

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE JUIZ DE FORA CAMPUS GOV. VALADARES**  
**Instituto de Ciências Sociais Aplicadas – Departamento de Direito**

**Laura de Melo Rodrigues**

**REINCIDÊNCIA: das raízes positivistas a uma política redutora de danos**

**Governador Valadares**  
**2022**

**Laura de Melo Rodrigues**

**REINCIDÊNCIA: das raízes positivistas a uma política redutora de danos**

Trabalho de Conclusão de Curso  
apresentado ao curso de Direito da  
Universidade Federal de Juiz de Fora –  
campus avançado Governador Valadares  
como requisito parcial à obtenção do  
título de bacharel em Direito

Orientadora: Nayara Rodrigues Medrado

Governador Valadares

2022

**Laura de Melo Rodrigues**

**REINCIDÊNCIA: das raízes positivistas a uma política redutora de danos**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao curso de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora – campus avançado Governador Valadares como requisito parcial à obtenção do título de bacharel em Direito.

Aprovado em        de        de 2022

**BANCA EXAMINADORA**

---

Orientadora: Prof. Nayara Rodrigues Medrado  
Universidade Federal de Juiz de Fora – UFJF/GV

---

Prof. Braulio de Magalhães Santos  
Universidade Federal de Juiz de Fora – UFJF/GV

---

Hellem Amanda Nogueira Brito  
Unidade de Prevenção à Criminalidade de Governador Valadares (Membro Externo)

## RESUMO

O presente trabalho tem como elemento fulcral o instituto da reincidência penal, a fim de investigar suas origens, sua incorporação no ordenamento pátrio, seus efeitos e sua aplicação. Nesse diapasão, será demonstrado como sua natureza, fundada na Escola Positivista da pena, incorporou-se à legislação brasileira como cultura incompatível ao Direito Penal do Fato, defendida em razão da periculosidade do agente. Através disso, pretende-se demonstrar como a reincidência tem impactado não só na fixação da pena, mas também obstado diversos direitos durante a persecução e a execução penal. Por conseguinte, objetiva-se apontar como o instituto tem reforçado a seleção e dessocialização dos sujeitos, tendo como ponto de análise a pesquisa empírica realizada no Programa de Inclusão Social de Egressos do Sistema Prisional (PrEsp), na Unidade de Governador Valadares, com o público reincidente inscrito em 2021. Ao final, portanto, o trabalho propõe-se a justificar um novo horizonte de aplicação da reincidência, relativo ao reposicionamento da circunstância agravante no polo das atenuantes, em posição a reduzir os danos proporcionados pelo etiquetamento e pela violência punitiva do sistema penal.

Palavras-chave: Reincidência; Positivismo; Etiquetamento; Efeito dessocializador; Circunstâncias agravantes e atenuantes.

## **ABSTRACT**

The present work has as its central element the institute of criminal recidivism, in order to investigate its origins, its incorporation into the national order, its effects and its application. In this vein, it will be demonstrated how its nature, founded on the Positivist School of punishment, was incorporated into Brazilian legislation as a culture incompatible with the Criminal Law of Fact, defended due to the dangerousness of the agent. Through this, it is intended to demonstrate how recidivism has impacted not only on the setting of the sentence, but also hindered several rights during prosecution and criminal execution. Therefore, the objective is to point out how the institute has reinforced the selection and desocialization of subjects, having as a point of analysis the empirical research carried out in the “Programa de Inclusão Social de Egressos do Sistema Prisional” (PrEsp), at the Governador Valadares Unit, with the recidivist public registered in 2021. In the end, therefore, the work proposes to justify a new horizon of application of recidivism, regarding the repositioning of the aggravating circumstance in the mitigating pole, in a position to reduce the damages caused by the labeling and the punitive violence of the penal system.

**Keywords:** Recidivism; Positivism; Labeling; Desocializing effect; Aggravating and mitigating circumstances.

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO</b> .....	6
<b>2 ORIGENS DO INSTITUTO DA REINCIDÊNCIA</b> .....	7
<b>3 INCORPORAÇÃO DO INSTITUTO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO</b> .....	12
<b>3.2 Aplicação e Efeitos da Reincidência</b> .....	15
<b>3.3 (In)adequação do instituto aos princípios constitucionais</b> .....	20
<b>4 DA APLICAÇÃO AO ETIQUETAMENTO: UM ESTUDO DE CASO SOBRE O PERFIL TAXADO COMO REINCIDENTE NA CIDADE DE GOVERNADOR VALADARES</b> .....	23
<b>4.1 Apresentação e discussão dos dados</b> .....	25
<b>5 OUTROS CAMINHOS NA APLICAÇÃO DO INSTITUTO</b> .....	30
<b>6 CONCLUSÃO</b> .....	35
<b>REFERÊNCIAS</b> .....	37

## 1 INTRODUÇÃO

A criminologia, embora apareça nomeada através de um discurso médico-jurídico ao final do século XIX, tem como objeto a construção histórico-social, e não deve apresentar, desse modo, conceitos ontológicos de “crime” e de “criminoso” (MALAGUTI, 2011, p. 15). Nesse sentido, é certo que os conceitos criminais não estão dados pela natureza, mas historicamente estruturados, conforme os valores e, principalmente, os sistemas econômicos de cada época. Destarte, é através desse entendimento que o instituto da reincidência se elenca, uma vez que representa um conceito que, em verdade, estabelece-se como uma construção social amplamente adotada em nossa esfera punitiva.

Sendo a criminologia, portanto, uma acumulação de discursos socialmente construídos, o questionamento que se lança, no que tange a reincidência, é de como o positivismo tem permanecido no ideário social punitivo, ao longo de tantos períodos, fundamentando o referido instituto. Isso porque se a reincidência propugna pelo reconhecimento da periculosidade do agente, como foi possível adotar, desde os primórdios, um corpo teórico movido contra substancial parcela da população, apenas pela sua condução de vida?

O presente trabalho, portanto, orientou-se de modo a investigar o surgimento do instituto da reincidência, na Europa, bem como sua incorporação, no Brasil, a fim de compreender o pensamento jurídico nacional que proporcionou a sua adoção. De mesmo modo, pretendeu retratar a discussão legislativa presente ao longo de todas as modificações dos Códigos Penais, no que tange a reincidência, até chegar ao momento atual, pós Reforma de 1984. Por conseguinte, ensejou demonstrar a aplicação do instituto, contemporaneamente, bem como seus efeitos, com o objetivo de explanar sua (in) adequação aos princípios constitucionais. Utilizou-se, desse modo, da metodologia da pesquisa teórica para fundamentar o estudo.

Na segunda parte do texto, então, o trabalho propôs-se a realizar uma pesquisa empírica, por meio do estudo de casos do Programa de Inclusão Social de Egressos do Sistema Prisional (PrEsp), a fim de averiguar como o perfil reincidente de Governador Valadares tem se apresentado, e, de mesmo modo, como o etiquetamento, e a criminalização têm recaído sob esses indivíduos. Ao fim, então, almejou-se apresentar

como as teorias biologistas ainda refletem nas práticas punitivas brasileiras, e como o instituto da reincidência tem contribuído para isso, de modo a ofertar, como política redutora de danos, um reposicionamento em sua aplicação.

## **2 ORIGENS DO INSTITUTO DA REINCIDÊNCIA**

A fim de compreender a origem da criminologia positivista, na Europa, bem como sua propagação, no Brasil, seja como corrente teórica, seja por meio de institutos como o da reincidência, estabelecer-se-á o retrospecto à Itália, ao final do século XIX. Nesta, com os ideais racionalistas e empiristas destacados, a Escola Positivista Italiana surgiu, em contraposição à então Escola Liberal Clássica do Direito Penal. Com o discurso declarado de proteger a sociedade contra a criminalidade instaurada na época, o cientificismo criminológico responsabilizou-se, portanto, a substituir o livre-arbítrio, da Escola Clássica, pelo determinismo. De mesmo modo, a análise da culpabilidade do agente foi substituída pela aferição de sua periculosidade. Instaurou-se, com isso, um novo modo de enxergar a criminalidade, incorporando elementos biológicos e fisiológicos do indivíduo como justificadores para o crime, como assinala Alessandro Baratta:

A novidade de sua maneira de enfrentar o problema da criminalidade e da resposta penal a esta era constituída pela pretensa possibilidade de individualizar “sinais” antropológicos da criminalidade e de observar os indivíduos assim “assinalados” em zonas rigidamente circunscritas dentro do âmbito do universo social (as instituições totais, ou seja, o cárcere e o manicômio judiciário). (...) Este [discurso criminológico] tem por objeto não propriamente o delito considerado como conceito jurídico, mas o homem delinquente, considerado como um indivíduo diferente e como tal, clinicamente observável. (BARATTA, 2018, p. 29)

Enfatizava-se, dessa maneira, o Direito Penal do Autor, cercando de luzes a figura criminosa, em contraposição aos parâmetros clássicos anteriormente estabelecidos (FLAUZINA, 2006, p. 17). Nesse contexto, surgia também um dos principais nomes da Escola Positiva do Direito Penal: Cesare Lombroso.

Escritor de *L'uomo Delinquente*, uma de suas principais obras, publicada em 1876, Lombroso defendia a existência do tipo criminal, cuja figura do criminoso nato demonstraria a sobrevivência de aspectos atávicos do homem selvagem, mesmo frente às

sociedades desenvolvidas. Além do tipo criminoso nato, Lombroso foi capaz de nomear o criminoso louco moral; o criminoso epilético; o criminoso louco; o criminoso passional e o criminoso ocasional, mas seu destaque centrou-se, sobretudo, naquele em que o atavismo recaia sua plenitude. Com isso, o atavismo seria percebido, por completo, apenas no tipo definido nato, através de características craniais e anatômicas (DUARTE, 1998, p. 135):

Examinando o crânio, eu parecia de repente compreender, iluminado como uma vasta planície sob um céu flamejante, o problema da natureza do criminoso, um ser atávico que reproduz em sua pessoa os instintos ferozes da humanidade primitiva e dos animais inferiores. As manifestações anatômicas eram as enormes mandíbulas, os ossos do rosto pronunciados, os arcos superciliares proeminentes, as linhas isoladas da palma da mão, o tamanho excessivo das órbitas, as orelhas em forma de asa que se observam nos criminosos, selvagens e macacos, a insensibilidade à dor, a visão extremamente aguçada, tatuagem, ociosidade excessiva, gosto por orgias, e a perseguição irresistível do mal simplesmente pelo mal, o desejo não apenas de tirar a vida da vítima mas também para mutilar o cadáver, rasgar sua carne e beber seu sangue. (LOMBROSO *apud* GÓES, 2015, pp. 90-91)

A degeneração das raças, portanto, permitiu a divisão das classes entre superiores e inferiores, de modo que a teoria lombrosiana seguisse conforme os padrões estético culturais e guiada pelos interesses da classe burguesa europeia (DUARTE, 1998, p.137). Para o tipo criminoso nato, portanto, acreditava-se não haver remédios, já que seria “necessário isolá-los para sempre, nos casos incorrigíveis, e suprimi-los quando a incorrigibilidade os torna demasiado perigosos (LOMBROSO, 2010, p. 8).

