
REFLEXÕES SOBRE A INCONSTITUCIONALIDADE DA REINCIDÊNCIA COMO AGRAVANTE PENAL

Lorena Marin Polesi (Orientada) e Rodrigo Felberg (Orientador)

Projeto Orientado de Pesquisa

RESUMO

Este artigo discorre acerca da reincidência como circunstância agravante de pena, a ser analisada à luz da Constituição Federal, sob as lentes de seus direitos e garantias fundamentais. Diante disso, examina-se a compatibilidade entre o instituto penal e a Carta Magna, levando em consideração não apenas o aumento de pena, mas também os demais efeitos negativos e obstáculos enfrentados pelo réu. A análise é aprofundada pelas discussões acerca das principais teorias da pena e do papel do Estado na (re)socialização do indivíduo infrator. O objetivo consiste em verificar a constitucionalidade da agravante penal e examinar a sua eficácia através de dados reais, a fim de averiguar o alcance dos propósitos para o qual foi criada. Para tanto, a metodologia empregada foi a bibliográfica, por meio do estudo de obras doutrinárias, jurisprudência, princípios e dispositivos legais positivados. Por fim, tendo como objetivo a defesa da ordem constitucional, o presente artigo propõe medidas para a adequação do instituto da recidiva ao Estado Democrático de Direito.

Palavras-chave: Reincidência. Circunstância agravante. Constitucionalidade. Direitos fundamentais. Teorias da pena. Ressocialização.

ABSTRACT

This article discusses recidivism as an aggravating circumstance of penalty, to be analyzed in the light of the Federal Constitution, under the lens of its fundamental rights and guarantees. Therefore, it examines the compatibility between the criminal institute and the Magna Carta, taking into account not only the increase in penalty, but also the other negative effects and obstacles faced by the defendant. The analysis is deepened by the discussions about the main theories of the penalty and the role of the State in the (re)socialization of the offending individual. The objective is to verify the constitutionality of the criminal aggravating factor and analyze its real effectiveness, verifying the scope of the purposes for which it was created. Therefore, the methodology used was the bibliographic, through the study of doctrinal works, jurisprudence, principles and positive legal provisions. Finally, having as a challenge to face the hegemonic thinking in defense of the constitutional order, this article proposes measures for the adequacy of the institute of relapse to the Democratic State of Law.

Key-words: Recidivism. Aggravating circumstance. Constitutionality. Fundamental rights. Theories of prison. Resocialization.

1 INTRODUÇÃO

Os objetivos de uma pena de prisão ou de qualquer outra medida restritiva da liberdade são, prioritariamente, proteger a sociedade contra a criminalidade e reduzir a reincidência. Estes objetivos só podem ser alcançados se o período de detenção for utilizado para assegurar, sempre que possível, a reintegração destas pessoas na sociedade após a sua libertação, para que possam levar uma vida autossuficiente e de respeito para com as leis.¹

Esta é a quarta regra das “Regras Mínimas das Nações Unidas para o Tratamento de Reclusos”, também chamadas como “Regras de Mandela”, inicialmente adotadas em 1955, pela Organização das Nações Unidas, passando por importante atualização em 2015, na 24ª sessão da Comissão sobre Prevenção ao Crime e Justiça Criminal, realizada em Viena, contando com a relevante participação do Governo Brasileiro em sua revisão.

Tais regras, junto da Constituição Federal, devem servir de orientação aos sistemas penitenciários, que jamais deveriam ferir a dignidade e a integridade dos presos, mas que por vezes acabam por fazê-lo.

Em síntese, a finalidade da pena seria a proteção da sociedade, nela estando incluso o próprio condenado, que um dia irá retornar ao convívio social, tendo em vista a vedação às penas perpétuas no Brasil². Por isso, o alcance deste objetivo depende da implementação de condições suficientes para a reintegração dos egressos.

Acontece que, como será abordado no decorrer do presente artigo, o relevante número de reincidentes pode estar ligado a falhas no sistema penal, que deixa de alcançar seus propósitos para alimentar os anseios punitivistas da sociedade, naturalizando a ideia de que a prisão é o remédio ideal para o combate à criminalidade: “nosso pensamento é condicionado a pensar as prisões como algo inevitável para quaisquer transgressões convencionadas socialmente. Ou seja, a punição já foi naturalizada no imaginário social”³.

Contudo, a punição deve conviver com os direitos e garantias do condenado, a fim de barrar eventuais arbítrios do poder estatal. Acontece que, como se verá, algumas normas e suas formas de aplicação podem violar tais direitos, como é o caso da reincidência.

¹ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Regras de Mandela: Regras Mínimas das Nações Unidas para o Tratamento de Presos. Brasília: CNJ, 2016, p. 21.

² Redação da alínea “b”, inciso XLVII, do artigo 5º, da Constituição Federativa do Brasil de 1988.

³ BORGES, Juliana. *O que é encarceramento em massa?* Belo Horizonte/MG. Letramento: Justificando, 2018, p. 30.

Em síntese, caso o sujeito volte a delinquir, será taxado como reincidente, pelo que lhes serão aplicadas uma série de consequências prejudiciais, para além do agravamento de pena (art. 61, I/CP), tais como: início do cumprimento de pena em regime fechado (art. 33, §2º/CP); impossibilidade de substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direito para os crimes dolosos (art. 44, II/CP); impossibilidade da substituição da pena privativa de liberdade pela pena de multa (art. 60/CP); revogação do *sursis* (art. 81/CP); dificuldade para a obtenção de livramento condicional (art. 83, II/CP), aumento de prazo e de interrupção da prescrição (arts. 110 e 117, VI/CP); dentre outros.

Assim, tendo em vista serem inúmeras as consequências da reincidência, a sua repercussão prática é incontestável, diferenciando em demasiado o reincidente do primário. Apesar disso, sem a intenção de esgotar o tema, o presente artigo terá como foco a análise do instituto como agravante penal, sob à luz da Constituição Federal de 1988 e do Estado Democrático de Direito, com o objetivo de analisar a sua compatibilidade com os direitos e garantias fundamentais.

Ademais, a pesquisa em tela objetiva identificar as principais teorias por trás deste agravamento de pena, tanto legitimadoras quanto deslegitimadoras, suas origens e repercussões práticas, bem como a sua eficácia real, para entender como um instituto tão antigo ainda persiste no ordenamento jurídico e na consciência coletiva de toda a sociedade.

Para isso, a metodologia utilizada foi a bibliográfica, por meio de fontes jurídicas, doutrinárias e sociológicas pelas quais serão analisadas as mais diversas teses e argumentos acerca da (in)constitucionalidade da reincidência. Ademais, a presente pesquisa também foi embasada na jurisprudência nacional e em seus diferentes posicionamentos, com a importante análise e crítica do julgamento do Recurso Extraordinário nº 453.000, pelo Supremo Tribunal Federal. Não obstante, foram coletados dados extraídos de relatórios produzidos pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA).

A partir disso será possível enfrentar a realidade e delimitar o panorama entre o “dever ser” e o “ser” da lei, analisando as problemáticas decorrentes da aplicação da reincidência como agravante, seu flerte com o direito penal do autor e o seu papel reprodutor de desigualdades sociais.

Assim, em afronta ao pensamento hegemônico, é questionada a responsabilidade estatal em face do número de reincidentes, verificando a relação deste fenômeno com as condições dos

presídios brasileiros e a ilusão da pena “ressocializadora”. Cada aspecto analisado será de suma importância para concluir se o instituto da reincidência é compatível com a Constituição Federal de 1988, ou se ainda está atrelado ao autoritarismo anteriormente vigente.

2 DESENVOLVIMENTO

2.1 Panorama geral

O instituto da reincidência está presente no ordenamento jurídico brasileiro desde o Código Penal do Império, datado de 1831:

Art. 16. São circunstâncias agravantes:

3º Ter o delinquente reincidido em delicto da mesma natureza.

