

Universidade Federal de Juiz de Fora- UFJF

Curso de Direito

PEDRO AVILA TRULIO

**CRÍTICAS AOS INSTITUTOS DA REINCIDÊNCIA E MAUS ANTECEDENTES**

Juiz de Fora

2019

PEDRO AVILA TRULIO

**CRÍTICAS AOS INSTITUTOS DA REINCIDÊNCIA E MAUS ANTECEDENTES**

Monografia de conclusão de curso apresentado como requisito para a obtenção de título de bacharel em Direito pela Universidade Federal de Juiz de Fora.

Orientador: *Cleverson Raymundo Sbarzi Guedes*

Juiz de Fora

2019

## RESUMO

O presente trabalho tem a pretensão de analisar tanto o instituto da reincidência quanto o dos maus antecedentes em busca de incongruências em relação à Constituição da República e aos princípios básicos como o da razoabilidade, presunção de inocência e *non bis in idem*. Assim, a partir da conceituação dos referidos institutos, seja pela lei seja pela doutrina, será analisada a aplicação dos aludidos institutos, observando-se as orientações diversas doutrinárias e jurisprudenciais sobre o tema.

Palavras-Chave: Reincidência. Maus antecedentes. Constituição da República. Princípios

## ABSTRACT

The present work intends to analyze both the recurrence and the bad antecedents institute in search of incongruities in relation to the Constitution of the Republic and to the basic principles such as reasonableness, presumption of innocence and *non bis in idem*. Thus, from the conceptualization of these institutes, whether by law or doctrine, will be analyzed the application of these institutes, observing the various doctrinal guidelines and jurisprudence on the subject.

Keywords: Recurrence. Bad antecedent. Constitution of the Republic. Principles

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO</b> .....	4
<b>2 HISTÓRICO DOS INSTITUTOS DOS MAUS ANTECEDENTES E DA REINCIDÊNCIA.</b> .....	6
<b>3 FUNÇÃO DA PENA</b> .....	9
3.1 Teorias das funções da pena .....	9
3.2 A proposta de ressocialização do condenado .....	12
<b>4 A REINCIDÊNCIA COMO REGRA E NÃO EXCEÇÃO NO BRASIL</b> .....	13
4.1 Os índices de reincidência no Brasil .....	13
4.2 Prisão como “escola do crime” .....	15
<b>5 CONSTITUIÇÃO E REINCIDÊNCIA. GARANTIAS CONSTITUCIONAIS</b> .....	18
5.1 A temporariedade da reincidência e o problema da imprescritibilidade dos maus antecedentes.....	18
5.2 Direito penal do autor x direito penal do fato.....	20
5.3 <i>Bis in idem</i> da reincidência e dos maus antecedentes .....	21
<b>6- CONCLUSÃO</b> .....	24

## 1 INTRODUÇÃO

A prática de uma infração penal, com a comprovação da materialidade e da autoria, enseja, em decorrência do princípio da inderrogabilidade, a imposição de uma pena, salvo situações especiais que podem afastar esta correlação. A punição a ser aplicada, contudo, não dispensa que seja perquirida a vida pretérita do autor de uma infração penal, especialmente no que tange ao seu envolvimento em outras infrações penais.

O ordenamento jurídico brasileiro impõe o agravamento da pena do sujeito ativo de uma infração penal sempre que ele já tenha contra si outras condenações transitadas em julgado, as quais podem resultar na fixação da pena base em patamar superior ao mínimo legal, em função dos maus antecedentes criminais, bem como no agravamento da pena na segunda fase da dosimetria da pena, em função da reincidência.

Muitas são as críticas doutrinárias a respeito dos institutos dos maus antecedentes criminais e da reincidência, ao argumento de que os sujeitos ativos de crimes estariam, em face de tais institutos, sendo punidos duas vezes, dado que, por ocasião da condenação pela segunda infração penal, a pena desta seria aumentada em função da infração penal anterior, cuja pena já fora estabelecida. Com isso, o réu, já tendo sido sancionado anteriormente, teria um percentual maior na pena pela segunda infração penal em decorrência da condenação anterior, o que resultaria em nova sanção por tal conduta. Por conseguinte, o réu estaria sendo punido duas vezes pela mesma infração penal. Possível, inclusive, visualizar na hipótese um resquício do Direito Penal do Autor, segundo o qual as pessoas seriam punidas pelo que são e não pelo que fazem.

Outras críticas dizem respeito à questão da ressocialização. O ordenamento jurídico brasileiro anuncia que a pena tem como finalidade principal a de ressocializar o condenado. Contudo, o que os números mostram é que o índice de reincidência é muito alto, o que importa em concluir que o Estado não está sendo eficaz no cumprimento do mais importante objetivo da pena. E se é assim, abre-se espaço para o questionamento sobre a coculpabilidade do Estado em relação à prática de crimes por pessoas que já estiveram custodiadas e que não saíram do sistema prisional em melhores condições do que entraram. Neste contexto, há de se refletir sobre quem teria a responsabilidade de ressocializar. Seria somente do Estado esta obrigação? Aliás, comporta discussão até mesmo o conceito de ressocialização.

As determinações legais sobre o tema são limitadas, inexistindo, inclusive, conceito sobre o que sejam maus antecedentes criminais, o que enseja a busca pela complementação a

partir de orientações doutrinárias e jurisprudenciais, objetivando estabelecer uma forma única de interpretação, para se evitar aplicações tão diversas de um único instituto. Mesmo quanto à reincidência, sobre a qual há conceito legal, ainda assim existem interpretações diversas a justificar o debate sobre o instituto, à luz dos princípios constitucionais.

São muitos aspectos relativos aos institutos da reincidência, agravante de pena, e dos maus antecedentes criminais, circunstância judicial, que justificam análises críticas, estando este trabalho comprometido com este propósito, mediante o método de pesquisa consistente em levantamentos doutrinários e jurisprudenciais sobre o tema.

## 2 HISTÓRICO DOS INSTITUTOS DOS MAUS ANTECEDENTES E DA REINCIDÊNCIA

Está implantada na nossa sociedade a ideia de que o agente reincidente deverá ser punido mais gravemente. Nota-se até mesmo no antigo testamento esta noção:

Levítico, cap. 26 : 14-27 : “O Deus eterno disse ao povo de Israel: Porém, se vocês não obedecerem a todos os meus mandamentos, se rejeitarem as minhas leis, se desprezarem as minhas ordens e se quebrarem o acordo que fiz com vocês, então eu os castigarei. Mandarei desastres e doenças e febres que abalam a saúde e enfraquecem o corpo. Não adiantará nada semear os campos, pois os inimigos é que comerão as colheitas. Ficarei contra vocês e deixarei que sejam derrotados pelos inimigos. Eles os dominarão, e vocês fugirão mesmo quando ninguém os perseguir. Porém, se nem assim vocês me obedecerem, mas continuarem a pecar, eu mandarei um castigo sete vezes pior”

Quanto mais crimes forem praticados, mais rigorosas serão as penas. Esta ideia está impregnada na sociedade desde os confins dos tempos, como demonstra o trecho acima.

