, parte final), aquela necessária e suficiente para a reprovação e a prevenção do crime. (GRECO, 2017, p. 230).

Por sua vez, o princípio da legalidade, na esfera penal, visa limitar o poder estatal de punir aquele que alguma conduta ilícita pratica. Conforme preceitua Rogério Sanches Cunha:

Presente também em outros ramos do Direito, a garantia da legalidade ganha ainda maior relevância na seara penal, uma vez que este ramo representa essencialmente exercício de poder e, em sendo assim, precisa ser limitado. A punição estatal não pode estar a serviço da tirania e da vilania de um administrador (intervenção penal autoritária), sendo indispensável restringir o poder de polícia do Estado, submetendo a sua vontade ao "império da lei". A evolução do Direito Penal é, destarte, marcada pela evolução de suas garantias, de modo que esse princípio se constitui no ponto básico para que se possa falar em criação de um Direito Penal racional e compatível com o Estado Democrático de Direito. (CUNHA, 2017, p. 89).

Salienta-se que de forma alguma se pretende defender uma violação às garantias individuais ou a abolição da lei escrita, prévia e justa. Entretanto, o que se aponta no presente trabalho é que, no caso do disposto no artigo 492, inciso I, alínea "b", do Código de Processo Penal, deve o Juiz reconhecer a agravante independentemente de ter sido alegada nos debates. Não por abuso estatal, mas tão somente pelo fato de que a reincidência é uma característica objetiva e, ademais, já está comprovada nos autos por meio da certidão de antecedentes criminais.

Além disso, como exposto no item acima, por ser uma agravante de caráter objetiva, não há o que se debater em plenário, ou seja, não se trata de um tema que deva haver convencimento ou não dos jurados. Acrescenta-se, ainda, que o reconhecimento, independentemente de ter sido discutido em plenário, não ofende o princípio constitucional da soberania dos veredictos (art. 5º, inciso XXXVIII, alínea "c", da Constituição Federal).

Além disso, a reincidência não tem apenas consequência no aumento da pena-base, mas sim diversas outras, tanto aquelas elencadas no Código Penal,

no Código de Processo Penal, na Lei de Execuções Penais e na Legislação Extravagante Penal.

Citam-se alguns exemplos:

- a) preponderância no concurso de circunstâncias agravantes e atenuantes (art. 67 do Código de Penal);
- b) impede a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos na hipótese de crime doloso (art. 44, inciso II, do Código Penal);
- c) aumenta para a metade o prazo para obtenção do livramento condicional, nos crimes dolosos, e para dois terços, nos crimes hediondos (art. 83, incisos II e V, do Código Penal);
- d) regime fechado para o início do cumprimento da pena (art. 33, § 2º, do Código Penal);
- e) aumenta um terço o prazo da prescrição da pretensão executória (art. 110, *caput*, do Código Penal);
- f) causa interruptiva da prescrição (art. 117, inciso VI, do Código Penal);
- g) possibilita a decretação da prisão preventiva (art. 313, inciso III, do Código de Processo Penal); e
- h) regressão de regime de cumprimento da pena (art. 118, inciso I, da Lei de Execuções Penais).

Então, em caso de não aplicação da reincidência pelo Juiz Presidente do Tribunal do Júri, chega-se a questionar, por exemplo, se poderá o Juiz da Vara de Execuções Penais considerar a reincidência para a progressão ou a regressão do regime de cumprimento da pena. Assim, o mais justo é considerar a reincidência, independente de alegação nos debates, seja em razão dos seus efeitos futuros, seja em razão da individualização da pena.

Ao comentar a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sobre a relação da reincidência com o princípio da individualização da pena, Renato Brasileiro Lima disserta:

Na visão da Corte, a reincidência não contraria a individualização da pena. Ao contrário, leva-se em conta, justamente, o perfil do condenado, ao distingui-lo daqueles que cometem a primeira infração penal. Sua aplicação não significa a duplicidade, porquanto não

alcança delito pretérito, mas novo ilícito, que ocorre sem que ultrapassado o interregno do art. 64 do CP. Reputou-se razoável o fator de discriminação, considerado o perfil do réu, merecedor de maior repreensão porque voltara a delinquir a despeito da condenação havida, que deveria ter sido tomada como advertência no que tange à necessidade de adoção de postura própria ao homem médio. (LIMA, 2017, p. 1523).

