

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

RENATA MARTINS DOS SANTOS

O LUGAR DA REINCIDÊNCIA NA SANÇÃO PENAL

CURITIBA

2022

RENATA MARTINS DOS SANTOS

O LUGAR DA REINCIDÊNCIA NA SANÇÃO PENAL

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado como requisito parcial à obtenção do título de Bacharel em Direito, Curso de Bacharelado em Direito, Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná.

Orientador: Prof. Dr. Paulo César Busato.

CURITIBA

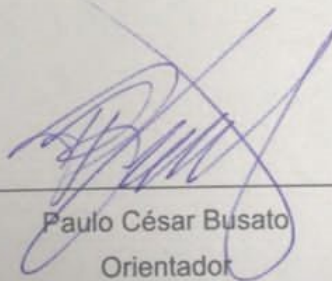
2022

TERMO DE APROVAÇÃO

O LUGAR DA REINCIDÊNCIA NA SANÇÃO PENAL

RENATA MARTINS DOS SANTOS

Trabalho de Conclusão de Curso aprovado como requisito parcial para obtenção de Graduação no Curso de Direito, da Faculdade de Direito, Setor de Ciências jurídicas da Universidade Federal do Paraná, pela seguinte banca examinadora:



Paulo César Busato
Orientador

Coorientador

André Ribeiro Giamberardino
1º Membro

Priscilla Placha Sá
2º Membro

AGRADECIMENTOS

À minha família que tão persistentemente me auxiliou nesses cinco longos anos de graduação. Principalmente à minha mãe, Silvania, que com muito esforço e uma dose extra de superação cuidou de cinco filhos sozinha, ocupando-se de subempregos para garantir a mínima subsistência. Aos meus irmãos Everson, Bruno, Rafaela e Agatha que me ajudam diariamente a existir e viver. Aos meus tios, Elisangela e Eder, por estarem sempre dispostos e prontos para me socorrer.

Aos meus amigos da faculdade: Clara, Isabella, Gabriel, Américo, João, Paulo, Roberta e Ivanizia por todo o desespero partilhado, as matérias estudadas e, principalmente, por todas as risadas e felicidades de uma amizade verdadeira.

Às minhas amigas da vida Rosilânia, Patricia e Mariana por toda a fé depositada em mim e por uma vida de companheirismo, por fazerem de todo o stress miúdo e serem ponto para escorar quando é absurdo.

Ao Partido Acadêmico Renovador (PAR) por toda luta, toda a resistência e toda a construção de um amanhã que não será um ontem com um novo nome. Foi e sempre será uma honra dividir as trincheiras com cada um de vocês. A importância do PAR ultrapassa as colunas do prédio histórico. É irrefreável, é gigante, é revolucionário. Em especial, agradeço à Gabriel Montalde, Eduarda Marculan, Iago Korello, Milena Cramar, Bruno Cruz, Gustavo Corrêa, Bruno Born e todos os outros que não couberam nestas breves linhas, por toda a formação e inspiração, por toda força que a existência de vocês emana e por todas as felicidades e conversas. A amizade nunca foi o objetivo, mas com certeza é um dos maiores legados.

Ao meu orientador por toda a inspiração e por todos os ensinamentos nos três anos de Direito Penal, nas disciplinas tópicas e na orientação deste trabalho. Aos membros da banca por aceitarem essa missão e por se fazerem presentes nesse momento tão especial.

Por fim e mais importante, aos meus avós, Maria e Serafim, que não puderam me acompanhar até aqui, mas a quem dedico todos os meus dias e esta vitória. Quem diria, a neta do pedreiro vai ser doutora!

*“Quem costuma vir de onde eu sou
Às vezes não tem motivos pra seguir
Então levanta e anda, vai, levanta e anda
Mas eu sei que vai, que o sonho te traz
Coisas que te faz prosseguir”
– Emicida.*

*“Cada detento uma mãe, uma crença
Cada crime uma sentença
Cada sentença um motivo, uma história de lágrima
Sangue, vidas e glórias, abandono, miséria, ódio
Sofrimento, desprezo, desilusão, ação do tempo
Misture bem essa química
Pronto, eis um novo detento”*

– Racionais MC's

RESUMO

O presente artigo refere-se a agravante genérica da reincidência. Para elucidar a temática, preliminarmente buscou-se definir o instituto da reincidência enquanto circunstância legal presente na segunda fase de dosimetria da pena. Com isto posto, discutiu-se acerca das principais críticas ao tema em pauta, averiguando os mais importantes impactos de sua adoção no direito penal brasileiro. Em seguida, tratou-se da diferenciação superficial entre antecedente e reincidência, a fim de demonstrar a falta de lógica entre esses conceitos e o sistema jurídico pátrio. Vencida tal problematização, tornou-se necessária a apresentação de uma proposta solucionadora para as incongruências afirmadas. Assim, através da abordagem dos princípios norteadores do ordenamento jurídico e do próprio direito penal, debateu-se a transferência do instituto da reincidência para as circunstâncias judiciais integrantes da primeira fase de individualização da pena. Por fim, foi possível concluir que a realocação da reincidência é o caminho mais viável de garantia dos direitos fundamentais e democráticos, tendo como filtro interpretativo o princípio da culpabilidade e perseguindo uma evolução do direito penal brasileiro.

Palavras-chave: Direito penal. Individualização da pena. Reincidência.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	8
2. ESCORÇO HISTÓRICO DA REINCIDÊNCIA NA LEGISLAÇÃO PENAL BRASILEIRA	10
2.1 REINCIDÊNCIA COMO CIRCUNSTÂNCIA LEGAL NA ATUALIDADE DO CÓDIGO PENAL	12
3. PRINCIPAIS CRÍTICAS À REINCIDÊNCIA	16
3.1 A AÇÃO DESSOCIALIZANTE DO CÁRCERE	17
3.2 AFRONTA A GARANTIA NE BIS IN IDEM	19
3.3 REINCIDÊNCIA VS ANTECEDENTES	21
4. ABANDONANDO A SEGUNDA FASE DE DOSIMETRIA DA PENA	23
4.1 PRINCÍPIO DA CULPABILIDADE	24
4.2 PRINCÍPIOS LIMITADORES DO DIREITO PENAL E A INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA	28
5. PROPOSTA DE LEGE FERENDA: REINCIDÊNCIA COMO CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL	31
6. CONCLUSÃO	34
REFERÊNCIAS	36

1. INTRODUÇÃO

A reincidência criminal impacta diversos dispositivos legais, lançando efeitos para além do aumento de pena pela incidência como agravante genérica. Contudo, o debate sobre suas consequências e problemáticas não recebe a centralidade necessária. Assim, o instituto da reincidência se perpetua no tempo, contribuindo para a deterioração de um sistema penitenciário há muito fracassado. Portanto, é mister debruçar-se sobre a reincidência, os seus efeitos, as incongruências e falhas que ferem a lógica sistêmica, os princípios do Direito Penal e do próprio Estado social e democrático de Direito.

A perenidade do instituto em pauta pode ser associada a uma escolha político-criminal pautada em um punitivismo populista. Em verdade, recentes alterações legislativas como o conhecido “Pacote Anticrime” impactaram diretamente na situação dos reincidentes, agravando desproporcionalmente seus direitos já há muito prejudicados, em razão de uma presunção de maior periculosidade e de uma tentativa de satisfação do anseio punitivo da sociedade. Desse modo, torna-se cada vez mais urgente a busca de uma saída viável e possível que contrarie a carência de fundamentação lógica e os ataques aos princípios limitadores do sistema penal.

Inicialmente, se abordará brevemente o esboço histórico da reincidência na legislação penal brasileira, buscando evidenciar sua origem religiosa e a presença nas codificações romana, germânica e francesa para compreender sua difusão global. A seguir, se delimitará as principais aparições do instituto ao longo de mais de um século de existência nos códigos nacionais.

Partindo da análise da evolução da agravante, irá se descrever pormenorizadamente a atualidade da circunstância legal no Código Penal, salientando sua presença na segunda fase de individualização da pena e o lapso temporal necessário para que a conduta criminosa reiterada seja considerada para fins de reincidência. Com isso feito, se abordará o entendimento consolidado quanto a constitucionalidade do instituto e as teses apresentadas pelo Supremo Tribunal Federal como fundamento da decisão. Para então, verificar o impacto do dispositivo do ordenamento e seus efeitos para além do momento de dosimetria da pena.

Vencida a definição e os efeitos do regramento em pauta, se examinará as principais críticas à reincidência. Através da abordagem da ação criminógena do

cárcere, pretende-se apresentar os prováveis obstáculos enfrentados pelos egressos na busca de reintegração social findado o cumprimento de pena. Assim, buscará evidenciar a ineficácia do Estado em solucionar as consequências dos mecanismos adotados e a transferência para o egresso de toda a carga negativa gerada pelo histórico com o sistema de justiça criminal, apontando a limitação de sua liberdade de escolha e de ação pela dessocialização forçada.

Posteriormente, se tratará da afronta a garantia *ne bis in idem*, para expor a inconstitucionalidade da dupla penalização e a tendência de um direito penal do autor promovida pelo agravante em tela. Para finalizar o tratamento das principais incongruências, se comparará criticamente a reincidência e os antecedentes, pretendendo revelar a falta de lógica entre os dispositivos e a presunção de sua valoração negativa.