São muitas as justificativas para a criação do instituto, destacando-se entre elas a tese do aumento da periculosidade, a teoria psicológica da culpabilidade, a teoria normativa da culpabilidade e a ideia de legitimação do Estado de garantir a ordem pública.

Para a primeira tese, se alguém for condenado criminalmente e voltar a praticar crimes sua pena deverá ser maior, dado que há de se presumir que sua periculosidade aumentou. Esta justificativa para a existência da reincidência não pode ser comprovada empiricamente, dada a impossibilidade de se demonstrar que o fato de um novo crime ter sido praticado importa em aumento da periculosidade do agente.

Luiz Flávio Gomes e Antonio Garcia-Pablos de Molina questionam a referida tese, salientando da impossibilidade de sua comprovação, *in verbis*:

O aumento da reincidência não deveria ser automático (ou seja: não deveria incidir sempre, porque nem sempre a reincidência significa maior periculosidade do agente). (GOMES e MOLINA, 2009, p. 526)

A teoria psicológica da culpabilidade justifica a existência da reincidência no fato de revelar a vontade mais forte do agente em permanecer na vida criminoso. Já a teoria normativa da culpabilidade justifica o instituto no fato de a condenação anterior não ter sido suficiente para desmotivar o agente ao cometimento de crimes, sendo por isso necessário reforçar a condenação da nova infração penal praticada. Por fim, vale ressaltar a teoria que fundamenta o

instituto da reincidência no fato de o Estado ter necessidade de mostrar segurança aos seus subordinados. Sobre o tema, Eugenio Raúl Zaffaroni e José Henrique Pierangeli orientam:

Dentro da teoria psicológica da culpabilidade, sustentou-se que a reincidência demonstrava a sobreposição uma decisão da vontade do autor mais forte ou dotada de maior permanência. (...) já dentro da teoria normativa da culpabilidade, entende-se que se a anterior condenação não foi suficiente para reforçar os mecanismos de contramotivação do autor, faz-se necessário reforçar a condenação pelo segundo delito. (...) Outra tese, (...) procurou justificar a agravamento da pena pela reincidência num maior conteúdo do injusto do fato: a pessoa que comete um delito depois de ter sido condenado pela prática de um delito anterior estaria afetando a imagem pública do Estado, como provedor da segurança pública, (...) (ZAFFARONI e PIERANGELI, 2002, p. 838-840).

O sistema penal brasileiro já nasceu com o instituto da reincidência atrelado a ele no Livro V das Ordenações do Reino (Ordenações Filipinas), primeira legislação penal aplicada no Brasil. Posteriormente, no primeiro conjunto brasileiro de leis penais codificadas, o Código Criminal do Império (1831), o instituto da reincidência é contemplado como agravante. No entanto, no referido diploma legal, a definição do instituto exige que o agente pratique o mesmo crime para que possa ser visto como reincidente, ou seja, regulava-se a reincidência específica.

Em função de muitas críticas doutrinárias, o instituto veio a ser alterado pelo Código Penal de 1940, que, na sua redação original, passou a prever duas modalidades de reincidência, além de estabelecer que esta se aplicaria de forma perpétua. Alterações posteriores passaram a adotar o sistema da temporariedade da reincidência no Brasil, tendo sido extinta a previsão da reincidência específica.

Luiz Regis Prado relata parte da história do instituto da reincidência:

O Código Penal de 1940 - redação anterior - acolhia, ao lado da reincidência específica, a reincidência genérica (arts. 46 e 47), perfilhando ainda o sistema da perpetuidade da reincidência. A Lei 6.416/1977 alterou a disciplina de reincidência, extinguindo a reincidência específica e limitando no tempo os efeitos da condenação anterior, a fim de não estigmatizar para sempre o condenado. (PRADO, 2018, p. 716).

Na atualidade, o conceito de reincidência é dado pelo artigo 63 do Código Penal, que é complementado pelo disposto no artigo 7º da Lei de Contravenção Penal, que estabelecem:

Art. 63. 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. Código penal, 1940).

Art. 7º Verifica-se a reincidência quando o agente pratica uma contravenção depois de passar em julgado a sentença que o tenha condenado, no Brasil ou no estrangeiro,



por qualquer crime, ou, no Brasil, por motivo de contravenção. (BRASIL. **Lei das contravenções penais**, 1941)

Percebe-se que a reincidência não exige a prática do mesmo crime, tratando-se, portanto, de reincidência genérica. Ademais, observa-se também que o legislador deixou uma lacuna em tais conceitos, à medida que não inseriu no instituto a hipótese de ser praticada uma contravenção penal seguida de um crime. Ademais, a configuração legal do instituto exige que no momento do cometimento da segunda infração penal, o agente já tenha contra si uma sentença/acórdão transitado em julgado.

Ainda pela legislação penal atual, não prevalece a reincidência eternamente, dada a sua temporariedade, prevista no artigo 64, inciso I, do Código Penal. Por conseguinte, a partir da extinção da pena (regra geral), ou a partir da concessão dos benefícios da suspensão condicional da pena e do livramento condicional, desde que não seja revogado (regra especial), passados 5 anos, o agente volta à condição de primário. Este período de cinco anos é chamado pela doutrina de período depurador da reincidência.

No que tange aos antecedentes criminais, as discussões doutrinárias e jurisprudenciais se tornam ainda mais tormentosas, dada a ausência de conceituações legais do instituto.

Assim orienta a doutrina de Juarez Cirino dos Santos:

Os antecedentes são acontecimentos anteriores ao fato, relevantes como indicadores de aspectos positivos ou negativos da vida do autor e capazes de influenciar a aplicação da pena - com exceção da reincidência criminal, definida como circunstância agravante. Nesta matéria, é possível identificar duas posições na prática judicial brasileira: 1) a posição tradicional considera maus antecedentes a existência de inquéritos instaurados, de processos criminais em curso, de absolvições por insuficiência de provas, de extinção do processo por prescrição abstrata, retroativa ou intercorrente de condenação criminal sem trânsito em julgado ou que não constitui reincidência; 2) a posição crítica considera maus antecedentes somente condenações criminais definitivas anteriores que não configuram reincidência, (...) (SANTOS, 2006, p. 561).

São muitas as polêmicas que cercam o instituto dos antecedentes criminais, dada a omissão do legislador na sua conceituação, temas que serão tratados neste trabalho, em capítulo próprio.

### 3 FUNÇÃO DA PENA

Bastante difícil é determinar qual seria a função da existência da pena, até mesmo diante da complexidade do tema, que envolve diferentes modalidades de penas e contextos sociais tão diversos ao longo do tempo. Sobre o tema foram registradas historicamente teorias justificadoras, que se resumem nas teorias absolutas ou retributivistas, nas teorias relativas ou preventivas e na teoria mista, conciliatória ou eclética. Importante ressaltar que não há como se afirmar a existência de apenas uma teoria absoluta ou uma teoria relativa, dado que os defensores destas divergiram quanto ao fundamento de suas posições.