Atualmente prevista no art. 63 do Código Penal, Decreto Lei de 2.848/1940, a reincidência é verificada 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. Não obstante, a circunstância também é verificada quando da prática de nova contravenção penal após condenação transitada em julgado de crime ou contravenção anterior, assim como estabelece o art. 7º da Lei de Contravenções Penais.

É de se observar que o crime praticado após trânsito em julgado de condenação por contravenção penal não implica a aplicação da agravante. Também vale ressaltar que crimes políticos e militares próprios não são considerados para fins de recidiva, por força do art. 64, II, do Código Penal.

Assim, é possível estabelecer algumas diferenças entre a primeira legislação e a atual: primordialmente a reincidência era específica, sendo configurada apenas pela prática delitiva posterior de mesma natureza da anterior; hoje, ao contrário, a reincidência é dita como genérica, podendo o delito posterior ser diferente do precedente. Destarte, também pode ser qualificada como ficta, por exigir apenas o trânsito em julgado da sentença condenatória, sem a necessidade de ser iniciada a execução penal.

Contudo, a reincidência somente agravará a pena quando a nova infração for praticada dentro do período depurador de 05 anos da data do cumprimento ou extinção da pena (art. 64/CP). Portanto, se o agente cometer novo crime ou contravenção penal após decorrido tal prazo, o que antes seria considerado como reincidência passará a ser aplicado a título de maus antecedentes, circunstância desfavorável ao réu, valorada na 1ª fase de dosimetria da pena.

Isso porque não pode o mesmo fato ser considerado, ao mesmo tempo, à título de reincidência e maus antecedentes, sob pena de caracterizar *bis in idem*. Sobre isso, o Superior Tribunal de Justiça, à Súmula 241, já pacificou a tese de prevalência da reincidência sobre os maus antecedentes, sendo esse considerado apenas após o decurso do período depurador.

Portanto, após essa primeira análise do instituto, que se faz necessária para posterior aprofundamento do tema, vale destacar que, sendo uma circunstância agravante genérica, a reincidência é considerada na segunda fase da dosimetria da pena, devendo ser aplicada **obrigatoriamente**, sem qualquer abertura para discricionariedade do julgador, o que enseja a discussão acerca da violação ao próprio princípio constitucional da individualização da pena, como se verá no decorrer do presente artigo.

2.2 Teses legitimadoras da aplicação da reincidência como agravante penal

Primeiramente, é preciso questionar-se acerca dos motivos que levam à maior reprovação da conduta daquele que voltou a delinquir. Tudo remonta à ideia de periculosidade do agente, derivada da teoria criminológica do positivismo, em que o foco principal não era o fato em si, mas aquele que o praticou, em consonância direta com o chamado direito penal do autor. Vale expor o pensamento de Enrico Ferri, um dos principais precursores da escola positivista:

A pena, como *ultima ratio* de defesa social repressiva, não se devia fixar somente na gravidade objetiva e jurídica do crime, mas sim adaptar-se também e principalmente à personalidade, mais ou menos perigosa, do delinquente, com o sequestro por tempo indeterminado, quer dizer, enquanto o condenado não estiver readaptado à vida livre e honesta, da mesma maneira que um doente não entra no hospital por um tempo predeterminado, mas pelo tempo necessário a readaptar-se à vida comum⁴.

Apesar de ocultado pelo discurso oficial, o raciocínio exposto acima ainda faz parte dos argumentos legitimadores do instituto da reincidência, o que leva a crer que o direito penal do autor ainda vigora, por vezes substituindo o tão prestigiado direito penal do fato⁵.

Nesse contexto, o pensamento legitimador tem por base duas principais teorias da pena: a retributiva e a preventiva. A primeira delas parte do pressuposto de que a pena deve ser suficiente para devolver ao agente o mal por ele causado, o que reflete a ideia de maior

⁴ FERRI, Enrico. *Princípios de direito criminal: o criminoso e o crime*. Trad. Paolo Capitanio. Campinas. Bookseller, 1996, p. 66.

⁵ ZAFFARONI, Eugenio Raul. *Reincidência: Um Conceito do Direito Penal Autoritário*. Livro de Estudos Jurídicos, n° 6. Rio de Janeiro. Instituto de Estudos Jurídicos, 1993, p. 53.

periculosidade e conseqüente maior mal advindo da conduta do reincidente, o que obrigaria o agravamento penal. Tal retribuição nada mais é do que uma “vingança” com um nome técnico, assim como explica Bernadino Alimena:

Parece que a retribuição do mal com o mal, prescindindo do aspecto utilitário, não é mais que uma inútil repetição do mal. A retribuição não é mais do que uma vingança, é a vingança coletiva em lugar da vingança individual (...) vê-se que a retribuição, que parece a forma ideal e sublime da justiça, não é outra coisa senão a vingança, a vingança mais ou menos transformada, limpa, mas ao fim e ao cabo, a vingança⁶.

Em conjunto há a teoria preventiva, pela qual a função da pena é (re)ssocializar o agente, para que não volte a delinquir. Desta forma, o criminoso representaria um verdadeiro inimigo da sociedade, a ser segregado até estar “apto” para o seu retorno.

A partir disso se justificaria o maior apenamento decorrente da recidiva, por não ter sido a pena anterior suficiente para intimidar, tampouco para ressocializar o indivíduo que voltou a delinquir. Portanto, por trás da tese defensiva há um discurso autoritário próprio dos regimes políticos totalitários:

Em perfeita coerência com as culturas autoritárias que as orientam, as doutrinas correccionalistas foram as prediletas de todos os sistemas políticos totalitários, em que justificaram modelos e práticas penais ilimitadamente repressivas, paternalistas, persuasivas, de aculturação coagida e de violenta manipulação da personalidade do condenado. Pensemos a doutrina nazista do “tipo normativo do autor”, orientada para uma total subjetivização dos pressupostos da pena identificados com a “infidelidade” ao Estado e com o correlato repúdio de qualquer relevância, mais do que “sintomalógica”, da objetividade da conduta. Pensemos, também, os manicômios criminais e soviéticos e as escolas de reeducação da China Popular.⁷

Apesar de questionável, o discurso acima parece ser reafirmado pelo Código Penal, em razão da importância dada à personalidade e aos antecedentes do agente, levados em consideração na dosimetria da pena, tanto como circunstâncias judiciais (art. 59/CP), quanto como agravante da reincidência.

O mesmo consta na Lei de Execução Penal:

Art. 5º Os condenados serão classificados, segundo os seus antecedentes e personalidade, para orientar a individualização da execução penal.

⁶ ALIMENA, Bernadino. *Introdução ao direito penal*. Trad. De Maria. F.C. Bottallo. São Paulo: Rideel, 2007, p. 83.

⁷ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. 2. Ed. Trad. De Ana Paula Zomer Sica e outros. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 257.

Mesmo com a contradição, estes atos normativos foram recepcionados pelo Estado Social e Democrático de Direito, consagrado pela Constituição Federal de 1988. Isso porque supostamente privilegiam a individualização da pena, princípio previsto no art. 5º, XLVI do texto constitucional, decorrente da ideia da igualdade material: tratar os iguais da mesma forma, e os desiguais na medida de sua desigualdade, sob a análise integral das peculiaridades de cada caso concreto. Portanto, entende-se que não poderia o reincidente ser tratado como o primário, em razão de sua “insistência” na prática delitiva, o que acabaria por demonstrar seu desprezo à ordem social.

Contudo, a realidade evidencia resultados não previstos no papel, de estigmatização e seleção, disfarçados de um suposto respeito às garantias processuais: *individualizar os excluídos, mas utilizar processos de individualização para marcar exclusões*⁸. Dessa forma, assim como percebe Maria Lúcia Karam, *nenhum dos argumentos que procuram fundamentar o instituto da reincidência consegue esconder sua irracionalidade*⁹.