A tendência inata para o crime, portanto, era considerada uma doença, na qual as estatísticas penais demonstravam, em unanimidade, a constância e a frequência maior das reincidências nos delinquentes, em razão destes não conseguirem romper seus ímpetos (LOMBROSO, 2010, p. 153). Em razão da tendência atávica, portanto, afirmava Lombroso (2010, p. 158) não ser possível a reforma do que se formou por várias gerações, bem como salvar os reincidentes através do sistema carcerário, já que as prisões constituíam, em verdade, a causa principal da reincidência:

Quem, como Locatelli, que indaga como pode acontecer essa influência perniciosa da instrução, notará que o delinquente na prisão aprende com a arte de ferreiro ou do calígrafo os meios de delinquir com menor perigo e maior

vantagem. Notará, ainda, que o agressor se transforma em falsário, o ladrão em estelionatário ou moedeiro falso. (LOMBROSO, 2010, p. 156)

A perspectiva classificatória já instaurada pela Escola Positivista Italiana, através de Cesare Lombroso, teve continuidade, então, com Enrico Ferri (1856-1929). Sua classificação, embora seguisse o pensamento científico de seu tempo, proporcionou um entendimento mais abrangente acerca da criminalidade, não mais limitado a fatores antropológicos, mas também ligado a fatores físicos e sociais. Ferri foi responsável, assim, pela “Lei da saturação criminal”, que estabelecia que, conhecidos os fatores-causas (biológicos, físicos e sociais) do delito, possível seria estabelecer com exatidão o número de crimes que seriam cometidos (SHECAIRA, 2020, p. 106). Posicionava-se, assim como Lombroso, criticamente ao livre-arbítrio, de modo que este figuraria mera ficção, bem como afirmava que para avaliar a periculosidade do delinquente seria necessário considerar o seu grau, a sua provável duração e a sua tendência (FERRI, 2006, p. 140).

Desse modo, a vida pregressa constituiria traço fundamental da personalidade do agente, de modo que as ciências criminais se encarregariam desse estudo de periculosidade do delinquente a fim de medir a condenação e avaliar os indícios sobre a culpabilidade daquele reincidente na vida delinquencial. Assim, embora Enrico Ferri não tenha previsto o reincidente, denominadamente, nomeou o delinquente habitual como aquele “possuidor de uma fisionomia biopsíquica própria, que lhe caracteriza grave periculosidade e a fraca readaptabilidade social” (FERRI, 1931, p. 259), devendo esse, portanto, ser segregado.

Logo, a figura do criminoso nato, de tipo instintivo delinquente, encontrada não só nos pensamentos lombrosianos, como nos de Ferri, adotou também diferentes complementos à luz das ideias de Garófalo. O jurista, criador do termo Criminologia, além de estudar o “delito natural”, posicionava-se rigorosamente em defesa da ordem social. Esta, portanto, obter-se-ia, no entendimento de Garófalo, do mesmo modo que opera a seleção natural, quando a espécie não se adapta ao meio. Seria papel do Estado, dessa maneira, eliminar aquele que não se adaptasse à sociedade (SHECAIRA, 2020, p. 120). Através disso, portanto, concluem Zaffaroni e Batista que “com ele fica evidente a tese da guerra ao delinquente e o positivismo italiano alcança o nível mais inferior de seu conteúdo pensante” (ZAFFARONI; BATISTA; ALAGIA; SLOKAR, 2011, p. 578).

Evidenciada a exacerbada preocupação com a personalidade da figura criminosa, seja em razão de sua tendência atávica ou em decorrência de sua periculosidade e temibilidade, possível se faz a identificação das reais razões deterministas: racismo. É certo que as características de menor desenvolvimento genético, tais como as identificadas por Lombroso (2010, p. 197), representavam uma descrição genérica a fim de englobar colonizados, negros, mulheres e quem mais se adequasse à figura do Outro.

É nas últimas décadas do século XIX, então, que a criminologia positivista se expande da Europa e começa a ser recepcionada também no Brasil, sendo fundada por Nina Rodrigues. Institucionalizada como medicina legal, a Escola Nina Rodrigues alçava perspectivas de higienismo contraditório e paradoxal através do uso da antropologia e da medicina legal. Utilizava-se, portanto, do positivismo criminológico europeu para travestir de técnica o fetiche criminal que se instalava diante do conflito da passagem do Império à República (MALAGUTI, 2016, p. 300)

Frente à República brasileira que se materializava, o ex-escravo era visto como ameaça social, uma vez que sua inferioridade racial, instituída pela corrente positivista, dificultaria o desenvolvimento do Brasil enquanto nação. Com isso, apesar do abolicionismo, o discurso médico encarregou-se da patologização de africanos, afro-brasileiros e povos originários, que posteriormente ao Império integraram o trabalho livre. Nina Rodrigues, portanto, foi o responsável por concretizar a teorização de que índios, mestiços e negros não possuíam o mesmo desenvolvimento do povo europeu, em decorrência dos divergentes estágios de evolução (RODRIGUES, 2011, pp. 47-52). Adotou, desse modo, as teorias raciais advindas da Europa como premissas de seu estudo, sem questionar os padrões eurocêntricos, como fez questão de explicitar na introdução do livro “As raças humanas e a responsabilidade penal no Brasil”:

Não tive a mente de abrir discussão neste trabalho sobre as doutrinas, sobre os princípios científicos que o inspiraram. Tais quais os aceito, apliquei-os à solução de um problema médico-legal. Mérito ou demérito, só pode haver aqui, portanto, na legitimidade ou ilegitimidade das aplicações feitas e das ilações tiradas. Para condenar a obra, de nenhum outro pretexto tem, pois, necessidade aqueles a quem motivos de crenças religiosas ou de exagerado partidarismo de escola, tornaram inconciliáveis com essas doutrinas e porventura incompatíveis com um espírito de crítica, reto e imparcial. (RODRIGUES, 2011, p. 11)

O que se instalou, a partir desse período, foi um processo de recepção da Escola científica não apenas como um segmento de estudo, uma escola propriamente dita, mas a incorporação do positivismo como cultura, como forma de compreender as ciências criminais e materializar a constante segregação entre homens brancos/proprietários e outros (MALAGUTI, 2016, p. 298). Destarte, a cultura positivista, principalmente no Brasil, pode ser entendida como “essa profunda formação coletiva, uma máquina de subjetivação que verticaliza e objetifica tudo e todos, o grande dispositivo de atualização do Outro, da alteridade nociva em nossas margens” (MALAGUTI, 2016, p. 299).

A questão criminal foi inaugurada nacionalmente, dessa maneira, sob viés inquisitorial, de objetificação e hierarquização de corpos. Logo, a seletividade advinda de matrizes europeias produziu, ao longo dos anos, violências e genocídios em nosso sistema penal, de modo que o poder punitivo legitimou a truculência através de justificativas salvacionistas de defesa social. Ocorre que, frente àqueles que fundaram a criminologia, no Brasil, fácil é a percepção de seus reais interesses: “Suas teorias antipovo se chocam com seu interesse genuíno” (MALAGUTI, 2016, p. 302).

Tendo isso em mente, a análise de ranços e incorporações da cultura positivista, na contemporaneidade, tornar-se-á facilitada, haja vista estarem esclarecidos os interesses punitivos de neutralização e patologização do Outro. O saber hegemônico construído, impresso ainda em nosso ordenamento jurídico, através de institutos como o da reincidência, será explicitado à medida que a classificação e a seletividade ainda imperam frente ao agente delinquente.

Logo, a perpetuação de um direito penal de periculosidade, ainda hoje, será demonstrada através da aplicação da recidiva. Com isso, pretende-se demonstrar que o instituto, largamente aplicado no Brasil, enruste-se de exercícios de futurologia e estratégias de neutralização, tendo como base a teoria da maior periculosidade ou periculosidade presumida, de natureza criminológica positiva. Através desse entendimento, portanto, tem-se enxergado na figura do criminoso reincidente o reflexo de uma imagem perigosa e perversa de muito tempo atrás, que assim como antes, “necessita” de tratamento e ressocialização (BRUNONI, 2007, p. 8). Com isso, defender-se-á a desconstrução da cultura do positivismo, retirando do poder punitivo a análise de periculosidade e da personalidade do agente, especificamente no que tange a reincidência no crime, uma vez que o Direito Penal legislado, contemporaneamente, adota a culpabilidade como viés interpretativo e garantista.

### **3 INCORPORAÇÃO DO INSTITUTO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO**

O modelo inquisitorial de direito penal do autor, com enfoque na análise de periculosidade do agente, advindo do positivismo, foi primeiramente codificado, no Brasil, em 1830, por meio do Código Criminal do Império do Brasil, a primeira legislação genuinamente brasileira após a proclamação da Independência. Neste, a reincidência era vislumbrada sob a forma de agravante específica, incidindo naquele que reincidisse em delito de mesma natureza, conforme legislava seu artigo décimo sexto<sup>1</sup>. Com isso, resta esclarecer que, nesse primeiro momento não se optou pela fixação de um lapso temporal para a atribuição da reincidência, mas tão somente estabeleceu-se que o delito deveria ser de mesma natureza, sem especificar, contudo, o que conotaria essa classificação (TAVARES; ADORNO; VECHI, 2020, p. 4).

Em 1890, por conseguinte, o instituto foi alargado, de modo a apresentar, no Código Penal dos Estados Unidos do Brasil, uma definição própria, ao longo do artigo 40, especificando que a violação de mesma natureza se referia a quebra de um mesmo artigo, bem como que a reincidência verificar-se-ia “depois de passada em julgado sentença condenatória” (BRASIL, 1890). Com isso, a sentença condenatória em julgado também foi o entendimento seguido pela Consolidação das Leis Penais, em 1932.

