

CENTRO DE ENSINO SUPERIOR CESUL

**A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DA AGRAVANTE REINCIDÊNCIA:
UMA ANÁLISE SOB A ÓTICA DA APLICAÇÃO DO *BIS IN IDEM* E
DA RESSOCIALIZAÇÃO**

ANA CÍNTIA PORFIRIO

**FRANCISCO BELTRÃO – PR
2023**

ANA CÍNTIA PORFIRIO

**A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DA AGRAVANTE REINCIDÊNCIA:
UMA ANÁLISE SOB A ÓTICA DA APLICAÇÃO DO BIS IN IDEM E
DA RESSOCIALIZAÇÃO**

Monografia apresentada como requisito parcial para avaliação da Disciplina de Orientação à Monografia II, do 9º período do Curso de Graduação em Direito do Centro de Ensino Superior CESUL.

Orientador I: Me. Luiz Carlos D'Agostini Junior

**FRANCISCO BELTRÃO – PR
2023**

TERMO DE APROVAÇÃO

ANA CÍNTIA PORFIRIO

**A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DA AGRAVANTE REINCIDÊNCIA:
UMA ANÁLISE SOB A ÓTICA DA APLICAÇÃO DO BIS IN IDEM E
DA RESSOCIALIZAÇÃO**

**Monografia apresentada como requisito parcial para obtenção do
título de Bacharel em Direito da Faculdade de Direito Francisco
Beltrão, mantida pelo CESUL – Centro de Ensino Superior.**

Orientador: Prof. Me.: Luiz Carlos D'Agostini Junior

Prof. Me.: Silvano Ghisi

Prof. Esp.: Rafael Finatto

**FRANCISCO BELTRÃO - PR
2023**

Este trabalho é dedicado a todos os estudiosos de Direito e colegas que aplicam seus conhecimentos para o bem da justiça.

AGRADECIMENTOS

Ao meu esposo, Cristiano Vagner Favaretto, por me apoiar em todos os momentos desta caminhada. Obrigada por me incentivar a construir um futuro melhor e por estar sempre ao meu lado.

Aos meus pais, Pedro Porfirio e Ondina Vasconcelos Porfirio, por me amarem incondicionalmente e por todo o cuidado que tiveram comigo durante esse percurso.

A toda minha família que sempre me incentivou a aprimorar meus conhecimentos ao longo desses anos.

Ao meu orientador Luiz Carlos D'Agostini Junior, por ter me assistido com seus conhecimentos acerca do tema escolhido e também pelo conhecimento repassado em sala de aula como professor de Direito Penal, meus sinceros agradecimentos por todo o apoio.

Aos meus professores que repassaram seus conhecimentos durante esses 5 anos na instituição.

Ao meu colega de trabalho Douglas Wherick Soares, por ter me auxiliado nos momentos de dúvidas, sempre orientando de uma forma ou de outra.

Enfim, a todos que de uma forma ou de outra contribuíram para que essa caminhada acadêmica se tornasse mais tranquila, meus sinceros agradecimentos.

Nossa sentença não soa severa. O mandamento que o condenado infringiu é escrito no seu corpo com o rastelo. No corpo deste condenado, por exemplo - o oficial apontou para o homem, será gravado: Honra o teu superior!

Franz Kafka.

RESUMO

A presente pesquisa teve como objetivo a análise da (in)constitucionalidade da agravante reincidência, fora feita uma análise sob a ótica da aplicação do *bis in idem* e da ressocialização. Para isso, empregou-se o método dialético, dedutivo e bibliográfico, através de análises doutrinárias, jurisprudencial e legislativa. O estudo teve como finalidade analisar as divergências doutrinárias sobre a (in)constitucionalidade da agravante reincidência, observando a argumentação dos operadores do direito penal sobre suas razões para defender um ou outro. Para isso, no primeiro capítulo foram abordados os aspectos conceituais sobre o tema e como ocorre a dosimetria da pena e sua finalidade. No segundo capítulo abordou-se sobre como ocorre a aplicação da reincidência para agravar a pena e as consequências para o apenado se caso cometa algum novo delito, bem como apresentou-se as divergências doutrinárias e o posicionamento jurisprudencial brasileiro e argentino (sob a análise crítica dos doutrinadores e operadores do direito Eugênio Raúl Zaffaroni e José Henrique Pierangeli) no que se refere à (in)constitucionalidade da reincidência. Ao final, foram abordados assuntos referentes à inconstitucionalidade do instituto da reincidência, analisando a violação de alguns princípios constitucionais, somados a falha do sistema carcerário estatal no que concerne a ressocialização do agente infrator, citando exemplos reais existentes da situação prisional no dia a dia.

Palavras-chave: (in)constitucionalidade da Reincidência; Direito Penal; Sistema Carcerário; Ressocialização; *Bis in Idem*; Dignidade da Pessoa Humana.

SUMÁRIO

| | |
|---|----|
| INTRODUÇÃO | 09 |
| 1 ASPECTOS CONCEITUAIS | 12 |
| 1.1 CONCEITO DE PENA..... | 12 |
| 1.2 FINALIDADE DA PENA EM SEU DUPLO SENTIDO..... | 13 |
| 1.3 DOSIMETRIA DA PENA..... | 14 |
| 1.3.1 Circunstâncias judiciais – pena base..... | 14 |
| 1.3.1.1 Da culpabilidade..... | 15 |
| 1.3.1.2 Dos antecedentes..... | 16 |
| 1.3.1.3 Da conduta social..... | 17 |
| 1.3.1.4 Da personalidade..... | 17 |
| 1.3.1.5 Do motivo..... | 18 |
| 1.3.1.6 Das circunstâncias..... | 19 |
| 1.3.1.7 Da consequência..... | 19 |
| 1.3.1.8 Do comportamento da vítima..... | 20 |
| 1.3.1.9 Critério para equacionar as circunstâncias a pena..... | 20 |
| 1.3.2 Atenuantes e agravantes..... | 21 |
| 1.3.2.1 Critério para equacionar as atenuantes e agravantes da pena..... | 23 |
| 1.3.3 Causas especiais de diminuição e aumento de pena..... | 24 |
| 2 DIVERGÊNCIAS DOUTRINÁRIAS SOBRE A REINCIDÊNCIA | 26 |
| 2.1 CONCEITO DE REINCIDÊNCIA..... | 26 |
| 2.1.1 Como ocorre a aplicação da agravante reincidência no aumento da pena e suas consequências..... | 28 |
| 2.2 DOUTRINA MAJORITÁRIA e os esclarecimentos acerca da constitucionalidade da reincidência..... | 29 |
| 2.3 DOUTRINA MINORITÁRIA e os esclarecimentos acerca da inconstitucionalidade da reincidência..... | 31 |
| 2.4 Entendimento dos Tribunais e Supremo Tribunal Federal sob (in)constitucionalidade da agravante da reincidência..... | 35 |
| 3 DA INCONSTITUCIONALIDADE DA REINCIDÊNCIA | 38 |
| 3.1 VEDAÇÃO AO <i>BIS IN IDEM</i> – <i>PREVISÃO CONSTITUCIONAL</i> | 38 |
| 3.2 A CULPA DO ESTADO NA REINCIDÊNCIA – SISTEMA CARCERÁRIO QUE NÃO CUMPRE O OBJETIVO DA ESSÊNCIA (RESSOCIALIZAÇÃO)..... | 39 |
| 3.3 REINCIDÊNCIA – VIOLAÇÃO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA..... | 46 |
| CONSIDERAÇÕES FINAIS | 50 |
| REFERÊNCIAS | 54 |

INTRODUÇÃO

O presente estudo tem como tema a análise da agravante reincidência sob uma ótica da violação do *princípio do non bis in idem*, da dignidade da pessoa humana e da ressocialização, bem como a constitucionalidade e a inconstitucionalidade do referido instituto, na medida em que alguns doutrinadores defendem pela constitucionalidade da reincidência argumentando que pode ser aplicada para agravar a pena sem que ocorra a violação de direitos constitucionais, ao passo que outros defendem pela inconstitucionalidade, defendendo que na aplicação da mencionada agravante ocorre a violação de alguns princípios constitucionais.

Nessa mesma linha de pensamento, a problemática da pesquisa será direcionada a analisar a (in)constitucionalidade da agravante reincidência, também observando o papel do Estado no que tange a ressocialização do apenado, uma vez que tem o dever de aplicar medidas para que ocorra a reeducação e reinserção do agente infrator na sociedade de forma satisfatória e para isso, sempre que um indivíduo comete algum ilícito passível de privação de liberdade este será direcionado a prisão para que aprenda com seu erros, seja ressocializado e não volte a delinquir, ou seja, é obrigação/dever do Estado em ressocializar o agente infrator.