2.3 Da inconstitucionalidade da reincidência penal

A Constituição Federal de 1988 é caracterizada por sua natureza democrática e garantista, em confronto com o Código Penal, Decreto-Lei datado de 1940, período em que o Brasil vivia nas amarras da chamada “Era Vargas”, regime político extremista e ditatorial liderado por Getúlio Vargas.

Apesar disso, o Código foi recepcionado pela nova ordem social, mas sofreu e segue sofrendo uma série de alterações para adequá-lo aos princípios e garantias que regem o Estado Social e Democrático de Direito. Entretanto, o instituto da reincidência permanece intacto, sem demais questionamentos, como se os seus quase 200 anos de existência tivessem sido suficientes para normaliza-lo, quase que como uma tradição criminal de combate à delinquência já instalada na consciência coletiva.

Acontece que o instituto afronta uma série de princípios e garantias constitucionais, mesmo aqueles os quais parece defender, isso porque há um verdadeiro abismo entre o “dever

⁸ FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir: história da violência nas prisões*. Tradução de Raquel Ramalhet. 31. ed. Petrópolis, RJ. Vozes, 2006, p. 165.

⁹ KARAM, Maria Lúcia. *Aplicação da Pena: Por uma Nova Atuação da Justiça Criminal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, p. 125.

ser” e o “ser” da lei, que é idealizada de uma forma, mas aplicada de outra totalmente incompatível.

Nesse contexto, é indispensável trazer à tona a proteção constitucional da coisa julgada, prevista no art. 5º, XXXVI da Constituição Federal. Diz-se que a causa está definitivamente decidida, sem que caiba mais recursos, quando transitada em julgado a respectiva decisão, que será então imutável, trazendo segurança jurídica não apenas à ordem social, mas também ao condenado, que em tese não poderia ser novamente julgado por algo que já foi objeto de condenação anterior.

Pois bem, em tese não poderia, mas parece sê-lo, justamente por força do instituto da reincidência, que, ao valer-se de sentença condenatória já transitada em julgado como instrumento valorativo para nova condenação, acaba por não apenas afetar a coisa julgada, mas também por valorar duplamente um mesmo fato, caracterizando *bis in idem*, em afronta a outro dos mais importantes princípios do direito penal:

A incorporação do princípio do ne bis in idem ao ordenamento jurídico pátrio, ainda que sem o caráter de preceito constitucional, vem, na realidade, complementar o rol de direitos e garantias individuais já previstos pela Constituição Federal, cuja interpretação sistemática leva à conclusão de que a Lei Maior impõe a prevalência do direito à liberdade em detrimento do dever de acusar¹⁰.

Portanto, o princípio supracitado representa uma limitação ao poder punitivo do Estado, infelizmente desrespeitada quando da aplicação da reincidência como circunstância prejudicial ao condenado:

O instituto da reincidência é polêmico e incompatível com os princípios reitores do direito penal democrático e humanitário, uma vez que a reincidência na forma de agravante criminal configura um ‘plus’ para a condenação anterior já transitada em julgado. Quando o juiz agrava a pena na sentença posterior, está, em verdade, aumentando o quantum da pena do delito anterior, e não elevando a pena do segundo crime¹¹.

Esse já foi o entendimento do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

Acordam os desembargadores integrantes da Quinta Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado, à unanimidade, na conformidade do voto do Relator, em dar parcial provimento ao apelo para, confirmada a condenação, reduzir a 01 (um) ano de reclusão, em regime semi-aberto, e multa mínima o

¹⁰ Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 0071052 26.2007.3.00.00000. Relator Ilmar Galvão. Data de Julgamento: 20.02.2003. Disponível em: < <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/771653/habeas-corpus-hc-80263-sp>>. Acesso em 06/07/2022.

¹¹ QUEIROZ, Paulo. *Direito Penal: Parte Geral*. 10. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014, p. 350.

apenamento imposto ao apelante, mantidas todas as demais cominações do ato sentencial hostilizado.

A pena base foi fixada em 01 (um) ano e 03 (três) meses de reclusão, a qual foi agravada em 06 (seis) meses, em razão da reincidência, restando definitiva em 01 (um) ano e 09 (nove) meses de reclusão, a ser cumprida em regime inicial fechado.

No apenamento, alguns ajustes.

E isso porque a Câmara, por sua maioria – ainda que diversa minha opinião posição pessoal, submeti-me à orientação majoritária, até porque o 3º Grupo Criminal também vem decidindo nesse sentido – entende que o aumento determinado pela agravante da reincidência é inconstitucional (não recepcionado pela Carta Constitucional de 1988). Faz presente o direito penal do autor e é indisfarçável “bis in idem” (ver Apelação Crime nº 699291050 e texto de Salo de Carvalho, Revista Ajuris 76-744/755 e Lenio Luiz Streck, “Tribunal do Juri”, 3ª ed., p. 66/67).¹²

Nesse sentido, a violação se expande, atingindo também o princípio da vedação às penas perpétuas (art. 5º, XLVII, b/CF), na medida em que a agravante em tela eterniza os efeitos de um fato já punido, sujeitando o agente a uma permanente condição de criminoso, título que o acompanhará para o resto da vida, seja pela incidência da reincidência, seja pelos maus antecedentes. Nessa toada, tem-se, por consequência, lesão a um dos basilares fundamentos da República Federativa do Brasil: a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III/CF).

Não obstante, é indispensável comentar acerca do tão prestigiado princípio da legalidade, previsto no art. 5º, XXXIX da Constituição: “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”, tradicionalmente expresso na regra *nullum crimen, nulla poena sine lege*.

Isso significa que só poderão ser penalmente punidos os crimes devidamente tipificados, junto de penas previamente definidas. Para entender o porquê de a reincidência violar tal princípio, é válido retomar à teoria do delito: crime é conduta (comissiva ou omissiva), típica, ilícita e culpável. Portanto, a grosso modo, para configurar um crime o agente deve fazer ou deixar de fazer algo (conduta) que o ordenamento jurídico tenha previsto (tipicidade) como proibido (ilicitude), de forma socialmente reprovável (culpabilidade).

O que se questiona é: qual a conduta do reincidente e como definir sua culpabilidade? Na realidade o que aparenta estar sendo punido não é uma conduta, mas sim a própria pessoa que

¹² Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Crime nº 70008697393. Quinta Câmara Criminal. Rel. Des. Luiz Gonzaga da Silva Moura. Julgamento: 03/08/2004.

a prática, em razão de uma periculosidade presumida. Da mesma forma temos a culpabilidade, que não há como ser medida pelo simples histórico de delitos.

Sobre isso, cabe citar Zaffaroni e Pierangeli:

O direito penal da culpabilidade e o da periculosidade atuam em campos bem distintos. Enquanto o primeiro configura-se pela reprovabilidade social de uma conduta, pautada na noção de ser exigível do agente uma outra forma de agir, nas circunstâncias, o outro tem por pressuposto a imanência, ao agente, da condição de perigoso, a privar-lhe de qualquer possibilidade de escolha.¹³

No mesmo sentido entendeu o Egrégio Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

Pena. Dosimetria. Circunstâncias Judiciais da Personalidade e Conduta Social. Impossibilidade de Agravar a Punição.