O enfoque somente na reincidência específica, contudo, começou a ser visto com ressalvas pelos juristas da época que, tomados pela corrente positivista atuante, passaram a defender a aplicação da reincidência genérica, na qual independente do novo delito concretizado, o agente reincidiria, afinal, ambas (reincidência genérica e específica) poderiam atestar a maior periculosidade do delinquente (SILVA, 2004, p. 366). Os debates proporcionados pelo pensamento de temibilidade e perigosidade do agente reincidente, portanto, refletiram diretamente no Decreto-Lei nº 2848/1940, que concretizou toda a repulsão ideológica ao anterior Código de 1890, de Baptista Pereira:

É obvio que a República nasceu sob o signo ideológico do positivismo, e o Código Baptista Pereira não correspondia a essa ideologia. Isto explica as críticas de que foi alvo, particularmente quando chegaram ao Brasil as influências de FERRI e de toda a escola criminológica italiana. Obviamente, as tendências elitistas e racistas não poderiam ver no código de 1890, algo

---

<sup>1</sup> “Art.16. São circunstancias agravantes: 3º Ter o delinquente reincidido em delicto da mesma natureza (sic)” (BRASIL, 1830)

diferente do que a materialização do liberalismo que elas satanizavam. Justifica-se, dessarte, a crítica sobre ser "o pior de todos os códigos conhecidos" (João Monteiro). (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2002, p. 219)

A reincidência foi escrita no Código de 1940, então, nos artigos 46 e 47, de modo a especificar nestes a reincidência genérica e específica, bem como seus efeitos. Desse modo, materializou-se a vontade dos juristas de penalizar não só o cometimento de crimes da mesma natureza, mas também de natureza diversa. Assim, enquanto a reincidência genérica serviria de agravamento simples à pena, a específica importaria em aplicação da pena privativa de liberdade acima da metade da soma do mínima com o máximo e aplicação da pena mais grave em qualidade, dentre as cominadas (BRASIL, 1940).

Ocorre que o Código Penal de 1940 proporcionou ao instituto relevante destaque, uma vez que conferiu a ele o papel de protagonista de combate. Conforme aponta Nelson Hungria (1959, pp. 109-110), o desejo de eliminação da reincidência delitiva foi um dos pontos culminantes do Código de 1940, de modo que motivou, inclusive, a adoção da medida de segurança como complemento da pena. Com isso, a adoção do sistema do duplo binário, durante o período, esteve intrinsecamente ligada à “necessidade de solução do problema de combate à reincidência” (HUNGRIA, 1959, pp.109-110). Desse modo, abriu-se a possibilidade de aplicação, ao final da pena, da medida de segurança, que só seria esgotada uma vez cessada a periculosidade do agente, o que, no caso dos reincidentes, era considerado de forma presumida, como demonstra o artigo 78 da Parte Geral do Código de 1940:

Art. 78. Presumem-se perigosos:

I - Aqueles que, nos termos do art. 22, são isentos de pena;

II - Os referidos no parágrafo único do artigo 22;

III - Os condenados por crime cometido em estado de embriaguez pelo álcool ou substância de efeitos análogos, se habitual a embriaguez;

**IV - Os reincidentes em crime doloso;**

V - Os condenados por crime que hajam cometido como filiados à associação, bando ou quadrilha de malfeitores.<sup>2</sup> (grifos nossos)

---

<sup>2</sup> Decreto-Lei N° 2.848, de 7 de dezembro de 1940

Ademais, cumpre ressaltar que o Código de 1940 não se incumbiu de delimitar, ainda, a temporalidade da aferição da reincidência, de modo que a perpetuidade do instituto se alastrou ao longo de mais de um século na história dos Códigos brasileiros. Destarte, apenas com a Lei nº 6416 de 1977 se incluiu, no artigo 46, um parágrafo único que designasse a seguinte previsão: “Para efeito de reincidência, não prevalece a condenação anterior, se entre a data do cumprimento ou extinção da pena e a infração posterior tiver decorrido período de tempo superior a cinco anos” (BRASIL, 1977). O Estado delongou, portanto, longos 147 anos para encerrar a eternização da reincidência criminal no Brasil (TAVARES; ADORNO; VECHI, 2020, p. 6).

Em 1984, por conseguinte, com a reforma da parte geral do Código Penal, oportunizada pela Lei 7.209, o instituto da reincidência sofreu outras diversas, e importantes, alterações. Com isso, importa destacar que a supressão do sistema do duplo binário, à medida que rompeu com a obrigatória imposição da medida de segurança, despertou nos reformadores de 1984 o desejo de manutenção do status quo, da reprovação do reincidente, mesmo que por novos contornos. A cultura positivista enraizada, bem como assinalada por Malaguti (2016, p. 298), explicita então, ao longo da Exposição de Motivos da Lei 7.209/84, a permanência de um corpo social motivado a segregar o agente delinquente, prolongando o cumprimento da pena e tendo em vista condições de sua personalidade (CARVALHO, 2013, p. 395). É o que se extrai da Exposição de Motivos (§59) da reforma da parte geral do Código Penal:

(...) com a extinção, no Projeto, da medida de segurança para o imputável, urge reforçar o sistema destinando penas mais longas aos que estariam sujeitos à imposição de medida de segurança detentiva e que serão beneficiados pela abolição da medida. A Política Criminal atua, neste passo, em sentido inverso, a fim de evitar a liberação prematura de determinadas categorias de agentes, dotadas de acentuadas periculosidade. (BRASIL *apud* CARVALHO, 2013, p. 395)

A previsão do agravamento da pena em razão da reincidência decorre, portanto, do desejo de continuidade da valoração pela periculosidade frente ao novo modelo de penas que se impunha, definido como vicariante (CARVALHO, 2013, p. 395). Com isso, apesar da substituição da medida de segurança pela majoração da pena, o âmago manteve-se o mesmo, mas o substrato não se elencava mais como compatível ao direito penal do fato adotado, nem mesmo com o estudo das ciências criminais, que agora alcançava a

responsabilização pela culpabilidade. Isso porque, como bem pontua Streck (1998, p. 66), a reincidência, no Código Penal brasileiro, não só passou a agravar a pena do novo delito, como também a obstaculizar vários benefícios legais, tudo em razão de elementos da personalidade do indivíduo.

Nesse viés, a reforma da parte geral do Código Penal, trazida pela Lei 7.209 de 1984 adicionou novos contornos ao instituto da reincidência. Desse modo, no lapso temporal de contabilização do instituto passou a se considerar não só o cumprimento ou extinção da pena, mas também o tempo em que o indivíduo permanecesse em livramento condicional ou tivesse o benefício da suspensão condicional da pena (BRASIL, 1984).

Com o reposicionamento da reincidência a partir do artigo 63 em adiante, a partir da reestruturação do Código Penal, o instituto adquiriu diversas funções, todas tendo o objetivo comum de combater o indivíduo que insurgisse no repetimento de crimes, bem como de evitar a liberação prematura desses agentes, conforme se extrai da própria Exposição de Motivos da reforma da parte geral do presente Código. O que se pormenorizará adiante, constitui, então, um retrato de todos os atuais efeitos da aplicação do instituto da reincidência, que não só se traduz em agravante genérica prevista pelo artigo 61 do Código Penal, mas também impacta outros tantos direitos individuais, desde o Código Penal até o Código de Processo Penal e as Legislações Especiais. As múltiplas restrições, portanto, serão abordadas a fim de questionar a análise de periculosidade adotada, que, ao ultrapassar o Direito Penal do Fato, parece anunciar seus reais propósitos neopositivistas.

### **3.2 Aplicação e Efeitos da Reincidência**

Conforme se extrai do artigo 63 do Código Penal, verifica-se a condição de reincidente “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, 1984). Com isso, o Código não foi capaz de estabelecer um conceito acerca da reincidência, mas tão somente indicou seus termos de verificabilidade e aplicabilidade (CARVALHO, 2013, p. 389). Desse modo, a fim de explicitar a correta aplicação do instituto, esclarece o artigo 64 que:

Art. 64 - Para efeito de reincidência:

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

II - não se consideram os crimes militares próprios e políticos. (BRASIL, 1984)

Nesse viés, a reincidência seria, na verdade, não uma relação do primeiro e do segundo delito, mas sim entre o segundo delito e a condenação anterior (ZAFFARONI, 1981, p. 360), de modo que seus efeitos estariam cessados após 5 anos do cumprimento ou da extinção da pena, computado o período de prova da suspensão ou do livramento condicional. Logo, um novo delito cometido antes do trânsito em julgado não configuraria reincidência, mas maus antecedentes.

Os crimes militares próprios, então, também configurar-se-iam inaptos à análise de reincidência, sendo estes “as figuras típicas dispostas exclusivamente no Código Penal Militar (Decreto-Lei n. 1001/69) e que descrevem uma qualidade do sujeito ativo, ou seja, condutas que só podem ser praticas por militares” (CARVALHO, 2013, p. 392). De mesmo modo estariam posicionados os crimes políticos, tidos como aqueles contra a segurança interna e externa do Estado.

Estabelecida a aplicação do instituto, imperioso se faz destacar, e pormenorizar, seus efeitos, uma vez que, apesar da recidiva ser a primeira agravante em espécie elencada pelo artigo 61, inúmeros são seus efeitos subsidiários, que ultrapassam o aumento da pena provisória. Assim sendo, convém segmentar os efeitos negativos da reincidência em três funções: “(i) agravar a pena; (ii) impedir e revogar benefícios; e (iii) alterar prazos que sejam benéficos” (TAVARES; ADORNO; VECHI, 2020, p. 11).

Nesse primeiro segmento, então, faz-se presente a definição de regime de cumprimento de pena mais severo em razão da reincidência, constante no artigo 33, §2º do Código Penal. Assim, em ocasião de aplicabilidade de regime aberto, por exemplo, em razão da quantidade da pena, impõe a reincidência regime mais severo a que o agente tem direito, com base nas condições pessoais do condenado. Além disso, convém apontar que, embora a reincidência não configure circunstância judicial do artigo 59 desse mesmo Código, as condenações anteriores com trânsito em julgado que não forjarem

reincidência<sup>3</sup> poderão ser utilizadas para fins de antecedentes, conforme admitem majoritariamente a doutrina e a jurisprudência (HC 306.222/RS; APR 20110112289508; APR 20150110093863).

O agravamento também será possível pela própria agravante genérica do artigo 61, inciso I, na fixação da pena provisória e somando-se 1/6 à pena, independentemente da natureza do delito. A redação do presente artigo é categórica em dizer, desse modo, que a reincidência faz parte das circunstâncias que sempre agravam a pena. Destarte, explicita o artigo 67 que, diante do concurso de agravantes e atenuantes, a reincidência deve posicionar-se como circunstância preponderante, devendo a pena se aproximar do limite indicado por esse tipo de circunstância (BRASIL, 1984). Nesse sentido, a reincidência apresenta-se, hoje, como a circunstância agravante mais frequente<sup>4</sup>.

É evidente, portanto, que embora nosso atual Código tenha suprimido conceitos de habitualidade e as medidas de segurança destinadas às pessoas denominadamente classificadas como perigosas mantêm-se, ainda hoje, uma estrutura legislativa com institutos fundados na periculosidade do agente. Logo, a adoção de uma reincidência ficta demonstra que a lei não objetiva distinguir de forma alguma o delito anterior, se doloso ou culposos, nem mesmo o segundo delito, mas somente penalizar o indivíduo por sua condição de ser (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2011, p. 717-720), seja na fixação da pena, seja no cumprimento desta.