#### 3.1 Teorias das funções da pena

As teorias absolutas ou retributivistas consideram a pena como um fim em si mesma, ou seja, como um castigo, seguindo, assim, uma ideia de punição de um mal injusto através de um mal justo, como esclarece Claus Roxin, citado por Rogério Greco:

“A teoria da retribuição não encontra o sentido da pena na perspectiva de algum fim socialmente útil, senão em que mediante a imposição de um mal merecidamente se retribui, equilibra e expia a culpabilidade do autor pelo fato cometido. Se fala aqui de uma teoria ‘absoluta’ porque para ela o fim da pena é independente, ‘desvinculado’ de seu efeito social. A concepção da pena como retribuição compensatória realmente já é conhecida desde a antiguidade e permanece viva na consciência dos profanos com uma certa naturalidade: a pena deve ser justa e isso pressupõe que se corresponda em sua duração e intensidade com a gravidade do delito, que o compense”. (ROXIN, 1997 p.81-82, *apud* GRECO, 2016, p. 585).

Para as teorias em exame, a pena se justifica nela própria, não tendo resultados a serem alcançados, já que ela não seria um meio, mas um fim em si mesma. A pena, portanto, seria retribuição, compensação, como orientam Luiz Flavio Gomes e Antonio García-Pablos de Molina:

“(…) para as teorias absolutas, a pena só pode se justificar por razões de justiça ou de necessidade moral; é concebida como retribuição divina, moral ou jurídica; não interessa se a pena, ademais, cumpre outros fins, que seriam alheios à sua essência”. (GOMES e MOLINA, 2009, p. 464).

Os mesmos autores antes mencionados esclarecem que tanto Kant quanto Hegel foram defensores de teorias absolutas, embora com fundamentos diversos.

Para Kant a pena derivaria de um imperativo categórico, de um mandamento de justiça.

“A pena é um fim em si mesma; deve ser imposta porque se cometeu um delito, embora sua imposição não apresente nenhum proveito nem para o condenado nem para a comunidade; (...)” (*Ibid.*, 2009, p. 465).

Já para Hegel, o delito seria a negação de uma vontade geral, pelo que a pena, por sua vez, seria a negação da negação, ou seja, a reafirmação do ordenamento jurídico por meio da negação da vontade do particular, do criminoso.

“A pena não alude a um ‘bem’ nem a um ‘mal’, senão à dialética ‘injusto-justiça’. A pena é a restauração ideal da ordem jurídica infringida, da harmonia entre a vontade geral e a particular”. (*Ibid.*, 2009, p. 465).

O propósito compensatório das teorias absolutas não pode ser aferido empiricamente, estando elas atreladas às ideias de vingança e de repressão, tampouco se mostra possível afirmar que a pena seja a única forma de se restaurar a ordem social.

As teorias relativas ou preventivas preponderaram nos séculos XIX e XX e se baseiam na necessidade social de prevenir novos delitos. Duas são as suas diretrizes: as da prevenção geral (negativa e positiva) e as da prevenção especial (negativa e positiva).

A diretriz de prevenção geral divide-se em positiva e negativa. A prevenção geral negativa trabalha com a ideia de que a punição de um infrator representaria uma ameaça aos indivíduos em geral, que se sentiriam intimados a cometer crimes. Trata-se de uma coação psicológica. Há uma intimidação às pessoas através da ameaça da pena, como destaca Juarez Cirino dos Santos:

Na forma tradicional de intimação penal, expressa na célebre teoria da coação psicológica de FEUERBACH (1775-1833), representa a dimensão negativa da prevenção geral: o Estado espera desestimular pessoas de praticarem crimes pela ameaça de pena. (SANTOS, 2006, p.459).

Segundo Juarez Cirino dos Santos, no que tange à prevenção geral positiva, a moderna doutrina se dividiria na indicação de sua finalidade, uma vez que Claus Roxin defende que esta consistiria na proteção dos bens jurídicos, como se destaca:

Por exemplo, autores como ROXIN assumem a natureza relativa da prevenção geral positiva, concebido como uma *função* no contexto de outras funções *declaradas* ou *manifestas* atribuídas à pena criminal, cuja legitimação consiste no objetivo de *proteção de bens jurídicos*, de natureza *subsidiária*, porque existem outros meios mais

efetivos de proteção, e de natureza fragmentária porque realiza proteção parcial dos bens jurídicos selecionados. (Ibid., 2006, p.460).

Ainda segundo o mesmo autor, a finalidade da pena para Gunther Jakobs seria a reafirmação da norma penal violada, como se observa:

Ao contrário, Jakobs absolutiza a função de prevenção geral positiva, concebida como teoria totalizadora da pena criminal, que concentra as funções declaradas ou manifestas de intimidação, de correção, de neutralização e de retribuição atribuídas à pena criminal pelo discurso punitivo. (Ibid., 2006, p.461).

A prevenção especial também pode ser vista no aspecto positivo ou negativo. A prevenção especial negativa trabalha com a ideia de que o infrator ao cumprir uma pena ficaria impossibilitado de cometer crimes enquanto estivesse no seu período de execução penal, assim, tendo sua periculosidade neutralizada. Por sua vez, a prevenção especial positiva volta-se para a recuperação do criminoso, de forma que possa ser reinserido na sociedade.

A execução do programa de prevenção especial ocorreria em duas dimensões simultâneas, pelas quais o Estado espera evitar crimes futuros do criminoso: por um lado, a prevenção especial negativa de segurança social através da neutralização (ou da inocuização) do criminoso, consistente na incapacitação do preso para praticar novos crimes contra a coletividade social durante a execução da pena; por outro lado, a prevenção especial positiva de correção (ou de ressocialização, ou de reeducação etc) do criminoso, realizada pelo trabalho de psicólogos, sociólogos, assistentes sociais e outros funcionários da ortopedia moral do estabelecimento penitenciário, durante a execução da pena - segundo outra fórmula antiga: *punitur, ne peccetur*). (Ibid., 2006, p.457).

Por fim, para as chamadas teorias “mistas” ou de “união”, a pena estatal não estaria exclusivamente justificada pela função retributiva, como afirmam as teorias absolutas, tampouco pela prevenção de futuros delitos, como afirmam as teorias relativas, mas, sim, pelo conjunto das duas teorias, possuindo então ambas as justificativas, a retribuição e a prevenção.

As teorias mistas ou unificadoras tentam agrupar em um conceito único os fins da pena. (...) As teorias unificadoras partem da crítica às soluções monistas, ou seja, às teses sustentadas pelas teorias absoluta ou relativa da pena. Sustentam que essa unidimensionalidade em um ou outro sentido, mostra-se formalista e incapaz de abranger a complexidade dos fenômenos sociais que interessam ao direito penal, com consequências graves para a segurança e os direitos fundamentais do homem. (BITENCOURT, 2016, p.155).

Insta salientar que o artigo 59 do Código Penal (*o juiz, atendendo à culpabilidade, ... estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime...*) revela a adoção pelo nosso ordenamento jurídico das teorias mistas, dado que a reprovação (retribuição) e a prevenção do crime são finalidades da pena expressamente destacadas na lei.

### **3.2 A proposta de ressocialização do condenado**

O discurso do Direito Penal é no sentido de que a pena seria capaz de ressocializar o condenado. Contudo, é inegável que, ao observar a realidade, este discurso mostra-se ineficaz, diante dos inúmeros casos de reincidência, sobretudo na realidade brasileira.

