

# REINCIDÊNCIA: CIRCUNSTÂNCIA AGRAVANTE OU ATENUANTE? UM DEBATE PELA CRIMINOLOGIA CRÍTICA

*RECIDIVISM: AGGRAVATING OR MITIGATING CIRCUMSTANCES? A DEBATE THROUGH  
CRITICAL CRIMINOLOGY*

**Gabriel Moura Caires Brilhante**

Graduando em Direito pela UFBA. Membro do grupo de pesquisa sobre Justiça Restaurativa da UFBA.

Link Lattes: <http://lattes.cnpq.br/6203199908899926>

ORCID: <https://orcid.org/0009-0009-3272-8139>

[gabrielmcbilhante@gmail.com](mailto:gabrielmcbilhante@gmail.com)

DOI: <https://doi.org/10.5281/zenodo.10514634>

**Resumo:** A reincidência como circunstância agravante não é um tema controverso dentro do seio jurídico, mas as consequências político-criminais do corrente uso do instituto ao País e a atual precariedade da estrutura carcerária faz com que seja repensado, mesmo para saber se ele cumpre com os fins da pena. Para tal, é preciso pôr na balança a teoria jurídica predominante e comparar com a realidade fática, engendrando dessa análise novas possibilidades de mudança. Sob a luz da criminologia crítica, junto à consulta em doutrinas, legislações e jurisprudências, reflete-se acerca da ideal e da real função da reincidência, propondo um uso alternativo do instituto.

**Palavras-chave:** Reintegração social; Racionalidade penal moderna; *Non bis in idem*; Teorias da pena.

**Abstract:** Recidivism as an aggravating circumstance is not a controversial topic within the legal framework, but the political-criminal consequences of its current use in the country and the actual precariousness of the prison structure invite a reflection about it, even to know if it fulfills the purposes of the punishment. To do so, it is necessary to weigh the prevailing legal theory and compare it with the factual reality, creating from this analysis new possibilities of change. Through critical criminology, together with consultation of doctrine, legislation and jurisprudence, reflection is made on the ideal and real function of recidivism, proposing an alternative use of the institute.

**Keywords:** Social reintegration; Modern criminal rationality; *Non bis in idem*; Theories of punishment.

## 1. Introdução

O debate por uma estrutura de justiça cada vez mais humana é eterno desde o seu nascimento. A bem da verdade, a instituição prisão é irmã gêmea do seu projeto de reforma, o chamado "isomorfismo reformista", como destaca o filósofo **Michel Foucault** (1987). Nesse contexto, um bom debate envolvendo uma reforma humanitária do sistema deve ser feito em relação à reincidência.

Para tal, no primeiro tópico é feito um diálogo sobre o atual sistema de justiça e o respectivo instituto, dando enfoque ao

aspecto criminogênico<sup>1</sup> do cárcere. Em seguida, o segundo tópico discute acerca da tese dominante referente à reincidência e das teorias finalísticas da pena, como tentativa do Estado de legitimar sua atuação, supostamente visando desestimular a prática de novos delitos.

Para o desenvolvimento do debate, foi indispensável o uso de revisão bibliográfica — especificamente doutrinas especializadas de importantes juristas da seara penal —, bem como análise legislativa — pátria e estrangeira — e jurisprudencial sobre a temática.

Por fim, demonstra-se que a realidade é incompatível com a pretensão ideal perquirida pela reincidência, que seria a de desestimular o crime mediante um asseveramento da punição. Na verdade, deveria ser proposta enquanto atenuante, reflexo da atuação deficitária e opressora do Estado na seara criminal.

## 2. A racionalidade penal moderna e criminogênica

A moderna teoria penal adota o seguinte raciocínio para tratar da criminalidade: em primeiro momento, entende-se que a pena é um mal necessário contra o crime, caracterizando a teoria retributiva da pena. As teorias preventivas, por sua vez, dão à justiça uma razão de ser para além da retribuição vingativa, buscando agora prevenir a ocorrência dessas últimas.

Para tal, vale-se dos pressupostos da chamada prevenção geral, distribuída entre a função de educar e intimidar a população através do exemplo da punição (função negativa), por um lado, e entre a construção de uma legitimidade e confiança no sistema através da certeza da punição (função positiva), por outro.