A fim de elencar o segundo segmento de efeitos negativos da reincidência, por conseguinte, destacar-se-á o impedimento da substituição por pena restritiva de direitos frente ao réu reincidente. Segundo expressa o artigo 44, II do CP, o réu reincidente em crime doloso não terá sua pena privativa de liberdade substituída pela restritiva de direitos, a menos que o juiz considere a medida socialmente recomendável e a reincidência não tenha se concretizado em face da prática do mesmo crime. Com isso, apesar de ter a Terceira Turma do STJ<sup>5</sup> entendido que a prática de mesmo crime deveria ser de um mesmo tipo penal, e não de mesma espécie, o entendimento que se tem edificado, sobretudo, é o da consideração do bem jurídico tutelado pelos delitos e da recomendação social da medida, como se identifica na AREsp 1.716.664/SP. Logo, a

---

<sup>3</sup> Conforme súmula 241 do Superior Tribunal de Justiça: “A reincidência penal não pode ser considerada como circunstância agravante e, simultaneamente, como circunstância judicial” (BRASIL, 2000, p. 229)

<sup>4</sup> Conforme ADPF 347, a agravante foi constatada em 97,37% dos casos analisados (BRASIL, 2015, p. 11)

substituição da pena privativa por multa, identificada no artigo 60, também estabelece a observância das mesmas condições (BRASIL, 1984).

Outrossim, a reincidência obstrui a concessão de sursis, em caso de crime doloso, como demonstra o artigo 77, I, assim como revoga a suspensão condicional da pena em execução, obrigatoriamente, frente a condenação, em sentença irrecorrível, por crime doloso (artigo 81, I). Revoga o sursis facultativamente, então, frente a condenação irrecorrível por crime culposo ou por contravenção a pena privativa de liberdade ou restritiva de direitos, como aduz o parágrafo primeiro do artigo 81 (BRASIL, 1984).

Sendo assim, o livramento condicional também será revogado em caso de condenação, em pena privativa de liberdade, em face de sentença irrecorrível (art. 86), bem como poderá ser revogado frente a condenação irrecorrível por crime ou contravenção, a pena que não seja privativa de liberdade (art. 87). À reabilitação, por sua vez, também caberá revogação, se o reabilitado for condenado, recidivamente, por decisão definitiva a pena diferente de multa, conforme expõe o artigo 95 (BRASIL, 1984).

Ademais, a reincidência também impõe a obstrução de diminuição da pena (CARVALHO, 2013, p. 394). Impede, dessarte, a substituição da pena de reclusão pela de detenção, ou diminuição de um a dois terços da pena, ou aplicação somente da pena de multa, nos casos de furto (art. 155, §2º), apropriação indébita (art. 170; todos as espécies do capítulo V) e estelionato (171, §1º). Nos casos de receptação qualificada, por sua vez, a reincidência impede que o juiz deixe de aplicar a pena (art. 180, §5º), assim como no crime de sonegação de contribuição previdenciária (337-A, §2º).

A fim de evidenciar as consequências negativas do instituto, então, prosseguir-se-á na análise dos efeitos de alteração de prazos que sejam benéficos. Logo, no que tange o livramento condicional, a reincidência opera de modo a aumentar o lapso de cumprimento da pena para sua obtenção (CARVALHO, 2013, p. 394). Dessa maneira, se o artigo 83, I estabelece a temporalidade de 1/3 da pena como requisito do livramento condicional para o condenado não reincidente em crime doloso e portador de bons antecedentes, ao reincidente doloso cabe o cumprimento da metade da pena para obtenção do benefício. Permanecerá, nessa perspectiva, mais tempo encarcerado, em razão de uma construção positiva de que o delito seria nada mais que um sintoma da personalidade perniciosa do autor (BRUNONI, 2007, p. 1). Por isso, a ferramenta de neutralização do delinquente, qual seja, o sistema carcerário, mereceria se delongar por maior lapso temporal.

Além disso, é através da reincidência que se aumenta (em 1/3) e interrompe o prazo prescricional, conforme estabelecem os artigos 110 e 117 do Código Penal, respectivamente, bem como se aumenta o prazo para a concessão de saída temporária (art. 123, II da Lei de Execução Penal). Com isso, percebe-se que, para além do agravamento da pena, a reincidência opera de modo a segmentar os indivíduos entre mercedores e não-mercedores dos “benefícios”<sup>6</sup> penais, inferiorizando o autor classificado em estado de perigosidade, e, portanto, alvo de divergente tratamento.

Apesar dos longos anos de distanciamento da Reforma da Parte Geral do Código Penal, a Lei 13.964/2019, conhecida como “Pacote Anticrime”, também introduziu em seu texto substancial destaque à figura do instituto, reforçando, nos últimos anos, a preponderância das condições pessoais do agente na cominação e fixação de penas. Como primeira modificação proporcionada por essa lei, então, tem-se a alteração do artigo 310 do CPP, com a seguinte previsão em seu parágrafo 2º: “Se o juiz verificar que o agente é reincidente ou que integra organização criminosa ou milícia, ou que porta arma de fogo de uso restrito, deverá denegar a liberdade provisória, com ou sem medidas cautelares” (BRASIL, 2019). Frente a esse entendimento, entender-se-ia ser a reincidência fato completamente impeditivo à concessão de liberdade provisória. Todavia, é necessário ter em mente que a conversão de uma prisão em flagrante em preventiva, assim como expõe o artigo 312 do CPP, só pode se concretizar, legalmente, diante dos requisitos previstos, que não englobam outra condenação definitiva com pena extinta há menos de cinco anos.

Não obstante a esse entendimento, a reincidência já vinha sendo fator determinante à decretação de prisão preventiva, anteriormente à Lei 13.964. Assim, conforme demonstra relatório de audiências de custódia em Belo Horizonte (RIBEIRO; PRADO; MAIA, 2016, p. 40), 80,6% dos reincidentes, nos casos analisados, tiveram a prisão em flagrante convertida em preventiva, enquanto os não reincidentes obtiveram medida adversa da prisão em 72,5% dos casos. Percebe-se, portanto, que a cultura punitivista tem recaído, sobretudo, naqueles já duplamente penalizados, reforçando um rótulo por condições de ser do agente.

---

<sup>6</sup> A nomenclatura benefícios penais, embora amplamente utilizada pela doutrina e jurisprudência, reproduz a noção de que os direitos constituir-se-iam como privilégios, bonificações, quando, em verdade, deveriam ser analisados sob o prisma das garantias. A denominação, portanto, constitui mais um resquício positivista circunscrito na realidade jurisdicional brasileira.

Ademais, é no artigo 112 da LEP que a Lei 13.964/2019 escancarou seus objetivos retributivos, uma vez que, pela alteração proporcionada, a reincidência ganhou um papel fundamental na progressão de regime de pena. Assim, os lapsos temporais atualmente estabelecidos pelo Pacote variam em porcentagens e de acordo com a reincidência do indivíduo, de modo a lesar a individualização da pena, princípio constitucional elencado pelo artigo 5º, XLVI. Isso porque, enquanto o juiz tem que se guiar pelo limite da culpabilidade, “A execução tem por objetivo efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado” (BRASIL, 1984). Assim, não pertence à execução a análise de condutas que não guardem relação com o cumprimento da pena.

Por fim, cumpre destacar que a Lei Anticrime também incidiu no Estatuto do Desarmamento, com alteração no artigo 20, inciso II, aumentando a pena pela metade nos crimes dos artigos 14, 15,16,17 e 18 caso o agente seja “reincidente específico em crimes dessa natureza”. Entretanto, o que o legislador realizou foi um agravamento, prevendo esta como causa especial de aumento, com agravação superior à prevista no artigo 61, I do CP. Desse modo, houve uma discriminação injustificada por parte do legislador, que se contraria à própria isonomia legislativa.

Logo, toda a história legislativa brasileira tem demonstrado que, ainda hoje, institutos de periculosidade do agente imperam e denotam os rumos de nosso sistema. Ocorre que a legitimidade dessas manifestações, notadamente de Direito Penal do autor, tem se chocado com nossa ordem constitucional, e com o próprio princípio de culpabilidade, advindo da dignidade humana presente no artigo XLV do texto constitucional (BRUNONI, 2007, p. 1). É que o que se verá adiante.

### **3.3 (In)adequação do instituto aos princípios constitucionais**

É forçoso evidenciar que, através do juízo de reprovação de culpabilidade adotado pelo ordenamento pátrio, através da Constituinte de 88, não houve mais encaixe para análises de periculosidade do agente. Com isso, pretende-se dizer que o conceito psicológico de culpabilidade (SANTOS, 2008, pp. 283-284) foi abandonado, à medida que se assumiu, frente à dogmática penal contemporânea, o conceito de fato punível de acordo com as categorias elementares do tipo de injusto e da culpabilidade. Através desse

entendimento, portanto, impôs-se como fundamento da culpabilidade a imputabilidade, a consciência da antijuridicidade e a exigibilidade de conduta diversa (SANTOS, 2008, p. 281), de modo que a culpabilidade se estabeleceu como elo entre crime e castigo. Logo, o dispositivo passou a ocupar uma instrumentalidade, no discurso penal, circunscrita entre limitação, fundamentação e graduação da pena (CARVALHO, 2011, p. 103).

A função de limitação da pena, portanto, traduz-se no princípio da culpabilidade, responsável por restringir a responsabilidade ao autor do delito, bem como por obstar sanções penais quando inexistente o vínculo subjetivo entre o sujeito ativo e o resultado (BATISTA, 2011, p. 104). Destarte, a culpabilidade constitui o critério reitor da individualização da pena (JESCHECK; WEIGAND, 2002, p. 941), onde cada indivíduo tem direito à fixação de uma pena própria, com base na culpabilidade referida, unicamente, ao fato cometido. Logo, a culpabilidade, embora individual, estará sempre ligada ao fato praticado pelo agente, coibindo um Direito Penal do Autor. É o que exemplifica Salo de Carvalho:

(...) em um sistema garantista, não há lugar nem à categoria de periculosidade nem qualquer outra tipologia subjetivista ou de autor, como reincidência, tendências e imoralidade, pois a culpabilidade, em realidade, não é nem um pensamento, nem um aspecto interior da pessoa, como pretendiam as orientações puramente subjetivistas, mas um elemento de fato, isto é, uma *conditio sine qua non* do mesmo, fundada, mais que em razões éticas ou utilitaristas, na estrutura lógica da proibição, que implica a possibilidade material de realização ou omissão da ação, imputáveis ambas à intenção de um sujeito (CARVALHO. BUENO. 2000, p. 46)

Assim, se em vista de nosso Código Penal, a reincidência descrita ao longo do artigo 63 desconsidera a garantia da culpabilidade, bem como a esfera regulativa que a compõe, afinal, retoma construções retributivas com base na periculosidade do agente, identificado como perigoso. Isso porque, se em vista da responsabilidade pelo fato, não há como definir um quantum de pena por fato delituoso advinda da incriminação de outro. Estar-se-ia, nesse caso, ultrapassando o limite da pena, constitucionalmente garantido. Dessa forma, a materialização da reincidência parece servir a fins de prevenção seletiva, já que, se não serve à prevenção geral, nem à prevenção especial, serve de rotulação do delinquente (BUSATO, 2009, pp. 5-6).