Por tais razões, em que pesem as divergências jurisprudenciais, que serão abordadas no próximo subitem, entende-se que é permitido ao Juiz Presidente do Tribunal do Júri considerar a circunstância agravante da reincidência, independente de alegação nos debates.

### 3.2 DA DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SANTA CATARINA

Um dos objetivos do presente trabalho científico, além da explanação doutrinária e conceitual, é abordar as questões práticas sobre o tema, especialmente em razão dos julgados divergentes das Câmaras Criminais do Tribunal de Justiça de Santa Catarina.

De antemão, registra-se que não se trata de crítica a qualquer julgador, mas apenas de demonstrar os pontos conflitantes da jurisprudência catarinense, posicionando-se, desde o início deste trabalho, pelo reconhecimento da agravante da reincidência independente da alegação nos debates do Tribunal do Júri.

Registra-se, também, que, em razão da alternância da composição das Câmaras Criminais, é possível encontrar, dentro de um mesmo órgão fracionário, entendimentos favoráveis ou contrários à tese ora defendida.

A Primeira Câmara Criminal, ao julgar a Apelação Criminal n. 0002041-92.2016.8.24.0079, da Comarca de Videira, em 31 de agosto de 2017, sob a relatoria do Desembargador Carlos Alberto Civinski, por votação unânime, decidiu:

PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME CONTRA A VIDA. TRIBUNAL DO JÚRI. HOMICÍDIO QUALIFICADO (ART. 121, § 2º, II E VI, E § 2º-A, INCISO I, C/C ART. 14, INCISO II, AMBOS DO CÓDIGO PENAL) E CRIME CONEXO (ART. 28 DA LEI 11.343/2006). SENTENÇA CONDENATÓRIA.  
PARECER DA PROCURADORIA-GERAL DE JUSTIÇA PELA EXCLUSÃO DA AGRVANTE DA REINICIDÊNCIA POR AUSÊNCIA DE DEBATE EM PLENÁRIO. TESE NÃO ACOLHIDA. NATUREZA OBJETIVA DA AGRVANTE. PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA E DA PROPORCIONALIDADE.  
[...]

Para analisar se houve erro ou injustiça na aplicação da pena, importante discorrer sobre a possibilidade de reconhecer agravantes e atenuantes quando da prolação da sentença, independentemente de sua alegação nos debates.

A antiga redação do artigo 848 do Código de Processo Penal preconizava que as agravantes e atenuantes deveriam ser quesitadas ao Conselho de Sentença.

Com o advento da Lei 11.689/2008, que promoveu diversas alterações no procedimento referente ao Tribunal do Júri, eliminou-se a obrigatoriedade de quesito específico. A existência de circunstâncias agravantes ou atenuantes será objeto de valoração na sentença pelo Juiz Presidente do Tribunal do Júri, desde que alegadas em debate, a teor do art. 492, I, "b", do CPP:

Art. 492. Em seguida, o presidente proferirá sentença que: I) no caso de condenação: b) considerará as circunstâncias agravantes ou atenuantes alegadas nos debates;

No caso, foi reconhecida a agravante da reincidência na fase intermediária, uma vez que o apelante possui condenações anteriores (fls. 310 e 312) aos fatos aqui discutidos, com trânsito em julgado, não alcançadas pelo período de 5 (cinco) anos, descrita no art. 64 do Código Penal.

Trata-se de agravante de natureza objetiva e, por essa razão, o seu reconhecimento na segunda fase da dosimetria não afronta o disposto na alínea "b" do inciso I do artigo 492 do CPP, ainda que ausente o debate em plenário.

A agravante da reincidência, a exemplo do que ocorre com as atenuantes da confissão, da menoridade e da senilidade possuem caráter objetivo e, portanto, a constatação independe da análise subjetiva do julgador.

O tema acerca da possibilidade do reconhecimento das agravantes e atenuantes objetivas não é pacífico, tanto nas Instâncias Superiores como nesta Corte, contudo, esta Câmara perfilha do entendimento de que a nova determinação legal não deve ser aplicada de forma literal e tão rigorosa, afinal, afiguraria-se impróprio determinar que seja debatida circunstância que não subsiste dúvida, ou seja, que esteja documentalmente comprovada.