Toda a doutrina brasileira destaca a ineficácia do sistema prisional, não havendo dúvidas de que ele não é capaz de ressocializar ninguém. Justamente por isso, o PSOL - Partido Socialismo e Liberdade - ajuizou ação perante o Supremo Tribunal Federal (ADPF nº 347/DF), no âmbito da qual foi reconhecido o Estado de Coisas Inconstitucional, por decisão do plenário tomada no dia 09 de setembro de 2015. Ao deferir a liminar, o STF proibiu o Poder Executivo de contingenciar os valores disponíveis do FUNPEN; e determinou aos Juízes e Tribunais que passem a realizar audiências de custódia para viabilizar o comparecimento **do réu** à autoridade judiciária, num prazo de até 24 horas. A partir desta decisão, foram regulamentadas as audiências de custódias. Certo é que nenhuma decisão liminar como a antes referida teria cabimento diante de um sistema prisional eficiente.

Cabe ressaltar que a função ressocializadora da pena está positivada no art. 10 da Lei de Execução Penal – LEP. Todavia, embora seja recorrente encontrar críticas ao Estado no desempenho de sua função ressocializadora, há algumas questões passíveis de críticas. Primeiramente, questiona-se se o dever de ressocialização caberia somente ao Estado. E, ainda, em que consistiria efetivamente ressocializar alguém, até porque, num Estado Democrático de Direito, não haveria respaldo legal para se impor a alguém a ressocialização.

Não há dúvidas de que os altos índices de reincidência revelam o fracasso do sistema prisional quanto ao seu propósito ressocializador, no entanto, é imperioso reconhecer que o Estado, ainda que assegurando aos condenados um sistema prisional mais digno, não teria sozinho o condão de alcançar a ressocialização, sem o apoio da família e do próprio condenado. Ademais, como impor a alguém um padrão de comportamento desejável pela sociedade, se este não for o seu propósito? É possível que tenhamos que aceitar que existam aqueles que simplesmente não querem deixar o mundo do crime, estando disposto a arcar com as consequências legais.

## 4 A REINCIDÊNCIA COMO REGRA E NÃO EXCEÇÃO NO BRASIL

### 4.1 Os índices de reincidência no Brasil

Bastante controversas são as informações sobre os números relativos à reincidência no Brasil. Não há dados tão seguros assim, para possibilitar um exame sobre o percentual dos casos de reincidência. É comum se mencionar que a reincidência alcançaria de 70% a 80% dos casos, mas através do relatório do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada, concluído no ano de 2015, se constata que os números não são efetivamente precisos, embora eles existam e, justamente por isso, não podem ser ignorados.

O relatório final da Comissão Parlamentar de Inquérito (CPI) do sistema carcerário, por exemplo, divulgou em 2008 que a taxa de reincidência dos detentos em relação ao crime chegava a 70% ou 80% conforme a Unidade da Federação (UF). Entretanto, a CPI não produziu pesquisa que pudesse avaliar a veracidade deste número e baseou boa parte de suas conclusões nos dados informados pelos presídios. (IPEA, 2015).

Não há dúvidas, porém, que o número de presos no Brasil vem crescendo cada vez mais. Em contrapartida, não se criam mais vagas em estabelecimentos prisionais, à medida que não se constroem os estabelecimentos prisionais que se fazem necessários para evitar um dos maiores problemas relacionados ao sistema prisional, qual seja, a superpopulação.



Fonte: Anuários Estatísticos do IBGE (1939-1940, 1950, 1961, 1972, 1981, 1983 e 1992); Depen; Anuário do Fórum Brasileiro de Segurança Pública (Brasil, 2011).

### Pessoas privadas de liberdade no Brasil em junho de 2016<sup>8</sup>

Brasil - Junho de 2016	
<b>População prisional</b>	<b>726.712</b>
Sistema Penitenciário	689.510
Secretarias de Segurança/ Carceragens de delegacias	36.765
Sistema Penitenciário Federal	437
<b>Vagas</b>	<b>368.049</b>
<b>Déficit de vagas</b>	<b>358.663</b>
<b>Taxa de ocupação</b>	<b>197,4%</b>
<b>Taxa de aprisionamento</b>	<b>352,6</b>

Fonte: Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias - Infopen, Junho/2016. Secretaria Nacional de Segurança Pública, Junho/2016; Fórum Brasileiro de Segurança Pública, dezembro/2015; IBGE, 2016.

Há registros de algumas pesquisas empíricas realizadas sobre o tema, pelas quais se pode observar números conclusivos muito diversos, até mesmo em função do conceito adotado para a reincidência. É que este conceito pode ser correlacionado à lei, tratando-se, portanto, de reincidência penal, bem como pode ser relacionado ao sistema prisional propriamente dito, considerando-se como reincidência somente aqueles casos em que o indivíduo voltasse a delinquir após passar pelo sistema prisional. Esta seria a reincidência penitenciária. Ademais, também a diferenciação do espaço delimitado para cada pesquisa pode justificar conclusões bem diversas.

Por mais que sejam diversas as interpretações numéricas quanto ao tema reincidência, não há como negar que as pessoas que se envolvem em crimes, especialmente aquelas que se enquadram no perfil mais comum de criminoso, pessoas pobres, negras e sem escolaridade, são réus em mais de um processo ou já foram condenadas anteriormente.

O quadro abaixo apresenta dados sobre as temáticas antes destacadas.

### Principais pesquisas nacionais sobre reincidência

Autor	Título	Conceito de reincidência utilizado na pesquisa	Taxa de reincidência
Sérgio Adorno; Eliana Bordini	<i>A Prisão sob a Ótica de seus Protagonistas: itinerário de uma pesquisa.</i>	Reincidência criminal – mais de um crime, condenação em dois deles, independentemente dos cinco anos.	São Paulo: 29,34%.
Sérgio Adorno; Eliana Bordini	<i>Reincidência e Reincidentes Penitenciários em São Paulo (1974-1985).</i>	Reincidência penitenciária – reingresso no sistema penitenciário para cumprir pena ou medida de segurança.	São Paulo: 46,3%.
Julita Lemgruber	<i>Reincidência e Reincidentes Penitenciários no Sistema Penal do Estado do Rio de Janeiro.</i>	Reincidência penitenciária – reingresso no sistema penitenciário para cumprir pena ou medida de segurança. Segundo a autora: “compreende reincidente penitenciário como quem tendo cumprido (tal) pena ou (tal) medida de segurança, veio a ser novamente recolhido a estabelecimento penal para cumprir nova pena ou medida de segurança” (Lemgruber, 1989, p. 45).	Rio de Janeiro: 30,7%.
Túlio Kahn	<i>Além das Grades: radiografia e alternativas ao sistema prisional.</i>	Reincidência penal – nova condenação, mas não necessariamente para cumprimento de pena de prisão. Segundo Kahn, pode-se assumir que nos casos de crimes mais graves os conceitos de reincidência penal e reincidência penitenciária medem basicamente as mesmas coisas, uma vez que crimes graves quase sempre são punidos com prisão.	São Paulo: 50%, em 1994; 45,2%, em 1995; 47%, em 1996; na década de 1970, a taxa não passou de 32%.
Depen	Dados de 2001 para Brasil e de 2006 para Minas Gerais, Alagoas, Pernambuco e Rio de Janeiro.	Reincidência penitenciária – considerando presos condenados e provisórios com passagem anterior no sistema prisional.	Brasil: 70%; e Minas Gerais, Alagoas, Pernambuco e Rio de Janeiro: 55,15%.