A natureza positivista do instituto, então, confere-o fundamentações de tipos criminológicos de autor, com incorporações teóricas de periculosidade social e com fins

explícitos de perpetuação do status quo, frente à mudança do sistema do duplo binário para o vicariante. Todavia, a divisão dos indivíduos em “aqueles-que-aprendem-a-viver-em-sociedade e aqueles-que-não-aprendem-e-insistem-em-continuar-delinquindo” (STRECK, 2011, p. 66) constitui, senão, retrato da abdicação completa da análise da culpabilidade, que não só abandona o direito do fato, como também desconsidera a realidade individual de escolha de cada indivíduo, que não raramente apresenta-se reduzida por fatores sociológicos (BUSATO, 2009, p. 5).

O que ocorre é que, com a reforma de 1984, criou-se um Código Penal com substrato ainda da década de quarenta, inspirado em teorias positivistas próprias que não mais coadunam com a hermenêutica constitucional. Assim sendo, a existência de institutos como o da reincidência parece exemplificar claramente a ausência de harmonia principiológica com as garantias constitucionais vigentes em nossa República, principalmente no que tange à construção da culpabilidade.

Conforme demonstram Zaffaroni e Pierangeli (2011, p. 526), é evidente que nosso texto constitucional não admite interpretações deterministas. Assim, o artigo 26 do Código Penal exclui a responsabilidade do sujeito quando ausente a compreensão de antijuridicidade de sua conduta, do mesmo modo que a parte especial e a estrutura geral do código apontam à contrariedade de qualquer pretensão biologistica ou mecanicista de compreensão do homem. Com isso, adota-se, à luz do princípio da culpabilidade, o entendimento de autodeterminação como capacidade do indivíduo, sendo a culpabilidade um conceito normativo, um juízo de reprovação.

Na culpabilidade de ato, entende-se que o que se reprova ao homem é a sua ação, na medida da possibilidade de autodeterminação que teve no caso concreto. Em síntese, a reprovabilidade de ato é a reprovabilidade do que o homem fez. Na culpabilidade de autor, é reprovada ao homem a sua personalidade, não pelo que fez e sim pelo que é. (ZAFFARONI, PIERANGELI, 2011, p. 527)

À medida que se defende que o homem é um ser determinado, sem possibilidade de escolha e movido por causas, abre-se espaço, em contrapartida, à consideração do grau de determinação desse indivíduo para o delito, do grau de sua periculosidade. Logo, defender a incapacidade de autodeterminação consequentemente expressa o entendimento de que o ato realizado pelo indivíduo será, senão, “o sintoma de uma

personalidade perigosa, que deve ser corrigida do mesmo modo que se conserta uma máquina que funciona mal” (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2011, p. 110)

Desse modo, resta claro que, apesar da incorporação de um modelo garantístico pela Constituição de 1988, ainda hoje perduram nocivas interferências (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2011, p. 17) de direito penal do autor, fundadas na consideração do grau de periculosidade do sujeito. Nesse viés, o sistema penal contemporâneo parece ter materializado seus objetivos através da presunção genérica de periculosidade pela reincidência, uma vez que os efeitos normativos do estado perigoso (CARVALHO, 2013, p.395) explicitam a perpetuidade da diferenciação dos indivíduos como pressuposto de fundo de sua constituição (FLAUZINA, 2006, pp. 85-86). Assim, o que ocorre na atualidade é, senão, o resultado da evolução do processo de exclusão das classes historicamente construídas como perigosas. Estas, ressalte-se, vivenciam ainda, nesse contexto, a pobreza como fruto de “um sistema de ação deliberada”, projetada pelo neoliberalismo e sua não incorporação. Dessa maneira, aos excluídos resta a incidência de um controle penal cada vez mais robusto, de modo que institutos legislativos, como o da reincidência, os segreguem, a fim de que o aparato neoliberal concretize o controle ostensivo dos corpos (FLAUZINA, 2006, pp. 84-85).

#### **4 DA APLICAÇÃO AO ETIQUETAMENTO: UM ESTUDO DE CASO SOBRE O PERFIL TAXADO COMO REINCIDENTE NA CIDADE DE GOVERNADOR VALADARES**

Explicitadas as origens do instituto, sua história legislativa, seus efeitos e aplicações, bem como sua incompatibilidade constitucional, necessário se faz verificar, na prática, qual perfil tem apresentado, contemporaneamente, a figura reincidente, e de que modo tem operado o sistema frente a esses indivíduos. Através desse longo processo de construção do instituto, concretizou-se, portanto, a análise empírica do público taxado, localmente, e de forma oficial, por sua periculosidade.

Assim, o estudo realizou-se através do público assistido pelo Programa de Inclusão Social de Egressos do Sistema Prisional (PrEsp), em Governador Valadares/MG, a fim de demonstrar como o perfil reincidente tem se apresentado hoje, frente ao aparato estatal. O método utilizado, portanto, foi o estudo de caso, uma vez que se pretende

aproximar a teoria e as normas gerais e abstratas até aqui apresentadas ao campo prático do público atendido pelo Programa.

Com isso, é imprescindível esclarecer, primeiramente, que o PrEsp está circunscrito na Subsecretaria de Prevenção à Criminalidade do Estado de Minas e busca identificar e intervir nas vulnerabilidades e riscos sociais que perpassam a vida daqueles que tiveram sua liberdade privada. Assim, o Programa concretiza atendimentos qualificados por uma equipe interdisciplinar (Direito, Assistência Social e Psicologia) a fim de contribuir para a diminuição da reincidência criminal. Todavia, importa ressaltar que esses atendimentos, bem como a inscrição no Programa, não são obrigatórios. Dessarte, o público que chega ao PrEsp, a partir da apresentação para assinatura do livro do regime aberto ou do livramento condicional, por encaminhamento da rede ou mesmo espontaneamente, pode optar pelo acompanhamento de seus casos pela equipe, que prosseguirá, se demonstrado o interesse, na inscrição do egresso no Programa.

Convém delimitar, então, que o estudo de caso se restringiu ao público inscrito no Programa, de modo que as informações fornecidas foram obtidas em visita técnica à Unidade de Prevenção à Criminalidade de Governador Valadares. Os dados, ressalte-se, foram coletados no dia 17 de janeiro de 2022, a partir de entrevista do tipo semiestruturada com a gestora local. Desse modo, além das perguntas previamente estipuladas, a entrevista conduziu a outros assuntos e perguntas, que foram sendo direcionados através da análise dos dados coletados pelo próprio PrEsp. Logo, a coleta de dados também foi realizada através da planilha de atendimento de 2021 dos inscritos do Programa, disponibilizada, sem a identificação dos egressos, na referida data de visita.

A planilha, portanto, representa a compactação de dados sociais, econômicos e de vulnerabilidade dos assistidos pelo Programa que, no ato de inscrição, e também posteriormente, mas, nesse caso, ao longo do ano de 2021, forneceram informações sobre sua vida e perfil. Com isso, cumpre ressaltar que foi realizada, previamente, uma pré-seleção desses dados, qualitativamente, a fim de adequá-los ao objeto de estudo, qual seja, a reincidência. Assim, optou-se pela escolha das seguintes informações: idade, sexo, gênero, cor/raça declarada, composição e renda familiar, atividade remunerada exercida, remuneração oferecida pelo trabalho, situação ocupacional, escolaridade, crime cometido, que acarretou a aplicação da reincidência, e efeitos da aplicação do instituto na sentença.

Através dos dados expressos nessa planilha, portanto, prosseguiu-se à explanação e análise quantitativa dos números obtidos, de modo a tentar ofertar algum tipo de padrão na construção do tipo criminoso reincidente atual, na esfera local. Sendo assim, a pesquisa constituiu-se, primordialmente, na demonstração descritiva das características de determinada população ou fenômeno ou no estabelecimento de relações entre variáveis (GIL, 2008, p. 28). Portanto, pretende-se descrever as características do público assistido reincidente, por meio dos números obtidos, bem como traçar paralelos entre seu etiquetamento e o processo de criminalização, demonstrados, ou não, através das construções sociais quantificadas na planilha do PrEsp.

#### **4.1 Apresentação e discussão dos dados**

Primeiramente, cumpre esclarecer que se teve a pergunta “Já teve alguma condenação anterior a PPL?” como filtro, para limitar o público reincidente, já que, ao total, eram 140 (cento e quarenta) inscritos no Programa no ano de 2021, reincidentes e não reincidentes. Todavia, não foi possível definir, ainda, os 18 (dezoito) filtrados como reincidentes, uma vez que a pergunta não restringia a condenação como sendo definitiva, por lapso não superior a 5 anos. Desse modo, prosseguiu-se a consulta, no Sistema Eletrônico de Execução Unificado (SEEU) de todos os 18 (dezoito) casos, a fim de constatar se caracterizada a reincidência.

Com a filtragem realizada, restaram 13 (treze) indivíduos a serem analisados, de modo que 11 (onze) apresentaram-se como do sexo masculino e 2 (dois) apresentaram-se como do sexo feminino, todos os 13 (treze) denotando-se cisgênero. Por conseguinte, analisou-se a idade de todos eles, que se apresentou em maior número (6) na faixa entre 30 a 39 anos, sendo o restante distribuído em 1 (um) de 20 a 24 anos; 3 (três) de 25 a 29 anos; 1 (um) de 40 a 49 anos e 2 (dois) de 50 a 59 anos. Além disso, no que tange a cor/raça declarada por esses indivíduos, os resultados obtidos demonstraram que, além dos “não informados” (2) e “outros” (4), apenas 1 (um) se classificava como branco, sendo todos os outros pardos e/ou pretos (6), sendo que, dentro da classificação “outros” a resposta geralmente acompanhou-se da identificação “moreno” (dado obtido qualitativamente em entrevista com a gestora local).

Quanto ao grau de escolaridade dos 13 (treze) reincidentes, a distribuição se prolongou, majoritariamente, ao ensino médio incompleto, com 11 (onze) indivíduos

circunscritos até essa faixa (1 analfabeto; 4 com fundamental incompleto; 1 com fundamental completo). Os 2 (dois) restantes, então, concentraram-se na obtenção de ensino médio completo. Os dados, portanto, quando prolongados à análise de renda, que se realizará adiante, parecem adiantar um perfil criminal taxativamente incorporado no imaginário brasileiro: homem, preto, com baixa escolaridade e, conforme se verá, pobre.

Sendo assim, quando se adentra a pergunta sobre a atividade remunerada exercida por esses 13 indivíduos, a resposta escancara a realidade de que 6 (seis) não exercem atividade com remuneração de nenhum tipo. Logo, além dos que não possuem renda, 5 (cinco) recebem até um salário mínimo, sendo os 2 (dois) restantes pertencentes a faixa que recebe de um a dois salários mínimos. Quanto a estes, importa evidenciar, por fim, que a renda não ultrapassa o valor de R\$1.500 (mil e quinhentos reais).