Dessa forma, a finalidade do presente trabalho será examinar as divergências doutrinárias e jurisprudenciais no que se refere a aplicabilidade do instituto da reincidência para agravar a pena, se é ou não constitucional sob a ótica dos doutrinadores e operadores do direito, uma vez que os estudiosos que entendem pela constitucionalidade defendem que o indivíduo que já havia sido condenado por um crime anterior e voltou a cometer atos infracionais deve ser punido mais severamente em razão de sua conduta reprovável diante da sociedade, pois, em tese, já foi ressocializado, enquanto os que defendem pela inconstitucionalidade alegam que o apenado já cumpriu sua pena pelo crime anterior, não sendo justo que seja aumentada a pena em razão do mesmo fato.

Para o desenvolvimento da pesquisa utilizar-se-á o método dialético, será feita também uma comparação entre as correntes doutrinárias e jurisprudenciais existentes no que concerne a (in)constitucionalidade da agravante reincidência, a fim de compreender a relação entre os princípios estudados referentes ao Direito

penal, ressocialização e a realidade prática do sistema penal prisional brasileiro, considerando os aspectos relacionados a realidade previamente apresentados, somadas a pesquisa legislativa.

O primeiro capítulo tratará sobre os aspectos conceituais de pena, sua finalidade e em seguida como ela é aplicada dentro do direito penal (dosimetria da pena), bem como sobre as circunstâncias judiciais que abordam a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social do agente, a personalidade, o motivo, a consequência do crime, o comportamento da vítima, o critério para equacionar as circunstâncias da pena, atenuantes e agravantes, o critério para equacionar a atenuante e a agravante da pena e as causas especiais de aumento/majorante e diminuição/minoração da pena.

No segundo capítulo, o tema em pauta será a reincidência propriamente dita, o qual disporá sobre como ocorre a aplicação do instituto no aumento da pena, bem como as consequências ao agente infrator se caso for reincidente, em seguida serão abordadas as divergências doutrinárias e o posicionamento jurisprudencial brasileiro e argentino (sob à análise crítica dos doutrinadores e operadores do direito Eugênio Raúl Zaffaroni e José Henrique Pierangeli) no que se refere à (in)constitucionalidade da reincidência.

O terceiro capítulo abordará a inconstitucionalidade da reincidência, dando ênfase para a vedação ao *bis in idem*, destacando o princípio do *non bis in idem* somado a responsabilidade do Estado em ressocializar, bem como sua culpa na reincidência, levando em consideração a falha do sistema carcerário em razão da negligência estatal e outros fatores maléficos ao preso.

Será ainda abordado no último capítulo a violação da dignidade da pessoa humana ao aplicar a reincidência para agravar a pena, na medida em que quando o apenado fica à mercê do sistema carcerário por si só já gera a violação do mencionado princípio, logo com a aplicação da agravante ele ficará exposto por muito mais tempo ainda ao sistema prisional insalubre, bem como estará à mercê de violência, tortura e até mesmo da morte dentro das celas, uma vez que a superlotação faz com que tenha mais pessoas do que o ideal dentro da instituição carcerária.

O último capítulo aborda ainda de forma mais abrangente a problemática da insalubridade do sistema carcerário brasileiro, na medida em que dentro da prisão não se tem um local propício para acolher uma vida humana de maneira digna,

pois, em razão da superlotação carcerária, somadas as condições desumanas dentro dos presídios não há que se falar em respeito a direitos fundamentais inerentes aos seres humanos, ocorrendo dessa forma, uma violação grave aos preceitos fundamentais esculpidos na Constituição Federal de 1988, qual seja, em destaque neste capítulo, a dignidade da pessoa humana.

1 ASPECTOS CONCEITUAIS

No presente capítulo será abordado os aspectos conceituais, finalidade e a dosimetria da pena, na medida em que serão trazidos os pontos que abrangem as circunstâncias judiciais, os quais estão conceituados e detalhados para melhor entendimento, destacando a importância das causas de aumento e diminuição de pena, bem como o tema em pauta, qual seja, o instituto da agravante reincidência.

1.1 CONCEITO DE PENA

Historicamente, o direito penal vem acompanhado de uma repressão denominado pena, haja vista, que seria inócuo uma norma proibitiva onde não houvesse uma sanção, pena ou repressão, em caso de violação das normas estabelecidas pela legislação.

A pena se configura como um mal justo e legitimado por lei, outrora, o mal justo se pagava por vezes com a vida ou grave violação à integridade física. Atualmente, com o avanço da perspectiva do direito da pessoa humana em um âmbito mundial, cada vez mais a pena recai sobre a liberdade do infrator, como ocorre no Ordenamento Jurídico Brasileiro, havendo em poucos países sanção no regime arcaico da pena de morte ou algo similar.

Na doutrina brasileira são vários os conceitos de pena, mas que resulta em conclusões homogêneas, para Masson (2020, p. 459) “pena é a reação que uma comunidade politicamente organizada opõe a um fato que viola uma das normas fundamentais da sua estrutura e, assim, é definido como crime”.

No que tange à pena, Masson (2020, p. 460) explana:

[...] pena é a espécie de sanção penal consistente na privação ou restrição de determinados bens jurídicos do condenado, aplicada pelo Estado em decorrência do cometimento de uma infração penal, com a finalidade de castigar seu responsável, readaptá-lo ao convívio em comunidade e, mediante a intimidação endereçada à sociedade, evitar a prática de novos crimes ou contravenções penais.

No mesmo trilhar é a lição de Nucci (2017, p. 629), o qual defende que a pena “é a sanção imposta pelo Estado, por meio de ação penal, ao criminoso como *retribuição* ao delito perpetrado e *prevenção* a novos crimes”.

Desta feita, a pena indubitavelmente é a vingança proporcionada exclusivamente pelo Estado e avalizada pelo ordenamento jurídico, sendo o Estado fato elementar na punição, pois como dito, incumbe somente a ele tal prática, sendo vedado expressamente a punição/vingança/pena pelo particular, sob cruzar de ocorrência da tipificação de exercício arbitrário das próprias razões, estabelecido no art. 345 do Código Penal.

1.2 FINALIDADE DA PENA EM SEU DUPLO SENTIDO

A pena possui duas finalidades primordiais: punição e ressocialização, ambas formam um dueto de grande sintonia na teoria, mas na prática, a finalidade punição se revela solitária, sequer tendo a companhia da ressocialização.

A Doutrina Brasileira, cria subdivisões das finalidades punição e ressocialização, criando certas particularidades a cada tese, mas na essência, não se afasta da ideia de punição e ressocialização para fundamentar a pena.

Para Nucci (2017, p. 629 e 630), no que se refere a finalidade da pena, assim defende:

O caráter *preventivo* da pena desdobra-se em dois aspectos (geral e especial), que subdividem (positivo e negativo): a) *geral negativo*: significando o poder intimidativo que ela representa a toda sociedade, destinatária da normal penal; b) *geral positivo*: demonstrando e reafirmando a existência e eficiência do direito penal; c) *especial negativo*: significando a intimidação ao autor do delito para que não torne a agir do mesmo modo, recolhendo-o ao cárcere, quando necessário; d) *especial positivo*: que é a proposta de ressocialização do condenado, para que volte ao convívio social, quando finalizada a pena ou quando, por benefícios, a liberdade seja antecipada.

Conforme o atual sistema normativo brasileiro, a pena não deixa de possuir todas as características expostas em sentido amplo (castigo + intimidação e a reafirmação do direito penal + ressocialização): o art. 59 do Código Penal menciona que o juiz deve fixar a pena de modo a ser necessária e suficiente para a *reprovação e prevenção* do crime. Além disso, não é demais citar o disposto no art. 121, § 5º, deste Código, salientando que é possível ao juiz aplicar o perdão judicial, quando as consequências da infração atingirem o próprio ente de maneira *tão grave* que a sanção penal se torne *desnecessária*, evidenciando o caráter punitivo que a pena possui.

Para Masson (2020, p. 462), existe a finalidade retributiva e preventiva, tal qual no campo retributivo argumenta que “a pena desponta como retribuição estatal justa ao mal injusto provocado pelo condenado, consistente na prática e um crime ou de uma contravenção penal (*punitur quia peccatum est*)”, já a finalidade

sustenta que “para essa variante, a finalidade da pena consiste em prevenir, isto é, evitar a prática de novas infrações penais (*punitur ne peccetur*). É irrelevante a imposição de castigo ao condenado”.

Denota-se que, em que pese várias teorias e subdivisões, a essência da pena no Ordenamento Jurídico Brasileiro é a punição em caráter retributivo para o infrator, gerando reflexo inibitório para a sociedade (exemplo do que não fazer) e ressocialização, para ensinar o infrator viver em sociedade respeitando os limites impostos pela lei.