Realizada a problematização, se apresentará uma proposta capaz de superar as mazelas da agravante em pauta. Para isso, se desenvolverá uma análise acerca do princípio de culpabilidade, desde sua origem religiosa e da grande variação de sua definição. Partindo dessa construção, pretende-se observar os aspectos e problemáticas de conceituação da conexão punitiva realizada entre a teoria do delito e a teoria da pena pelo princípio em comento. Assim, se examinará sua importância para o Direito Penal enquanto princípio limitador e filtro interpretativo, evidenciando a manifestação da dimensão democrática ligada à categoria. Por fim, se abordará o conceito de culpabilidade por vulnerabilidade como filtro interpretativo norteador da valoração da reincidência.

Para estruturar a proposta, caberá atentar para os princípios limitadores do Direito Penal e os valores constitucionais enquanto orientadores da reincidência, buscando demonstrar a lógica sistêmica que será alcançada pela alteração e o respeito aos valores democráticos.

Para concluir a estruturação da saída apontada, irá se defender a aniquilação da reincidência enquanto agravante genérica da pena e sua transferência para as circunstâncias judiciais, demonstrando a superação das inconsistências e a possibilidade de uma valoração mais justa ao réu quando norteadas pelo princípio de culpabilidade e pelos princípios constitucionais.

2. ESCORÇO HISTÓRICO DA REINCIDÊNCIA NA LEGISLAÇÃO PENAL BRASILEIRA

A reincidência criminal é prevista no ordenamento jurídico pátrio há muito mais de um século. Entendida por parte dos juristas defensores de sua manutenção como um notável instituto de combata à criminalidade.¹

Em verdade, a punição mais severa daquele que comete nova prática delituosa não é nenhuma novidade, estando presente em passagens bíblicas do Velho Testamento e em codificações romanas e germânicas, ainda que distinta do que é hoje.²

O instituto da reincidência estava presente nas legislações penais brasileiras desde o Livro V do Código Filipino, que foi a primeira lei penal aplicada no Brasil.³ Permanecendo no primeiro Código Penal nacional, prevista na forma de reincidência específica no artigo 16, 3º do Código Criminal do Império do Brasil, de 1830.⁴

Em 1890, pelo Código Penal dos Estados Unidos do Brazil, o instituto passou a ser melhor definitivo. O artigo 39 do referido código elencava as circunstâncias agravantes, estando a reincidência prescrita no § 19, seguida da definição do instituto no artigo 40, que determinava que *“a reincidencia verifica-se quando o criminoso, depois de passada em julgado sentença condenatoria, commette outro crime da mesma natureza e como tal entende-se, para os efeitos da lei penal, o que consiste na violação do mesmo artigo”*.⁵ Conceito repetido pela Consolidação das Leis Penais, de 1932⁶

No Código Penal de 1940, a reincidência passa por uma profunda transformação. Assim, o diploma legal inovou ao prever a reincidência genérica (artigo 46, § 1º, inciso I) e a específica (no inciso II do mesmo dispositivo), sendo a segunda um importante agravamento de pena por determinar a aplicação da privação de

¹ LUCCHESI, G. B. Surge harmônico com o princípio constitucional da individualização da pena o inciso I do artigo 61 do Código penal, no que prevê, como agravante, a reincidência. Teses jurídicas dos tribunais superiores. Volume I, direito constitucional. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 2017, v. 1, n. 1, p. 646.

² DITTICIO, Mário Henrique. **Crítica tridimensional da reincidência**, São Paulo, 2007, Dissertação (Mestrado em Direito) – Departamento de Direito Penal, Medicina Forense e Criminologia, Universidade de São Paulo. p. 46.

³ *Ibidem*, loc. cit.

⁴ LUCCHESI, Op. cit., p. 646.

⁵ BRASIL. Decreto-lei nº 847, de 11 de outubro de 1890.

⁶ DITTICIO, Op. cit., p. 47.

liberdade acima da metade da soma do mínimo com o máximo (artigo 47, inciso I), além de aplicação de pena mais grave em qualidade, dentre as impostas alternativamente (inciso II).⁷

Ainda, cabe salientar que sendo o sujeito reincidente em crime doloso restava presumida sua periculosidade, como disposto no artigo 78 do referido Código. A presunção de periculosidade adotada permitia a imposição de medida de segurança após o cumprimento de pena, fazendo com que o agente permanecesse privado de liberdade enquanto não fosse reconhecida a cessação da periculosidade por laudo técnico.⁸

Segundo NELSON HUNGRIA, a adoção da presunção de periculosidade se deu como tentativa de combate a reincidência, culminando na possibilidade de decretação da medida de segurança como um complemento da pena imposta. HUNGRIA aponta que o critério da periculosidade subjetiva seria um fundamento consagrado de ação preventiva do Estado contra a criminalidade. Tendo a sociedade o direito e o dever de reação frente a delinquência, por representar um perigo para à sua própria existência. Explica que para combater a reincidência, inicialmente se optou por uma pena indeterminada ou com duração determinada pela persistência de periculosidade do sujeito. No entanto, estaria se castigando pelo que poderia o sujeito vir a praticar e não pelo fato praticado, culminando em um castigo perpétuo.⁹

Assim, surge a ideia de adoção da medida de segurança como complemento da pena. Norteada pela periculosidade subjetiva, a medida não teria duração previamente estabelecida e teria como finalidade a neutralização do agente e, se possível, sua reintegração ou “cura psico-social”. Com isso, o objetivo da imposição da medida de segurança ao reincidente era fazer deste um cidadão prestante sob a tutela do Estado. Sendo a medida de segurança uma dilatação das providências administrativas, que segundo o autor já era adotada em muitos países civilizados. Desse modo, o Código Penal brasileiro foi inspirado no sistema dualístico adotado no código italiano de 1930 e no projeto suíço de 1893-1894, que traçava uma óbvia

⁷ DITTICIO, *Op. cit.*, p. 47.

⁸ *Ibidem*, *loc. cit.*

⁹ HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal**: arts. 75 a 101, vol. III, Rio de Janeiro: Forense, 1959. p. 18-20.

diferença entre pena e medida de segurança, sendo a primeira orientada pela culpa moral e a segunda pela periculosidade.¹⁰

O conceito de reincidência adotado pelo código de 1940 era, portanto, ligado a um grau de perigo pessoal apresentado pelo agente, que teria por motivações questões sociais e psicológicas. De modo que a maior severidade de punição não se ligava a culpabilidade, e sim a tentativa de controle social correccional ou ao completo isolamento daqueles que eram tidos como incorrigíveis.¹¹

Em 1977, a Lei nº 6.416 altera dispositivos do Código Penal de 1940 e, entre eles, quanto ao instituto da reincidência, abandonando a diferenciação entre reincidência genérica e específica e regulamentando o lapso temporal de cinco anos para sua caracterização. Mantendo, no entanto, a possibilidade de declaração de periculosidade do agente, com diligências para sua constatação pelo juiz.¹²

A reforma ao código em 1984 afastou do direito positivo a adoção da periculosidade, pelo menos enquanto dispositivo expresso em lei.¹³ No entanto, o histórico de tratamento do reincidente se alastra a contemporaneidade. Apesar da inexistência de dispositivos que adotem a presunção de periculosidade, é possível observá-la como fundamento intrínseco da agravante em pauta.

2.1 REINCIDÊNCIA COMO CIRCUNSTÂNCIA LEGAL NA ATUALIDADE DO CÓDIGO PENAL

É direito do condenado pela prática de um crime o recebimento de uma pena individualmente fixada. Este processo de individualização se faz por um procedimento trifásico, conforme comando legal do art. 68 do Código Penal.

Desse modo, a primeira etapa do roteiro para individualização da pena se dá pela definição da pena-base, considerando as circunstâncias judiciais presentes no art. 59 do Código Penal; seguida da análise das circunstâncias atenuantes e das circunstâncias agravantes, contidas nos arts. 65 e 66 e nos arts. 61 e 62 do Código

¹⁰ HUNGRIA, *Op. cit.*, p. 20-22.

¹¹ GIAMBERARDINO, A. R.; ZILIO, J. Reincidência. In: Paulo César Busato; Alexey Caruncho. (Org.). **Teoria da Pena**: Série Direito Penal baseado em Casos. 1 ed. Curitiba: Juruá Editora, 2014, v. p. 104.

¹² DITTICIO, *Op. cit.*, p. 48.

¹³ *Ibidem*, *loc. cit.*

Penal, respectivamente; concluída pela verificação de causas de aumento e diminuição da pena, presentes na parte geral e especial do Código Penal.

Assim, a reincidência criminal faz parte da segunda fase de dosimetria da pena, figurando como uma agravante genérica. Vale ressaltar, a título de informação, que as circunstâncias legais incidirão sobre a pena-base desde que não sejam constitutivas do tipo penal nem integrem as causas geral ou especial de aumento ou diminuição de pena.¹⁴

O conceito de reincidência é fornecido pelo artigo 63 do Código Penal, estabelecendo que: *“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”*.

Ademais, segundo o artigo 64, a reincidência produz efeitos a partir da data de cumprimento ou extinção da pena, até que se complete cinco anos ou a partir da data de livramento condicional.