A situação apresentada, todavia, não concretiza grandes modificações quando comparada a renda familiar de cada indivíduo analisado. Isso porque, além de 1 (um) que não soube informar e 1 (um) que não informou, mais de 60% apresentou renda entre 0 (zero) e até 2 (dois) salários mínimos, sendo que, dentro da renda familiar de 9 (nove) dos 13 (treze) considera-se a presença de filho(s), importante agravante na condição de vida vivenciada pelo grupo, que tem a renda dividida entre mais integrantes do núcleo familiar. Assim, em relação à situação ocupacional dessas pessoas, tem-se que, para além dos desempregados (6), 2 (dois) realizam bicos, outros 2 (dois) são empregados sem CTPS e outros 3 (três) são empregados com CTPS.

Tendo isso em mente, poder-se-ia, através desse estudo de caso, traçar um perfil reincidente, levando em consideração as estatísticas oficiais dispostas pelo aparato estatal. Contudo, estar-se-ia posicionando estereótipos sobre determinados indivíduos, a luz de heranças “lombrosianas” e “rodrigueanas” (WERMUTH, CAMPOS, 2020, p. 281). Logo, a padronização de que a miséria demonstraria a característica do perfil criminoso impor-se-ia como perpetuante de um racismo biologista, não condizente com as garantias constitucionais instituídas.

Por meio das teorias do *labeling approach*, portanto, pretende-se modificar a pergunta positivista de “quem é o criminoso/reincidente?” para “quem é definido como criminoso/reincidente?”, de modo a não considerar o agente que reincide como ponto de partida, mas como *locus* de investigação de uma realidade socialmente construída. Com isso, assume-se o entendimento de que, para compreender a situação problema, mister se

faz o estudo da ação do sistema penal, de quem tem o poder de definir e quem sofre a definição (MALAGUTI, 2011, pp. 74-75).

Com base nesse pensamento, imperioso se faz destacar que o novo paradigma criminológico, instituído pelo *labeling approach*, na década de 1960 nos Estados Unidos, visava, sobretudo, criticar o antigo modelo etiológico adotado, de patologização do delinquente e de análise de suas características individuais, adotado pelo positivismo (MALAGUTI, 2011, p. 74). Desse modo, afirmava Sutherland (2014, pp. 99-100) que, para uma correta análise de comportamentos e perfis criminosos, necessário seria basear-se para além do sistema penal. Portanto, as estatísticas criminais, por si só, não seriam capazes de demonstrar a efetiva realidade desviante, uma vez que não circunscrevem os indivíduos não julgados pela Justiça Penal.

Através disso, o paralelo que se objetiva concretizar é de que as condutas ilegais, que acabam por gerar a reincidência, ultrapassam, em maioria, a realidade fática exposta nas acusações e denúncias. Assim, os comportamentos previstos legislativamente são objeto, substancialmente, de diversos filtros, sendo o caminho percorrido entre a prática do delito até a condenação uma seleção do que será classificado como desviante (THOMPSON, 1998, p. 3). Desse modo, não há como dizer que os dados oficiais retratam um perfil reincidente, mas somente uma “criminalidade identificada e perseguida” (BARATTA, 2002, p. 102).

Logo, atribuir a padronagem com base em características de sexo, cor e renda, identificadas na presente pesquisa, seria prolongar o entendimento de definição da criminalidade pela pobreza. Além disso, seria construir uma ideologia para explicar a inferioridade do indivíduo, a fim de dar conta do perigo que ela representa no imaginário social, concretizando um estigma (GOFFMAN, 2004, p. 8).

O que ocorre é que, sendo a maior parte da população carcerária pertencente aos estratos sociais subalternos, o perfil reincidente, com base em estatísticas oficiais, conduzir-se-ia, por óbvio, à miséria como classificação (THOMPSON, 1998, p. 26). Assim, o que se objetiva, a partir de então, é demonstrar que a criminalidade registrada, em verdade, se traduz em criminalização (MALAGUTI, 2011, p. 21-22), com o etiquetamento de indivíduos considerados delinquentes e, em decorrência, reincidentes.

Veja-se: dos 13 (treze) indivíduos analisados nessa pesquisa, 8 (oito) tiveram aplicada a reincidência após cometimento do crime de tráfico de drogas (artigo 33 da Lei

11.343/2006), 3 (três) após averiguado o crime de roubo (artigo 157 do Código Penal), 1 (um) em decorrência de crime do sistema nacional de armas e 1 em razão de crime de trânsito (artigo 310 do Código de Trânsito Brasileiro). Os números convergem, portanto, aos números identificados em média nacional, pelo CNJ, dos tipos penais mais recorrentes imputados às pessoas privadas de liberdade, que são: roubo e tráfico de drogas.

Dessarte, o que se revela é, senão, uma dupla seleção operante, que, além de selecionar os bens protegidos penalmente, seleciona os indivíduos estigmatizados entre todos os que concretizam infrações (BARATTA, 2002, p. 161). Com isso, verifica-se a guerra às drogas e o combate aos crimes patrimoniais com lugar protagonista, em contraponto aos crimes econômicos, que assumem o papel coadjuvante, quase inexistente (nas estatísticas).

Isso porque os delitos denominados como crimes de colarinho branco não são julgados pela Justiça Penal (WERMUTH; CAMPOS, 2020, p. 286), pois se faz presente o filtro das classes dominantes, que cometem os denominados tipos penais. Em contrapartida, a aplicação ostensiva recai sob aqueles que, historicamente foram, e são, criminalizados, afinal, “na história brasileira, as estratégias de sobrevivência, de lazer, a arte de curar, as religiões e as manifestações culturais de matrizes africanas foram sempre criminalizadas: do samba ao funk” (MALAGUTI, 2011, pp. 76-77).

Tendo isso, é evidente que, enquanto a criminalização está diretamente relacionada com a vulnerabilidade social dos indivíduos, a reincidência conduz-se através do próprio efeito dessocializador do cárcere. Ora, se primeiramente o Estado falha com essas pessoas, expondo-as a uma seleção criminalizante, posteriormente ele apenas intensifica a vulnerabilidade apresentada, punindo o indivíduo duplamente. Assim, a ação criminógena do cárcere sobre o condenado produz o distanciamento com sua socialização, após o cumprimento da pena, à medida que incorpora, nesse sujeito, valores necessários à sobrevivência no ambiente prisional (SOARES, 2015, p. 281).

Além disso, o Estado também falha em cumprir a função de reinserção do indivíduo à sociedade através das obstruções impostas ao sujeito por meio do rótulo de reincidente. Interfere, com isso, em condições de estudo, trabalho e em relações interpessoais pela etiqueta atribuída. A aplicação da reincidência, desse modo, representa fator de seleção e, de mesmo modo, fator de aumento de vulnerabilidades, porque, ao

prolongar o tempo de encarceramento desses sujeitos, fortifica também o “processo de deformação e embrutecimento pessoal do sistema penitenciário” (SANTOS, 1985, p. 245).

Como forma de exemplificar as consequências negativas do instituto da reincidência, portanto, analisou-se as sentenças proferidas aos 13 (treze) casos presentes nesse estudo. Nestas, importa ressaltar que, como primeiro efeito, fez-se presente, por óbvio, o reconhecimento da agravante, elevando o patamar da pena provisória. Por meio disso, obteve-se o dado de que apenas 3 (três) indivíduos, da totalidade, tiveram somente o efeito do agravamento como decorrência da aplicação da reincidência. Todos os demais, desse modo, tiveram consequências cumuladas ao agravamento, reforçando a ação de neutralização pelo cárcere prolongado, em decorrência não só do tempo de pena, mas também pelo regime inicial imposto.

Assim, observou-se que 7 (sete) pessoas tiveram seu regime de cumprimento de pena inicial transferido à regime mais rigoroso, em razão da reincidência, sem harmonizar a fixação de regime às garantias constitucionais, como a individualização da pena. Por conseguinte, identificou-se também que o argumento de impossibilidade de averiguação dos “benefícios” dos artigos 44 e 77 do Código Penal se fez presente em 3 (três) casos, devido à mesma justificativa. Com isso, ignorou-se o quantum de pena, com o objetivo de materializar uma análise subjetiva de personalidade do agente, reafirmando o desejo estatal de prosseguir ao controle ostensivo dos corpos, negando-lhes direitos atinentes à liberdade.

Sendo assim, é possível constatar que a reincidência tem influenciado, de modo substancial, no tempo de encarceramento, à medida que tem impedido a concessão da suspensão condicional do processo, da substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos e tem estabelecido regime inicial mais rigoroso àqueles que poderiam cumpri-lo fora do cárcere. A imposição, então, tem explicitado contrariedades acerca das teorias preventivas da pena, especificamente no que tange à prevenção especial positiva. Ora, se é por meio dela que se posiciona a pena como agregadora de valor positivo ao apenado, como seria possível explicar o maior índice<sup>7</sup> de reincidência frente ao indivíduo

---

<sup>7</sup> O relatório de conclusão da pesquisa “A eficácia concreta das medidas alternativas” demonstrou que os condenados ao regime fechado apresentaram o maior índice de reincidência (53,1%), o que foi se reduzindo de acordo com a gravidade do regime até que se chegasse a índice inferior à metade do primeiro (UNB, 2008, p.88).

que vivencia o estabelecimento de regime mais severo (regime fechado)? (UNB, 2008, p. 88)

Logo, é certo que a ação penal tem recaído, principalmente sobre o instituto da reincidência, no público-alvo etiquetado pelos detentores do poder de definição, de modo que as agências estatais vêm conservando o racismo biologista até mesmo nos moldes garantistas, perpetuando a ação de neutralização do etiquetado. Desse modo, tem-se comprovado, pela literatura criminológica, que a permanência em cárcere tem gerado, sobretudo, a assunção de comportamentos relativos aos valores construídos pela cultura carcerária, de modo que a pena de prisão não tem prevenido a prática de novos delitos, mas intensificado padrões desviantes (UNB, 2008, p. 90).

Tendo isso em mente, necessário se faz a modificação quanto à incorporação do instituto da reincidência, que tem corroborado, contemporaneamente, o prolongamento substancial do encarceramento e que desde suas raízes explicita seu objetivo de seletividade. É o que se pretende defender, então, com o delineamento de novos caminhos na aplicação da reincidência.