**Impedir o reconhecimento pelo Juiz Presidente do Tribunal do Júri de toda e qualquer circunstância atenuante ou agravante não debatida expressamente em plenário ofende o princípio constitucional da individualização da pena, previsto no inciso XLVI do artigo 5º da Constituição Federal.** (SANTA CATARINA, 2017a, grifo nosso).

A Segunda Câmara Criminal, ao analisar a Apelação n. 0000218-70.2016.8.24.0051, de Ponte Serrada, em 21 de março de 2017, sob a relatoria da Desembargadora Salete Silva Sommariva, por maioria de votos, vencido o Desembargador Getúlio Correa, decidiu afastar a agravante da reincidência.

APELAÇÃO CRIMINAL - TRIBUNAL DO JÚRI - HOMICÍDIO QUALIFICADO (CP, ART. 121, § 2º, IV)

[...]

DOSIMETRIA - PENA-BASE - CONSEQUÊNCIAS DO CRIME - OFENDIDO ARRIMO DE FAMÍLIA E QUE DEIXOU QUATRO FILHOS DE BAI-

XA FAIXA ETÁRIA - DESDOBRAMENTOS QUE EXTRAPOLARAM OS EFEITOS DO ATO PRATICADO - EXASPERAÇÃO MANTIDA - ETAPA INTERMEDIÁRIA - **EXCLUSÃO DA CIRCUNSTÂNCIA AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA (CP, ART. 61, I) - POSSIBILIDADE - TEMÁTICA NÃO DEBATIDA EM PLENÁRIO** - IMPOSSIBILIDADE DE RECONHECIMENTO EX OFFICIO PELO JUIZ-PRESIDENTE (CPP, ART. 492, I, "B") - RECONHECIMENTO DA ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA - VIABILIDADE - CONFISSÃO PARCIAL QUE NÃO OBSTA A INCIDÊNCIA DA BENESSE - INTELIGÊNCIA DA SÚMULA N. 545 DO STJ - DELIBERAÇÃO FUNDADA NA ÍNTIMA CONVICÇÃO DOS JURADOS - CONFISSÃO PRESUMIVELMENTE UTILIZADA NA FORMAÇÃO DO CONVENCIMENTO DO JULGADOR - PRINCÍPIO DO FAVOR REI - IMPOSSIBILIDADE, PORÉM, DE REDUÇÃO DA PENA PROVISÓRIA AQUÉM DO MÍNIMO LEGAL - APLICAÇÃO DA SÚMULA N. 231 DO STJ.

[...]

Já na segunda fase do cálculo mostra-se necessário o afastamento, de ofício, da circunstância agravante da reincidência.

De fato, em análise à Ata de Julgamento de p. 472/475, constata-se que a agravante em questão não foi discutida em plenário, razão pela qual inexistente a possibilidade de ser reconhecida e aplicada no cálculo da pena, à luz do que dispõe a legislação processual penal, in verbis:

Art. 492. Em seguida, o presidente proferirá sentença que: b) considerará as circunstâncias agravantes ou atenuantes alegadas nos debates;

Acerca do tema em referência, colhe-se o ensinamento doutrinário de Guilherme de Souza Nucci: Alegação das agravantes e atenuantes em debate: embora defendamos devam as agravantes e atenuantes passar pelo crivo do Conselho de Sentença (vide nota 298 supra), torna-se inadmissível que o juiz presidente, de ofício, sem debate das partes em plenário, reconheça agravante ou atenuante em sua sentença. Cuida-se de nulidade absoluta. [...]. (Código de Processo Penal Comentado. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 979).

Diante disso, a exclusão da agravante da reincidência é medida que se impõe. (SANTA CATARINA, 2017b, grifo nosso).

A Terceira Câmara Criminal apresentou divergência ao julgar a Apelação Criminal n. 0000090-57.2014.8.24.0039, de Lages, em 31 de janeiro de 2017, sob a relatoria do Desembargador Moacyr de Moraes Lima Filho.