Em um segundo aspecto, a prevenção especial finda a neutralização de quem comete crime (função negativa), para que não mais possa delinquir, materializada na forma do cárcere, e a reintegração social<sup>2</sup> desse sujeito (função positiva).

Essas teorias legitimam o Direito Penal e cristalizam a chamada racionalidade penal moderna. O termo, definido cirurgicamente pelo professor **Álvaro Pires** (2004), retrata a naturalização da estrutura normativa formulada pelo Direito Penal e a transformação da punição em uma obrigação e necessidade. A pena é intangível e imprescindível.

A reincidência incorpora e reproduz a referida racionalidade, pois sua computação na dosimetria da pena é substancial. Ela retribui o mal do crime e, também, atua neutralizando o indivíduo e intimidando a população, concretizando as funções negativas preventivas.

Tendo essa construção teórica como verdade evidente, quando se parte para o plano social concreto, percebe-se, na verdade, o efeito contrário: a prisão, aparentemente contra o crime, acaba causando-a. No lugar de reintegrar, operacionaliza uma dessocialização.

## 3. Reincidência no sistema penal: construção abstrata

A reincidência é a prática de novo crime após trânsito em julgado de uma sentença condenatória por crime anterior, conforme dita o art. 63 do Código Penal (CP).<sup>3</sup> Depreende-se que o instituto é, em essência, a frustração do prognóstico ressocializador da pena, precisamente da prevenção especial positiva. Logo, o esperado anseio do sistema em corrigir o indivíduo não ocorre, a expectativa não é suprida.

É óbvio que também significa uma tentativa de desestimular novo crime, pois funciona como mecanismo punitivo. A nível de exemplo, podem-se citar duas configurações dentro da legislação: é uma circunstância agravante (art. 61, CP), aumentando o tempo de pena, e um óbice à concessão do *sursis* da pena (art. 77, inc. I, CP).

Nesse íterim, repara-se, por admitir que o sistema penal é um lugar adequado à reintegração social, a quebra dessa esperança em relação ao indivíduo que volta a delinquir desemboca na solução de considerar a reincidência uma circunstância agravante. A ideia consiste na valoração social negativa dada à insistência no erro. Persistir no erro é cometê-lo três vezes.

Pior, fundado na suposta ideia de que a prisão o ressocializou, a ocorrência de novo crime significaria uma periculosidade agravada, pois o indivíduo não aprendeu a lição, a *ultima ratio* não foi o suficiente. Apreende-se da sua figura a visão de um ser quase incontrolável, que não se arrependeu, justificando a medida.

Contudo, como se verá, a realidade não é o resultado das pretensões humanas cristalizadas na legislação, ainda que sejam benevolentes. A reincidência, tal como é posta, já engendrou algumas controvérsias no cenário jurídico brasileiro mesmo atualmente, ora reputado inconstitucional por ferir o princípio da individualização da pena e do *non bis in idem*,<sup>4</sup> ora intocável e válido, sendo essa última tese a perpetuada.

O Recurso Extraordinário 453.000 é de ilustre exemplo para demonstrar os supostos objetivos construídos pela racionalidade penal moderna e encarregados à reincidência para cumpri-los. Assim justifica o Supremo Tribunal Federal (STF) sobre o instituto, arguindo por constitucional a reincidência:

O maior juízo de censura decorre da opção do agente por continuar a delinquir e justifica a exasperação da pena na nova condenação. Merece maior censura, na fase de fixação da pena, o agente que já praticou anteriormente outro crime, já que o fato revela maior propensão à prática delitativa e o apenamento anterior não foi suficiente para prevenir e reprimir o crime (Brasil, 2013, p. 15).

Tal é o entendimento unânime da Suprema Corte, seguida em generalidade pelos demais tribunais brasileiros. Se há conflitos teóricos contemporaneamente, pode-se apontar um envolvendo a possibilidade de compensação entre a reincidência e a atenuante da confissão espontânea,<sup>5</sup> ou da preponderância dessa agravante em face da mesma atenuante.<sup>6</sup> Porém, em termos de jurisprudência e legislações, não se avançou o suficiente acerca da natureza da reincidência enquanto atenuante, tema a ser melhor delineado no tópico abaixo.