As circunstâncias judiciais da conduta social e personalidade, previstas no art. 59 do CP, só devem ser consideradas para beneficiar o acusado e não para lhe agravar mais a pena. A punição deve levar em conta somente as circunstâncias e consequências do crime. E excepcionalmente minorando-a face a boa conduta e/ou a boa personalidade do agente. Tal posição decorre da garantia constitucional da liberdade, prevista no artigo 53. da Constituição Federal. Se é assegurado ao cidadão apresentar qualquer comportamento (liberdade individual), **só responderá por ele, se a sua conduta (lato senso) for ilícita. Ou seja, ainda que sua personalidade ou conduta social não se enquadre no pensamento médio da sociedade em que vive (mas seus atos são legais), elas não podem ser utilizadas para o efeito de aumentar sua pena, prejudicando-o.**¹⁴

O que se vê é uma deturpação do princípio da culpabilidade, como se fosse o reincidente “mais culpável” do que o primário. Ora, esse argumento é sujeito a questionamento: imagine um indivíduo que pratica uma série de roubos antes de transitada a condenação por um crime de furto e outro sujeito que pratica um único roubo após o trânsito em julgado de outra condenação. O primeiro por óbvio praticou mais crimes, mas é o segundo quem irá ser punido mais gravemente, como se mais perigoso fosse.

Nessa perspectiva, a problemática abrange também o princípio da ofensividade, pelo qual não há crime sem ofensa ou perigo de lesão a um bem jurídico de relevância penal, ou seja, que necessite da excepcional e subsidiária intervenção do poder punitivo do Estado. Assim:

Ainda que a reincidência seja consagrada pela maioria dos Códigos e Estatutos Jurídicos, esta, que encerra uma presunção absoluta de maior periculosidade do réu, é sem dúvida incompatível com os princípios penais constitucionais,

¹³ ZAFFARONI, Eugênio Raul; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal brasileiro*. Vol. I: parte geral. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p.105.

¹⁴ Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação-crime nº 70000907659, 6ª Câmara Criminal. Rel. Des. Sylvio Baptista. Julgamento: 15/6/2000.

principalmente com relação aos princípios da proporcionalidade e da ofensividade.¹⁵

A partir disso percebe-se que a aplicação de maior pena em razão da reincidência viola o princípio supracitado, por ausência de bem jurídico lesado. Entretanto, há quem sustente que a reiteração delitiva ofenderia a imagem pública do Estado, que estaria prejudicada em face da sua função de provedor da segurança jurídica. Segundo essa tese, presume-se um maior conteúdo do injusto, em face desobediência do agente¹⁶, contudo, esse argumento não pode prosperar:

A adoção do princípio da dignidade do homem e o reconhecimento do homem como portador de direitos invioláveis afasta a possibilidade de o crime ser considerado um sintoma de periculosidade ou antissocialidade individual, ou mera desobediência a deveres.¹⁷

Portanto, novamente surge a tese da suposta periculosidade do reincidente, mas deve ficar claro que essa ilusão não pode ser objeto de intervenção penal, pois a adoção do princípio da ofensividade impede ao legislador e ao intérprete qualquer regressão aos modelos reacionários de crime, que imputavam como crime a mera manifestação de vontade, ou o mero sintoma de periculosidade do indivíduo.¹⁸

Sendo assim, há que se falar em inconstitucionalidade e conseqüente nulidade da reincidência:

Toda norma incriminatória na base da qual não seja possível divisar um bem-jurídico penal claramente definido deve ser considerada nula, por materialmente inconstitucional, devendo ser assim declarada pelos tribunais aos quais caiba aferir a constitucionalidade das leis ordinárias¹⁹

Apesar do raciocínio lógico ora exposto, infelizmente o controle de constitucionalidade das leis processuais penais é incipiente, muito aquém do necessário para um Código da década de 40. Tanto é assim que o STF entendeu pacificamente pela constitucionalidade do instituto da reincidência, o que é passível de questionamentos e críticas, assim como se fará a seguir.

2.4 O entendimento do Supremo Tribunal Federal: Recurso Extraordinário 453.000

¹⁵ QUEIROZ, Paulo. Op. Cit., p. 343.

¹⁶ ZAFFARONI; Eugênio Raul; PIERANGELI, José Henrique. Op. Cit., p. 839.

¹⁷ FABRETTI; Humberto Barrionuevo; SMANIO, Gianpaolo Poggio. *Direito Penal - Parte Geral*. São Paulo: Grupo GEN, 2019, p. 109.

¹⁸ QUEIROZ, Paulo. *Direito Penal – Parte Geral*. 5. Ed. Lumen Iuris. Rio de Janeiro, 2009, p. 311-312.

¹⁹ FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Questões fundamentais de direito penal revisitadas*. São Paulo. Revista dos Tribunais, 1999, p. 77.

Em sede de Recurso Extraordinário (RE 453.000/RS)²⁰, o Supremo Tribunal Federal entendeu, por unanimidade, pela constitucionalidade do instituto da reincidência como agravante penal.

Interposto pela Defensoria Pública da União em face de acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, pelo qual foi validada a aplicação da reincidência como agravante, o Recurso Extraordinário defendeu a incompatibilidade do instituto com a Constituição Federal, alegando violação à coisa julgada; à individualização e proporcionalidade da pena; bem como a afronta ao *ne bis in idem*.

Em contrarrazões, o Ministério Público rebateu a tese da defesa, requerendo o improvimento do recurso, o que foi acatado pelo Supremo Tribunal Federal, sob a relatoria do Ministro Marco Aurélio. Desta forma, julgado em 2013, fixou-se o entendimento da compatibilidade material da reincidência com a Constituição de 1988.

Para sustentar essa conclusão, foram utilizadas muitas das teses legitimadoras já aqui apresentadas e devidamente rebatidas, contudo, é interessante citar algumas das passagens do acórdão, que revelam certa contradição argumentativa.

Em primeiro lugar, nota-se que a todo tempo a Suprema Corte nega a presença do chamado direito penal do autor, mas ao mesmo tempo o utiliza como argumento legitimador da agravante, estabelecendo verdadeiro sofisma:

Descabe dizer que há regência a contrariar a individualização da pena. Ao reverso, leva-se em conta, justamente, **o perfil do condenado**²¹;

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 crime²²

Remete-se à ideia de maior periculosidade do reincidente, fruto da deturpação do princípio da culpabilidade. Ainda, o STF parece entender ser o crime uma escolha feita pelo reincidente, quando na verdade poderia facilmente ter trilhado o caminho do “cidadão de bem”.

²⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Tribunal Pleno. Recurso Extraordinário 453.000/RS. 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. Relator: Ministro Marco Aurélio. Data de Julgamento: 04/04/2013. Data de Publicação: DJe-194, 03/10/2013.

²¹ *Ibidem*, p. 3.

²² *Ibidem*, p. 3.

O argumento não merece prosperar, simplesmente por partir de uma ideia pré-estabelecida no senso comum, desprovida de qualquer embasamento técnico-científico:

(...) voltou a trilhar o caminho glosado penalmente, deixando de abraçar a almejada correção de rumos, de alcançar a ressocialização.²³

Além disso, o Ministro Luis Fux cita o psiquiatra Cesare Lombroso, o maior precursor da Escola Positiva da criminologia:

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.²⁴

Nota-se que primeiro o Ministro denota a dificuldade técnica no que tange à descoberta dos motivos de o sujeito voltar a delinquir, mas depois usa argumento de autoridade, lembrando da tese de Lombroso, no que parece tê-la utilizado como norte para a questão, dando maior relevância à incapacidade institucional para imputar fracasso ao sistema carcerário do que para a incapacidade de avaliação psicológica do reincidente.

Através de sua primeira obra, *L'uomo bianco e l'uomo do colore: letture sull'origine e la varietà delle razze umane* (O homem branco e o homem negro: leituras sobre a origem e a variedade das raças humanas), Lombroso traça um paradigma entre as diferentes raças, a partir da evolução humana, sendo os negros a ligação (o elo perdido) e o homem branco europeu, o ápice evolutivo²⁵.

Criada no século XIX, a teoria lombrosiana prega que o sujeito já nasce criminoso, contando com diversas características específicas, de cunho biológico e externo, que o identificariam como inferior e menos civilizado. Sem esconder o cunho racista, segundo entendimento exarado na obra acima, os não europeus eram vistos como criminosos natos, por não pertencerem à “raça pura”.