1.3 DOSIMETRIA DA PENA

A dosimetria da pena é o instrumento pelo qual o julgador fixe e concretiza a pena em abstrato ao caso concreto, cujos critérios para a basilação da pena encontra-se respaldo no próprio Código Penal e complementado pela Jurisprudência, quando da omissão do código repressivo.

Conforme se extrai do código penal, a fixação da pena ocorre em três fases, teoria trifásica, ou seja, na primeira fase o juiz analisa as circunstâncias judiciais, denominada a pena base, na segunda fase leva em consideração as atenuantes e agravantes e na terceira aplica-se as majorantes e minorantes.

1.3.1 Circunstâncias judiciais – pena base (1º fase)

Em relação às circunstâncias judiciais ou também chamada pena base, Fábio Roque Araújo, Michelle Tonon e Nestor Távora (2023, p. 134), esclarecem que:

[...] Fixa-se, inicialmente, a pena-base, obedecido o disposto no art. 59; consideram-se, em seguida, as circunstâncias atenuantes e agravantes; incorporam-se ao cálculo, finalmente, as causas de diminuição e aumento. Tal critério permite o completo conhecimento da operação realizada pelo juiz e a exata determinação dos elementos incorporados à dosimetria. [...]

A ideia dos autores e do art. 59, do código penal esclarece que na primeira fase da dosimetria, para aplicar a pena, o juiz analisa a culpabilidade, os antecedentes, à conduta social, à personalidade do infrator, e no que se refere aos motivos, observa as circunstâncias e consequências que o crime trouxe, levando em consideração o comportamento da vítima para aplicação da medida necessária

que cause reprovabilidade na conduta do agente, na intenção de que essa sanção seja exemplo para não retornar a cometer crimes.

Cumprido destacar que Masson (2020, p. 573) predispõe que as circunstâncias judiciais são chamadas de “inominadas”, visto que a lei não lhes deu um nome específico, dessa forma esclarece que:

Em razão disso, o julgador, ao determinar a quantidade de pena aplicável, deve ter a prudência de evitar o *bis in idem* como corolário da utilização, ainda que impensada, por duas ou mais vezes, de uma mesma circunstância para elevar a reprimenda. Exemplo: em crime de lesões corporais cometido contra uma senhora de 90 (noventa) anos de idade, o magistrado fundamenta a exasperação da pena-base em decorrência da covardia e da superioridade de forças do agente. Depois impõe **na segunda fase a agravante genérica contida no art. 61, II, “h”, do Código Penal (crime contra a pessoa maior de 60 anos). É patente a dupla punição pelo mesmo fato, pois tais circunstâncias são ínsitas ao crime praticado contra a pessoa idosa, grifo nosso.**

Sendo, dessa maneira, inadmissível a aplicação simultânea do mesmo requisito para agravar a pena na fase das circunstâncias judiciais e posteriormente na fase da aplicação de agravantes, conforme disposto pelo autor.

O código penal assim descreve no art. 59:

Art. 59 - O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime: (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

Denota-se que, art. 59 do Código Penal traz em seu escopo 8 (oito) hipóteses de circunstâncias que devem ser levadas em consideração pelo julgador.

1.3.1.1 Da culpabilidade

Nucci (2017, p. 750) estabelece que a culpabilidade:

Trata-se da culpabilidade em sentido lato, ou seja, a reprovação social que o crime e o autor do fato merecem. A culpabilidade em sentido estrito já foi analisada para compor a existência do delito (em que, além da reprovação social, analisaram-se a imputabilidade, a potencial consciência de ilicitude e a exigibilidade e possibilidade de agir conforme o direito).

Já para Masson (2020 p. 575), em um conceito crítico, entende-se por culpabilidade:

A culpabilidade deve ser compreendida como juízo de reprovabilidade, como o juízo de censura que recai sobre o responsável por um crime ou contravenção penal, no intuito de desempenhar o papel de pressuposto de aplicação da pena. E, nesse ponto, equivocou-se o legislador, pois todos os envolvidos em uma infração penal, desde que culpáveis, devem ser punidos. Em outras palavras, a culpabilidade relaciona-se com a possibilidade de aplicação da pena, mas não como sua dosimetria

O posicionamento de Masson traz uma crítica analítica da circunstância culpabilidade, cuja análise é pontual e certa, tendo em vista que, de fato a culpabilidade é um pressuposto indispensável da aplicação da pena, pois caso o agente não detenha culpabilidade (menor de idade ou por outra circunstância não entender o caráter ilícito da conduta) não pode sofrer reprimenda penal, assim, o legislador caminhou mal neste sentido.

Ocorre que, a crítica acima citada não deteve atenção do judiciário, o qual aplica rotineiramente a culpabilidade como uma circunstância valoradora da pena.

1.3.1.2 Dos antecedentes

No que se refere à antecedente Nucci (2017, p. 754) defende que:

Trata-se de tudo o que existiu ou aconteceu, no campo penal, ao agente antes da prática do fato criminoso, ou seja, a sua vida pregressa em matéria criminal. Antes da reforma de 1984, podia-se dizer que os antecedentes abrangiam todo o passado do réu, desde as condenações porventura existentes até os seus relacionamentos na família ou no trabalho.

Corroborando com a ideia Masson (2020, p. 576), cita que:

São os dados atinentes à vida pregressa do réu na seara criminal. Dizem respeito a todos os fatos e acontecimentos que envolvem o seu passado criminal, bons e ruins. Em suma, os antecedentes se revelam como o “filme” de tudo o que ele fez ou deixou de fazer antes de envolver-se com o ilícito penal, desde que contidos em sua folha de antecedentes.

Portanto, tudo o que constar nas anotações de antecedentes criminais do réu, exceto as exceções do art. 64 do Código Penal, deve ser analisado pelo julgador

na circunstância dos antecedentes para aumentar a pena do agente infrator, pois são dados que demonstram a vida pregressa do indivíduo.

1.3.1.3 Da conduta social

As condutas sociais, para Masson (2020, p. 580) são “também conhecidas como “antecedentes sociais”, é estilo de vida do réu, correto ou inadequado, perante a sociedade, sua família, ambiente de trabalho, círculo de amizade, vizinhança e outros”.

E quando a aplicação dentro do processo penal o autor defende ainda que a Conduta Social, “deve ser objeto de questionamento do magistrado tanto no interrogatório como na colheita de prova testemunhal. Se necessário para a busca da verdade real, pode ser ainda determinada a avaliação do acusado pelo setor técnico do juízo (avaliação social e psicológica)”.

No mesmo trilhar é o ensinamento de Nucci (2017, p. 756) ao disciplinar que no que tange ao convívio em sociedade:

É o papel do réu na comunidade, inserido no contexto da família, do trabalho, da escola, da vizinhança etc. o magistrado precisa conhecer a pessoa que estará julgando, a fim de saber se merece uma reprimenda maior ou menor, daí a importância das perguntas que devem ser dirigidas ao acusado, no interrogatório, e às testemunhas, durante a instrução. Um péssimo pai e marido violento, em caso de condenação por lesões corporais graves, merece pena superior à mínima, por exemplo.

Assim, a conduta social de cada réu não necessariamente será igual, cada pessoa pode ter capacidades diferentes de entender o caráter ilícito do ato, e isso deve ser levado em consideração pelo julgador, privilegiando assim o princípio da individualização das penas.

1.3.1.4 Da personalidade

A personalidade, para Nucci (2017, p. 758):

trata-se do conjunto de caracteres exclusivos de uma pessoa, parte herdada, parte adquirida. “à personalidade tem uma estrutura muito complexa. Na verdade, é um conjunto somatopsíquico (ou psicossomático) no qual se integra um componente morfológico, estático, que é a conformação física; um componente dinâmico-humoral ou

fisiológico, que é temperamental; e o caráter, que a expressão psicológica do temperamento (...) Na configuração da personalidade congregam-se elementos hereditários e socioambientais, o qual vale dizer que as experiências da vida contribuem para a sua evolução. Esta se faz em cinco fases bem caracterizadas: infância, juventude, estado adulto, maturidade e velhice.

Na mesma toada é o entendimento de Masson (2020, p. 580), o qual define a personalidade de maneira que:

É o perfil subjetivo do réu, nos aspectos moral e psicológicos, pelo qual se analisa se tem ou não caráter voltado à prática de infrações penais. Levam-se em conta seu temperamento e sua formação ética e moral, aos quais se somam fatores hereditários e socioambientais, moldados pelas experiências por ele vividas.

Dessa forma, indo ao encontro com o entendimento dos mencionados autores, a personalidade é criada e amoldada por cada agente de uma forma diferente, conforme sua vida vai se desenvolvendo.