## 4. Reincidência no sistema penal: construção concreta

**Louk Hulsman e Jacqueline Bernat de Celis** (1993, p. 72) têm uma passagem em seu livro "Penas perdidas: sistema penal em questão" que ilustra o corrente e derradeiro funcionamento do sistema de justiça criminal:

Para o encarcerado, o sofrimento da prisão é o preço a ser pago por um ato que uma justiça fria colocou numa balança desumana. E, quando sair da prisão, terá pago um preço tão alto que, mais do que se sentir quite, muitas vezes acabará por abrigar novos sentimentos de ódio e agressividade. [...] O sistema penal endurece o condenado, jogando-o contra a ordem

social' na qual pretende reintroduzi-lo, fazendo dele uma outra vítima.

Também é oportuna a explicação dada pela jurista **Raquel Tiveron** (2017, p. 18) quando diz:

Ao invés de desempenhar suas funções jurídicas declaradas, a pena de prisão opera numa eficácia invertida, que, no lugar de reduzir a criminalidade, incrementa-a, pois o contato com outros presos no cárcere propicia oportunidades para mais práticas criminosas, à medida que consolida valores delitivos, gerando a reincidência.

Aí se assenta o aspecto criminogênico do cárcere, espelhado na denominada "eficácia invertida", categoria proferida pelo professor **Juarez Cirino dos Santos** (2005, p. 5), que assim conclui: "em lugar de reduzir a criminalidade, introduz os condenados em carreiras criminosas, produzindo reincidência e organizando a delinquência".

É axiomática a difícil realidade social, marcada por uma estrutura superencarcerada e de precárias condições, de forma generalizada. Poder-se-ia até citar a Arguição de Preceito Fundamental 347,7 de 2015, como modelo, mas o seguinte relato, da Comissão Parlamentar de Inquérito (CPI) do sistema carcerário, traz o impacto necessário, e concretamente delimitado, para o texto:

É que a cela, de 5x5, abriga quase setenta homens. Dentro dela havia um banheiro e, para que coubessem mais homens (que dormem no chão), as paredes do banheiro foram derrubadas e a privada ficou no meio da cela, à mostra, obrigando os apenados a passar pelo vexame de ficarem como numa vitrine, enquanto usam o "banheiro". [...] depois de usar as privadas, os detentos não têm água para lavar as mãos, nem sequer para jogar água na privada (Brasil, 2009, p. 196).

Vislumbra-se um ambiente tortuoso. Retornando a **Hulsman e Celis** (1993), vê-se o porquê de o sistema conseguir endurecer e fazer nascer no indivíduo um sentimento de ódio. Se não for o suficiente para provar, o experimento de aprisionamento em Stanford, 1971, pode demonstrar melhor.

Nele, diversas pessoas foram pagas para simular um cenário da prisão, alguns como agentes penitenciários, outros como prisioneiros. Em pouco tempo, percebeu-se alterações psíquicas e emocionais nos indivíduos, principalmente quanto ao desenvolvimento da agressividade. A prisão os tornou mais violentos.

Ademais, a partir de **Santos** (2008, p. 484), a pessoa é afastada do convívio familiar, afetivo e social; sofre com a estigmatização subjetiva, ou seja, é alvo de preconceitos por parte da sociedade. Adiciona-se, sofre com a desclassificação objetiva, visto que terá dificuldades em arranjar emprego e oportunidades, além de outras consequências negativas. O autor articula e arremata:

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, p. 580).

Essa é uma das conclusões de **Foucault** (1987, p. 293): "A detenção provoca a reincidência; depois de sair da prisão, se têm mais chance que, antes de voltar para ela, os condenados são, em proporção considerável, antigos detentos".

A prisão é criminogênica e a reincidência, ao agravar a situação do condenado, reinserindo no ciclo de violência carcerário com mais punição, também perpetua a opressão. Esse é seu funcionamento real, em contraste com os argumentos dominantes. Tais proposições induzem à conclusão de que é imperativo reconfigurar a reincidência enquanto uma circunstância atenuante, pois só assim estaria próxima de concretizar uma finalidade humanística, reintegradora e desencarcerizadora, que tanto diz perseguir.

Conjunto aos aportes teóricos apresentados como base para fundamentar a reincidência enquanto atenuante, é pertinente demonstrar como já foi e é concebida a reincidência nas legislações oficiais. No Código Penal Argentino, art. 50 (Argentina, 1984), a reincidência é excluída em determinados tipos penais, a depender da conduta ou das características do agente. Na Colômbia, a reincidência é um indiferente penal.<sup>8</sup>

No âmbito nacional, é interessante refletir sobre o caso envolvendo o Instituto Plácido de Sá Carvalho, objeto da Resolução 39 da Corte Interamericana de Direitos Humanos, em 2018. Nesse caso, presenciada a situação degradante do presídio, acarretando denúncias perante a Corte Interamericana, medidas despenalizadoras foram impostas, sendo o cômputo em dobro dos dias de pena a mais notável delas.