Nesse ínterim, a utilização dessa tese é incompatível com um Estado Social e Democrático de Direito que tem a igualdade como princípio basilar, na medida em que cria

²³ *Ibidem*, p. 5.

²⁴ *Ibidem*, p. 2.

²⁵ GÓES, Luciano. *A “tradução” do paradigma etiológico de criminologia no Brasil: um diálogo entre Cesare Lombroso e Nina Rodrigues da perspectiva centro-margem*. Orientadora: Vera Regina Pereira de Andrade. 2015, p. 242. Dissertação (mestrado) - Universidade Federal de Santa Catarina, Centro de Ciências Jurídicas. Programa de Pós-Graduação em Direito, Florianópolis, 2015. Disponível em: <https://repositorio.ufsc.br/xmlui/handle/123456789/134794>

estereótipos responsáveis pela institucionalização da seletividade penal. Contudo, infelizmente fora utilizada, ao menos como um norte para suprir a incapacidade técnica do Estado no que tange à avaliação dos motivos pelos quais o sujeito volta a delinquir.

Decidindo pelo improvimento do Recurso Extraordinário, a Corte parece ter empregado um viés pragmático à problemática, por vezes usando como argumento a tradição criminal e o impacto que possível declaração de inconstitucionalidade poderia causar à legislação brasileira, que seria afetada em muitos de artigos. Ora, não pode essa justificativa ser utilizada para obstar o efetivo cumprimento à Constituição Federal, norma superior pela qual todas as demais devem ser compatíveis: é o Direito que deve acompanhar a evolução da sociedade, e não o contrário.

Por fim, muito se falou em objetivos da pena (preventivo e repressivo), servindo a reincidência como alerta para o sujeito pensar duas vezes na hora de cometer novo crime, contudo, a pergunta que se deve fazer é: a aplicação da reincidência como agravante está de fato atingindo os propósitos pelos quais foi criada? É o que se passa a analisar.

2.5 Para além da teoria: a reincidência na realidade e a (in)eficácia dos objetivos para o qual foi proposta

As estatísticas referentes às taxas de reincidência no Brasil variam de acordo com a metodologia aplicada, havendo quatro possíveis abordagens do tema: (i) reincidência genérica, quando o sujeito comete mais de um crime, independentemente de condenação transitada em julgado; (ii) reincidência criminal, quando há mais de uma condenação, independente do lapso temporal; (iii) reincidência penitenciária, quando o sujeito retorna ao sistema prisional; e (iv) reincidência legal, aquela que preenche os requisitos de trânsito em julgado e período depurador de 5 anos, em respeito à estrita legalidade.

Nesse contexto, diferentes são os resultados, a depender do conceito utilizado. Contudo, o presente artigo visa trazer um panorama geral acerca dos dados mais relevantes para a análise da eficácia real do instituto.

O Conselho Nacional de Justiça elaborou relatório de pesquisa²⁶ pelo qual analisou a reentrada de pessoas nos sistemas socioeducativo e prisional, sendo o último o foco da presente análise. Partindo de 82.063 execuções penais baixadas ou julgadas em 2015, observou-se a trajetória dos condenados até dezembro de 2019, aferindo-se como reincidência o início de uma

²⁶ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Reentradas e reiterações infracionais: um olhar sobre os sistemas socioeducativo e prisional brasileiros*. Brasília, 2020.

nova ação penal, com base no banco de dados da Replicação Nacional, extraídos de todo o país, desconsiderando apenas os Estados do Rio de Janeiro, Rio Grande do Sul, Pará e Sergipe, em razão da ausência de informações.

Desta forma, verificou-se que no mínimo 42,5% das pessoas com processos registrados nos Tribunais de Justiça em 2015 reentraram no Poder Judiciário até dezembro de 2019. Trata-se do “mínimo” pois o lapso temporal de 4 anos é relativamente curto, sendo afetado pela morosidade do sistema de justiça criminal, portanto, possivelmente o valor seria mais alto caso fosse ampliado o corte temporal analisado.²⁷

Em paralelo, o Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA)²⁸ analisou a reincidência com base em 817 processos de cinco unidades federativas; Alagoas, Minas Gerais, Pernambuco, Paraná e Rio de Janeiro, verificando a taxa de 24,4% de reincidências ao ano, 199 no total. Dentre os reincidentes, 80,3% não tinham qualquer instrução ou detinham apenas o ensino fundamental, o que demonstra que, antes mesmo de serem condenados já não tinham boas oportunidades no mercado de trabalho, sendo esse quadro apenas agravado pelo estigma da condenação criminal – “uma vez criminoso, pra sempre criminoso” - obstaculizando em muito as possibilidades de seguir em frente.

É de se notar a variação das taxas, assim como sintetiza o relatório de gestão do CNJ de 2017:

Alcançando índices entre 25% e 80%, a depender da acepção, da abordagem, do conceito ou do contexto utilizados (ex.: reincidência genérica, legal, temporal, penitenciária, criminal), a reincidência é um dos indicadores do fracasso da atuação estatal no que diz respeito à reintegração social, um dos dois eixos da Lei de Execução Penal – punir e ressocializar.²⁹

Portanto, apesar da variação estatística, a conclusão é a mesma: **fracasso do sistema penitenciário**. A partir disso, a própria aplicação da reincidência como agravante penal resta prejudicada, na medida em que os seus objetivos – intimidação, prevenção e ressocialização – não são alcançados, isso porque os relevantes índices de recidiva demonstram que a sua existência não impele a diminuição da prática de crimes, além de escancarar a incapacidade carcerária de possibilitar a reintegração social do egresso.

²⁷ *Ibidem*, p. 52.

²⁸ INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA. *Relatório de pesquisa: Reincidência Criminal no Brasil*. Rio de Janeiro, 2015.

²⁹ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Relatório de gestão: supervisão do departamento de monitoramento e fiscalização do sistema carcerário e do sistema de execução de medidas socioeducativas – DMF*. Brasília, 2017, p. 146.

Como comprovação desta tese, o mesmo relatório afirma serem menores os índices de reincidência quando os réus não são submetidos à experiência de prisionalização visto que:

O cárcere reforça o ciclo da violência ao contribuir para a ruptura dos vínculos familiares e comunitários da pessoa privada de liberdade, que sofre ainda com a estigmatização e as conseqüentes dificuldades de acesso ao mercado de trabalho, ampliando a situação de marginalização e a chance de ocorrerem novos processos de criminalização.³⁰

Sendo assim, claro está que a efetiva passagem pelo sistema prisional está diretamente ligada ao aumento nos índices de reincidência, o que remonta à teoria do *labelling approach*, também conhecida por teoria do etiquetamento social, pela qual o criminoso é definido e rotulado como tal pela própria sociedade, através de um processo de criminalização por ela mesma criado:

A criminalização primária produz a etiqueta ou rótulo, que por sua vez produz a criminalização secundária (reincidência). A etiqueta ou rótulo (materializados em atestado de antecedentes, folha corrida criminal, divulgação de jornais sensacionalistas etc) acaba por impregnar o indivíduo, causando a expectativa social de que a conduta venha a ser praticada, perpetuando o comportamento delinquente e aproximando os indivíduos rotulados uns dos outros.³¹

Portanto, a pena privativa de liberdade tem efeito criminogênico, “incentivando” a prática de novos delitos e a formação de verdadeiras carreiras criminais, na medida em que insere o sujeito num processo de prisionização pelo qual, longe de estar ressocializado para a vida livre, está, na verdade, sendo socializado para viver na prisão³², sendo então eternamente fadado à marginalidade.

Não obstante, carregar o estigma da condenação faz com que o prejudicado se identifique com outros sujeitos também estigmatizados, o que é fruto do fenômeno do “alinhamento grupal”, pelo qual, mesmo apresentando certa ambivalência de identidade, os indivíduos estigmatizados tendem a se identificar e a se associar.³³

Ainda, começam a se identificar com o próprio rótulo que lhes foi conferido, em um processo de autoetiquetamento, pelo qual a pessoa se percebe a si mesma como sente que os demais a veem³⁴. Assim, o então “criminoso” passa a se adequar a sua etiqueta, o que induz o

³⁰ *Ibidem*, p. 179.