## **5 OUTROS CAMINHOS NA APLICAÇÃO DO INSTITUTO**

A aplicação da reincidência, principalmente no que se refere ao agravamento da pena, tem sido defendida contemporaneamente pela doutrina com base na periculosidade do agente, que possuiria, pelo seu modo de ser, uma maior possibilidade de cometer outro delito. Além disso, é defendida também a aplicação da reincidência dentro da própria teoria normativa da culpabilidade, de modo que a condenação pelo segundo delito deveria ser reforçada pela insuficiência da condenação anterior. Por fim, há o argumento de aplicação do instituto sob o viés do maior conteúdo do injusto do fato, onde o agente que reincide estaria afetando a imagem pública do Estado, provedor da segurança jurídica (ZAFFARONI, PIERANGELI, 2011, pp. 356-257).

Todas as explicações que pretendem justificar o instituto, contudo, encontram limitação na responsabilidade subjetiva adotada pelo direito penal moderno. Assim, ao estabelecer um direito penal do fato, a punição deve circunscrever-se em decorrência de uma ação concreta, e não de acordo com o modo de vida do indivíduo. Logo, a adoção da reincidência só poderia justificar-se através de um modelo de culpabilidade não aceito

pela Constituição vigente, que seria a culpabilidade pela condução de vida (SOARES, 2015, p. 284).

Por meio desse entendimento que se tem defendido, então, que a reincidência tem implicado num *bis in idem*, uma vez que ao reconhecer o instituto, estar-se-ia alargando a abrangência da decisão condenatória de processo anterior a fim de atingir a pena a ser fixada em processo diverso, decorrente do cometimento de novo fato criminoso exercido pelo mesmo agente (FRANCO, 1988, p. 3). Com isso, a dogmática crítica nacional tem alegado que o agravamento pela reincidência constituiria grave violação ao princípio da coisa julgada e à vedação da dupla incriminação, pois permitiria a (re)avaliação jurídica de fato já submetido a julgamento (CARVALHO, 2013, p. 396).

Desse modo, afirmam Carvalho e Bueno (2000, p. 62) que a reincidência é, desde a lógica do sistema penal brasileiro, um instrumento utilizado para concretizar juízos acerca da personalidade do indivíduo, seu caráter corrompido e suas tendências. Logo, a estigmatização direcionada à pessoa que sofre sua aplicação representaria, de antemão, o resultado de um “plus” incompatível com o direito penal democrático. Isso porque o juiz, ao agravar a pena de sentença posterior, não estaria agravando a pena do segundo crime, mas aumentando o quantum de pena do delito que o antecedeu, violando, inclusive, o princípio de individualização da pena.

Através disso, a reincidência seria “difícilmente explicável em termos racionais” (ZAFFARONI, 1986, p. 53), razão pela qual deveria considerar-se a sua inconstitucionalidade, com a referida exclusão de todos os seus efeitos do ordenamento jurídico penal. Todavia, o entendimento obtido pelo Supremo Tribunal Federal<sup>8</sup> tem sido

---

<sup>8</sup> Reincidência como agravante obrigatória: inexistência de *bis in idem* e de ofensa ao princípio da individualização da pena - STJ: "Habeas corpus. Tráfico de entorpecentes. Agravante da reincidência. *Bis in idem*. Incoerência. 1. Consoante o disposto no art. 61, inciso I, do Código Penal, a reincidência é circunstância que sempre agrava a pena, pouco importando se é específica ou não, já que ausente qualquer distinção feita pelo legislador nesse sentido. 2 Nos termos da jurisprudência assente nesta Corte de Justiça, é perfeitamente cabível o aumento da pena pelo instituto da reincidência, não havendo que se falar em inconstitucionalidade do dispositivo ou *bis in idem*. Em nada ofende o princípio da individualização da pena tratar de forma diferenciada o réu primário e o criminoso contumaz. 3. Ordem denegada (HC 206173-RS j. em 27-03-2012. DJe de 11-4-2012). STJ: "A tese de inconstitucionalidade da reincidência (art. 61, I do CPB) não encontra respaldo na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e deste Corte, porquanto é uníssono o entendimento de que a aplicação da agravante no momento da individualização da pena, não importa em *bis in idem*, mas apenas reconhece maior reprovabilidade à conduta de quem reitera a prática infracional, após o trânsito em julgado de sentença condenatória anterior 2. Apesar de a lei penal não estabelecer um critério para a aplicação da majoração da pena diante da verificação de existência de circunstância agravante, buscando o emprego do princípio da razoabilidade, a fim de se evitar eventuais desequilíbrios na dosagem da pena e fazendo uma comparação com as causas de aumento, tem-se estipulado, como montante a ser aumentado, as frações de 1/6 a 2/3 do quantum fixado na pena-base. 3. In casu, o aumento de ¼ da pena encontra-se devidamente fundamentado pelo Juízo

em direção contrária, considerando a não violação ao princípio do *ne bis in idem*, em divergência com a posição adotada, inclusive, por países que já aboliram a reincidência do ordenamento jurídico, como é o caso da Colômbia. Assim, o Brasil tem vivenciado, ainda, debates sobre a constitucionalidade do instituto, enquanto deveria, em verdade, avançar à questão de análise da reincidência sob uma política redutora de danos.

Nesse viés, explana Santos (2008, p. 580) que, com o reconhecimento da ação criminógena do cárcere, a reincidência criminal deveria adquirir novos contornos, excluindo a hipótese da reincidência ficta e definindo a reincidência real como resultado da ação criminógena da pena, e também do processo de criminalização, sobre o condenado. Logo, enquanto a reincidência ficta não guardaria nenhuma relação relevante com o direito legislado, por não ser capaz de fornecer nem mesmo a “indefinível presunção de periculosidade” (SANTOS, 2008, p. 580), a reincidência real seria capaz de demonstrar a própria falha do sistema carcerário, reposicionando a circunstância entre as atenuantes:

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. (SANTOS, 2008, p. 580)

Desse modo, se após o cumprimento de uma pena, determinado sujeito se comporta de modo a reforçar a contrariedade à norma, o que se pode afirmar acerca dele é senão que a pena aplicada foi contraproducente e criminalizante (KARAM, 1994, p. 126-127), de modo que não houve reinserção do indivíduo à sociedade, mas agravou-se, ainda mais, seu processo de criminalização. Com isso, a compreensão de que o indivíduo reincidente teria uma presumida maior probabilidade a cometer novo delito seria, em verdade, uma construção de responsabilidade do próprio Estado, que foi deficitário na intervenção punitiva anterior (KARAM, 1994, p. 127).

---

processado e se mostra suficiente e razoável para reprovação do crime. 4. Ordem denegada, em conformidade com o parecer ministerial. (HC 175681-RJ. i. em 3-2-2011, DJe DE 21-2-2011). STJ: "Recurso especial. Furto tentado. Agravante de reincidência. Aplicação obrigatória segundo previso do art. 61, I, do CP. Isenção de pena de multa Impossibilidade. 1. O aumento da pena-base pela reincidência é medida prevista em lei penal e não ofende a individualização da reprimenda, motivo pelo qual o juiz não pode desprezar a exasperação por entender que a norma é injusta. 2. De igual modo, a pena de multa não pode ser isenta quando aplicável ao caso concreto. 3. Recurso provido para reconduzir a sentença do juízo de primeiro grau" (REsp 798.444-RS, j. em 3-9-2009, DJe de 21-9-2009).

Sendo assim, seria possível afirmar que na reincidência haveria, inclusive, uma menor culpabilidade, decorrente da “redução do âmbito de autodeterminação gerado pela prévia intervenção punitiva, estigmatizante e redutora do espaço social do apenado” (KARAM, 1994, p. 127). Acerca disso, portanto, produziu Eugênio Raul Zaffaroni, na compreensão da teoria da vulnerabilidade, o entendimento de que a culpa, enquanto responsabilidade pessoal do agente, deveria ser analisada do ponto de vista ético, sendo esse um fator que limitaria a sua reprovação (ZAFFARONI, ALAGIA, SLOKAR, 2011, p. 653). Tendo isso, a seletividade presente no direito penal seria um fator a ser considerado, a fim de adequar a reprovação do agente conforme sua vulnerabilidade (ZAFFARONI, ALAGIA, SLOKAR, 2011, p. 654). A aferição de culpabilidade, então, deveria guiar-se pelos seguintes pressupostos:

(a) o vínculo entre o injusto e o autor se estabelece levando em conta a forma em que ocorre a perigosidade do sistema penal, que pode ser definida como a maior ou menor probabilidade de criminalização secundária que recai sobre uma pessoa. (b) O grau de perigosidade do sistema penal para cada pessoa está dado, em princípio, pelos componentes do estado de vulnerabilidade desta para o sistema. (c) O estado de vulnerabilidade se integra com os dados que formam seu status social, classe, colocação laboral ou profissional, renda, estereótipo, que se aplica, ou seja, por sua posição dentro da escala social. (d) Não obstante, no geral a relação entre poder e vulnerabilidade ao poder punitivo é inversa, pois que o poder opera como garantia de cobertura frente ao sistema penal. Assim, é possível afirmar em geral que entre as pessoas de maiores rendas e mais próximas ao poder, o risco de criminalização é escasso (baixo estado de vulnerabilidade ou alta cobertura) e inversamente, entre os de menores rendas e mais longe do poder, o risco é considerável (alto estado de vulnerabilidade, baixa ou nula cobertura). Não obstante, alguns dos primeiros são selecionados; e entre os últimos, se seleciona com muita maior frequência, sempre se tratando de uma ínfima minoria (ZAFFARONI, 2002, p. 654)

Neste compasso, o que se pretende defender, no atinente à reincidência, é que se um novo crime é cometido posteriormente ao cumprimento de pena no sistema carcerário, o que houve foi um processo de deformação e embrutecimento pessoal do sistema penitenciário, que deveria induzir ao reconhecimento da diminuição do grau de autodeterminação. De mesmo modo, a reincidência teria operado, nesse contexto, de modo a intensificar as vulnerabilidades e, também, aumentar a chance de condenação. Com isso, a reincidência real deveria figurar, de modo diverso ao aplicado, entre o polo das circunstâncias atenuantes, pois seria identificada tão somente como resultado da atuação deficiente do Estado em relação aos sujeitos criminalizados (SANTOS, 2008, p. 580)

Dessa maneira, o reposicionamento da circunstância promoveria o entendimento de que o que diferencia reincidentes e não reincidente diz respeito às práticas punitivas sofridas por cada um dos indivíduos, de modo que aqueles que sofreram com maior gravidade, em decorrência do sistema punitivo, são os que geralmente reincidem (ADORNO, 1991). Por isso, a adoção da reincidência real como circunstância atenuante viria a reparar, de algum modo, a deficiência ressocializadora que o Estado não é capaz de suprir.

Acerca disso, cumpre destacar que caberia ao Estado não só materializar um concreto direito processual, mas também um direito material efetivo, de modo a atrelar a dogmática à realidade social e garantir a efetividade de direitos e garantias. Destarte, se o Estado assumiu, através de seu poder punitivo, a pena privativa de liberdade como punição capaz de alcançar as finalidades da pena, caberia a ele reconhecer o modo criminalizante que tem operado frente a determinados indivíduos, em razão de suas vulnerabilidades.