Portanto, o legislador definiu o prazo para que a conduta criminal reiterada seja considerada para fins de reincidência. Não sendo possível tratar como reincidente aquele que possui condenação anterior se transcorrido o prazo de cinco anos do cumprimento ou extinção da pena. Não podendo ser computadas para incidência da agravante as condenações cuja pena tenha sido cumprida há mais de cinco anos.¹⁵

É importante atentar, ainda, para a suspensão da execução da pena, pois esta somará ao tempo decorrido após o cumprimento das condições e extinção do processo para que seja possível descaracterizar a reincidência.¹⁶

BUSATO aponta que o fundamento para o regramento predito se dá pela ideia de resposta negativa dada ao réu que volta a delinquir. Representando, desse modo, uma reintegração social do sujeito que ao decorrer do prazo de cinco anos não voltou a prática delitiva, podendo ter seu histórico no sistema penal ignorado – ao menos nesta etapa de individualização.¹⁷

O autor explica, ainda, que a revogação do sursis ou do livramento condicional demonstra a reiterada falta de conformação das normas por parte do sujeito, que

¹⁴ BUSATO, Paulo César. **Direito penal**: parte geral: volume 1. 5. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2020, p. 681.

¹⁵ *Ibidem*, p. 682.

¹⁶ *Ibidem*, loc. cit.

¹⁷ *Ibidem*, loc. cit.

demonstra o fracasso de seu processo de ressocialização. Justificando, assim, a perca do período na somatória dos cinco anos que descaracterizam a reincidência.¹⁸

No entanto, a crença na lógica que fundamenta tais regras não merece prosperar. Crer em sua justificativa é crer nas funções ressocializantes do sistema criminal.

Como bem ensina BITENCOURT, com o advento da prisão como principal resposta estatal, em especial a partir do século XX, se acreditou que este poderia ser o caminho próspero na reforma do criminoso. O autor aponta que por um longo período o cenário se manteve otimista e que a prisão era encarada como a melhor alternativa para cumprir as funções da pena, a fim de reabilitar o desviante. No entanto, por óbvio, o otimismo e a crença na prisão como a melhor resposta penológica deu lugar ao pessimismo e crescente incredulidade sobre os resultados esperados. Para o autor, é possível afirmar que a prisão está em crise, e que essa crise atinge o objetivo ressocializador da pena de prisão, uma vez que é latente sua impossibilidade de gerar efeitos positivos sobre o apenado.¹⁹

Ainda, cabe atentar para a constitucionalidade do instituto da reincidência. Em 2013 o Supremo Tribunal Federal (STF) consolidou entendimento acerca da constitucionalidade da agravante presente no inciso I, art. 61 do Código Penal em confronto ao princípio da individualização da pena.

Como resume LUCCHESI, na fundamentação do recurso que chegou ao STF a parte convocou o princípio de individualização da pena ferido pela agravante em questão, além da violação a garantia *ne bis in idem*. Argumentando ser contrária ao caráter garantista pretendido pelo constituinte – consolidado no art. 5, XXXVI e XLVI. O recorrente alegou ainda que o instituto da reincidência fere frontalmente a finalidade da pena, uma vez que pune de forma mais severa o reincidente por delito anterior ao que está sendo julgado, além de diferenciá-lo dos demais condenados, estigmatizando-o.²⁰

Assim, sob a relatoria do Ministro Marco Aurélio, o STF julgou o recurso improcedente por unanimidade, cuja repercussão geral foi reconhecida, firmando a

¹⁸ BUSATO, *Op. cit.*, p. 682.

¹⁹ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal** – parte geral: volume 1. 27. ed., São Paulo, Saraiva, 2021. p. 286.

²⁰ Lucchesi, *Op. cit.*, p. 645.

constitucionalidade do instituto da reincidência como circunstância agravante por entender que este não seria incompatível ao princípio de individualização da pena.²¹

LUCCHESI se debruça sobre os argumentos que fundamentaram a decisão. Em resumo, se alegou inicialmente que caso reconhecida a inconstitucionalidade do inciso I do art. 61 do Código Penal, um número significativo de normas seria atingido pelo efeito da decisão, acarretando no afastamento de inúmeros dispositivos da legislação penal e processual penal. O autor cita como exemplo desse desdobramento no Código Penal, o art. 33, § 2º, alíneas b e c que tratam da exclusão do regime semiaberto e aberto para réus reincidentes; art. 44 que versa sobre a impossibilidade de substituição da pena privativa de liberdade; art. 60, § 2º sobre a substituição de pena privativa de liberdade por multa; art. 64 que aborda a exclusão reincidência pela superação do prazo de cinco anos entre o cumprimento ou extinção da pena e o cometimento de novo delito; art. 67 que trata do concurso de agravantes e atenuantes; art. 77, I, sobre a suspensão da pena privativa de liberdade; art. 83, I e II, dispõe sobre o livramento condicional; art. 95 que trata da revogação da reabilitação; art. 110 que estabelece a regra de prescrição depois do trânsito em julgado da sentença; art. 117, IV, sobre a interrupção da prescrição; e finalmente os arts. 155, § 2, 170 e 171, § 1º que trata da modalidade privilegiada dos crimes de furto, apropriação indébita e estelionato. Assim, é óbvio que uma decisão como esta geraria um grande impacto legislativo.²²

Argumentou-se, ainda, que o reconhecimento da reincidência em nada teria a ver com a criminalização do autor por características pessoais e sim por um maior desvalor de ação pela conduta criminal reiterada. Sendo, nesse sentido, infundada a contrariedade apontada em face do princípio de individualização da pena. Além disso, seria de interesse da sociedade e uma discriminação razoável para evitar o tratamento de diferentes casos de uma mesma forma. Sendo consequência da escolha individual em continuar a delinquir que levaria ao aumento de pena, não ferindo, portanto, a presunção de inocência.²³

LUCCHESI aponta como fundamento da tese ora discutida que o impacto da reincidência sobre a pena definitiva não seria significativo, uma vez que o aumento se daria em determinada quantidade, delimitada pelos limites mínimo e máximo da pena.

²¹ GIAMBERARDINO, A. R.; ZILIO, *Op. cit.*, p. 100.

²² Lucchesi, *Op. cit.*, p. 645-646.

²³ *Ibidem*, p. 646-647.

Diferente, portanto, das circunstâncias judiciais que determinam a fixação da pena-base, que pode se aproximar do máximo legal, por exemplo, e das causas especiais de aumento e diminuição que oferecem um impacto significativo sobre a pena. Nesse sentido, a reincidência teria seu potencial de incidência sobre a pena definitiva bastante limitado.²⁴

Contudo, o instituto da reincidência é dotado de extrema relevância, uma vez que o art. 67 do Código Penal determina sua prevalência sobre as demais agravantes.²⁵ E, mais do que isso, representa mais do que um aumento de pena em uma nova condenação. Incidindo no processo de conhecimento do novo delito e espraiando até o momento da execução da pena. Impedindo que mecanismos alternativos sejam empregados por mera presunção de uma maior periculosidade do agente e não por uma maior reprovação do fato julgado.²⁶

Ainda, cabe destacar as recentes alterações trazidas pelo conhecido “Pacote Anticrime”, que alterou a redação de diversos dispositivos do Código Penal e Código de Processo Penal. Tendo como uma das principais consequências o agravamento das punições destinadas aos reincidentes, dificultando a progressão de regime e impedindo a concessão de liberdade provisória.²⁷

Diante de todo o exposto, cabe agora debruçar-se sobre as principais problemáticas que tornam o instituto da reincidência um dos maiores resquícios de um direito penal do autor.

3. PRINCIPAIS CRÍTICAS À REINCIDÊNCIA

Muitas são as críticas possíveis ao instituto da reincidência. O regramento em tela gera efeitos que impactam o direito penal para além do momento de dosimetria da pena. Portanto, se faz necessária uma maior atenção as principais críticas ao instituto, para que só então se vislumbre uma possível saída.

²⁴ Lucchesi, *Op. cit.*, p. 648.

²⁵ *Ibidem*, *loc. cit.*

²⁶ GIAMBERARDINO, A. R.; ZILIO, *Op. cit.*, p. 102-103.

²⁷ SÁ, Antonio Macruz de; HAUG, Marianna. O "pacote anticrime" e o recrudescimento punitivo para os já penalizados: uma análise sobre a reincidência e a habitualidade criminosa. **Boletim IBCCrim**, v. 28, n. 331, p. 12-14, jun. 2020. p. 13.