³¹ PENTEADO FILHO, Nestor Sampaio. *Manual esquemático de criminologia*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 74.

³² PIMENTEL, Manoel Pedro. *O crime e a pena na atualidade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983. p. 158.

³³ GOFFING, Erving. *Estigma: notas sobre a manipulação da identidade deteriorada*. Trad. Márcia Bandeira de Mello Leite Nunes. Rio de Janeiro: LTC, 2012, p. 116.

³⁴ CASTRO, Lola Aniyar de. *Criminologia da reação social*. Rio de Janeiro: Forense, 1983, p. 104-105.

seu comportamento ao crime, sendo reduzidas as suas possibilidades de recepção pela sociedade, o que acaba por reduzir seu próprio livre arbítrio:

Ou seja, saindo da prisão sem uma perspectiva de futuro melhor, o indivíduo vai continuar entre as margens sociais e, num caso de extrema necessidade sua e de sua família, ele pode acabar recorrendo à prática de novos delitos como forma de sobrevivência.³⁵

Isso porque o egresso é sugado pelo *vácuo do círculo vicioso*:

Sistema penitenciário degradante, cumprimento de pena, discriminação (preconceito), exclusão social e desamparo, reincidência, reafirmação do estigma, volta ao sistema penitenciário, degradação e afetação mental, com cada etapa aumentando a intensidade de seus efeitos nefastos.³⁶

À vista disso, nota-se a interligação direta entre a reincidência e a ineficácia do sistema prisional, construído e gerido pelo Estado, o que traz à lume a responsabilidade deste sob os seus efeitos, assim como se passa a analisar.

2.6 Da punição do indivíduo por uma falha do Estado

Conforme previsto à Lei de Execução Penal, é dever do Estado prevenir o crime e propiciar a reintegração social do condenado:

Art. 1º A **execução penal tem por objetivo** efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e **proporcionar condições para a harmônica integração social** do condenado e do internado.

Art. 10. A assistência ao preso e ao internado é dever do Estado, objetivando prevenir o crime e orientar o retorno à convivência em sociedade.

Parágrafo único. A assistência estende-se ao egresso.

Art. 22. A assistência social tem por finalidade amparar o preso e o internado e prepará-los para o retorno à liberdade.

Primeiramente, a própria ideia de “ressocialização” representa verdadeira ilusão, pois treinar homens para a vida livre, submetendo-os a condições de cativo, afigura-se tão absurdo como alguém se preparar para uma corrida, ficando na cama por semanas³⁷.

³⁵ NOBRE, Bárbara; PEIXOTO Aimê. *Ciências criminais em debate: Análise da “ressocialização” penal brasileira*. Rio Grande do Norte, 2014. Disponível em: <<http://periodicos.ufrn.br/transgressoes/article/view/6660/0>>. Acesso em: 05 mai. 2022.

³⁶ FELBERG, Rodrigo. *A reintegração social dos cidadãos-egressos: uma nova dimensão de aplicabilidade às ações afirmativas*. São Paulo: Atlas, 2015, p. 58. P. 94.

³⁷ THOMPSON, Augusto. *A questão penitenciária*. 5. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 12-13.

Apesar disso, tal ideal ainda se faz presente na realidade, que se mostra muito aquém do previsto e objetivado em lei, isso porque os altos índices de reincidência revelam a ineficácia do sistema prisional, na medida em que não dispõe das mínimas condições necessárias para alcançar suas finalidades, deixando o preso “à própria sorte”.

Tal ineficácia resta bem clara por ter o Supremo Tribunal Federal reconhecido e declarado o “estado de coisas inconstitucional” do sistema prisional brasileiro³⁸, por ferir diretamente o princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III/CF), na medida em que mantém seres humanos em celas superlotadas e insalubres, desprovidas de qualquer humanidade, desrespeitando diretamente a vedação à tortura e ao tratamento degradante (art. 5º, III/CF) e institucionalizando a crueldade, em afronta ao art. 5º, XLVII, “e”, da CF.

Em consonância, a inconstitucionalidade é comprovada em números: em levantamento realizado pelo Conselho Nacional de Justiça³⁹, há hoje no Brasil o número assombroso de 909.252 pessoas privadas de liberdade, o mais alto de toda a história do país, elevando-o ao terceiro maior encarcerador do mundo⁴⁰. Aquele levantamento também apontou o número de 360.448 mandados de prisão a serem cumpridos.

Nota-se a presença de forte cultura do encarceramento no Brasil, na medida em que a prisão, que deveria ser a *ultima ratio*, parece ter se tornado a regra do sistema, na medida em que dentre as pessoas privadas de liberdade, cerca de 44,6% são presos provisórios. Portanto, o Estado aparenta valer-se da prisão como o único instrumento eficaz de combate à criminalidade.

Contudo, a máquina pública não tem capacidade suficiente para suportar o alto número de presos, tanto é assim que, das 1.381 unidades prisionais, 997 têm mais de 100% da capacidade ocupada e outras 276 estão com ocupação superior a 200%. Sobram vagas em apenas 363 prisões⁴¹.

³⁸ BRASÍLIA. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 347 MC/DF. Rel. Min. Marco Aurélio. Julgamento: 09/09/2015. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665>. Acesso em: 08/06/2022.

³⁹ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Portal: Banco Nacional de Monitoramento das Prisões*. Disponível em: <https://portalbnmp.cnj.jus.br/#/estatisticas>. Acesso em: 24/10/2022.

⁴⁰ *Idem*. *Reentrada e reiterações infracionais: um olhar sobre os sistemas socioeducativo e prisional brasileiros*. Brasília, 2020, p. 44.

⁴¹ OLIVEIRA. José Carlos. *ONU vê tortura em presídios como problema estrutural do Brasil*. Câmara dos Deputados, 2021. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/noticias/809067-onu-ve-tortura-em-presidios-como-problema-estrutural-do-brasil/>. Acesso em 10/07/2022.

Nesse cenário, não há como negar a violação de direitos fundamentais ocasionada pelo sistema prisional, o que é confirmado pelo relatório de gestão produzido pelo Conselho Nacional de Justiça⁴²:

Constatou-se, ainda, que a sanção infligida aos apenados ultrapassa os limites e o sentido da punição, de forma a tornar o Estado tão criminoso quanto aquele que confinou, na medida em que tolera esse quadro de violações sem intervir adequadamente para remediar essa realidade. O recolhimento de pessoas, via de regra, acontece em celas imundas, desprovidas de salubridade. Torturas maus-tratos, proliferação de doenças infectocontagiosas, falta de água potável, violência sexual, a comida estragada, falta de componentes básicos de higiene pessoal, são alguns dos gravíssimos déficits apurados nas rotineiras inspeções realizadas por juízes de todo o Brasil nos presídios sob sua respectiva jurisdição. O ócio penitenciário, ademais, constitui a regra e assistências intramuros, quase inexistentes. O porvir post penitenciário é desesperançoso. Na grande maioria dos presídios a pessoa em situação de privação de liberdade é submetida à condição degradante: os detidos que ali se encontram estão relegados à própria sorte. Estão abaixo da dignidade que o Estado tem por princípio e imperativo categórico a obrigação de preservar.