1.3.1.5 Do motivo

O motivo é uma circunstância judicial que segundo Masson (2020, p. 582):

Só tem cabimento essa circunstância judicial (favorável ou desfavorável ao réu) quando a motivação não caracterizar elementar do delito, qualificadora, causa de diminuição ou aumento de pena, ou atenuante ou agravante genérica. Exemplo: o motivo fútil é qualificadora do homicídio (CP, art. 121, §2º, II) e agravante genérica para os demais crimes (CP, art. 61, II, "a"). Destarte, e fútil o motivo, será utilizado como qualificadora ou agravante genérica, conforme o caso, e não como circunstância judicial desfavorável, evitando-se o *bis in idem*.

No mesmo toar é a lição de Nucci (2017, p. 768) ao defender que:

O motivo é fator qualificativo da vontade humana, fornecendo o colorido indispensável à compreensão de qualquer conduta: existiu por quê? Para quê? Do mesmo modo que sustentamos inexistir ação ou omissão sem finalidade, pois ninguém age por agir – a não ser que cuide de gestos e reflexos, sujeitos à coação física irresistível ou esmo fruto da hipnose -, não há crime sem motivos.

Assim, o motivo como circunstância, é residual, ou seja, somente se aplica quando não configurar uma elementar, qualificadora ou agravante de um crime.

1.3.1.6 Das circunstâncias

As circunstâncias no entender de Nucci (2017, p. 769 e 770):

São os elementos acidentais não participantes da estrutura do tipo, embora envolvendo o delito. Quando expressamente gravadas na lei, as circunstâncias são chamadas de *legais* (agravantes e atenuantes, por exemplo). Quando genericamente previstas, devendo ser formadas pela análise e pelo discernimento do juiz, são chamadas de *judiciais*. Um crime pode ser praticado, por exemplo, em local ermo, com premeditação, para dificultar a sua descoberta e a apuração do culpado, constituindo circunstâncias gravosa.

Nesse mesmo viés, Masson (2020, p. 582), aduz que as circunstâncias:

São os dados acidentais, secundários, relativos à infração penal, mas que não integram sua estrutura, tais como o modo de execução do crime, os instrumentos empregados em sua prática, as condições de tempo e local em que ocorreu o ilícito penal, o relacionamento entre o agente e o ofendido etc. nesse contexto, o Superior Tribunal de Justiça, já admitiu a elevação da pena-base em estelionato no qual a vítima nutria plena confiança no agente.

Conquanto, a circunstância de cada caso concreto, deve ser analisada com extrema atenção e a depender, pode ser valorada negativamente ou positivamente em face do réu.

1.3.1.7 Da consequência

As consequências do crime para Masson (2020, p. 583) “envolvem-se o conjunto de efeitos danosos provocados pelo crime, em desfavor da vítima, de seus familiares ou da coletividade”, ou seja, deve ser observado as consequências de cada caso concreto.

Para Nucci (2017, p. 771) sobre as consequências do crime defende que:

As consequências anormais, advindas de um delito, não se confundem com a continuidade delitiva, que significa cometer várias infrações penais em sequência. Ilustrando, um furto pode trazer imenso prejuízo à vítima, por envolver elevada quantia subtraída, podendo o magistrado elevar a pena-base (primeira fase), com fundamento no art. 59 do CP. Entretanto, se esse mesmo acusado comete seguidos furtos, terá outro acréscimo à sua pena, totalmente distinto da mensuração feita quanto à pena-base de um deles, envolvendo uma custa de aumento, a ser aplicada na terceira fase.

Assim, a consequência para cada caso pode ser diferente, ainda que o delito ocorrido seja do mesmo tipo penal, ou seja, para a fixação da pena o Magistrado analisa as consequências do crime, sendo de praxe a cautela para que consiga ser o mais justo possível, conforme o caso concreto.

1.3.1.8 Do comportamento da vítima

Para Masson (2020, pag. 582), o comportamento da vítima “é a atitude da vítima, que tem o condão de provocar ou facilitar a prática do crime. Cuida-se de circunstância judicial ligada à vitimologia, isto é, ao estudo da participação da vítima e dos males a ela produzidos por uma infração penal”.

Dessa forma, analisa-se o comportamento da vítima em relação ao crime, a qual muitas vezes pode facilitar a prática do crime, dadas as circunstâncias o qual ocorre.

1.3.1.9 Critério para equacionar as circunstâncias da pena

O art. 59 do Código Penal não forneceu ao julgador qual critério ou fórmula a ser utilizado para calcular a valoração de cada circunstância judicial desfavorável, motivo pelo qual incumbiu a Jurisprudência suprir tal lacuna legal, e com base nisso o Superior Tribunal de Justiça, entendeu que, como são 8 (oito) circunstâncias judiciais, cada uma deve aumentar 1/8 de pena, que deve ser extraído entre a pena mínima e máxima de cada tipo penal, dessa forma:

AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. PENAL. ROUBO MAJORADO. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL E VIOLAÇÃO DO ART. 59 DO CP. DOSIMETRIA. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. TESE DE DESPROPORCIONALIDADE NO QUANTUM DE AUMENTO PARA CADA VETOR JUDICIAL NEGATIVADO. VERIFICAÇÃO. APLICADA A FRAÇÃO DE 1/8 SOBRE A DIFERENÇA ENTRE AS PENAS MÍNIMA E MÁXIMA COMINADAS AO CRIME. REGULARIDADE. JURISPRUDÊNCIA DO STJ.

1. Diante da inexistência de um critério legal, a exasperação da pena-base fica a cargo da discricionariedade vinculada do julgador.

No caso concreto, o julgador, considerando cada circunstância judicial constante do art. 59 do CP, atribuiu uma fração sobre a diferença entre o mínimo e o máximo da pena em abstrato cominada para exasperar a pena-base, o que se admite, conforme precedentes desta Corte (AgRg no

AREsp n. 1.376.588/RJ, Ministro Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, DJe 22/10/2019).

2. Diante do silêncio do legislador, a jurisprudência e a doutrina passaram a reconhecer como critério ideal para individualização da reprimenda-base o aumento na fração de 1/8 por cada circunstância judicial negativamente valorada, a incidir sobre o intervalo de pena abstratamente estabelecido no preceito secundário do tipo penal incriminador. Deveras, tratando-se de patamar meramente norteador, que busca apenas garantir a segurança jurídica e a proporcionalidade do aumento da pena, é facultado ao juiz, no exercício de sua discricionariedade motivada, adotar quantum de incremento diverso diante das peculiaridades do caso concreto e do maior desvalor do agir do réu. In casu, considerando o intervalo de apenamento dos crimes e a presença de duas vetoriais desabonadoras, deve ser reconhecida a proporcionalidade do incremento das básicas (AgRg no HC n. 672.263/SC, Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, DJe 17/8/2021).

3. "Não há falar em desproporcionalidade no percentual de aumento da pena por cada circunstância judicial considerada desfavorável, quando a instância ordinária opta por elevar as penas-bases na fração de 1/8 (um oitavo) sobre a diferença entre as penas mínima e máxima cominadas ao crime, critério aceito pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça" (AgRg no HC n. 548.785/RJ, MINISTRA LAURITA VAZ, Sexta Turma, DJe 23/10/2020). [...] Nos termos da jurisprudência desta Corte, a aplicação da pena, na primeira fase da dosimetria, não se submete a um critério matemático, devendo ser fixada à luz do princípio da discricionariedade motivada do juiz, tal como realizado pela Corte a quo (AgRg no AREsp n. 1.760.684/DF, Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma, DJe 12/3/2021).

4. Agravo regimental improvido.

(AgRg no REsp n. 1.919.781/DF, relator Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, julgado em 5/10/2021, DJe de 13/10/2021.) (BRASIL, 2021, *on-line*).

Em razão da omissão quanto ao critério a ser utilizado para calcular a valoração de cada circunstância judicial desfavorável, a jurisprudência estabeleceu regras para suprir as lacunas deixadas pelo legislador.

1.3.2 Atenuantes e agravantes (2º fase)

Na segunda fase da dosimetria da pena analisa-se as atenuantes e agravantes, as quais Masson (2020, p. 584) conceitua no sentido em que "atenuantes e agravantes são circunstâncias legais, de natureza objetiva ou subjetiva, não integrantes da estrutura do tipo penal, mas que a ele se ligam com a finalidade de diminuir ou aumentar a pena".

Dessa forma, as atenuantes genéricas estão previstas no art. 65, do Código Penal e possuem um rol exemplificativo, ou seja, admite-se outras situações que não especificamente as dispostas no mencionado dispositivo legal, em que pode ser atenuada a pena.