3.1 A AÇÃO DESSOCIALIZANTE DO CÁRCERE

O art. 63 do Código Penal ao estabelecer o critério para a incidência da reincidência, prevê que basta a prática de novo crime após o trânsito em julgado da sentença condenatória anterior, sem que seja exigido o efetivo cumprimento de pena. Sequer podendo prevalecer se transcorrido o prazo de cinco anos. Assim, é necessário diferenciar a reincidência ficta da reincidência real, sendo a ficta aquela em que o agente comete novo crime após o trânsito em julgado da condenação anterior sem que tenha sido submetido ao cárcere.²⁸

Nesse mesmo sentido, CIRINO DOS SANTOS aponta que a reincidência ficta seria uma mera hipótese formal sem relevância, uma vez que se fundamenta em uma suposta periculosidade apresentada pelo agente, mesmo que o crime anterior em nada se relacione ao crime objeto do processo em curso.²⁹

LUCCHESI explica que se o sujeito foi submetido ao cumprimento de pena privativa de liberdade pode-se falar em reincidência real. No entanto, o que se ignora é a ação criminógena do cárcere.³⁰

Nessa esteira, embora a função declarada do sistema de justiça criminal seja de ressocialização, o que se vê de fato é um ambiente inóspito que não dá conta da reabilitação do sujeito através de seus mecanismos.³¹

Como aponta CIRINO DOS SANTOS, a pena possui funções oficiais a ela atribuídas:

De modo geral, as formas ideológicas de controle social possuem uma dimensão real pela qual cumprem a função de reproduzir a realidade, e uma dimensão ilusória pela qual ocultam ou encobrem a natureza da realidade reproduzida. No caso da pena criminal, as funções declaradas constituem o discurso oficial da teoria jurídica da pena; as funções reais encobertas pelas funções aparentes da pena criminal constituem o objeto de pesquisa da teoria criminológica da pena.³²

Nesse sentido, CIRINO DOS SANTOS defende que quando o agente comete novo delito após ter passado pelo cárcere e ter sofrido um verdadeiro processo de

²⁸ Lucchesi, *Op. cit.*, p. 648-649.

²⁹ SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito penal**: parte geral. 5. ed. Florianópolis: Conceito, 2012. p. 531.

³⁰ Lucchesi, *Op. cit.*, p. 649.

³¹ *Ibidem*, *loc. cit.*

³² Santos, *Op. cit.*, p. 424.

dessocialização, a reincidência deveria ser uma circunstância atenuante, já que sujeito sofreu a ação predatória oferecida aos criminalizados pelo Estado.³³

Contribui BUSATO ao afirmar que a conduta criminal reiterada pode tanto significar que o sujeito apesar das oportunidades que teve de não cometer novo crime reincidiu, como explicitar a falha do sistema penal em ressocializá-lo, evidenciando a incapacidade de impedir que o sujeito volte ao mundo do crime, e com isso demonstrando uma diminuição da culpa em razão da cocupabilidade.³⁴ Portanto, é óbvio que não há como determinar de pronto que a reincidência represente sempre um indicador negativo.

O instituto como agravante genérica marca o sujeito como alguém a quem se deve combater de forma mais severa. Funciona como uma etiqueta pessoal fornecida ao sujeito e que produz efeitos por cinco anos. Atribuindo ao sujeito rótulo de periculosidade por ter cometido novo crime após ter passado pelo sistema de justiça criminal. Seus efeitos ultrapassam o simples agravamento da nova pena, incidindo no processo e execução penal, como dito anteriormente. Torna-se, portanto, um empecilho para adoção de mecanismos que buscam penas alternativas à privação de liberdade.³⁵

Portanto, esbarra nos princípios do próprio sistema de justiça. GIAMBERARDINO e ZILIO argumentam que o fundamento material do instituto possui caráter utilitarista por sequer fornecer desdobramentos que justifiquem a penalização mais severa do sujeito, uma vez que nem mesmo indica um tratamento diferenciado do reincidente baseado na gravidade do fato ou do tipo penal – salvo hipótese de reincidência específica presente no art. 83, V, do Código Penal.³⁶

ZAFFARONI e PIERANGELI criticam os fundamentos da reincidência alegando que o trânsito em julgado não sustenta a presunção de maior periculosidade do agente. Assim, não é possível presumir uma maior periculosidade do autor em razão da irrecorribilidade da sentença penal condenatória. Não há como determinar uma periculosidade absoluta sem que se tenha verificado concretamente a situação em que se deu a reincidência, para aí sim se valorar a reprovabilidade da conduta e consequentemente do agente. Os autores afirmam que a conduta criminal reiterada

³³ SANTOS, *Op. cit.*, p. 531

³⁴ BUSATO, *Op. cit.*, p. 683.

³⁵ GIAMBERARDINO, A. R.; ZILIO, J. *Op. cit.*, p. 102.

³⁶ *Ibidem*, p. 103.

não pode preliminarmente ser entendida como uma vontade maior do autor em delinquir, afinal, a condenação anterior pode levar a essa escolha delitiva ou ainda não ser possível estabelecer se essa vontade existe, se o crime anterior e o atual pertencem a tipos incriminadores distintos.³⁷

Nesse mesmo sentido, SÁ e HAUG apontam para a incoerência de buscar ressocializar o indivíduo por um mecanismo que o isola e afasta do seio social, produzindo estigmatização e marginalização do sujeito.³⁸

Em face do enfraquecimento dos estados sociais de direito e do fracasso dos fins ressocializantes do sistema carcerário, GIAMBERARDINO e ZILIO alertam que:

na verdade, a realidade do cárcere mostrou exatamente o inverso: que não é possível nenhuma forma de inclusão sem liberdade, porque o cárcere provoca um processo de destruição da personalidade existente e construção de nova mais defeituosa.³⁹

As contribuições criminológicas há muito demonstraram o caráter criminógeno da prisão. Combinada às estruturas sociais e a falta de políticas públicas básicas, se estabelece um cenário onde aquele que passou pelo sistema de justiça criminal poderá enfrentar a estigmatização, de tal modo que sejam seriamente tolhidas suas oportunidades de reintegração social, afetando suas possibilidades sociais e laborais.

3.2 AFRONTA A GARANTIA NE BIS IN IDEM

Outra crítica fundamental ao instituto da reincidência enquanto agravante genérica está relacionada a sua própria constitucionalidade. BUSATO aponta que o instituto como agravante genérica padece em fundamento material lógico, e por essa razão não poderia sequer ser levado em consideração de maneira legítima. O autor explica que a agravante em comento não poderia significar um *quantum* de pena porque esta seria derivada de delito anterior, levando a um insustentável *bis in idem* já que a quantidade de pena aumentada seria fruto de outro fato, com pena já cumprida.⁴⁰

A garantia *ne bis in idem* versa sobre a impossibilidade de se responsabilizar o agente pelo mesmo fato mais de uma vez. Assim, por exemplo, uma circunstância

³⁷ ZAFFARONI. PIERANGELI 2015 *apud* LUCCHESI *Op. cit.*, p. 649-650.

³⁸ SÁ, A. M.; HAUG, M. *Op. cit.*, p. 13.

³⁹ GIAMBERARDINO, A. R.; ZILIO, J. *Op. cit.*, p. 104.

⁴⁰ BUSATO, *Op. cit.*, p. 683.

elementar do tipo penal não pode ser usada como meio de aumentar a pena em quaisquer das etapas de individualização.⁴¹

Nesse sentido, LUCCHESI explica que a elevação da pena baseada na sentença condenatória transitada em julgado de fato anterior representaria uma dupla penalização do primeiro crime, aumentando a pena do segundo apenas pela existência do primeiro já punido. Acarretando, assim, em *bis in idem*. Mais que isso, seria um meio de punir o sujeito por circunstâncias pessoais baseadas em uma etiqueta de criminoso.⁴²

Ainda, quanto a inconstitucionalidade do instituto, ZAFFARONI, ALAGIA e SLOKAR afirmam que:

a) por violar el mínimo de racionalidad al imponer una pena que excede el marco de la culpabilidad por el acto; b) por afectar la prohibición de doble desvaloración; c) por lesionar el principio de prohibición de doble punición; d) y, en el caso del art. 52, por imponer una pena que no guarda absolutamente ninguna proporción con el delito cometido.⁴³

Com isso, é óbvia a dupla penalização causada pela reincidência. Como leciona BUSATO, as circunstâncias agravantes adicionam uma fração de pena sobre a pena-base, e esse aumento precisa, obrigatoriamente, de fundamento material. Assim, o que se extrai do art. 63 do Código Penal é que a adição de pena se dá exclusivamente em razão de uma condenação anterior, que já recebeu uma pena. Aumentar a pena do sujeito com base em fato anterior já individualizado e cuja pena foi cumprida configura inquestionável *bis in idem*.⁴⁴

Por fim, cabe salientar o caráter populista do instituto. Através da opinião pública a reincidência serve a um populismo penal, pelo qual promessas de solução e combate à criminalidade são veiculadas nas mídias, no parlamento e até mesmo na doutrina. Estimulada pelo medo da população, a primeira e mais aclamada resposta para qualquer questão de violação da norma é a imposição de uma punição, e quanto mais severa mais satisfeito estará o anseio punitivista da sociedade. Com isso, projetos como o “Pacote Anticrime” surgem e ganham aprovação social, apesar dos já citados problemas jurídico-penais de agravamento da situação do reincidente.⁴⁵

⁴¹ LUCCHESI, *Op. cit.*, p. 650

⁴² *Ibidem*, p. 650-651.

⁴³ ZAFFARONI; ALAGIA; SLOKAR, 2002 *apud* GIAMBERARDINO, A. R.; ZILIO, J. *Op. cit.*, p. 107-108.

⁴⁴ BUSATO, *Op. cit.*, p. 683.

⁴⁵ SÁ, A. M.; HAUG, M. *Op. cit.*, p. 13.