Portanto, o delito é evidente reflexo (não exclusivo) do deficiente processo de integração social⁴³, restando claro que o Estado não observa os objetivos e deveres previstos na Constituição Federal de 1988, sendo sua atuação falha e materialmente inconstitucional. Isso porque, ao acreditar ter cumprido seu dever ao prender e manter preso o delinquente, o Estado se desincumbe de prestar a assistência necessária ao egresso após o cumprimento da pena, ignorando o fato de que os efeitos do encarceramento não acabam com o término da pena. A extinção da pena é, metaforicamente, “a água que apagou o fogo”. Restam a fumaça, a fuligem e a destruição.⁴⁴

Assim, o sistema prisional piora a situação do condenado, que, além da pena, passa a lidar com a eterna marginalização, sem qualquer perspectiva de reintegração social, passando a escorar-se na criminalidade, como consequência do descaso estatal. Neste ínterim, sendo muitas vezes ineficaz o cumprimento da pena, resta prejudicada a aplicação da reincidência como agravante penal, na medida em que a sua incidência responsabiliza o réu por uma falha que é do Estado e do próprio sistema penal, que, por ser incapaz de propiciar a reintegração dos egressos, acaba por ser verdadeiro fabricante da reincidência.

⁴² CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Relatório de gestão: supervisão do departamento de monitoramento e fiscalização do sistema carcerário e do sistema de execução de medidas socioeducativas – DMF*. Brasília, 2017, p. 12-13.

⁴³ FELBERG, Rodrigo. Op. Cit., p. 58.

⁴⁴ *Ibidem*, p. 78.

2.7 Uma nova perspectiva para o instituto da reincidência

Diante de todo exposto, nota-se que a culpabilidade do reincidente se mostra reduzida se comparada a do primário, isso porque este ainda não teve sua dignidade retirada por um sistema reprodutor de estigmas e desprovido de qualquer direito e garantia fundamental. Nessa toada, a reincidência deveria ser considerada como atenuante de pena para aqueles que de fato passaram pelo cárcere:

O reincidente está próximo do doente de vontade [...]. Se de acordo com a doutrina objetiva, idealista, o rigor do castigo deve ser proporcional ao grau de liberdade contida no ato, o reincidente deve ser alvo de uma pena cada vez menos severa⁴⁵.

No mesmo sentido:

A reincidência não deve ser considerada como circunstância agravante. Mais do que isso, deve configurar circunstância atenuante, em face da admissão do fracasso das funções retributiva e preventiva da pena anteriormente aplicada, que se mostrou contraproducente e que induz a uma menor reprovabilidade do apenado, a partir da redução de seu espaço social estimulada pela precedente punição estigmatizante⁴⁶.

Além disso, é de se lembrar que a reincidência no Brasil também pode ser ficta, ou seja, incide mesmo nos casos em que o sujeito não iniciou o cumprimento de pena. Portanto, para estes, a abolição do instituto seria o ideal para manutenção e preservação de um sistema penal que se afirma garantista. Deste modo, a recidiva se tornaria um indiferente penal, assim como os maus antecedentes, o que diminuiria drasticamente a estigmatização e marginalização do então reincidente, na medida em que a existência dos registros criminais se tornaria totalmente dispensável.

Nesse sentido, Cirino dos Santos sintetiza:

É necessário reconhecer: a) se novo crime é cometido após a passagem do agente pelo sistema formal de controle social, com efetivo cumprimento da pena criminal, o processo de deformação e embrutecimento pessoal do sistema penitenciário deveria induzir o legislador a incluir a reincidência real entre as circunstâncias atenuantes, como produto específico da atuação deficiente e predatória do Estado sobre sujeitos criminalizados; b) se novo crime é cometido após simples formalidade do trânsito em julgado de condenação anterior, a reincidência ficta não indica qualquer presunção de periculosidade capaz de fundamentar circunstância agravante. Em conclusão, nenhuma das hipóteses de reincidência real ou de reincidência ficta indica situação de rebeldia contra a ordem social garantida pelo Direito Penal: a reincidência real

⁴⁵ SÁ, José Sinval. *Aspectos jurídicos da reincidência*. Dissertação de Mestrado em Direito e Estado. Faculdade de Direito. Universidade de Brasília. Brasília, 1981, p. 47.

⁴⁶ KARAM. Maria Lúcia. Op. Cit., p. 127.

deveria ser circunstância atenuante e a reincidência ficta é, de fato, um indiferente penal.⁴⁷

Contudo, é notória a existência de uma construção social e política em torno do instituto, que se mantém firme, como se eficaz e constitucional fosse. Portanto, não há como negar que a sua abolição como agravante ou sua consideração como atenuante representaria passo largo para a história do direito penal. Neste ínterim, outras medidas poderiam ser adotadas:

Em primeiro lugar, a aplicação da reincidência como agravante penal deveria deixar de ser obrigatória, assim como no Código Penal de Portugal:

Artigo 75: **É punido como reincidente** quem, por si só ou sob qualquer forma de participação, cometer um crime doloso que deva ser punido com prisão efectiva superior a 6 meses, depois de ter sido condenado por sentença transitada em julgado em pena de prisão efectiva superior a 6 meses por outro crime doloso, **se, de acordo com as circunstâncias do caso, o agente for de censurar por a condenação ou as condenações anteriores não lhe terem servido de suficiente advertência contra o crime.**⁴⁸

Portanto, caberia ao magistrado(a) a análise da necessidade de aplicação do instituto, levando em consideração as características do caso concreto, em respeito ao princípio da individualização da pena.

Outra possibilidade seria inserir a reincidência no rol das circunstâncias judiciais do artigo 59 do Código Penal, assim como propõe o Projeto de Lei nº 3.473/2000, ainda sujeito à apreciação do Plenário:

Art. 59. O juiz, atendendo à culpabilidade, antecedentes, **reincidência** e condições pessoais do acusado, **bem como as oportunidades sociais a ele oferecidas**, aos motivos, circunstâncias e consequências do crime e ao comportamento da vítima estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente à individualização da pena:

I – a espécie e quantidade de pena aplicável;

II – o regime fechado ou semi-aberto como etapa inicial de cumprimento da pena;

III – a restrição de direito cabível

Sendo tal alteração aprovada, a aplicação da reincidência estaria sujeita à fundamentação concreta do julgador acerca da necessidade daquele reincidente ser punido de forma mais grave, sob pena de nulidade. O aumento se daria na primeira fase da dosimetria, respeitando o patamar de 1/8 a 1/6 da pena, como prepondera na doutrina e jurisprudência.

⁴⁷ CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *Direito Penal: parte geral*. 2. Ed. Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2007, p. 572.

⁴⁸ PORTUGAL. Decreto Lei nº 48/95. Código Penal, 1995.

De qualquer forma, o instituto deve ser questionado e revisto à luz da Constituição Federal, pois a sua aplicação, da forma como se dá hoje, fere uma série de direitos e garantias fundamentais. Portanto, a sua readequação é medida de rigor.

3 CONCLUSÕES FINAIS

O tempo mudou, junto dele a sociedade e o próprio Direito, mas infelizmente muitos institutos ultrapassados ainda permanecem intactos, como é o caso da reincidência penal. Isso porque o controle de constitucionalidade pode falhar, em detrimento de uma suposta segurança jurídica acalentada na tradição da política criminal.

Pelo decorrer do presente artigo foram apresentadas diversas teses referentes à aplicação da reincidência como agravante penal, com o principal objetivo de analisar a sua compatibilidade com a Constituição Federal de 1988. Junto disso, foram utilizados dados para demonstrar a realidade para além da letra da lei, possibilitando a verificação da verdadeira (in)eficácia do instituto legal.

Por todo o exposto, é de se notar peculiar contradição entre a recidiva e a Constituição Cidadã: a primeira remonta ao autoritarismo de um regime antidemocrático, pautado em ideais punitivistas, desprovidos das garantias fundamentais asseguradas pela segunda. É o direito penal do autor contra o direito penal do fato, sendo aquele mantido vivo através da aplicação da reincidência, que valora negativamente a personalidade do acusado, partindo da concepção de periculosidade presumida.

Não há argumentos suficientes que sustentem a preservação de um instituto contrário aos direitos fundamentais quanto a reincidência que afronta diretamente a proteção da coisa julgada, a vedação ao bis in idem, a individualização da pena, e muitos outros princípios já demasiadamente consolidados pelo direito penal constitucional.