Nos termos dos arts. 65 e 66, ambos do Código Penal, são consideradas atenuantes:

Art. 65 - São circunstâncias que sempre atenuam a pena:

I - ser o agente menor de 21 (vinte e um), na data do fato, ou maior de 70 (setenta) anos, na data da sentença;

II - o desconhecimento da lei;

III - ter o agente:

a) cometido o crime por motivo de relevante valor social ou moral;

b) procurado, por sua espontânea vontade e com eficiência, logo após o crime, evitar-lhe ou minorar-lhe as conseqüências, ou ter, antes do julgamento, reparado o dano;

c) cometido o crime sob coação a que podia resistir, ou em cumprimento de ordem de autoridade superior, ou sob a influência de violenta emoção, provocada por ato injusto da vítima;

d) confessado espontaneamente, perante a autoridade, a autoria do crime;

e) cometido o crime sob a influência de multidão em tumulto, se não o provocou.

Art. 66 - A pena poderá ser ainda atenuada em razão de circunstância relevante, anterior ou posterior ao crime, embora não prevista expressamente em lei.

Em relação às agravantes genéricas, estas estão previstas na parte geral do Código Penal, mais precisamente no rol taxativo dos arts. 61 e 62 e dizem respeito a causas que podem agravar a pena do agente infrator, sendo levadas em consideração em todas as infrações penais, e são elas:

Art. 61 - São circunstâncias que sempre agravam a pena, quando não constituem ou qualificam o crime:

I - a reincidência;

II - ter o agente cometido o crime:

a) por motivo fútil ou torpe;

b) para facilitar ou assegurar a execução, a ocultação, a impunidade ou vantagem de outro crime;

c) à traição, de emboscada, ou mediante dissimulação, ou outro recurso que dificultou ou tornou impossível a defesa do ofendido;

d) com emprego de veneno, fogo, explosivo, tortura ou outro meio insidioso ou cruel, ou de que podia resultar perigo comum;

e) contra ascendente, descendente, irmão ou cônjuge;

f) com abuso de autoridade ou prevalecendo-se de relações domésticas, de coabitação ou de hospitalidade, ou com violência contra a mulher na forma da lei específica;

g) com abuso de poder ou violação de dever inerente a cargo, ofício, ministério ou profissão;

h) contra criança, maior de 60 (sessenta) anos, enfermo ou mulher grávida;

i) quando o ofendido estava sob a imediata proteção da autoridade;

j) em ocasião de incêndio, naufrágio, inundação ou qualquer calamidade pública, ou de desgraça particular do ofendido;

l) em estado de embriaguez preordenada.

Art. 62 - A pena será ainda agravada em relação ao agente que:

I - promove, ou organiza a cooperação no crime ou dirige a atividade dos demais agentes; (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

II - coage ou induz outrem à execução material do crime; III - instiga ou determina a cometer o crime alguém sujeito à sua autoridade ou não-punível em virtude de condição ou qualidade pessoal;
IV - executa o crime, ou nele participa, mediante paga ou promessa de recompensa.

Enquanto Masson (2020, p. 584) se posiciona, ainda, no sentido de que apesar de as agravantes genéricas poderem ser utilizadas para aumentar a pena do agente infrator “[...] para evitar o *bis in idem*, veda-se a sua utilização quando já funcionarem como elementar do tipo penal, ou ainda como qualificadora ou causa de aumento de pena”.

O autor ainda traz a distinção entre agravante genérica e agravante específica, de modo que:

Podem ser genéricas, quando previstas na Parte Geral do Código Penal, e aplicáveis à generalidade dos crimes, ou específicas, se contidas em leis extravagantes, e aplicáveis somente a determinados crimes, tal como se verifica no art. 298 da Lei 9.503/1997 (Código de Trânsito Brasileiro), em relação aos crimes de trânsito (agravantes), e no art. 14 da Lei 9.605/1998, no tocante aos crimes ambientais (atenuantes).

Por conseguinte, tem-se um esclarecimento sobre a diferença das agravantes genéricas e específicas, levando em consideração que as genéricas são as utilizadas para todos os tipos de crime e as específicas para um crime determinado, desde que prevista em lei própria.

1.3.2.1 Critério para equacionar a atenuante e agravante a pena

O Código Penal não forneceu ao julgador qual critério/fórmula a ser utilizado para calcular o acréscimo oriundo do reconhecimento de uma atenuante ou agravante, motivo pelo qual incumbiu a Jurisprudência suprir tal lacuna legal, e com base nisso o Superior Tribunal de Justiça, entendeu que, a cada atenuante reconhecida deveria ser diminuída a pena em 1/6 e a cada agravante deveria ser aumentada em 1/6, que deve ser extraído entre a pena mínima e máxima de cada tipo penal, conforme jurisprudência:

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. PENAL. DOSIMETRIA. FURTO QUALIFICADO. REINCIDÊNCIA. FRAÇÃO DE 1/3. TRÊS REGISTROS ANTERIORES. INEXISTÊNCIA DE ILEGALIDADE. CONFISSÃO ESPONTÂNEA. CONFISSÃO PARCIAL QUE NÃO CONTRIBUIU PARA A FORMAÇÃO DE CONVENCIMENTO DO

JULGADOR. FRAÇÃO INFERIOR A 1/6. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES. ORDEM DENEGADA. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. O Código Penal não estabelece limites mínimo e máximo de aumento ou de redução de pena em razão da incidência das agravantes e das atenuantes genéricas, devendo a exasperação ou diminuição da reprimenda em razão da incidência de circunstância agravante ou atenuante respeitar, em regra, a fração de 1/6, salvo situações excepcionais, devidamente justificadas.

2. No caso, foram utilizadas três condenações anteriores para justificar o aumento em virtude da reincidência do agravante, na segunda etapa do cálculo, na fração de 1/3. Lado outro, foi utilizado patamar inferior a 1/6 em virtude da confissão parcial realizada, já que o agravante confessou o ingresso no local, contudo afirmou não ter intenção de furtar bens, não tendo a confissão servido de fundamento para a formação do convencimento do julgador.

Assim, devidamente justificadas as frações escolhidas, não se vislumbra ilegalidade ou desproporcionalidade aptas a permitir a alteração do cálculo dosimétrico pela via do habeas corpus.

3. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no HC n. 768.708/SC, relator Ministro Antonio Saldanha Palheiro, Sexta Turma, julgado em 12/12/2022, DJe de 15/12/2022.) (BRASIL, 2022, *on-line*).

Sendo assim, a jurisprudência veio para estabelecer um critério a ser utilizado para calcular o acréscimo oriundo do reconhecimento de uma atenuante ou agravante, o que deu um norte para a aplicação do cálculo na pena, visto que a legislação pertinente foi omissa nesse sentido.

1.3.3 Causas especiais de diminuição e aumento de pena (3ª fase)

Tanto as causas de diminuição como aumento de pena encontram-se brevemente na parte geral do Código Penal (crime tentado – art. 14 do Código Penal), contudo, na grande maioria estão alocadas na parte especial do Código Penal, bem como em leis especiais, diferentemente das circunstâncias judiciais e atenuantes e agravantes, cada *quantum* de diminuição ou aumento estão esculpidas no próprio tipo penal, sendo neste ponto o legislador diligente.

No que se refere às atenuantes e agravantes Masson (2020, p. 614) defende que:

Ao contrário das circunstâncias judiciais e das atenuantes e agravantes, as minorantes e as majorantes podem trazer a pena abaixo do mínimo legal, ou leva-la acima do máximo cominado, uma vez que o legislador aponta os limites de diminuição e/ou de aumento. Exemplificando, o preceito secundário do crime de furto simples prevê, no tocante à pena privativa de liberdade, reclusão de 1 (um) a 4 (quatro) anos. Se o magistrado aplicar a pena-base no mínimo legal, mantendo-se essa

reprimenda na segunda fase, e presente a figura da tentativa, causa geral e obrigatória de diminuição da pena, deverá reduzi-la o menos no patamar mínimo (CP, art. 14, parágrafo único = 1/3), alcançando apenas final de 8 (oito) meses, muito abaixo do piso legalmente previsto”.

Não diferente é o posicionamento de Nucci (2017, p. 823) ao esclarecer que:

As causas de aumento e de diminuição, por integrarem a estrutura típica do delito, permitem a fixação da pena acima do máximo em abstrato previsto pelo legislador, como também admitem o estabelecimento da pena abaixo do mínimo.

Com isso, somente na terceira e última fase da aplicação da pena, poderá o julgador estabelecer tempo e pena inferior ou superior da pena em abstrato.

2 DIVERGÊNCIAS DOUTRINÁRIAS SOBRE A REINCIDÊNCIA

Com a finalidade de demonstrar o pensamento doutrinário e jurisprudencial acerca do instituto da reincidência, o presente capítulo abordará as divergências doutrinárias existentes, as quais de um lado, alguns doutrinadores em consonância com a jurisprudência brasileira defendem pela constitucionalidade do instituto da reincidência e do outro lado outros doutrinadores encontram lacunas na legislação para defender que a aplicação da reincidência para agravar a pena do indivíduo resta inconstitucional, pois viola princípios defendidos pelo ordenamento jurídico brasileiro.