3.3 REINCIDÊNCIA VS ANTECEDENTES

Os antecedentes criminais fazem parte das circunstâncias judiciais presentes no art. 59 do Código Penal. O juiz obrigatoriamente precisa referir e fundamentar sua análise sobre cada uma das circunstâncias judiciais, mesmo que não existam elementos suficientes nos autos para valorá-las contra ou a favor do réu. Devendo, assim, considerar a circunstância da qual não existam elementos de prova neutra. Desse modo, até mesmo para não apreciar um dos aspectos é preciso nomeá-lo na fixação da pena-base.⁴⁶

Em relação aos antecedentes, em respeito ao princípio de presunção de inocência, apenas as condenações a penas de prisão anteriores ao fato ora imputado é que poderão ser consideradas. Qualquer outro histórico de relação do sujeito com o sistema de justiça criminal deverá ser ignorado, conforme firmado pelo Enunciado nº 444 da Súmula do Superior Tribunal Federal, que veda a utilização de inquéritos policiais ou de ações penais em andamento para aumento da pena-base.⁴⁷

Contudo, a problemática reside na ideia equivocada de que a existência de antecedentes seria sempre desfavorável ao réu. Presume-se que a verificação de antecedentes criminais levaria a um sopesamento negativo em todos os casos. No entanto, essa constatação não significa que obrigatoriamente a fixação da pena-base deva se afastar do mínimo legal em razão dos registros anteriores do agente.⁴⁸

Como bem aponta BUSATO:

É necessário analisar o tema contextualizadamente, o que significa verificar as condicionantes sociológicas do apenado, no contexto do chamado princípio de coculpabilidade ou culpabilidade social, distribuindo a carga de reprovação entre o indivíduo e a sociedade, de acordo com o domínio de um e de outro a respeito do comportamento em questão.⁴⁹

Assim, é evidente que a mera existência de antecedentes não possa significar sempre uma maior reprovabilidade do sujeito. Sendo necessária uma análise minuciosa e detalhada que dê conta de verificar as oportunidades sociais experimentadas pelo indivíduo e seu histórico com o sistema, a fim de observar os impactos da criminalização nas suas possibilidades de vida.

⁴⁶ BUSATO, *Op. cit.*, p. 667.

⁴⁷ *Ibidem*, p. 671

⁴⁸ *Ibidem*, p. 672.

⁴⁹ *Ibidem*, *loc. cit.*

Portanto, é errônea a premissa de maior reprovabilidade pela existência de antecedente. Sendo indispensável sua contextualização para pesar a favor ou contra o réu ao estabelecer a reprovabilidade da conduta.⁵⁰

Como alerta BUSATO, sabidamente o poder punitivo dessocializa o sujeito, e esse fato não pode ser ignorado no momento de valorização dos antecedentes para fixação da pena-base. Desse modo, é preciso que se atente as consequências da criminalização. Um sujeito que passa pelo sistema de justiça criminal pode ver sua capacidade laboral seriamente atingida, levando-o a redução significativa de liberdade de agir. Seria inaceitável que o agente arcasse com toda a carga negativa do cárcere, que sua dessocialização forçada fosse posteriormente utilizada para transferir para ele todos os seus efeitos.⁵¹

Ainda, a definição dos antecedentes criminais diz respeito as condenações anteriores ao fato ora imputado, cujo lapso temporal seja superior ao de cinco anos do cumprimento ou extinção da pena, para que então se possibilite seu computo em favor ou desfavor do réu.

Mas, parece ilógico que o cometimento de novo crime, depois de transcorrido o prazo superior a cinco anos para a configuração como antecedente e, desse modo, possibilite sua valoração positiva ou negativamente para o réu conforme sua culpabilidade, e que, em outra hipótese, se o novo crime tenha sido cometido em prazo inferior a cinco anos reste caracterizada reincidência e com isso ocorra a incidência da agravante genérica aumentando o *quantum* de pena. Carece de sentido que, na busca de mitigação dos efeitos do cárcere na vida do sujeito, se aguarde cinco anos a partir do cumprimento ou extinção de pena para que sua passagem pelo sistema penal possa contar em favor do réu, e no período imediato ao seu egresso, a valoração de conduta reitera seja sempre negativa.

Ora, se pretendesse que a existência do instituto figure como circunstância judicial e com isso possa o juiz no caso concreto valorar o passado criminoso conforme a culpabilidade, a cocupabilidade e culpabilidade social, amortecendo assim os efeitos dessocializantes da prisão, a espera de superação do lapso temporal de cinco anos para que possa somente assim incidir em favor do réu parece equivocada. Uma vez que o egresso enfrenta imediatamente o estigma e a marginalização social,

⁵⁰ BUSATO, *Op. cit.*, p. 672.

⁵¹ *Ibidem*, *loc. cit.*

que afetam suas condições de subsistência e empregabilidade. Assim, parece revestido de maior sentido que esse sujeito possa ter em seu favor a valoração de seus antecedentes em prazo inferior ao de cinco anos. Afinal, é neste intervalo de tempo, logo após sua saída do cárcere, que o sujeito enfrentará as dificuldades de reintegração social.

Se os antecedentes enquanto circunstâncias judiciais podem valorar positiva ou negativamente para o réu, a espera do prazo de cinco anos para que isso ocorra acaba por descaracterizar a razão de ser de uma possível valoração positiva, já que deixa de gerar efeitos no momento em que mais seria necessário, que é na tentativa de reinserção social e laboral logo após o cumprimento de pena.

Ainda, cabe atentar para outro aspecto importante para a discussão. Como leciona BUSATO, o art. 94 do Código Penal prevê a possibilidade de reabilitação do condenado após dois anos da extinção ou cumprimento de pena, desde que se cumpra algumas condições, como o bom comportamento e a não realização de nova prática delitiva. No entanto, da combinação do instituto da reabilitação e da reincidência, parece tornar óbvio que uma condenação processada há mais de cinco anos e que preencha os requisitos da reabilitação em hipótese alguma poderia caracterizar antecedente contra o réu. Assim, seria inconcebível que o poder punitivo considere o sujeito reabilitado e detentor de maus antecedentes ao mesmo tempo.⁵²

Diante do exposto, a melhor saída para as incongruências identificadas seria a aniquilação do instituto da reincidência enquanto agravante genérica e sua passagem para as circunstâncias judiciais, mantendo a lógica sistêmica e possibilitando uma análise caso a caso para determinação do grau de reprovabilidade da conduta.

4. ABANDONANDO A SEGUNDA FASE DE DOSIMETRIA DA PENA

Vencida a problematização do instituto da reincidência enquanto agravante genérica da pena, é mister debruçar-se sobre a possível solução das questões até agora apresentadas.

⁵² BUSATO, *Op. cit.*, p. 673.

Portanto, conforme defende BUSATO, seria mais lógico e adequado que o instituto em comento passasse a integrar a primeira fase de dosimetria da pena, como circunstância judicial.

Para isso, é preciso que se compreenda o norte indispensável do princípio de culpabilidade, os princípios limitantes do poder punitivo e a garantia constitucional da individualização da pena. Somente assim será possível estruturar uma proposta viável e clara a respeito da reincidência.

4.1 PRINCÍPIO DA CULPABILIDADE

Para CARVALHO e ÁVILA, a culpabilidade seria a categoria mais importante dentre as que integram o conceito analítico na teoria do delito. A razão dessa importância seria seu caráter especificamente penal. Assim, explicam que é pela culpabilidade que a pena é vinculada ao ilícito, e, deste modo, fundamenta e limita a resposta punitiva. Os autores apontam que segundo ZAFFARONI, esta seria uma categoria indispensável na teoria do delito por realizar uma conexão punitiva.⁵³

O conceito de culpabilidade sofreu grande variação durante o tempo. Sendo definido segundo a periculosidade positivista, por concepções psicológicas, psicológico-normativas, apenas normativas, até finalmente a conceituação atual de normativo-preventivas. Todas essas conceituações influenciaram diretamente nas teorias da pena apresentadas segundo o conceito de culpabilidade adotado.⁵⁴

Deste modo, ao remontar a construção da categoria de culpabilidade é possível observar a influência de dois movimentos. O primeiro forneceu à culpabilidade um caráter meramente descritivo, cujo enfoque da teoria do delito estava no ilícito. Essa vertente teve origem na teoria psicológica, e assim a culpabilidade se apresentava como vínculo psíquico entre o fato e o autor, com conformação feita na teoria da pena. O segundo, por outro lado, teve origem nas teorias normativas, de modo que a culpabilidade era autônoma, baseada na ética tradicional. Compreendendo a culpabilidade como juízo de reprovação, baseada na exigibilidade de conduta diversa, da conduta típica e ilícita.⁵⁵

⁵³ CARVALHO, E. M., ÁVILA, G. N. Culpabilidade e execução penal: uma análise crítica do recurso à prevenção como estratégia de controle. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, vol. 145/2018, p. 153–180, jul. 2018. p. 154.

⁵⁴ *Ibidem*, loc. cit.

⁵⁵ *Ibidem*, loc. cit.