Tais disposições vieram como esforço contra o encarceramento em massa e para mitigar a reincidência. Se contra esses problemas foi necessário o empenho epopeico de dirimir o tempo de pena dos egressos pela metade, há de se concluir que a disputa sobre o efeito atenuante da reincidência é muito mais palatável, concreto e menos dificultoso de se tecer.

## 5. Considerações finais

Pelo exposto, denota-se a incongruência entre a normativa dominante e a realidade fática e cruel da prisão, algo já muito trabalhado pela teoria agnóstica da pena, sobretudo por autores como Eugenio Zaffaroni e Nilo Batista. Para além disso, há uma cortina pretensiosa de legalidade utilizada para ocultar um sistema opressivo e brutal, como teoriza a corrente abolicionista e materialista.

A reincidência é, quando se olha para a cortina, uma proposta de prevenir a criminalidade ao agravar a pena e obstaculizar o ganho de certos benefícios, penalizando o erro repetido que a prisão hipoteticamente ensinou a não cometer. Intimida a

população pelo exemplo e neutraliza o indivíduo que novamente delinque. Não deixa de ser, aliás, uma retribuição intrínseca à pena.

O que está atrás dos panos é justamente a perpetuação de uma justiça deformadora do ser, onde o Estado falha em cumprir um objetivo que nunca se comprometeu a fazer. Portanto, somente é alcançável um projeto de reinserção com uma análise coerente de seu instituto junto a um funcionamento mais adequado da

justiça. Em observância a isso, essa falha deveria ser uma circunstância atenuante.

A reincidência é um indício de que o Estado, quando atuou, acabou por piorar o problema em vez de resolvê-lo. A ideia é afastar o sistema da realidade das pessoas, a fim de que outras alternativas sejam usadas e, primordialmente, que o fim da criminalidade se dê mediante o desenvolvimento social e verdadeiramente democrático. Essa é, por ora, uma proposta coerente, reintegradora e humanizada.

### Informações adicionais e declarações do autor (integridade científica)

**Declaração de conflito de interesses:** o autor confirma que não há conflitos de interesses na condução desta pesquisa e na redação deste artigo.

**Declaração de autoria:** todos e somente os pesquisadores que cumprem os requisitos de autoria deste artigo são listados como autores; todos os coautores são totalmente responsáveis por este trabalho em sua totalidade.

**Declaração de originalidade:** o autor garantiu que o texto aqui publicado não foi publicado anteriormente em nenhum outro recurso e que futuras republicações somente ocorrerão com a indicação expressa da referência desta publicação original; ele também atesta que não há plágio de terceiros ou autoplágio.

#### Como citar (ABNT Brasil):

BRILHANTE, G. M. C. Reincidência: circunstância agravante ou atenuante? Um debate pela criminologia crítica. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, ano 35, n. 375, p. 29-32, 2024. DOI: 10.5281/zenodo.10514634. Disponível em:

[https://publicacoes.ibccrim.org.br/index.php/boletim\\_1993/article/view/740](https://publicacoes.ibccrim.org.br/index.php/boletim_1993/article/view/740). Acesso em: 15 jan. 2024.

#### Notas

- 1 Nesse diapasão, a prisão é produtora de criminalidade, questão a ser aprofundada no tópico 4.
- 2 Utilizar-se-á tal termo seguindo a tradição combativa da criminologia crítica, que contesta o uso da palavra “ressocialização”.
- 3 Adicionando, no próprio art. 61, é elucidativo o papel da reincidência como circunstância agravante.
- 4 Discussão essa conexa com a Súmula 241 do Superior Tribunal de Justiça (STJ), preceituando que a reincidência não pode ser considerada circunstância judicial e circunstância agravante concomitantemente (Brasil, 2000).
- 5 Entendimento adotado pelo STJ no Agravo Regimental no *Habeas Corpus* 653.557/SP. Na hipótese de multirreincidência, todavia, a agravante sobressairá, sendo possível a compensação proporcional. Compreende-se

que não deve conferir maior desvalor à conduta reincidente.