Fonte: Pesquisa Ipea/CNJ, 2013 (revisão bibliográfica).  
Elaboração dos autores.

Embora não se tenham dados estatísticos seguros, como antes afirmado, não há dúvidas de que é elevado o número de pessoas que se envolvem em mais de um crime, ensejando que elas venham a se inserir na condição de reincidentes ou de portadores de maus antecedentes criminais, o que traz preocupações quanto à forma pela qual se deve enfrentar um problema tão complexo, que é de interesse de toda a coletividade.

#### 4.2 A efetiva colaboração do sistema prisional para a reincidência

“A prisão é a escola do crime” é uma frase muito comum de se ouvir no dia a dia do cidadão brasileiro, porém, é preciso refletir sobre as razões pelas quais este pensamento é tão forte em nossa sociedade. Isto acontece principalmente pelos altos números de reincidência ao redor do globo que ocorrem, a uma certa medida, pela falha do sistema prisional em ressocializar o indivíduo, e muitas vezes, tendo o efeito contrário de aumentar ainda mais a periculosidade do apenado. Essa percepção negativa do recém liberto também se dá pela estigmatização (*labeling approach*), que o condenado sofre ao tentar, muitas vezes, sem sucesso, se reintegrar na sociedade. Seguindo esta linha, Cesar Roberto Bittencourt se posiciona:



(...) É inquestionável que a delinquência não diminui em toda América Latina e que o sistema penitenciário tradicional não consegue reabilitar ninguém, ao contrário, constitui uma realidade violenta e opressora e serve apenas para reforçar os valores negativos do condenado. A prisão exerce, não se pode negar, forte influência no fracasso do tratamento do recluso. É impossível pretender recuperar alguém para recuperar alguém para vida em liberdade em condições de não liberdade. Com efeito, os resultados obtidos com a aplicação da pena privativa de liberdade são sob todos os aspectos desalentadores.

A prisão, em vez de conter a delinquência, tem-lhe servido de estímulo convertendo-se em um instrumento que oportuniza toda espécie de desumanidades. (BITENCOURT, 2016, p. 600)

Segundo Bitencourt (2016), as causas responsáveis pelos índices de reincidência não são estudadas cientificamente. Assim, fica impossível precisar sobre o fator que torna a prisão um ambiente com tantos efeitos criminógenos, podendo ser possíveis apenas apontar fatores que podem contribuir para este ambiente, entre eles a superpopulação prisional e as organizações criminosas que atuam dentro da prisão. Contudo, apesar destes fatores, tem-se procurado ao longo do tempo atribuir a culpa exclusivamente ao condenado por eventual reincidência, ignorando o fato de que é impossível ingressar no sistema penitenciário e não sair de lá pior do que entrou, indicando um problema complexo e sistêmico que necessita atuação de diversos setores. Com isso, derruba-se a falácia de que a culpa pela reincidência seja exclusivamente do condenado.

Não há dúvidas de que o sistema punitivo não alcança um de seus principais objetivos, que é o de prevenir delitos, realizando exatamente o oposto, ou seja, aumentando a ocorrência de delitos, por aumentar a periculosidade dos condenados.

O condenado sofre, além dos estigmas tradicionais como sua cor, idade, condição sócio-econômica, o poderoso estigma da reincidência, cujos efeitos atingem o mercado de trabalho, o relacionamento social e familiar, e até mesmo gerando restrições para o caso de voltar à prática criminosa, dado que sobre os reincidentes, o sistema punitivo é bastante rigoroso, impedindo-o de obter benefícios que evitam o cárcere (substituição e suspensão condicional da pena), bem como regime prisional mais benéfico.

Apesar da função ressocializadora da pena estar garantida no artigo 10 da LEP - Lei de Execução Penal, ela se mostra extremamente ineficaz e funcionando apenas como letra morta da lei. Pode-se afirmar que a reincidência é a prova de que o estado falhou em ressocializar o indivíduo, especialmente porque o Poder Público não oferece apoio para a reintegração de um condenado no meio social, quando o apenado termina de cumprir a sua pena. Em função disso, Juarez Cirino dos Santos defende a existência de duas modalidades de reincidência: a ficta e a

real, configurando-se a primeira quando o agente tivesse contra si uma condenação transitada em julgado anteriormente à prática de uma segunda infração penal, mas não se desse a inserção do condenado no sistema prisional, e configurando-se a segunda quando o condenado efetivamente tivesse sido recolhido em estabelecimento prisional para o cumprimento de pena privativa de liberdade. A primeira, segundo o referido autor, seria um indiferente penal e a segunda deveria ser uma atenuante.

O reconhecimento oficial da “ação criminógena” do cárcere (EM, n.26), demonstrada pela pesquisa criminológica universal, exige redefinição do conceito de *reincidência criminal*, excluindo a hipótese formal irrelevante da *reincidência ficta*, incapaz de indicar a indefinível *presunção de periculosidade*, e definindo a situação concreta relevante da *reincidência real* como produto da ação criminógena da execução da pena (e do processo de criminalização) sobre o condenado, por falha do projeto *técnico-corretivo* da prisão. A questão é simples: se a prevenção especial positiva de correção do condenado é ineficaz, e se a prevenção especial negativa de neutralização do condenado funciona, realmente, como prisionalização deformadora da personalidade do condenado, então a reincidência real não pode constituir circunstância agravante.

É necessário reconhecer: a) se o novo crime é cometido após a passagem do agente pelo *sistema formal* de controle social, com *efetivo cumprimento* da pena criminal, o processo de deformação e embrutecimento pessoal do sistema penitenciário *deveria* induzir o legislador a incluir a *reincidência real* entre as *circunstâncias atenuantes* como produto específico da atuação deficiente e predatória do Estado sobre sujeitos criminalizados; b) se o novo crime é cometido após 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, nenhum das hipóteses de *reincidência real* ou de *reincidência ficta* indica situação de *rebeldia* contra a ordem social garantida pelo Direito Penal: a *reincidência real* deveria ser *circunstância atenuante* e a *reincidência ficta* é, de fato, um *indiferente penal*. (SANTOS, 2006, p. 569/570).

Embora não se possa negar que o Poder Público tem um relevante papel no propósito de ressocialização dos condenados, não se mostra razoável impor tal função apenas ao Estado, uma vez que a complexidade das relações sociais exigem que a sociedade, a família e o próprio condenado também contribuam para tal finalidade, valendo salientar que até mesmo o conceito de ressocialização não se revela único, não se podendo impor a uma pessoa um padrão de comportamento que não lhe interesse assumir. Em sendo assim, a tese de que a reincidência real seja tida como atenuante da pena não se justifica, devendo se tomar ambas as modalidades de reincidência como indiferentes penais.