BUSATO explica que a expressão culpabilidade teve origem em uma perspectiva religiosa, derivando de “culpa” e “culpado”. Essa breve explicação possibilita compreender muitos aspectos da culpabilidade criminal, como a busca pela possibilidade de o agente ter agido dentro das normas, baseada na mesma ideia de escolha que fundamenta a culpa religiosa.⁵⁶

A culpabilidade pode ser vista sob diferentes aspectos. Primeiramente, como princípio que limita a responsabilidade penal objetiva; em outro sentido, a culpabilidade assume lugar na limitação da pena através do grau de reprovabilidade da conduta; e por fim, como elemento constitutivo do delito.⁵⁷

Nesse mesmo sentido, HASSEMER afirma que a culpabilidade possui pelo menos quatro sentidos. Sendo eles: viabilizar a imputação subjetiva; impossibilidade de responsabilização pelo resultado; mensurar a participação; e finalmente em um viés de proporcionalidade das consequências jurídicas do delito.⁵⁸

GIAMBERARDINO e ZILIO contribuem ao afirmar que o quarto sentido é aniquilado pelo instituto da reincidência, pois ignora a culpabilidade pelo fato e prestigia uma suposta periculosidade do agente.⁵⁹

Toda essa construção demonstra a problemática de definição da conexão punitiva. A culpabilidade é o ponto de conexão entre a teoria do delito e a teoria da pena, de tal modo que representa o próprio fundamento da pena. Assim, não é possível haver pena sem culpabilidade e a resposta punitiva é, necessariamente, delimitada por ela, não sendo possível, portanto, que a pena supere a culpabilidade do agente. Por essa razão, o conceito de culpabilidade é revestido de especial importância.⁶⁰

CARVALHO e ÁVILA compreendem a culpabilidade como a limitação do poder punitivo. Portanto, uma conceituação frágil e imprecisa gera uma reação punitiva desmedida e potencialmente desproporcional, desaguando em criminalização e seletividade. Uma resposta punitiva não norteadas pela culpabilidade peca em

⁵⁶ BUSATO, *Op. cit.*, p. 398.

⁵⁷ *Ibidem*, p. 399.

⁵⁸ HASSEMER, Winfried. **¿Alternativas al principio de culpabilidad?** Cuadernos de política criminal, Madrid, n. 18, 1982, p. 473-482.

⁵⁹ GIAMBERARDINO, A. R.; ZILIO, J. *Op. cit.*, p. 107.

⁶⁰ CARVALHO; ÁVILA, *Op. cit.*, p. 154.

respeitar sua própria essência, acarretando em uma irrefreável desproporcionalidade punitiva.⁶¹

BITENCOURT afirma que a culpabilidade enquanto elemento determinante da pena funciona como limite, baseada na gravidade do delito. Assim, o limite de pena a ser imposta se relaciona à gravidade do fato imputado, devendo ser proporcional e harmônico aos critérios da política criminal e das finalidades da pena.⁶²

Para BUSATO, a culpabilidade enquanto princípio estabelece que a culpa seria o limite quantitativo da resposta punitiva, impedindo o excesso de reprovação jurídica baseada na ação do sujeito. Já em uma perspectiva limitante da pena, importa o contexto em que se deu a ação delitiva, uma vez que a culpabilidade aqui representa uma medida de intensidade da reprovabilidade da conduta. Assim, ao assumir a culpabilidade enquanto manifestação de subjetividade e de decisão do autor em agir, é preciso compreender os limites dessa liberdade de agir dentro de um contexto e do grau de enfrentamento aos valores sociais protegidos pela norma.⁶³

É pela culpabilidade que irá se mensurar a necessidade de reação em face da conduta. Limitando a resposta punitiva de acordo com a reprovabilidade da ação norteada pela culpabilidade. Desse modo, o juiz estará limitado a proporcionalidade de reprovação pela conduta. Fazendo com que o grau de reprovabilidade determine a substituição ou não da pena de prisão pela restritiva de direitos, ou ainda da fixação de pena privativa de liberdade.⁶⁴

Assim, parece claro que o princípio de culpabilidade funciona como filtro interpretativo do grau de reprovação jurídica. E, mais que isso, o princípio em discussão representa, para BUSATO, a própria dimensão democrática em um Estado social e democrático de Direito, de modo que a pena imposta ao sujeito deve ser individualizada com base em características subjetivas e objetivas. Assim, além dos aspectos objetivos do fato, é preciso que se considere aspectos relativos ao agente. De modo que em respeito a individualidade própria de um regime democrático, é necessário que as características expressas pela culpabilidade sejam levadas em conta na hora de imposição da pena.⁶⁵

⁶¹ CARVALHO; ÁVILA, *Op. cit.*, p. 155.

⁶² BITENCOURT, *Op. cit.*, p. 32.

⁶³ BUSATO, *Op. cit.*, p. 399-400.

⁶⁴ *Ibidem*, p. 400.

⁶⁵ *Ibidem*, p. 665.

É nesse sentido que a culpabilidade precisa ser entendida para nortear a valoração da reincidência como positiva ou negativa para o réu no âmbito das circunstâncias judiciais. À luz de BUSATO, é possível compreender que a reincidência pode não dizer respeito apenas ao autor da prática delitiva reiterada, mas aos fatores que o rodeiam, de modo que nem sempre a reincidência signifique um maior grau de reprovabilidade a ser empregado.⁶⁶

Nessa esteira, ZAFFARONI fornece um meio adequado de determinar a valoração da culpabilidade de modo que possa se estabelecer no caso concreto o grau de reprovabilidade da conduta. Preliminarmente, o autor explica que é fato verificável que cada indivíduo possui um determinado leque de condutas possíveis em diferentes situações. Com isso, a culpabilidade pelo ato dará conta de informar o grau de reprovabilidade do fato dentro do catálogo de ações possíveis do agente, sendo reprovado o ilícito em razão das circunstâncias condicionadas pela personalidade do sujeito.⁶⁷

Contudo, o autor alerta que a culpabilidade de ato não legitima o poder punitivo e falha por falta de conteúdo ético, em razão inobservância da seletividade do sistema de justiça criminal. Mas, embora apresente problemas, esta se faz necessária na medida em que atua como limitante do poder punitivo, ou seja, seria inconcebível uma punição que ultrapassasse a culpabilidade do ato. Sendo, portanto, o limite máximo. Porém, insuficiente para quantificar a punição para cada caso, uma vez que não leva em consideração a seletividade mencionada.⁶⁸

Portanto, em um Estado de direito, não é possível que a culpabilidade seja representada apenas pela culpabilidade pelo ato. Deve haver, nesse sentido, uma síntese entre esta enquanto limite máximo de reprovabilidade e de outro conceito que verse sobre a seletividade do sistema. Assim, o autor propõe o conceito de culpabilidade pela vulnerabilidade, que se relaciona ao grau de esforço empregado pelo agente para tornar-se alvo do poder punitivo do Estado. Desse modo, quanto mais abastado é o agente, maior será seu esforço para que se torne vulnerável ao poder punitivo. No sentido contrário caminha o sujeito que se encontra em um estado concreto de vulnerabilidade, onde o esforço necessário para sofrer a persecução

⁶⁶ BUSATO, *Op. cit.*, p. 683.

⁶⁷ ZAFFARONI, E. Raúl. **Culpabilidade por vulnerabilidade**. Discursos sediciosos. Rio de Janeiro, n. 14, p. 31-48, 2004. p. 36.

⁶⁸ *Ibidem*, *loc. cit.*

penal é insignificante. Sendo muito mais fácil para o Estado criminalizar aquele que se enquadra nos estereótipos de criminoso do que aquele que comete delitos mais sofisticados.⁶⁹

Assim, a proposta apresentada por BUSATO de considerar a reincidência na fixação da pena-base conduzida pela culpabilidade acima apresentada promove uma verdadeira inovação em matéria penal, pois torna possível determinar o grau de reprovação da conduta de modo que as possibilidades de agir do sujeito estarão vinculadas ao agir estatal, acarretando em uma maior ou menor culpa do agente dadas as circunstâncias de vida promovidas pelo Estado.⁷⁰

Como já dito, o cárcere promove sobre o sujeito uma ação dessocializadora, podendo obstaculizar a reinserção social do sujeito após o cumprimento de pena de tal modo que reste pouca ou nenhuma escolha senão voltar a delinquir. Deixando explícita a incapacidade do sistema em recuperar o agente e a supressão de sua liberdade de escolha, podendo levar a uma redução de pena pelo menor grau de reprovabilidade da conduta.

4.2 PRINCÍPIOS LIMITADORES DO DIREITO PENAL E A INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA

O direito a receber uma pena individualizada é consagrado pela Constituição Federal de 1988 em seu art. 5, inciso XLVI. Dessa forma, para cada crime imputado, cada autor deve receber a reprovação penal adequada a sua situação particular. O juiz, por outro lado, possui o dever de realização de adequação da pena individualmente para cada um dos envolvidos. Com isso, havendo concurso de crimes, cada um receberá a individualização correspondente.⁷¹

Como tratado quando abordada a questão da culpabilidade, é derivação desse princípio que o Estado singularize a pena como direito do indivíduo. Por tratar-se de manifestação da própria democracia, a individualização da pena é lastro democrático do Estado.⁷²

⁶⁹ ZAFFARONI, *Op. cit.*, p. 37-38.

⁷⁰ BUSATO, *Op. cit.*, p. 684.

⁷¹ *Ibidem*, p. 665.