2.1 REINCIDÊNCIA

Entende-se por reincidência quando o agente comete um novo delito, após ter transcorrido sentença condenatória transitado em julgado em seu desfavor, encontrando respaldo legal sobre o seu conceito nos arts. 63 e 64 do Código Penal, onde o art. 63 do Código Penal traz a seguinte redação: art. 63 “verifica-se a reincidência quando o agente comete novo crime, depois de transitar em julgado a sentença que, no País ou no estrangeiro, o tenha condenado por crime anterior”.

O legislador Brasileiro não faz distinção acerca do delito anterior, se deve ser cometido na modalidade dolosa ou culposa e muito menos na possibilidade da segunda infração criminal que da causa a reincidência.

Sendo, dessa forma, observado que para configurar a reincidência o agente praticou anteriormente outro crime que resultou em sua condenação, corroborando dessa ideia Nucci (2017, p. 185) conceitua a agravante reincidência no sentido de que “é o cometimento de uma infração penal depois de o agente já ter sido condenado definitivamente, no Brasil ou no exterior, por crime anterior”.

De acordo com Nucci (2017, p. 787) a agravante reincidência tem duas espécies, ou seja, é dividida em ficta e real. Esta consiste no cometimento de um delito depois de ter sido condenado e cumprido pena por delito anterior, e a ficta consiste na prática de um delito depois de ter sido condenado por outro, porém, sem ter, ainda, cumprido a totalidade da pena.

A respeito da ideia acima, Nucci (2017, p. 787) esclarece:

A ideia por traz dessa *divisão* é a seguinte: quem já cumpriu pena foi reeducado e ressocializado, logo, cometendo outro crime, a sua reincidência é *autêntica*; quem nunca cumpriu pena ainda não foi reeducado ou ressocializado, portanto a prática de nova infração o torna reincidente *ficto*, grifo do autor.

Dessa maneira, a aplicação da agravante independe se a reincidência é ficta ou real, basta o agente infrator ter sido condenado em sentença transitada em julgado por crime cometido anteriormente.

O autor citado ainda traz a distinção entre primariedade e reincidência, expondo que “é primário quem não é reincidente”, visto que, para configurar a primariedade basta que o crime cometido tenha ocorrido 5 (cinco) anos depois que a última pena do agente foi extinta.

Tal ideia pode ser extraída também do art. 64, do código penal, o qual estabelece que:

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 cinco anos, computado o período de prova de suspensão ou do livramento condicional, se não houver revogação.

Sendo assim, com base nas referências mencionadas, observa-se que se o crime foi cometido após a reabilitação criminal, o agente infrator se torna tecnicamente primário, não sendo possível aplicar a agravante da reincidência para piorar a sua pena. Masson (2020, p. 731) entende que “esse hiato temporal é o que se convencionou chamar de período depurador ou caducidade da reincidência”.

Outro fator bastante relevante extraído da ideia de Nucci (2017, p. 788) é a análise detalhada da letra da lei, que remete a uma interpretação literal à data do cometimento do novo delito, ou seja, se o crime for cometido no mesmo dia que transitou em julgado a sentença condenatória o condenando, por crime cometido anteriormente, a reincidência não é aplicada.

Pois bem, o art. 63, do Código Penal é claro em estabelecer que a agravante mencionada será aplicada após o trânsito em julgado da sentença, o agente infrator, assim, é considerado tecnicamente réu primário, não sendo constitucional aplicar a reincidência para agravar a sua pena.

Nucci (2017, p. 185) ainda faz uma análise crítica relacionada ao tema e, em síntese, aponta que alguns autores entendem que a aplicação da agravante

reincidência para agravar a pena está ligada a uma punição *bis in idem*, sendo que a aplicação do instituto da reincidência no agravamento da pena, pune o indivíduo duas vezes pelo mesmo crime, ideia que o mencionado autor contraria.

2.1.1 Como ocorre a aplicação da agravante reincidência no aumento da pena e suas consequências

A agravante da reincidência é aplicada na segunda fase da fixação da pena e, além de agravar a pena, ainda, é utilizada para não conceder a suspensão condicional da pena, conforme art. 77, inciso I, do Código Penal.

Ainda, em consequência da reincidência, o art. 83, inciso II, do Código Penal estabelece que:

Art. 83 - O juiz poderá conceder livramento condicional ao condenado a pena privativa de liberdade igual ou superior a 2 (dois) anos, **desde que:**
I - cumprida mais de um terço da pena se o condenado **não for reincidente em crime doloso** e tiver bons antecedentes;
II - **cumprida mais da metade se o condenado for reincidente em crime doloso**, grifo nosso.

Ou seja, aumenta, de um terço a metade, o prazo de efetiva privação de liberdade para o livramento condicional. E ainda interrompe a prescrição, conforme dispõe o art. 117, inciso VI, do Código Penal: “Art. 117 - O curso da prescrição interrompe-se: [...] VI - pela reincidência”.

Consequentemente, a reincidência do agente infrator impede a substituição da pena privativa de liberdade por uma restritiva de direitos, de acordo com o art. 44, inciso II, do Código Penal, bem como pode provocar a conversão da pena substitutiva por uma privativa de liberdade, conforme dispõe o art. 44, §4º, do Código Penal.

Dessarte, verifica-se que a referida agravante traz sérias complicações a mais para o agente infrator se o novo delito for praticado antes de decorrido o período de 5 (cinco) anos, visto que terá a pena da nova infração aumentada, bem como ainda sofrerá outras restrições supervenientes da reincidência.

Para constatar se o réu é reincidente Nucci (2017, p. 788) defende que:

É preciso juntar aos autos a certidão cartorária comprovando a condenação anterior. Não se deve reconhecer a reincidência por meio da

análise da folha de antecedentes, que pode conter muitos erros, pois não é expedida diretamente pelo juízo da condenação.

Portanto, para que a agravante reincidência seja aplicada na dosimetria da pena deve-se ter um cuidado para que os registros contenham informações corretas e claras quanto à reincidência criminal do agente em julgamento.

2.2 ENTENDIMENTO DA DOUTRINA MAJORITÁRIA

Para a maioria dos doutrinadores a aplicação da reincidência para agravar a pena não afeta o princípio da individualização das penas e nem o princípio do *ne bis in idem*.

A argumentação para se tentar evitar a declaração da inconstitucionalidade no que tange ao princípio da individualização das penas pairam no quesito que com a aplicação da reincidência estaria diferenciando as penas, pois assim o reincidente teria uma pena mais severa, enquanto o réu primário teria uma pena mais branda, somente assim se teria a individualização das penas no caso concreto.

No mesmo raciocínio acima explanado menciona Nucci (2008, p. 452 e 453):

O referido aumento constituiria punição dupla. A ideia, em nosso entendimento, peca pela simplicidade. O sistema de fixação de penas obedece a outro preceito constitucional, merecedor de integração com os demais princípios penais, que é a individualização da pena (art. 5º XLVI, CF). Não deve haver pena padronizada. Cada ser humano precisa valer por si mesmo, detentor de qualidades e defeitos, tudo ponderado, quando espalhado num cenário criminoso, pelo juiz, de modo particular.

Corroborando desse entendimento é como se posiciona Mesquita (2005, p.31).

O princípio da individualização da pena decorre do princípio da isonomia, eis que este traduz a ideia de que os desiguais devem ser tratados distintamente, isso na medida de suas diferenças”. Cumpre citar que, logo em seguida no texto constitucional, no artigo 5º, XLVIII, está disposto que: “a pena será cumprida em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado”, mostrando assim que a pena deve estar moldada às condições pessoais do condenado, bem como à magnitude da sua culpabilidade.

Tal entendimento lapida a ideia que não viola o princípio da individualização das penas, pois aplicando a reincidência para agravar a pena, no caso concreto traz um resultado prático, qual seja, que cada pessoa terá a pena merecedora de

forma proporcional ao crime cometido, ainda que mais severa ante sua reincidência, tendo necessidade de maior reprovação.

Além disso, no que se refere à aplicação da reincidência para agravar a pena em outros países, tal como a Argentina, Dotti (2018) cita o entendimento da jurisprudência do mencionado país, mais especificamente no julgamento do recurso 6457/09, quando a Suprema Corte daquele país entendeu pela constitucionalidade da agravante reincidência indo contra o voto do Ministro Eugênio Raúl Zaffaroni.

Em continuidade, o referido doutrinador cita o voto vencido do Ministro Eugênio Raúl Zaffaroni:

Que en el presente caso, la aplicación de una pena superior a la del delito en razón de los antecedentes el imputado contraviene el principio de culpabilidad y va más allá del reproche por la conducta desplegada, en una clara manifestación de derecho penal de autor, inaceptable en un estado de derecho. (ZAFFARONI, 2013, Apud DOTTI, 2018, p. 763).¹

Sobre o crivo de uma possível violação ao princípio do *ne bis in idem*, a doutrina defende a constitucionalidade com argumentos contundentes, como pode-se observar na lição de Mirabete (2013, p. 294).