APELAÇÕES CRIMINAIS. HOMICÍDIO QUALIFICADO PELO RECURSO QUE DIFICULTOU A DEFESA DO OFENDIDO, CÂRCERE PRIVADO E FURTO. ALEGAÇÃO DE MANIFESTA CONTRARIEDADE À PROVA DOS AUTOS (ART. 593, III, "D", DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL). OPÇÃO DOS JURADOS POR UMA DAS VERSÕES APRESENTADAS. VEREDICTO COM SUPORTE NO CONJUNTO PROBATÓRIO. PRINCÍPIO DA SOBERANIA DO JÚRI POPULAR.

[...]

AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA. CIRCUNSTÂNCIA NÃO DEBATIDA EM PLENÁRIO. ARREDAMENTO QUE SE IMPÕE. EXEGESE DO ART. 492, I, "B", DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. VENCIDO O RELATOR NESSE ASPECTO.

“A partir do advento da Lei n. 11.689/2008, não há mais a exigência de submeter ao Conselho de Sentença quesitos sobre a existência de circunstâncias atenuantes ou agravantes, cabendo ao magistrado togado, no momento de proferir a sentença, decidir pela aplicação, ou não, das circunstâncias atenuantes e agravantes, desde que alegadas pelas partes e debatidas em Plenário” (STJ, HC n. 243.571/MG, Mina. Laurita Vaz, j. em 11/4/2013).

[...]

Nesse ponto, usei dissentir da maioria, pelos motivos a seguir expostos.

Insta consignar que, com o advento da Lei n. 11.689/08, não é mais devida a submissão de circunstâncias agravantes e atenuantes aos Jurados, com a inclusão no questionário, cabendo ao magistrado, no momento da prolação da sentença, avaliar a sua existência, desde que alegadas nos debates ou possam ser extraídas dos interrogatórios ou depoimentos prestados no Tribunal do Júri - considerando-se debatidas em plenário -, a teor do art. 492, I, “b”, do Código de Processo Penal, o que não ocorreu na espécie.

Conforme se depreende da Ata de Julgamento (fls. 2518/2520), nada foi mencionado acerca da reincidência de Alexsandro. Ademais, tampouco o réu foi questionado sobre tal circunstância em seu interrogatório (gravação audiovisual à fl. 2517), momento em que se referiu apenas ao fato de ser foragido (3’08” e 6’52”), o que, por certo, não é suficiente para admitir que a agravante foi articulada em Plenário. (SANTA CATARINA, 2017c, grifo nosso).

A divergência foi aberta pelos Desembargadores Ernani Guetten de Almeida e Moacyr de Moraes Lima Filho, que, sobre o afastamento da agravante da reincidência, respectivamente, assim se manifestaram:

Com a reforma introduzida pela Lei n. 11.689/2008 o art. 492, I, b, do Código de Processo Penal passou a atribuir ao juiz presidente a responsabilidade de proferir sentença atentando para as circunstâncias agravantes ou atenuantes alegadas nos debates.

Quanto à reincidência, a jurisprudência tem relativizado a regra, afastando a necessidade de debates orais, diante do caráter estritamente objetivo da circunstância, facilmente aferível por certidão de antecedentes criminais.

O reconhecimento da agravante ainda que sem o crivo do Conselho de Sentença também encontra amparo no princípio constitucional da individualização da pena.

[...]

**Nesse contexto, tão só a falta de debate oral acerca da reincidência do acusado não impede seu reconhecimento pelo Juiz Presidente por ocasião da fixação da pena, por ser a agravante de caráter objetivo e sua existência estar satisfatoriamente comprovada nos autos.** (SANTA CATARINA, 2016c, grifo nosso).

E:

A reincidência é agravante de natureza objetiva devendo ser reconhecida pelo Juiz Presidente, em nome do princípio da individuali-

zação da pena, prescindindo ser articulada em plenário, bem como quesitada.

Observa-se dos autos que a agravante em questão realmente não foi alegada em plenário, uma vez não constar tal circunstância da ata da Sessão do Tribunal do Júri (fls. 2518/2520).

A antiga redação do art. 848 do Código de Processo Penal preconizava que as agravantes e atenuantes deveriam ser objeto de “quesitação”, para serem, então, submetidas ao Conselho de Sentença. Com o advento da Lei n. 11.689/2008, que promoveu diversas alterações no procedimento referente ao Tribunal do Júri, eliminou-se, contudo, a obrigatoriedade de ser elaborado quesito específico a respeito da matéria.