⁷² *Ibidem*, *loc. cit.*

Assim, ao proceder a individualização da pena é necessário que o juiz fundamente de forma clara e evidente as razões que o levaram a determinar aquele *quantum* de pena. A pormenorização dessa dosagem de pena obedece aos mandamentos constitucionais de fundamentação dos atos judiciais, constante no art. 93, IX, e, claro, de individualização da pena (art. 5, XLVI). Portanto, o juiz deve explicitamente demonstrar as razões que fundamentam essa fixação.⁷³

Com isso, em razão da busca pela efetivação de um Estado democrático de direito, todo o aparato estatal está vinculado aos princípios e mandamentos constitucionais, sejam eles explícitos ou não. Portanto, em respeito a uma lógica sistêmica, o princípio da proporcionalidade funciona como uma garantia limitante do ordenamento jurídico pátrio. Em decorrência, a vinculação constitucional determina os fins e os meios pelos quais um ato estatal pode se materializar.⁷⁴

Em respeito a essa premissa, é possível constatar três aspectos: todo ato do Estado possui uma finalidade política consagrada pela Constituição Federal; os meios não podem ultrapassar as delimitações próprias da finalidade que se pretende; e os meios devem resguardar a proporcionalidade e adequação em todos os atos estatais. O princípio da proporcionalidade opera para além das consequências de sua inobservância, atingindo a própria limitação de poder do Estado. Assim, pode-se falar até mesmo em um uso abusivo do poder de legislar, levando a contradições e incongruências de diversos diplomas legais, viciando-os de inconstitucionalidade.⁷⁵

Trata-se de irracionalidade sistêmica, que afeta a harmonia dos princípios constitucionais e das legislações infraconstitucionais. O instituto da reincidência é um claro exemplo de incongruência dessa sistemática, por seu caráter nocivo aos princípios limitadores do próprio direito e seu ataque aos valores constitucionais.

BITENCOURT explica que na esfera penal a proporcionalidade determinará um juízo de ponderação entre o poder punitivo do Estado e a finalidade de aplicação dessa sanção. Devendo haver um ponto de equilíbrio entre o crime e a pena imposta. O princípio de proporcionalidade impõe limite a reação frente a uma ação, de modo

⁷³ CARVALHO, Salo de. Critérios para cálculo da pena-base: “ponto de partida”, “termo médio” e regras de quantificação. **Revista dos Tribunais**, vol. 978/2017, p. 173-194, abr. 2017. p. 174.

⁷⁴ BITENCOURT, *Op. cit.*, p. 33.

⁷⁵ *Ibidem*, *loc. cit.*

que ninguém poderá ser atingido em seus direitos para além das fronteiras do proporcional.⁷⁶

Desse modo, em respeito ao princípio de proporcionalidade e a individualização da pena consagrada expressa em texto constitucional, a agravante em tela não guarda qualquer razão de permanecer em vigência. Como repetidamente apontado, a reincidência representa um *quantum* de pena que não possui qualquer relação com o fato objeto do processo, de modo que fere qualquer limite de proporcionalidade possível. A adição de pena fruto de sua incidência corresponde a um crime anterior, que já recebeu o castigo para ele individualizado. A individualização da pena determina a singularização do castigo para cada fato praticado pelo agente, sendo desmedida a invocação de fato passado para fixação da sanção penal.

Outra afronta do instituto da reincidência refere-se à presunção de inocência, prevista no art. 5, inciso LVII, da Constituição Federal. LOPES JUNIOR. explica que “presunção de inocência impõe, inicialmente, uma pré-ocupação de espaços mentais do julgador e, por consequência, uma preocupação”⁷⁷. Com isso, o juiz deve comprometer-se de tal modo que atue no processo com consciência de sua função, estando mentalmente comprometido com a premissa que só abra mão dela depois de totalmente convencido pelas provas presentes nos autos. Assim, a presunção de inocência seria uma regra de julgamento e de tratamento, direcionada a todos, mas em especial ao juiz⁷⁸

Nessa esteira, CARVALHO apresenta uma definição de presunção de inocência que evidência esse comprometimento do julgador:

la última es la hipótesis teórica básica que me anima: llego a todos los procesos convencido de la inocencia (hay un perjuicio con base en el principio de la presunción) y sólo condeno cuando no fuera posible, a pesar de todos los esfuerzos interpretativos, absolver [...]. Y cuando tengo que condenar, entonces hago todo lo posible por conceber beneficios que no llevan al condenado a la cárcel.⁷⁹

Diante dessa contribuição, parece óbvio o ataque à presunção de inocência promovido pela incidência da reincidência, principalmente em relação aos efeitos além da dilatação da pena, como a vedação de liberdade provisória aos reincidentes pós aprovação do Pacote Anticrime.

⁷⁶ BITENCOURT, *Op. cit.*, p. 34.

⁷⁷ LOPES JUNIOR, Aury. **Fundamentos do processo penal**: introdução crítica. 7. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021. p. 40.

⁷⁸ *Ibidem*, *loc. cit.*

⁷⁹ CARVALHO, 2003 *apud* LOPES, *Op. cit.*, p. 40.

Por fim, é mister tratar brevemente do princípio da vedação ao retrocesso. Apesar de autoexplicativo, cabe destacar as suas relações com o tema em pauta. Nas matérias relativas aos direitos humanos quando da consolidação de um direito e sua incorporação na ordem interna, não há possibilidade de retrocesso por parte do Estado, uma vez reconhecido como um direito fundamental, é deslegitimada qualquer tentativa de regressão. O próprio Supremo Tribunal Federal reconheceu a existência do princípio e afirmou a impossibilidade do Estado de agir em sentido contrário ao reconhecimento e viabilidade do direito fundamental consolidado.⁸⁰

Assim, os direitos consagrados na Constituição Federal de 1988 não podem naufragar diante da adoção de um instituto que tão severamente os aflige. Os direitos fundamentais tutelados vão em sentido oposto ao que se pretende com a imposição de uma agravante que desrespeita a presunção de inocência, a individualização da pena e a vedação a dupla incriminação. O instituto da reincidência, portanto, sequer deveria ser recepcionado pela Constituição Federal, uma vez que ataca frontalmente seus mandamentos.

É cristalina a impossibilidade de manutenção da agravante, em decorrência de seus ataques aos princípios mais caros de um Estado democrático de direito. Portanto, cabe agora a apresentação de uma saída que parece ser a melhor opção para o tempo histórico vivenciado. Afinal, é preciso que se compreenda a realidade para inovações que sejam viáveis e possíveis, em um caminho de evolução que busca o ideal entendendo as possibilidades do tempo e espaço.

5. PROPOSTA DE LEGE FERENDA: REINCIDÊNCIA COMO CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL

A reincidência enquanto agravante genérica da pena representa um grave ataque aos princípios democráticos e republicanos do Estado. Promovendo uma desarmonia sistêmica e colidindo com os valores tão caros e tão dificilmente conquistados após a redemocratização.

Diante de todo o exposto ao longo dos tópicos supracitados, parece óbvia a impossibilidade de defesa da agravante em comento. Contudo, não seria suficiente a mera problematização de sua existência. Fazendo-se necessária a apresentação de

⁸⁰ BITENCOURT, *Op. cit.*, p. 37.

uma saída jurídica capaz de vencer as mazelas do instituto e viabilizar um caminho evolutivo do direito penal pátrio.

Assim, à luz de BUSATO, é possível compreender que a realocação do instituto poderia surtir os efeitos pretendidos. Como defende o autor, uma solução viável seria tratar da conduta criminal reiterada na primeira fase de dosimetria da pena. De modo que sua valoração deixaria de ser sempre negativa, e passaria a possibilidade de sopesamento conforme o caso concreto.⁸¹

Defende-se a aniquilação da reincidência enquanto agravante genérica da pena, e sua transferência para o âmbito das circunstâncias judiciais. Com isso, passaria a obrigatoriedade de detalhamento por parte do juiz ao analisá-la.⁸²

Como apontado anteriormente, o juiz tem o dever de explicitar as razões que culminaram na fixação da dosagem da pena aplicada.⁸³ Na primeira etapa de fixação da pena essa análise minuciosa se faz ainda mais presente, uma vez que o julgador é obrigado a referenciar cada uma das circunstâncias judiciais estabelecidas no art. 59 do Código Penal. Mesmo não levando em conta alguma delas para a fixação da pena-base, tem a obrigação de mencioná-la e evidenciar que não possui condições de valorá-la em razão da ausência de provas suficientes nos autos.⁸⁴

Assim, o juiz seria forçado a apresentar detalhadamente as motivações que o levaram a sopesar negativa ou positivamente para o réu a prática delitiva reiterada. Afinal, tal análise deve ser feita em conformidade ao princípio de culpabilidade, que serviria como filtro hermenêutico para aferição do grau de reprovabilidade da conduta.⁸⁵

Ademais, norteadas pelo princípio de culpabilidade, a análise judicial deve refletir sobre o quão reprovável é a conduta do agente levando em conta sua passagem pelo cárcere. Afinal, tanto pode o agente ter voltado a delinquir apesar das possibilidades que teve de não fazê-lo, como pode ter voltado a prática criminosa em decorrência de seu histórico, provando a falência da pretensão ressocializadora da pena de prisão. O que conduziria a uma diminuição do grau de reprovação da conduta do sujeito em razão da cocupabilidade do Estado.⁸⁶

⁸¹ BUSATO, *Op. cit.*, p. 683.