- 6 Tese do STF no Recurso Ordinário em *Habeas Corpus* 141.519/SC.
- 7 Proposta pelo Partido Socialismo e Liberdade (PSOL), foi uma ação que marcou o cenário jurídico brasileiro, pois houve o reconhecimento, pela Suprema Corte, das prisões enquanto um estado de coisas inconstitucional. A própria ação se justifica, dentre os vários argumentos, demonstrando as altas taxas de reincidência (70%), reforçando o caráter criminogênico da prisão.
- 8 Pode-se citar, por fim, que na já extinta União Soviética, a título de amostra, havia a hipótese de desqualificação do instituto como circunstância agravante a depender do caráter do delito anterior — art. 34 do Código Penal (URSS, 1959). A despeito da conjuntura histórica, é um exemplo que torna a discussão inteligível, merecendo a menção.

#### Referências

ARGENTINA. *Lei n.º 11.179*. Código Penal da Nação Argentina. Buenos Aires: 1984. Disponível em: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/15000-19999/16546/textact.htm#9>. Acesso em: 7 dez. 2023.

BRASIL. Congresso Nacional. Câmara dos Deputados. Comissão Parlamentar de Inquérito do Sistema Carcerário. *CPI sistema carcerário*. Brasília, DF: Edições Câmara, 2009. Disponível em: <https://bd.camara.leg.br/bd/handle/bdcamara/2701>. Acesso em: 2 set. 2023.

BRASIL. *Decreto-Lei 2.848, de 7 de dezembro de 1940*. Código Penal. Rio de Janeiro: Diário Oficial da União, 31 dez. 1940. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/def2848compilado.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/def2848compilado.htm). Acesso em: 2 set. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Súmula 241*. Rel. Min. Edson Vidigal. Brasília: STJ, 2000. Disponível em: [https://www.stj.jus.br/docs\\_internet/revista/electronica/stj-revista-sumulas-2011\\_18\\_capSumula241.pdf](https://www.stj.jus.br/docs_internet/revista/electronica/stj-revista-sumulas-2011_18_capSumula241.pdf). Acesso em: 9 dez. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Arguição de descumprimento de preceito fundamental 347*. Rel. Min. Marco Aurélio. DJE: 11 set. 2015. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4783560>. Acesso em: 9 dez. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário. *Recurso Extraordinário 453.000/RS*. Rel. Min. Marco Aurélio. DJE: 4 abr. 2013. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=4614110>. Acesso em: 7 dez. 2023.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Resolução 18, de 22 de novembro de 2018*. Disponível em: [https://www.corteidh.or.cr/docs/medidas/placido\\_se\\_03\\_por.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/medidas/placido_se_03_por.pdf). Acesso em: 9 dez. 2023.

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir: nascimento da prisão*. Tradução: Raquel Ramallete. Petrópolis: Vozes, 1987.

HULSMAN, Louk; CELIS, Jacqueline Bernat de. *Penas perdidas: o sistema penal em questão*. Tradução: Maria Lúcia Karam. Rio de Janeiro: Luam, 1993.

PIRES, Álvaro. A racionalidade penal moderna, o público e os direitos humanos. *Novos Estudos CEBRAP*, v. 68, n. 1, p. 39-60, 2004. Disponível em: <https://novosestudos.com.br/produto/edicao-68/#591bd3f08a6b5>. Acesso em: 9 dez. 2023.

SANTOS, Juarez Cirino dos. *30 anos de Vigiar e Punir (Foucault)*. 11º Seminário Internacional do IBCCRIM. São Paulo. 2005.

SANTOS, Juarez Cirino dos. *Curso de Direito Penal: parte geral*. 3 ed. Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2008.

TIVERON, Raquel. *Justiça Restaurativa: a construção de um novo paradigma de justiça criminal*. Brasília, DF: Trampolim, 2017.

URSS. *Código Penal Soviético: parte geral*. Tradução: C. S. Bustamante. Rio de Janeiro: Contemporâneas, 1959. Disponível em: <https://bibliotecadigital.stf.jus.br/xmlui/bitstream/handle/123456789/1664/81199.pdf>. Acesso em: 9 dez. 2023.

Recebido em: 14.09.2023 - Aprovado em: 21.11.2023 - Versão final: 14.01.2024