## 5 CONSTITUIÇÃO E REINCIDÊNCIA. GARANTIAS CONSTITUCIONAIS

### 5.1 Problema da conceituação e da eternização dos maus antecedentes.

O legislador penal menciona a necessidade de aferição dos antecedentes de um réu, quando da prolação de uma sentença penal condenatória, no artigo 59 do Código Penal, contudo, não esclarece em nenhum momento o conceito de tais antecedentes. Com isso, instauraram-se controvérsias sobre quais seriam estes antecedentes a serem considerados, como se observa das orientações prestadas por Luiz Flávio Gomes e Antonio Garcia-Pablos de Molina:

Sobre o conceito de maus antecedentes existem duas correntes:

1. A primeira (inconstitucional) considera antecedente qualquer envolvimento do agente com algum inquérito ou ação penal; de acordo com essa primeira orientação processo em andamento configuraria maus antecedentes. Isso é, claramente, inconstitucional. É fruto da incidência direta do poder punitivo estatal não depurado, não da aplicação do (verdadeiro) Direito penal. (...)
2. A segunda (constitucional) considera maus antecedentes apenas as condenações passadas da vida do agente, que constam da sua 'folha corrida' e já não geram reincidência. (...) Essa segunda corrente é a adequada ao Estado constitucional e humanista de Direito. (GOMES e MOLINA, 2009, p. 515).

Prevalece na doutrina e na jurisprudência, como antes destacado, que somente condenações com trânsito em julgado poderiam ensejar maus antecedentes criminais, não sendo possível considerar para isso o fato de o réu responder a processos criminais ou a inquéritos policiais. Sobre o tema, há orientação do Superior Tribunal de Justiça já consignado na súmula nº 444, que enuncia: “É vedada a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena-base”.

É comum, ademais, encontrar na doutrina a menção de que um réu teria maus antecedentes criminais sempre que tivesse contra si condenações transitadas em julgado que não se encaixam no conceito de reincidência. Sobre o tema Luiz Regis Prado afirma:

Na atualidade, sob a égide da Constituição de 1988, e da concepção de Estado democrático e social de Direito nela consagrado, a presente circunstância judicial resta esvaziada, haja vista que se alcança a primariedade novamente após o decurso do prazo de cinco anos posteriores (art. 64, CP) ao cumprimento da sanção, sendo o réu considerado tecnicamente primário. Assim, ficam restritos os denominados 'maus antecedentes' às condenações que ultrapassem o citado lapso temporal de cinco anos. (PRADO, 2018, p.712).

O entendimento de que os maus antecedentes criminais seriam as condenações com trânsito em julgado que não atendessem às exigências do conceito legal de reincidência resultaria na eternização do rótulo de maus antecedentes de uma pessoa. Assim, mesmo que o período depurador (cinco anos) que existe para afastar a condição de reincidente de um réu viesse a transcorrer, ele poderia ser considerado portador de maus antecedentes criminais, mesmo que muitos anos tivessem se passado desde a extinção de uma pena.

Não parece adequado, à luz dos princípios constitucionais, especialmente os princípios da proporcionalidade e da dignidade da pessoa humana, a adoção do aludido entendimento.

Nota-se que os antecedentes, além de fornecer uma graduação à pena decorrente do histórico de vida do acusado, representam um gravame penalógico eternizado, em total afronta aos princípios constitucionais referidos (princípio da racionalidade e da humanidade das penas). Assim, cremos urgente instituir sua temporalidade, fixando um prazo determinado para a produção dos efeitos impostos pela lei penal. O recurso à analogia permite-nos limitar o prazo de incidência dos antecedentes no marco dos cinco anos - delimitação temporal da reincidência - visto ser a única orientação permitida pela sistemática do Código Penal. (CARVALHO e CARVALHO, 2004, p. 52)

A questão é objeto de debate no âmbito dos tribunais superiores, mas não há uma orientação única. O Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça não adotam um mesmo posicionamento, haja vista que o primeiro já afirmou que, após o período depurador da reincidência, não será possível considerar a condenação anterior como maus antecedentes (STF, 2º Turma. HC 126315/SP. Relator Ministro Gilmar Mendes. Julgado em 15/09/2015), enquanto para o segundo, mesmo após o período depurador, ainda será possível considerar a condenação anterior como maus antecedentes criminais (STJ. 5ª Turma. AgRg no HC 323.661/MS. Relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca. Julgado em 01/09/2015).

O Supremo Tribunal Federal, recentemente, quando do julgamento do RE 593818, em agosto do ano em curso, retomou o debate, o qual não foi concluído, por ter o Ministro Marco Aurélio pedido vista dos autos. O Relator do recurso extraordinário, Ministro Luiz Roberto Barroso, contrariando entendimentos já adotados em julgamentos anteriores pela Corte Superior, votou no sentido de que o período depurador da reincidência não tem aplicação no instituto dos maus antecedentes criminais.

Outro aspecto relacionado ao tema diz respeito à possibilidade de ser um réu considerado simultaneamente como portador de maus antecedentes e reincidente em função do

fato de ter contra si uma única condenação anterior transitada em julgado. Também esta questão chegou ao Superior Tribunal de Justiça, que aprovou o entendimento consignado no enunciado da súmula 241: “A reincidência penal não pode ser considerada como circunstância agravante e, simultaneamente, como circunstância judicial”.

Diante das controvérsias, mas considerando os entendimentos consagrados nos tribunais superiores, especialmente no Supremo Tribunal Federal, tem-se que os antecedentes criminais somente podem se configurar diante de condenações anteriores com trânsito em julgado, as quais não possam se enquadrar no conceito de reincidência, no entanto, não há definição quanto à perpetuidade ou não dos maus antecedentes criminais. Contudo, caso venha a prevalecer no Supremo Tribunal Federal a tese a eternização dos maus antecedentes criminais, não se pode negar que o réu estaria para sempre rotulado como um delinquente, o que se mostra inconstitucional à medida que afrontaria o próprio princípio da dignidade da pessoa humana.

Por fim, uma única condenação anterior transitada em julgado não poderia prejudicar o réu duas vezes, dado que isto desprezaria o princípio do *non bis in idem*. Por conseguinte, somente é possível considerar um réu reincidente e portador de maus antecedentes criminais se ele tiver contra si mais de uma sentença/acórdão penal condenatório com trânsito em julgado.

## **5.2 Direito penal do autor x direito penal do fato**

De acordo com o finalismo penal, a culpabilidade é composta por três elementos de natureza normativa, quais sejam: a imputabilidade, o potencial conhecimento da ilicitude e a exigibilidade de conduta diversa, como explica Juarez Cirino dos Santos:

O juízo de reprovação de culpabilidade tem por objeto a realização não justificada do tipo de injusto por fundamento (a) a imputabilidade, como conjunto de condições pessoais mínimas que capacitam o sujeito a saber o que faz, excluída em hipóteses de menoridade ou de doenças e anomalias mentais incapacitantes, (b) a consciência da antijuridicidade, como conhecimento concreto do valor que permite ao autor imputável saber, realmente, o que faz, excluída ou reduzida em casos de erro de proibição e (c) a exigibilidade de conduta diversa, como expressão de normalidade das circunstâncias do fato e indicação de que o autor tinha o per de não fazer o que fez, excluído ou reduzido nas situações de exculpação. (SANTOS, 2006, p. 273).