A redução da pena pela reincidência, desse modo, posicionar-se-ia como política redutora de danos, reconhecendo no autor reincidente uma culpabilidade atenuada e, por fim, no Estado uma seleção criminalizante. Seria materializar, portanto, um novo caminho, de abandono ao instituto fundado em características da personalidade perigosa do autor, e rumo à efetivação de direitos largamente expressos em nossa constituição e nas declarações internacionais.

A modificação, então, seguiria rumo à concretização de uma política de transformação (social e institucional) das classes subalternas no setor do desvio. Com isso, a estratégia alternativa adotada posicionar-se-ia não somente na limitação de exposição das relações desiguais que o sistema penal retrata, como propõe, em geral, a doutrina, mas principalmente no que tange à captação das reais necessidades dos indivíduos e da comunidade historicamente marginalizados. Assim, adotar-se-ia uma política criminal com processo alternativo de socialização do controle do desvio, onde o reposicionamento da reincidência integraria apenas o início de uma reforma profunda de todos os setores, que operam a criminalização seletiva, do aparato Estatal (BARATTA, 2002, pp. 197-203).

## 6 CONCLUSÃO

Pela denominação de sistema penal é possível perceber que um conjunto de agências concretizam a criminalização. Com isso, os mecanismos seletivos distribuídos por esse sistema caracterizam as classes subalternas como criminalizadas, e não como propensas a delinquir. Não se trata, portanto, de atribuir à miséria a responsabilidade pela criminalidade, mas de situar nessa característica a tendência à seletividade por quem tem o poder de definição.

Aos criminalizados reincidentes, então, resta a intensificação da seleção imposta, de modo a vincular a resposta penal não à danosidade do ato, mas à qualidade de periculosidade do agente. O status de perigoso, desse modo, apenas adquiriu novos contornos ao longo dos anos, pois desde o século XIX vem se materializando frente ao imaginário social. Assim, as teorias que tentam adaptar a reincidência, instituto biológico-racista, aos princípios constitucionais, falham desde seu princípio, haja vista não haver espaço para definições de Direito Penal do Autor, contemporaneamente.

Apesar disso, a aplicação e os efeitos da reincidência têm sido ostensivas, de modo a obstar direitos fundamentais dos indivíduos e violar princípios constitucionais, como a individualização da pena e a intangibilidade da coisa julgada. Assim, como percebido no presente estudo, a reincidência representa a circunstância agravante mais aplicada, ao passo que, dentre suas consequências, visualizou-se, como latente, o prolongamento do tempo de encarceramento.

Pela imposição de maior tempo privado ao cárcere, a reincidência situa-se como instituto reforçador, portanto, do efeito dessocializador do sistema prisional, uma vez que impõe aos indivíduos a submissão a uma instituição violenta, desde seu início. Através do maior tempo de encarceramento, portanto, intensifica-se a neutralização do indivíduo, de modo que o Estado, ao invés de intervir de modo a reintegrar, acaba por intensificar as vulnerabilidades já apresentadas pelos indivíduos selecionados.

Dessarte, quando o Estado priva a liberdade de alguém, ele se posiciona de maneira necessária a garantir a vida e a integridade física do indivíduo. Por meio disso, a vida deste é submetida ao controle estatal, do mesmo modo que ele se distancia de sua natureza social. Há, desse modo, um compromisso específico do Estado em garantir a dignidade dessa pessoa, uma vez que ela não mais se auto protege em sua totalidade, mas

depende da proteção estatal. À medida que isso não acontece, todavia, as prisões transformam-se, cada vez mais, em locais abertos à reincidência e não à reinserção.

Através desse entendimento, portanto, é que se elenca o reposicionamento da reincidência no polo das atenuantes, como uma forma de redução dos danos materializados durante o encarceramento. A adoção da atenuação pelo efeito dessocializador do cárcere, então, constituir-se-ia em defesa da reparação pelas mazelas vivenciadas, pretendendo seguir, com isso, rumo a uma política criminal com processo alternativo de socialização do controle do desvio.

## REFERÊNCIAS

ADORNO, S. **A prisão sob a ótica de seus protagonistas**. Itinerário de uma Pesquisa. Tempo Social.3(1-2), 1991.

BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal**. 3 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002.

BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. 11 ed. Rio de Janeiro: Revan, março de 2007. 136 p.

BRASIL. **Constituição Brasileira (1988)**. Constituição da república Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988. Brasília, DF: Senado, 1988.

\_\_\_\_\_. **Decreto-Lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940**. Código Penal. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 31 dez. 1940.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 6416 de 24 de maio de 1977**. Altera dispositivos do Código Penal, do Código de Processo Penal, da Lei das Contravenções Penais e dá outras providências. Brasília, DF: SENADO, 1977.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 7210, de 11 de julho de 1984**. Altera dispositivos do Decreto Lei nº 2848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, e dá outras providências. Brasília, DF: SENADO, 1984.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019**. Lei que aperfeiçoa a legislação penal e processual. Brasília, DF: SENADO, 2019.

\_\_\_\_\_. **Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 347**. Brasília, DF: STF, 2015. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665>>. Acesso em 18/02/2022.

BRUNONI, Nivaldo. Ilegitimidade do direito penal de autor à luz do princípio de culpabilidade. **Revista de Doutrina da 4ª Região**, Porto Alegre, n., dez. 2007. Disponível em: <[https://revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao021/Nivaldo\\_Brunoni.htm#64](https://revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao021/Nivaldo_Brunoni.htm#64)> Acesso em: 18/02/2022.

BUENO, Amilton; CARVALHO, Salo de. **Aplicação da Pena e Garantismo**. 2ª ed. ampl..Curitiba: Lumen Juris, 2000.

BUSATO, Paulo César. **Antecedentes, reincidência e reabilitação à luz do princípio de culpabilidade**. 2009.

CARVALHO, Salo de. **Penas e medidas de segurança no direito penal brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2013. 551 p.

CASTILHO, Ela Wieko Volkmer de *et al.* **Relatório de conclusão da pesquisa "A eficácia concreta das medidas alternativas"**. Brasília: Unb, 2008.

DUARTE, Evandro Charles Piza. **Criminologia e racismo:: introdução ao processo de recepção das teorias criminológicas no brasil**. 1988. 415 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 1988.

FERRI, Enrico. **Sociologia criminal**: sociologia criminal. Sorocaba: Imprensa, 2006. 424 p. Tradução de: Soneli Maria Melloni Farina.

\_\_\_\_\_. **Princípios de Direito Criminal**. São Paulo : Livraria Acadêmica Saraiva Editores, 1931.

FLAUZINA, Ana Luiza Pinheiro. **Corpo negro caído no chão**:: o sistema penal e o projeto genocida do estado brasileiro. 2006. 145 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, Brasília, 2006.

FRANCO, Alberto Silva. **Sobre a Não Recepção da Reincidência pela Constituição Federal de 1988: Breves Anotações**. In Direito Penal na Atualidade. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 08

GÓES, Luciano. A "**tradução**" do paradigma etiológico de criminologia no Brasil: um diálogo entre Cesare Lombroso e Nina Rodrigues na perspectiva centro-margem. 2015. 242 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2015.

GIL, Antônio Carlos. **Métodos e técnicas de pesquisa social**. 6. ed. São Paulo: Atlas S.A., 2008.

GOFFMAN, Erving. **Estigma – notas sobre a manipulação da identidade deteriorada**. Publicação original: 1988. Digitalização: 2004.

JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGAND, Thomas. **Tratado de Derecho Penal**. 5ª ed., trad. de Miguel Olmedo Cardenete. Granada: Comares, 2002.

KARAM, Maria Lúcia. Aplicação da pena: por uma nova atuação da justiça criminal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**: Revista dos Tribunais, [s. l], n. 6, p. 117-132, 1994.

LOMBROSO, Cesare. **O Homem Delinquente**. São Paulo: Ícone Editora Ltda, 2010. (1ª reimpressão). Tradução e seleção: Sebastião José Roque.

MALAGUTI, Vera. **Introdução crítica à criminologia brasileira**. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2011. 128 p.

\_\_\_\_\_. O positivismo como cultura. **Passagens**: Revista Internacional de História Política e Cultura Jurídica, [S.L.], v. 8, n. 2, p. 293-307, 28 maio 2016. Passagens. <http://dx.doi.org/10.15175/1984-2503-20168205>.

RIBEIRO, Ludmila. PRADO, Sara. MAIA, Yolanda. **Audiências de custódia em Belo Horizonte: um panorama**. 2016. CRISP: UFMG.

RODRIGUES, Raymundo Nina. **As raças humanas e a responsabilidade penal no Brasil**. Rio de Janeiro: Centro Edelstein de Pesquisa Social, 2011. 95 p.

SANTOS, Juarez Cirino. **Direito Penal: a nova parte geral**. Rio de Janeiro: Forense, 1985.

\_\_\_\_\_. **Direito penal: parte geral**. 3ª ed. Curitiba: Lumen Juris, 2008. 784 p.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Criminologia**. 8ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. 509 p.

SILVA, Antonio Jose da Costa e. **Código penal dos Estados Unidos do Brasil comentado**. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial: Superior Tribunal de Justiça, 2004. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/496204> acesso em 06 abr. 2020. Acesso em: 18/02/2022.

SOARES, Wolney Cunha. A constitucionalidade da reincidência penal. **Revista da AGU**, Brasília, v. 14, n. 4, p. 271-300, 2015.

STRECK, Lenio Luiz. **Tribunal do Júri: Símbolos e Rituais**. 3ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

SUTHERLAND, Edwin. A criminalidade do colarinho branco. Trad. Lucas Minorelli. **Revista Eletrônica de Direito Penal e Política Criminal**, Porto Alegre, v. 2, n. 2, p. 93-103, 2014.

TAVARES, Alex Penazzo; ADORNO, Emillyane Cristine Silva; VECHI, Fernando. Reincidência criminal:: uma análise sobre suas espécies e efeitos na contemporaneidade. **Revista de Direito**, [S.L.], v. 12, n. 02, p. 01-19, 30 set. 2020.

THOMPSON, Augusto. **Quem são os criminosos? O crime e o criminoso**. Entes políticos. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 1998.

WERMUTH, Maiquel Ângelo Dezordi; CAMPOS, Paula Bohn de. Criminologia e seletividade punitiva no Brasil: do racismo biológico ao labelling approach. **Revista Eletrônica Direito e Sociedade: REDES**, [s. l], v. 8, n. 3, p. 274-295, 01 dez. 2020.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito Penal Brasileiro: Teoria Geral do Direito Penal**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

\_\_\_\_\_. **Manual de direito penal brasileiro**. 9 ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Sistemas Penales y Derechos Humanos em América Latina**. Buenos Aires: Depalma, 1986.

\_\_\_\_\_. **Tratado de Derecho Penal: parte general (vol. V)**. Imprenta: Buenos Aires, Ediar, 1981