A exacerbação da pena justifica-se plenamente para aquele que, punido, anteriormente, voltou a delinquir, demonstrando com sua conduta criminosa que a sanção normalmente aplicada se mostrou insuficiente para intimidá-lo ou recuperá-lo. Há, inclusive, um índice maior de censurabilidade na conduta do agente que reincide.

Dessa forma, a aplicação da reincidência seria para aumentar a pena na busca de tentar intimidar o réu para que sinta-se amedrontado frente à conduta imperativa de coerção do Estado e, sendo assim não volte a delinquir ou ainda, esse lapso temporal, permanecer recluso será para que se recupere do desejo insaciável de cometer delitos e se torne um cidadão que possua condições de viver em uma sociedade pacificamente.

Nesse sentido, a colocação de Estefam (2010, p. 369 e 370) disciplina que:

¹ Que, no presente caso, a aplicação de uma pena superior à do delito com base nos antecedentes do réu contraria o princípio da culpabilidade e vai além da reprovação pela conduta realizada, sendo uma clara manifestação do direito penal de autor, inaceitável em um Estado de direito.

A elevação do patamar punitivo por conta da recidiva não importa em dupla apenação pelo mesmo fato – não há de falar em *bis in idem*. Em primeiro lugar, o fato de ser reincidente não determinará a segunda condenação; vale dizer, esta se deu por conta de um fato autônomo e independente do anterior. “Além disso, o réu reincidente possui grau de culpabilidade mais acentuado, o que o torna merecedor de uma reprimenda mais severa.

A colocação do autor defende que não há inconstitucionalidade na aplicação da reincidência, pois a segunda condenação independe do fato de o réu ser reincidente ou não, logo a primeira conduta não se entrelaça com a segunda, pois são crimes distintos com processos e condenações distintas.

A teoria criada por Kaufmann, que é criticada por Zaffaroni e Pierangeli em sua obra Manual de Direito Penal Brasileiro (2011, p. 840), tenta defender a constitucionalidade da reincidência afirmando que:

A pessoa, ao cometer o segundo delito, estaria violando duas normas: a do segundo tipo e a que proíbe a prática de um segundo delito. Ou seja, a cada tipo corresponderiam duas normas: uma específica destinada a tutelar o bem jurídico a que se refere, e outra, genérica, referente à proibição de um futuro delito.

A teoria em pauta analisada trata-se de um trocadilho interessante, pois há duas normas, uma de caráter específico e outra de caráter genérico, sendo que a específica tange o tipo penal violado no segundo crime, enquanto a genérica se refere à proibição da prática de novos delitos.

Dessa forma, os autores acima citados entendem que a aplicação do instituto da reincidência para agravar a pena, não viola princípios fundamentais, afirmando que tal aplicação é constitucional e deve ser utilizada para reprimir de forma mais gravosa o apenado.

2.3 ENTENDIMENTO DA DOUTRINA MINORITÁRIA

No entender da minoria dos doutrinadores brasileiros a aplicação da reincidência é inconstitucional, pois viola dois princípios básicos do direito penal, sendo o primeiro denominado princípio da individualização das penas, e o outro que tem maior afetividade e lesividade o qual é o princípio do *ne bis in idem*.

Para Silva Franco (2011, p. 14) a reincidência “[...] deve ser expurgada da legislação brasileira [...], pois viola princípios constitucionais inerentes ao ser humano.

O princípio do *ne bis in idem* é defendido pelo doutrinador Estefam (2016, p. 136) no sentido de que “veda a dupla incriminação. Por isso, ninguém pode ser processado ou condenado mais de uma vez pelo mesmo fato”.

Ainda, Estefam (2016, p. 137) disciplina que:

O *ne bis in idem*, finalmente, impede que, na dosagem da pena, o juiz leve em conta o mesmo fator mais de uma vez, seja para beneficiar, seja para agravar a sanção imposta. Por exemplo, se o agente comete um homicídio contra uma vítima de 10 anos, a pouca idade do ofendido será levada em conta como causa de aumento de pena (art. 121, § 4º, parte final) e não como agravante (art. 61, II, h); caso contrário, utilizar-se-á a mesma circunstância duas vezes, uma como agravante e outra como causa de aumento de pena.

Muito embora o referido autor entenda pela constitucionalidade da reincidência, traz em sua obra acima mencionada, o conceito do princípio *ne bis in idem*, o qual gera divergências doutrinárias se relacionado com a reincidência, uma vez que veda a punição dupla, e conforme a análise interpretativa, a utilização da reincidência para agravar a pena acarreta em uma punição dupla, implicando, assim, na violação desse princípio.

Quanto ao princípio da individualização das penas, este está previsto de forma expressa no art. 5º, XLVI da constituição federal e também no art. 34 do código penal, sendo este que garante que as penas sejam separadas, mesmo que tenham praticados crimes idênticos.

Em linhas gerais, essa norma determina que as sanções impostas aos infratores devam ser personalizadas e particularizadas de acordo com a natureza e as circunstâncias dos delitos e a luz das características pessoais do infrator.

Assim, as penas devem ser justas e proporcionais, vedado qualquer tipo de padronização, logo, a utilização da reincidência em todos os casos em que há um segundo delito ocorre de forma nítida uma padronização de pena.

Nesse sentido, Carvalho (2001, p. 221 e 222) menciona que:

Sobre a possibilidade de aumento da pena pela reincidência em que a reincidência, assim, não é imperativa de aumento, baseado em dados meramente objetivos. Afetaria até o princípio da individualização da pena.

Não faz sentido a cominação ofertar grau mínimo e máximo, e o agravante ensejar oportunidade de análise específica.

O princípio do *ne bis in idem*, embora não esteja expressamente previsto na constituição, possui grande importância no sistema jurídico-penal de um Estado Democrático de Direito, pois significa dizer através deste princípio que ninguém poderá ser punido mais de uma vez por uma mesma infração penal.

Este princípio encontrou sustentabilidade no pacto internacional dos direitos civis e políticos da ONU realizado em 1966, sendo que apenas em 2002 recebeu adesão brasileira, na cláusula 7º de seu art. 14 estabelecendo que “ninguém poderá ser processado ou punido por um delito pelo qual já foi absolvido ou condenado por sentença passada em julgado, em conformidade com a lei e com os procedimentos penais de cada país”.

O princípio do *ne bis in idem* possui dois sentidos como disciplina Jesus (2011, p.54).

Ninguém pode ser punido duas vezes pelo mesmo fato. Possui duplo significado: 1. °) penal material: ninguém pode sofrer duas penas em face do mesmo crime; 2. °) processual: ninguém pode ser processado e julgado duas vezes pelo mesmo fato.

O princípio do *ne bis in idem* deve ser compreendido no seu caráter duplo, tanto material como processual, pois sofrer duas penas pelo mesmo ato ou ser processado duas vezes pelo mesmo delito é uma ameaça ao ordenamento jurídico justo.

Corroborando dessa ideia Zaffaroni e Pierangeli (2011, p. 718) mencionam que:

[...] em toda agravação de pena pela reincidência existe uma violação do princípio non bis in idem. A pena maior que se impõe na condenação pelo segundo delito decorre do primeiro, pelo qual a pessoa já havia sido julgada e condenada. Pode-se argumentar que a maior pena do segundo delito não tem seu fundamento no primeiro, e sim na condenação anterior, mas isto não passa de um jogo de palavras, uma vez que a condenação anterior decorre de um delito, e é uma consequência jurídica do mesmo. [...].

Corroborando com a ideia de parte da doutrina está o pensamento de Cirino dos Santos (2008), o qual defende que o instituto da reincidência é inconstitucional, pois em sua concepção o condenado é punido duas vezes pelo mesmo crime.

Ainda, é de suma importância a colocação de Dotti (2018, p. 762) o qual defende a inconstitucionalidade da agravante reincidência ao afirmar que:

Uma última palavra pode ser dita. A aplicação da reincidência obrigatoriamente atenta contra o princípio *nulla poena sine culpa*, ou seja, da culpabilidade em relação ao fato concreto. Não se pode exigir do agente a compreensão da ilicitude por um fato que já ocorreu e, eventualmente, tenha sido julgado [...].

Para os doutrinadores acima citados fica claro, quando se aplica a reincidência para agravar a pena torna-se nítida a violação ao princípio do *ne bis in idem*, tal argumentação é auferida em jogo de palavras para justificar uma agressão a um ordenamento jurídico justo.