Cuida-se, portanto, de questão de natureza objetiva, comprovada, inclusive, por intermédio de certidão acostada aos autos (fls. 2432/2433 e 2437). Por tal razão, tem entendido a Jurisprudência que o Juiz Presidente poderá considerá-la por ocasião da dosimetria da pena, ainda que não tenha sido alegada nos debates orais. Mencionada agravante tem, com efeito, a exemplo do que ocorre com as atenuantes da menoridade e da confissão espontânea, caráter eminentemente objetivo, ficando sua aplicação condicionada tão somente à sua comprovação documental.

Pondere-se, outrossim, que se interpretar a legislação no sentido de estar o Juiz Presidente impedido de reconhecer circunstância atenuante ou agravante eventualmente demonstrada, apenas pelo fato de não ter sido debatida expressamente em plenário, ofenderia, conforme já mencionado, ao princípio constitucional da individualização da pena, previsto no art. 5º, XLVI, da Constituição Federal. (SANTA CATARINA, 2017c, grifo nosso)

Por fim, a Quarta Câmara Criminal, seguindo o entendimento da Segunda Câmara Criminal, ao julgar a Apelação n. 0018180-79.2014.8.24.0018, de Chapecó, em 25 de novembro de 2016, sob a relatoria do Desembargador Jorge Schaefer Martins, por unanimidade, decidiu:

TENTATIVA DE HOMICÍDIO. ARTIGO 121, CAPUT, C/C ARTIGO 14, II, AMBOS DO CÓDIGO PENAL. SENTENÇA CONDENATÓRIA. RECURSO DA DEFESA.

[...]

SEGUNDA FASE. 2.1 REINCIDÊNCIA. ALEGAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. INFRAÇÃO AO PRINCÍPIO DO NON BIS IN IDEM. TESE INSUBSISTENTE. INEXISTÊNCIA DE DUPLA PENALIZAÇÃO. EXASPERAÇÃO DA PUNIÇÃO EM RAZÃO DA MAIOR REPROVABILIDADE DE INCORRER EM NOVA CONDUTA DELITUOSA APÓS PRÉVIA CONDENAÇÃO. EXCLUSÃO, CONTUDO, EM RAZÃO DE A REFERIDA AGRAVANTE NÃO TER SIDO OBJETO DE DEBATE EM PLENÁRIO. REDUÇÃO DA PENA QUE SE IMPÕE. (SANTA CATARINA, 2016b).

Na recém-criada Quinta Câmara Criminal, não há julgados sobre o tema.

Nota-se, portanto, da análise dos julgados colacionados, que o tema é divergente na jurisprudência, porém o reconhecimento da agravante nos proces-

dos do Tribunal do Júri, quando não houver manifestação expressa e registrada na ata de julgamento, pode ser considerado, com base no princípio da individualização da pena e, principalmente, em razão do caráter objetivo do instituto.

#### 4 CONCLUSÃO

Em que pese a redação do artigo 492, inciso I, alínea “b”, do Código de Processo Penal, entende-se que o dispositivo deve ser compreendido à luz de todo o processo-crime, e não somente de forma literal.

Sem ofender o princípio da legalidade, mas, principalmente, considerando o princípio da individualização da pena, que visa impor a sanção mais justa a cada crime e a cada réu, deve o Juiz Presidente da Sessão do Tribunal do Júri considerar a circunstância da agravante da reincidência (art. 61, inciso I, do Código Penal), independentemente da alegação nos debates.

Salienta-se, como exposto no presente trabalho, que se optou por abordar a agravante da reincidência em razão do seu caráter objetivo, pois ou o réu é reincidente ou não é, não há meio termo e não há necessidade de debater tal ponto no Tribunal do Júri. Ademais, a comprovação da reincidência será por meio de certidão expedida pelo próprio Poder Judiciário. Ou seja, em pensamento oposto, ao Juiz seria vedado considerar um documento expedido pelo seu próprio Órgão.

Acrescenta-se, ainda, que a reincidência gera diversos efeitos futuros, o que implica diretamente a individualização da pena e a forma de cumprimento da sanção.