⁸² *Ibidem*, p. 667.

⁸³ CARVALHO, *Op. cit.*, p. 174.

⁸⁴ BUSATO, *Op. cit.*, p. 667.

⁸⁵ *Ibidem*, p. 683.

⁸⁶ *Ibidem*, loc. cit.

Assim, balizada pelo princípio de culpabilidade, a análise da repetição de conduta delitiva enquanto circunstância judicial blindaria o apenado de possíveis injustiças.

O método defendido para comprovação do grau de reprovabilidade da conduta passa por conceitos fornecidos por ZAFFARONI, que define a culpabilidade por vulnerabilidade.

Desse modo, a análise da reincidência enquanto circunstância judicial teria como filtro interpretativo a culpabilidade de ato – analisada em tópico anterior – enquanto limite máximo do poder punitivo do Estado.⁸⁷

O grau de reprovabilidade do caso concreto seria então medido pela culpabilidade por vulnerabilidade.

ZAFFARONI explica que não é possível buscar um resultado justo sem a observância da seletividade do sistema de justiça criminal. Portanto, seria necessária a combinação da culpabilidade pelo ato e da culpabilidade por vulnerabilidade para atingir a quantidade de poder punitivo de contensão de forma ética e racional. Afinal, tal poder precisa ser distribuído com equidade. Não sendo possível ignorar a conhecida seletividade de criminalizados exercida pelo sistema, que se vale de estereótipos e se destina com muito mais força às classes subalternas. De modo que os alvos do sistema, em maioria, seguem uma determinada padronização.⁸⁸

Com isso, o sistema penal representa diferentes graus de ameaça aos indivíduos, conforme se enquadrem mais ou menos aos estereótipos de criminalidade. Assim, a seleção feita pelo sistema leva em conta o estado concreto de vulnerabilidade que o sujeito está submetido. Sendo que um agente pertencente as classes mais altas de uma sociedade precisaria realizar um grande esforço para tornar-se alvo do poder punitivo. Em contrapartida, aquele que vivência uma situação concreta de vulnerabilidade pouco precisa fazer para ter contra si a persecução penal.⁸⁹

Desse modo, é legítima a reprimenda baseada no esforço pessoal do agente para colocar-se como alvo do poder punitivo do Estado, pois possibilita visualizar até que ponto o indivíduo operou contra o direito posto. É a contribuição pessoal do agente

⁸⁷ ZAFFARONI, *Op. cit.*, p. 36.

⁸⁸ *Ibidem*, p. 37

⁸⁹ *Ibidem*, p. 37-38.

que mensura o grau de reprovabilidade de sua conduta em face do esforço pacificador do direito penal.⁹⁰

Poderá, assim, o juiz valorar o verdadeiro grau de reprovabilidade da conduta do agente que reincidiu, observando até que ponto o sujeito concorreu para sofrer a persecução penal e qual foi a contribuição da ação dessocializadora do cárcere em tolher suas oportunidades sociais, levando-o a um caminho de reincidência quase irresistível.

6. CONCLUSÃO

Preliminarmente apresentou-se de forma breve o esboço histórico da reincidência na legislação penal brasileira, evidenciando sua origem religiosa e a presença nas codificações romana, germânica e francesa que possibilitaram sua difusão global. Com isso feito, passou-se a delimitar as principais aparições do instituto ao longo de mais de um século de existência no ordenamento jurídico pátrio.

Analisando a evolução da agravante em comento, coube descrever exhaustivamente a atualidade da circunstância legal no Código Penal, sua presença na segunda fase de dosimetria da pena e o prazo para que a conduta delitiva reiterada possa configurar reincidência. Ainda, ressaltou-se o entendimento consolidado quanto a constitucionalidade do instituto e as teses que fundamentaram a decisão do Supremo Tribunal Federal. Para, por fim, observar o impacto do dispositivo do ordenamento e seus efeitos que em muito ultrapassam o momento de individualização da pena.

Partindo da definição apresentada e dos desdobramentos do regramento, apresentou-se as principais críticas à reincidência. Abordando a ação dessocializante do cárcere e os prováveis obstáculos enfrentados pelos egressos na busca de reintegração social após o cumprimento de pena. Restando evidente, portanto, a ineficácia do Estado em gerir as consequências dos mecanismos adotados e transferindo para o sujeito toda a carga negativa de seu histórico com o sistema de justiça, ignorando a limitação de sua liberdade de escolha e de ação pelo estigmatizante da prisão.

⁹⁰ ZAFFARONI, *Op. cit.*, p. 39.

Ademais, ocupou-se da afronta a garantia *ne bis in idem*, salientando a inconstitucionalidade da dupla penalização e o viés indesejável de um direito penal do autor promovido pelo instituto. Ainda, para finalizar as principais incongruências, foi mister tratar da reincidência e dos antecedentes, da falta de lógica entre os dispositivos e da presunção de uma valoração sempre negativa para o réu.

Vencida a problematização, mostrou-se necessária e urgente a apresentação de uma proposta capaz de superar as mazelas da agravante em pauta. Dessa forma, dissertou-se sobre o princípio de culpabilidade, desde sua origem religiosa e da grande variação evolutiva de conceituação. Remontando a construção da categoria de culpabilidade, foi possível observar seus aspectos e a problemática na definição da conexão punitiva realizada entre a teoria do delito e a teoria da pena pelo princípio da culpabilidade. Partindo dessa análise, constatou-se a importância central para o Direito Penal enquanto princípio limitador e filtro interpretativo, além de ser manifestação da própria dimensão democrática de um Estado social e democrático de Direito. Assim, foi apresentado o conceito de culpabilidade por vulnerabilidade como filtro interpretativo que deve nortear a valoração da reincidência.

Depois, asseverou-se que a reincidência deve estar orientada pelos princípios limitadores do Direito Penal e os valores constitucionais, para que seja possível manter a lógica sistêmica e valores democráticos duramente conquistados ao longo do tempo.

Por fim, foi mister apresentar uma saída compatível com o tempo histórico vivenciado. Desse modo, defendeu-se a aniquilação da reincidência enquanto agravante genérica e sua passagem para o âmbito das circunstâncias judiciais, vencendo as incongruências enfrentadas e possibilitando a valoração mais justa ao réu, fundamentada no princípio de culpabilidade e respeitando os princípios constitucionais. Utilizando o conceito de culpabilidade por vulnerabilidade anteriormente abordado, buscou-se estruturar a solução em pauta a fim de amortecer os efeitos do cárcere e garantir a manutenção dos princípios tratados.

REFERÊNCIAS

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal** – parte geral: volume 1. 27. ed., São Paulo, Saraiva, 2021.

BRASIL. Decreto-lei nº 847, de 11 de outubro de 1890. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1851-1899/d847.htm>. Acesso em: 23 de mai. 2022.

BUSATO, Paulo César. **Direito penal**: parte geral: volume 1. 5. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2020

CARVALHO, E. M., ÁVILA, G. N. Culpabilidade e execução penal: uma análise crítica do recurso à prevenção como estratégia de controle. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, vol. 145/2018, p. 153–180, jul. 2018.

CARVALHO, Salo de. Critérios para cálculo da pena-base: “ponto de partida”, “termo médio” e regras de quantificação. **Revista dos Tribunais**, vol. 978/2017, p. 173-194, abr. 2017.

DITTICIO, Mário Henrique. **Crítica tridimensional da reincidência**, São Paulo, 2007, Dissertação (Mestrado em Direito) – Departamento de Direito Penal, Medicina Forense e Criminologia, Universidade de São Paulo.

GIAMBERARDINO, A. R.; ZILIO, J. Reincidência. In: Paulo César Busato; Alexey Caruncho. (Org.). **Teoria da Pena**: Série Direito Penal baseado em Casos. 1 ed. Curitiba: Juruá Editora, 2014, v. p. 100-120.

HASSEMER, Winfried. ¿**Alternativas al principio de culpabilidad?** Cuadernos de política criminal, Madrid, n. 18, p. 473-482., 1982.

HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal**: arts. 75 a 101, vol. III, Rio de Janeiro: Forense, 1959.

LOPES JUNIOR, Aury. **Fundamentos do processo penal**: introdução crítica. 7. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021.

LUCCHESI, Guilherme Brenner. Surge harmônico com o princípio constitucional da individualização da pena o inciso I do artigo 61 do Código penal, no que prevê, como agravante, a reincidência. Teses jurídicas dos tribunais superiores. Volume I, direito constitucional. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 2017, v. 1, n. 1, p. 643-655.

SÁ, Antonio Macruz de; HAUG, Marianna. O "pacote anticrime" e o recrudescimento punitivo para os já penalizados: uma análise sobre a reincidência e a habitualidade criminosa. **Boletim IBCCrim**, v. 28, n. 331, p. 12-14, jun. 2020.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito penal**: parte geral. 5. ed. Florianópolis: Conceito, 2012.

ZAFFARONI, E. Raúl. **Culpabilidade por vulnerabilidade**. Discursos sediciosos. Rio de Janeiro, n. 14, p. 31-48, 2004.