Assim, o artigo propõe um verdadeiro repensar acerca da incidência obrigatória da reincidência para fins penais, buscando saídas adequadas à Constituição Federal, seja lhe conferindo um caráter facultativo, seja lhe tornando uma indiferente penal. De qualquer forma, entende-se pela necessidade de revisão dos moldes atuais de aplicação da reincidência, pois mantê-la desta forma seria o mesmo que fechar os olhos para patentes inconstitucionalidades.

4 REFERÊNCIAS

ALIMENA, Bernadino. *Introdução ao direito penal*. Trad. De Maria. F.C. Bottallo. São Paulo: Rideel, 2007.

BORGES, Juliana. *O que é encarceramento em massa?* Belo Horizonte/MG. Letramento: Justificando, 2018.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em 20/08/2021.

BRASIL. Decreto Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm> Acesso em 20/08/2021.

BRASIL. Lei 7.210, de 11 de julho de 1984. Institui a Lei de Execução Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em 20/08/2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 0071052 26.2007.3.00.00000. Relator Ilmar Galvão. Data de Julgamento: 20.02.2003. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/771653/habeas-corpus-hc-80263-sp>>. Acesso em 06/07/2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Tribunal Pleno. Recurso Extraordinário 453.000/RS. Relator: Ministro Marco Aurélio. Data de Julgamento: 04/04/2013. Data de Publicação: DJe-194, 03/10/2013. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2282540>>. Acesso em: 13/03/2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 347 MC/DF. Rel. Min. Marco Aurélio. Julgamento: 09/09/2015. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665>>. Acesso em: 08/06/2022.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Crime nº 70008697393. Quinta Câmara Criminal. Rel. Des. Luiz Gonzaga da Silva Moura. Julgamento: 03/08/2004. Disponível em: <https://www.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Tribunal%20de%20Justi%C3%A7a%20do%20RS&versao=&versao_fonetica=1&tipo=1&id_comarca=700&num_processo_mask=&num_processo=70008697393&codEmenta=7706337&temIntTeor=true>. Acesso em: 07/08/2022.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação-crime nº 70000907659. Sexta Câmara Criminal. Rel. Des. Sylvio Baptista. Julgamento: 15/06/2000. Disponível em: <https://www.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Tribunal%20de%20Justi%C3%A7a%20do%20RS&versao=&versao_fonetica=1&tipo=1&id_comarca=700&num_processo_mask=&num_processo=70000907659&codEmenta=7706337&temIntTeor=true>. Acesso em: 07/08/2022.

CASTRO, Lola Aniyar de. *Criminologia da reação social*. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *Direito Penal: parte geral*. 2. Ed. Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2007.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Portal: Banco Nacional de Monitoramento das Prisões*. Disponível em: <https://portalbnmp.cnj.jus.br/#/estatisticas>. Acesso em: 07/06/2022.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Reentrada e reiterações infracionais: um olhar sobre os sistemas socioeducativo e prisional brasileiros*. Brasília, 2020. Disponível em: < <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/03/Panorama-das-Reentradas-no-Sistema-Socioeducativo.pdf>>. Acesso em: 20/06/2022.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Regras de Mandela: Regras Mínimas das Nações Unidas para o Tratamento de Presos. Brasília: CNJ, 2016. Disponível em: < <https://www.cnj.jus.br/wpcontent/uploads/2019/09/a9426e51735a4d0d8501f06a4ba8b4de.pdf> >. Acesso em: 20/10/2022.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Relatório de gestão: supervisão do departamento de monitoramento e fiscalização do sistema carcerário e do sistema de execução de medidas socioeducativas – DMF*. Brasília, 2017. Disponível em: < <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2018/10/23902dd211995b2bcba8d4c3864c82e2.pdf>>. Acesso em: 20/06/2022.

FABRETTI; Humberto Barrionuevo; SMANIO, Gianpaolo Poggio. *Direito Penal - Parte Geral*. São Paulo: Grupo GEN, 2019.

FELBERG, Rodrigo. *A reintegração social dos cidadãos-egressos: uma nova dimensão de aplicabilidade às ações afirmativas*. São Paulo: Atlas, 2015.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. 2. Ed. Trad. De Ana Paula Zomer Sica e outros. São Paulo: RT, 2006.

FERRI, Enrico. *Princípios de direito criminal: o criminoso e o crime*. Trad. Paolo Capitanio. Campinas. Bookseller, 1996.

FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Questões fundamentais de direito penal revisitadas*. São Paulo. Revista dos Tribunais, 1999.

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir: história da violência nas prisões*. Tradução de Raquel Ramalhet. 31. ed. Petrópolis, RJ. Vozes, 2006.

GÓES, Luciano. *A “tradução” do paradigma etiológico de criminologia no Brasil: um diálogo entre Cesare Lombroso e Nina Rodrigues da perspectiva centro-margem*. Orientadora: Vera Regina Pereira de Andrade. 2015, p. 242. Dissertação (mestrado) - Universidade Federal de Santa Catarina, Centro de Ciências Jurídicas. Programa de Pós-Graduação em Direito, Florianópolis, 2015. Disponível em: <<https://repositorio.ufsc.br/xmlui/handle/123456789/134794>>. Acesso em: 30/07/2022.

GOFFING, Erving. *Estigma: notas sobre a manipulação da identidade deteriorada*. Trad. Márcia Bandeira de Mello Leite Nunes. Rio de Janeiro: LTC, 2012.

-
- INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA. *Relatório de pesquisa: Reincidência Criminal no Brasil*. Rio de Janeiro, 2015. Disponível em: <https://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/relatoriopesquisa/150611_relatorio_reincidencia_criminal.pdf>. Acesso em: 20/06/2022.
- KARAM, Maria Lúcia . *Aplicação da Pena: Por uma Nova Atuação da Justiça Criminal*. Revista Brasileira de Ciências Criminais. São Paulo, 1994.
- NOBRE, Bárbara; PEIXOTO Aimê. *Ciências criminais em debate: Análise da “ressocialização” penal brasileira*. Rio Grande do Norte, 2014. Disponível em: <<http://periodicos.ufrn.br/transgressoes/article/view/6660/0>>. Acesso em: 05 mai. 2022.
- OLIVEIRA, José Carlos. *ONU vê tortura em presídios como problema estrutural do Brasil*. Câmara dos Deputados, 2021. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/noticias/809067-onu-ve-tortura-em-presidios-como-problema-estrutural-do-brasil/>. Acesso em 10/07/2022.
- PENTEADO FILHO, Nestor Sampaio. *Manual esquemático de criminologia*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.
- PIMENTEL, Manoel Pedro. *O crime e a pena na atualidade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983.
- PORTUGAL. Decreto Lei nº 48/95. Código Penal, 1995. Disponível em: <<https://dre.pt/dre/legislacao-consolidada/decreto-lei/1995-34437675>>. Acesso em: 14/08/2022.
- QUEIROZ, P. *Direito Penal: Parte Geral*. 10. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.
- QUEIROZ, Paulo. *Direito Penal – Parte Geral*. 5. Ed. Lumen Iuris. Rio de Janeiro, 2009.
- SÁ, José Sinval. *Aspectos jurídicos da reincidência*. Dissertação de Mestrado em Direito e Estado. Faculdade de Direito. Universidade de Brasília. Brasília, 1981.
- THOMPSON, Augusto. *A questão penitenciária*. 5. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2002.
- ZAFFARONI, Eugenio Raul. *Reincidência: Um Conceito do Direito Penal Autoritário*. Livro de Estudos Jurídicos, nº 6. Rio de Janeiro. Instituto de Estudos Jurídicos, 1993.
- ZAFFARONI, Eugênio Raul; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal brasileiro*. Vol. I: parte geral. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.