Na análise da culpabilidade, à luz de um estado democrático de direito, é preciso considerar a conduta praticada pelo réu e não o réu enquanto pessoa. Há de se julgar, portanto, o fato e não a pessoa que o praticou. Esta orientação se liga àquilo que a doutrina intitula direito penal do fato. No entanto, ao examinar os dispositivos legais relativos ao tema culpabilidade, é

possível encontrar resquícios de um pensamento denominado direito penal do autor, ou direito penal da periculosidade, pelo qual a pessoa do criminoso é que haveria de ser avaliado no que tange ao exame da culpabilidade. Sobre o assunto orientam Luiz Flávio Gomes e Antonio García-Pablos de Molina:

Culpabilidade de autor ou culpabilidade do fato? A locução culpabilidade de autor está vinculada com o chamado Direito penal de autor (que significa punir o agente exclusivamente pelo que ele é, não pelo que ele fez; o nazismo retratou historicamente esse tipo de Direito penal). Culpabilidade de autor é a que recai sobre seu caráter, sobre a personalidade do agente ou sobre “condução de vida”. Por seu turno, a culpabilidade do fato está atrelada com o Direito penal do fato, que implica punir o agente pelo fato praticado.

A culpabilidade de autor retrata um Direito penal subjetivista (prevencionista, da periculosidade). A culpabilidade do fato espelha um Direito penal objetivista (cada um responde pelo que faz, não pelo que é). (GOMES e MOLINA, 2009, p. 411).

Para a realização da dosimetria da pena privativa de liberdade, estabelece o Código Penal, em seu artigo 59, que o juiz deve considerar a conduta social e a personalidade do réu. Percebe-se que estas informações estão muito mais ligadas à análise da pessoa do autor do que ao fato por ele praticado, o que evidencia que o ordenamento jurídico brasileiro apresenta resquícios do direito penal do autor.

Certo é que, na essência, embora o exame da culpabilidade implique na análise da reprovabilidade da conduta criminosa do autor, deve-se considerar apenas as circunstâncias do fato, pelo que se revelam inadequadas, a partir das determinações constitucionais, que as informações de natureza pessoal do agente interfiram na determinação da pena.

### **5.3 O aumento da pena pela reincidência e pelos maus antecedentes. Dupla punição?**

O reconhecimento da condição de reincidente de um réu ou mesmo a sua condição de portador de maus antecedentes enseja um questionamento sobre a possibilidade de dupla punição, dado que, com o acréscimo na pena decorrente da condição de reincidente ou da condição de portador de maus antecedentes, poderia se afirmar que o réu estaria sendo punido duas vezes pelo crime praticado preteritamente, uma vez que já fora punido anteriormente por ele, mas receberia uma nova pena (na verdade, um acréscimo na pena por ocasião da condenação pela segunda infração penal) em função do delito antes praticado, o que poderia ser

tomada como uma afronta ao princípio do *non bis in idem*. Este é o posicionamento adotado por Eugenio Raúl Zaffaroni e José Henrique Pierangeli:

“A reincidência apresenta um sério inconveniente desde o século passado: em toda agravação da pena pela reincidência existe uma violação do princípio *non bis in idem*. A pena maior que se impõe na condenação pelo segundo delito decorre do primeiro, pela qual a pessoa já havia sido julgada e condenada. Pode-se argumentar que a maior pena do segundo delito não tem seu fundamento no primeiro, e sim na condenação anterior, mas isto não passa de um jogo de palavras, uma vez que a condenação anterior decorre de um delito, e é uma consequência jurídica do mesmo. E, ao obrigar a produzir seus efeitos num novo julgamento, de alguma maneira se estará modificando as consequências jurídicas de um delito anterior”. (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2002, p. 609).

A destacada tese, porém, não prevaleceu na doutrina e na jurisprudência brasileiras. Majoritariamente, a doutrina penal considera válido o instituto da reincidência, como se observa:

“Como observou Manzini, a repetição de uma conduta proibida após uma condenação por fato anterior demonstra que o indivíduo não correspondeu às expectativas decorrentes da aplicação da pena, persistindo sua disposição antissocial. O festejado professor italiano reconhece que a reincidência não aumenta a gravidade objetiva do delito; contudo, defende ele que o instituto serve para qualificar como mais criminosa a personalidade de seu autor. Sob esta concepção, a reincidência estaria relacionada com o elemento subjetivo do condenado e produziria reflexos no exame da imputabilidade. A adoção desse posicionamento revela que a censurabilidade da culpabilidade valoriza com maior prioridade a pessoa do delinquente do que o fato que este cometeu”. (GALVÃO, 2013, p. 748).

“A prática de uma nova infração penal, com a caracterização da reincidência (também chamada recidiva), revela o não cumprimento da pena quanto às suas finalidades. Falhou na tarefa retributiva, pois o condenado não se atemorizou suficientemente com o castigo, ao ponto de descumprir novamente a lei penal, suportando o risco de ser mais uma vez privado de sua liberdade ou de seus bens. A pena mostrou-se insuficiente, justificando uma nova punição, agora mais grave”. (MASSON, 2009, p. 599).

O tema da constitucionalidade do instituto da reincidência foi, inclusive, objeto de avaliação pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, que o considerou constitucional, como se destaca:

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. (RE 453000, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 04/04/2013, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-194 DIVULG 02-10-2013 PUBLIC 03-10-2013)

O Plenário do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE 453.000/RS, Rel. Min. Marco Aurélio, julgado em 04/04/2013, cuja repercussão geral foi reconhecida, decidiu, por unanimidade, que o instituto da reincidência, previsto no art. 61, I, do

Código Penal, não ofende os princípios do non bis idem e da individualização da pena (art. 5º, XXXVI e XLVI, CF). (NUCCI, 2014, p.207).

Em que pese ser recorrente a alegação da tese da maior periculosidade do reincidente, Zaffaroni e Pierangeli ponderam sobre a validade deste argumento, afirmando: "nada faz presumir ser mais provável que venha a praticar um delito de emissão de cheque sem provisão de fundos, quem antes causou um homicídio culposo com seu veículo, do que aquele que nada fez até então". (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2002, p. 610).

Embora merecedora de críticas, a reincidência, em conformidade com a legislação brasileira, faz inserir o condenado em um rigoroso sistema punitivo, que inclui diversos efeitos, como destacam Luiz Flávio Gomes e Antonio García-Pablos de Molina.

Efeitos da reincidência no Brasil: (a) é circunstância agravante (CP, art.61, I); (b) no concurso entre agravantes e atenuantes, é circunstância que prepondera (CP, art. 67; (c) impede a concessão do sursis quando se trata de reincidente em crime doloso; (d) aumenta o prazo de cumprimento da pena para a obtenção do livramento condicional; (e) interrompe a prescrição da pretensão executória; (f) interfere na fixação do regime inicial do cumprimento da pena; (g) é causa de revogação da reabilitação; (h) aumenta em um terço o prazo de a prescrição da pretensão executória (...). (GOMES e MOLINA.2009, p. 526).