Certo que a questão é controversa, conforme exposto pelos julgados do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, de forma que há aplicações distintas para uma questão que, frisa-se novamente, é de cunho objetivo.

O presente artigo, por óbvio, não esgota o tema do reconhecimento da agravante quando não alegada no Tribunal do Júri, uma vez que tal questão em breve deve ser análise do Grupo de Câmaras de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de Santa Catarina e das Cortes Superiores, necessitando, talvez, até da edição de súmula, a fim de cessar a discussão jurídica.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940. **Código Penal**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm). Acesso em 15 de janeiro de 2018.

BRASIL. Decreto-Lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del-3689Compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del-3689Compilado.htm). Acesso em 15 de janeiro de 2018.

BRASIL. Lei n. 7.210, de 11 de julho de 1984. **Lei de Execuções Penais**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L7210.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7210.htm). Acesso em 9 de janeiro de 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 1.097.649/RS**. Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze. Brasília, DF. 9 de setembro de 2013a. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24160395/recurso-especial-resp-1097649-rs-2008-0236600-4-stj>. Acesso em 16 de janeiro de 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AgRg no Habeas Corpus n. 377.356/SP**. Rel. Min. Sebastião Reis Júnior. Brasília, DF. 8 de fevereiro de 2018. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=reincid%EAnCIA+condena%E7%F5es+bis+in+idem&&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>. Acesso em 26 de fevereiro de 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n. 453.000**. Rel. Min. Marco Aurélio. Brasília, DF, 3 de outubro de 2013b. Disponível em: <http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28RE%24%2ESCLA%2E+E+453000%2ENUME%2E%29+OU+%28RE%2EACMS%2E+ADJ2+453000%2EACMS%2E%29&base=baseAcor-daos&url=http://tinyurl.com/aw9ajbw>. Acesso em 15 de janeiro de 2018.

CUNHA, Rogério Sanchez. **Manual de Direito Penal**: parte geral (arts. 1º a 120). 5. ed. Salvador: JusPodivm, 2017.

GRECO, Rogério. **Código Penal**: comentado. 11. Ed. Niterói: Impetus, 2017.

LIMA, Renato Brasileiro. **Manual de Processo Penal**. 5. Ed. Salvador: JusPo-

divm, 2017.

MENDES JÚNIOR, Cláudio. **Sentença Penal e Dosimetria da Pena**: teoria e prática. Curitiba: Juruá, 2014.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal comentado**. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. **Apelação Criminal n. 0000440-84.2015.8.24.0047**. Rel. Des. Carlos Alberto Civinski. Florianópolis, 1º de março de 2016a. Disponível em: [http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/#resultado\\_ancora](http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/#resultado_ancora). Acesso em 21 de janeiro de 2018.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. **Apelação Criminal n. 0002041-92.2016.8.24.0079**. Rel. Des. Carlos Alberto Civinski. Florianópolis, 31 de agosto de 2017a. Disponível em: [http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/#resultado\\_ancora](http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/#resultado_ancora). Acesso em 21 de janeiro de 2018.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. **Apelação Criminal n. 0000218-70.2016.8.24.0051**. Rel. Des. Salete Silva Sommariva. Florianópolis, 24 de março de 2017b. Disponível em: [http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/#resultado\\_ancora](http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/#resultado_ancora). Acesso em 21 de janeiro de 2018.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. **Apelação Criminal n. 0000090-57.2014.8.24.0039**. Rel. Des. Moacyr de Moraes Lima Filho. Florianópolis, 31 de janeiro de 2017c. Disponível em: [http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/#resultado\\_ancora](http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/#resultado_ancora). Acesso em 21 de janeiro de 2018.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. **Apelação Criminal n. 0018180-79.2014.8.24.0018**. Rel. Des. Jorge Schaefer Martins. Florianópolis, 25 de novembro de 2016b. Disponível em: [http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/#resultado\\_ancora](http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/#resultado_ancora). Acesso em 21 de janeiro de 2018.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. **Apelação Criminal n. 0003357-44.2014.8.24.0069**. Rel. Des. Ernani Guetten de Almeida. Sombrio, 18 de outubro de 2016c. Disponível em: [http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/#resultado\\_ancora](http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/#resultado_ancora). Acesso em 21 de janeiro de 2018.