Mesmo que os tribunais superiores já tenham firmado posicionamento no sentido de considerar o instituto da reincidência como constitucional, não se pode deixar de ter uma visão crítica sobre o tema, aliás de grande complexidade, procurando sempre renovar os debates periodicamente, de forma a se aprimorar cada vez mais o direito, sem engessar o pensamento jurídico.



## 6 CONCLUSÃO

Com a presente pesquisa, percebeu-se que a vida pretérita de um condenado é motivo que, à luz da legislação penal brasileira, autoriza o aumento da pena a ser concretizada, dado que possibilita que a pena base seja fixada acima do mínimo legal, tomando-se como desfavorável a circunstância judicial consistente nos antecedentes criminais do réu, bem como que, na segunda fase da dosimetria da pena, seja esta agravada, pela configuração da reincidência. Não bastasse esta interferência no cálculo da pena, as referidas informações têm o condão de negar benefícios ao réu, impondo-lhe formas de cumprimento de pena mais rigorosas.

Embora seja indubitoso que a legislação afeta aos temas se revele com resquícios do chamado direito penal do autor, afastando-se do direito penal do fato, mais adequado a um estado democrático de direito, o Supremo Tribunal Federal teve a oportunidade de examinar a matéria, decidindo por unanimidade pela constitucionalidade do instituto da reincidência.

Ainda que legal e legitimado pelos tribunais superiores, certo é que o instituto da reincidência é complexo, que se mostra contraditório com o discurso oficial sobre as finalidades da pena, especialmente no que tange à ressocialização, pois a sua aplicação importa em se atribuir unicamente ao condenado o dever de ressocialização, como se o Estado não tivesse nenhuma obrigação neste sentido. Assim é porque o Estado que não ressocializa não sofre nenhum tipo de sanção por isso, mas o condenado que não se ressocializa recebe sanções posteriores muito mais rigorosas. Notam-se discursos oficiais contraditórios, pois o mesmo Estado que anuncia o seu poder de ressocialização por meio do cumprimento da pena, pune com mais rigor o condenado que não se ressocializa, mostrando esta condição de não ressocializado em função da prática de novas infrações penais. É como se o Estado desse ao condenado todas as condições para que ele se ressocializasse e, se voltasse a delinquir, é porque não aproveitou as oportunidades que lhe foram dadas.

Não me parece que o princípio constitucional do *non bis in idem* respalde a existência do instituto da reincidência como agravante de pena, à medida que o instituto enseja efetivamente a dupla punição, o mesmo ocorrendo em relação à circunstância judicial concernente aos maus antecedentes criminais.

No que tange ao princípio da individualização da pena, tenho que a reincidência e os maus antecedentes devem mesmo fazer parte de um olhar individualizado a ser dispensado ao condenado, não apenas no momento da dosimetria de sua pena, mas especialmente ao longo da

execução penal. Contudo, tal princípio não impõe que a pena seja maior ou que benefícios sejam negados em função dos aludidos institutos, mas sim que o Estado dedique a este condenado reincidente ou portador de maus antecedentes, maior atenção psicossocial justamente em função desta condição, objetivando tornar o seu processo de ressocialização mais eficaz. Assim sendo, a reincidência e os maus antecedentes criminais, a partir da visão de que a ressocialização é um dever do Estado, embora não somente dele, mas também da sociedade, da família e do próprio condenado, redundaria somente na anotação da condição de reincidente ou portador de maus antecedentes do condenado, possibilitando que os agentes públicos que o acompanhassem, especialmente a equipe técnica, atuasse de forma mais cuidadosa, mais aprofundada, realizasse mais atividades sociais, educacionais, assistenciais, familiares, psicológicas enfim, para que a ressocialização fosse mais efetiva.

Assim sendo, tanto a reincidência real como a ficta, partindo da classificação sugerida pelo professor Juarez Cirino dos Santos, deveriam ser consideradas irrelevantes penais, não ensejando agravamento ou atenuação da pena. Não se pode culpar exclusivamente o Estado pela reincidência, de forma que torná-la uma atenuante, como sugere o autor, não seria adequado, pois a questão da ressocialização exige a atuação do Estado em conjunto com a sociedade e com o próprio condenado. Em contrapartida, a configuração da reincidência como agravante não sanciona o Estado pelas suas falhas no desempenho de seu papel na ressocialização penal, sancionando apenas o réu que não se ressocializou.

Um Estado que se reconhece falho perante um condenado reincidente ou portador de maus antecedentes, que assume a coculpabilidade nesta situação, não se limitaria a impor ao condenado penas maiores em função de sua vida pretérita, pois esta postura é condizente com a de alguém que não se responsabiliza pela reincidência, devendo sim agir de forma proativa, conciliatória e assistencial.

Não pretendo com isso colocar a pessoa do condenado num extremo como vítima e a figura do Estado em outro como algoz, mas é preciso que a sociedade e o Estado mudem esta lamentável postura de achar que o condenado não é merecedor de direitos, especialmente quando reincidente, em função do que lhe são negados ou dificultados tantos benefícios ao longo da execução penal, até porque a existência do Estado se funda justamente no propósito de se assegurar a convivência social respeitosa entre os cidadãos, dentre os quais, vale lembrar, estão também os condenados.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal. Parte Geral.** 22º ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

BRASIL. **Código penal** (1940). 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: 30/10/2019.

BRASIL. **Lei das contravenções penais** (1941). Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3688.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3688.htm)>. Acesso em: 30/10/2019.

BRASIL, **Lei de Execução Penal** (LEP): Lei 7.210 de 11 de Julho de 1984. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L7210.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7210.htm)>. Acesso em: 30/10/2019.

CARVALHO, Amilton Bueno de; CARVALHO, Salo de. **Aplicação da pena e garantismo.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

GALVÃO, Fernando. **Direito Penal. Parte geral.** 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: Parte Geral.** 18ª ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2016.

GOMES, Luiz Flávio; MOLINA, Antonio Garcia-Pablos. **Direito Penal: Parte Geral.** Coleção Ciências Criminais. Vol 2. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

IPEA - Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. **Reincidência criminal no Brasil. Relatório de pesquisa.** Rio de Janeiro, 2015. (acesso em 06/10/2019) <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2011/02/716becd8421643340f61dfa8677e1538.pdf>)

INFOPEN - DEPEN. Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias. 2016. (acesso em 06/10/2019) [http://depen.gov.br/DEPEN/noticias-1/noticias/infopen-levantamento-nacional-de-informacoes-penitenciarias-2016/relatorio\\_2016\\_22111.pdf](http://depen.gov.br/DEPEN/noticias-1/noticias/infopen-levantamento-nacional-de-informacoes-penitenciarias-2016/relatorio_2016_22111.pdf).

MASSON, Cleber. **Direito Penal. Parte Geral.** 2ª. ed. São Paulo: Método, v. único, 2009.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Individualização da pena.** 6ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito penal: parte geral.** 1ª ed. Curitiba: ICPC. Lumen Juris, 2006.

PRADO, Luiz Regis. **Tratado de Direito Penal brasileiro: Parte Geral**. Volume 1. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

ZAFFARONI, Eugenio Raul; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro. Parte Geral**. 4ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.