A reincidência opera de forma retroativa, pois busca auxílio a um fato anterior, onde já houve uma sentença transitada e julgada, e o réu em regra já cumpriu a sua pena, tendo assim pago com sua restrição da liberdade, logo ao cumprimento da pena vier o sujeito a cometer novo delito não é justo agravar a pena em face do primeiro delito, pois estará uma parte da segunda pena sendo aplicada injustamente, pois já houve o efetivo cumprimento, gerando assim a violação ao princípio *ne bis in idem*.

Alguns doutrinadores vão além de considerar a reincidência inconstitucional no que tange sua aplicabilidade no agravamento da pena, e defendem que a reincidência deve ser utilizada de forma a atenuar a pena, visto que o apenado ficou à mercê do sistema carcerário ressocializador e em razão de sua falha não atingiu a finalidade do cumprimento da pena.

Tal posicionamento doutrinário envolve outros princípios do ordenamento jurídico, os quais, são violados ao aplicar o instituto da reincidência para agravar ainda mais a pena.

Corroborando dessa ideia, ainda, Cunha (2020, p. 528) traz em seu manual de direito penal um tópico com o seguinte questionamento: “o instituto da reincidência, por si só, não caracteriza “*bis in idem*”?”. (grifo do autor)

Para responder à pergunta acima, Cunha (2020, p. 528) menciona que “parte considerável da doutrina compreende que a reincidência, por si só, gera *bis in idem*, na medida em que pune novamente o agente por um fato pelo qual ele já foi condenado”, ou seja, o indivíduo é punido por um mesmo crime duas vezes, na

medida em que já havia cumprido a pena pelo fato anterior e posteriormente tem a pena agravada novamente.

Queiroz (2008 apud Cunha, 2020, p. 528) ainda entende que:

A reincidência, ao implicar *bis in idem*, é inconstitucional, por violação aos princípios da legalidade e proporcionalidade, ao menos enquanto circunstância judicial de agravamento da pena. Além disso, nem sempre o réu reincidente é mais perigoso que o primário, como se presume. Assim, o autor de estupros seguidos, embora primário, certamente é bem mais ameaçador do que o condenado reincidente por pequenos furtos ou lesões corporais leves, por exemplo. Enfim, a reincidência não é garantia da maior perigosidade do infrator, a justificar, também por isso, a sua abolição pura e simples.

Sendo assim, a ideia do autor leva em consideração, além do princípio da legalidade, ainda, o princípio da proporcionalidade, uma vez que a reincidência não distingue um crime do outro, pois para ser reincidente basta ter sentença condenatória transitada em julgado, sendo que existe outros crimes mais gravosos em que se o réu não for reincidente (em que pese ter as qualificadoras do crime), não se aplica a agravante reincidência na fixação da pena.

2.4 ENTENDIMENTO DO SUPERIOR TRIBUNAL FEDERAL SOBRE A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DA APLICAÇÃO DA AGRAVANTE REINCIDÊNCIA

O tema em estudo possui repercussão vasta e densa, não somente havendo discussão no âmbito dos doutrinadores e cultores do direito, mas também tendo grande amplitude no Supremo Tribunal Federal, sendo que a partir de uma provocação feita por alguma parte interessada no assunto retira a jurisdição da inércia e faz com que os operadores do direito profiram uma decisão, sendo que esta nem sempre é idêntica.

O Supremo Tribunal Federal, no Recurso Extraordinário 453.30, julgado em 04/04/2013, interposto contra acórdão do tribunal de justiça do Rio Grande do Sul, de forma unânime, o Ministro e Relator do recurso Marco Aurélio fez uso dos seguintes argumentos para fundamentar sua decisão:

[...] O sistema penal brasileiro adota uma dupla finalidade para a pena: finalidade repressiva e preventiva. Dessa forma, o apenado que insiste nas práticas criminosas deve ser tratada com maior rigor.

Não haveria “bis in idem” na medida em que não se pune o infrator pelo mesmo fato, mas fatos diversos, considerando uma circunstância pessoal que compõe o histórico de vida pregressa do condenado. Não haveria alguma infração ao princípio constitucional da individualização da pena. Muito ao reverso, a aplicação da agravante da reincidência estaria a dar guarida exatamente a esse princípio, evitando tratar em vala comum pessoas desiguais [...] (BRASIL, 2013, *on-line*).

O acórdão do citado julgado assim restou ementado,” AGRAVANTE – REINCIDÊNCIA – CONSTITUCIONALIDADE – Surge harmônico com a Constituição Federal o inciso I do art. 61 do Código Penal, no que prevê, como agravante, a reincidência”.

Assim o Supremo Tribunal Federal julgou pela constitucionalidade da aplicação da reincidência para agravar a pena, em julgamento de Recurso Extraordinário com Repercussão Geral.

Destaca-se que a tese da constitucionalidade fixada no v. acórdão do RE 453.30, fixada pelo pleno do Supremo Tribunal Federal é mantida até a presente data, ganhando com o passar do tempo mais e mais respaldo, prova disso é que, em 19/11/2018, a Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Habeas Corpus 141.044, de relatoria da Ministra Rosa Weber, não só deu guarida ao posicionamento já firmado como endossou, tendo o acórdão o seguinte fundamento:

AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. PENAL E PROCESSO PENAL. REINCIDÊNCIA. AGRAVANTE DE PENA E CIRCUNSTÂNCIA A BALIZAR A FIXAÇÃO DE REGIME PRISIONAL E A INCIDÊNCIA DE CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA. BIS IN IDEM. INOCORRÊNCIA.

1. A jurisprudência da Suprema Corte evoluiu para, novamente, admitir a impetração de habeas corpus em substituição a recurso ordinário constitucional (HC 152.752, Rel. Min. Edson Fachin, Tribunal Pleno, DJe127 de 27.6.2018).

2. Não configura bis in idem a valoração da reincidência tanto na 2ª fase da dosimetria da pena como para afastar a incidência da causa de diminuição do § 4º do artigo 33 da Lei de Tóxicos (3ª fase). Precedente: RHC 121.598, Rel. Min. Dias Toffoli, 1ª Turma, DJe 21.11.2014.

3. O Plenário desta Suprema Corte, em sede de Recurso Extraordinário com Repercussão Geral, já assentou a constitucionalidade da reincidência como agravante genérica da pena (RE 453.000/RS, Rel. Min. Marco Aurélio, Plenário, DJe 3.10.2013), entendimento este que produz reflexos em suas repercussões sobre a fixação do regime inicial de cumprimento da reprimenda, a incidência de causas de diminuição e outros próprios da individualização da pena.

4. Pedido de destaque de julgamento não acolhido. A Resolução STF nº 587/2016 faculta ao Relator submeter os agravos internos a julgamento em ambiente eletrônico, por meio de sessões virtuais nas Turmas desta Suprema Corte.

5. Agravo regimental conhecido e não provido (BRASIL, 2018, *on-line*).

Denota-se que o entendimento do mais alto poder do Judiciário já fixou entendimento de constitucionalidade da aplicação da reincidência como agravante genérica, fixou entendimento e já reafirmou em julgados posteriores.

Importante ressaltar. em todas as instâncias do Judiciário, não somente no Supremo Tribunal Federal é pacífica a matéria da constitucionalidade, haja visto que em pesquisas tanto no Superior Tribunal de Justiça e Tribunais de Justiça de todos os Estados não se localiza jurisprudência em sentido dissonante do Supremo Tribunal Federal.

Desta feita, denota-se que no campo doutrinário alguns dos estudiosos se posicionam pela inconstitucionalidade, ao passo que, na ceara do judiciário o posicionamento se inverte, tendo em vista que é pacífica a constitucionalidade da agravante.

Assim, em solo brasileiro a teoria dos doutrinadores que defendem a inconstitucionalidade da reincidência foi vencida pelo entendimento jurisprudencial, bem como pela legislação vigente, que deixou algumas lacunas para questionar sobre a constitucionalidade do instituto, mas que realiza a sua aplicação no agravamento da pena do agente reincidente.

3 INCONSTITUCIONALIDADE DA REINCIDÊNCIA

No terceiro e último capítulo, em um primeiro momento abordará a violação do *bis in idem* ao aplicar a reincidência para agravar a pena, argumentando que ao aplicar o instituto ocorre uma punição dupla ao indivíduo. Em um segundo momento será destacado a responsabilidade do Estado em ressocializar o agente infrator, bem como sua culpa na falha do objetivo da essência e por fim será tratado sobre a violação do princípio da dignidade da pessoa humana ao aplicar a reincidência, dando ênfase para a precariedade do sistema prisional, que não dispõe de um local digno para receber um ser humano.

3.1 VEDAÇÃO AO *BIS IN IDEM* – PREVISÃO CONSTITUCIONAL

A vedação ao *bis in idem* está inserida de forma implícita na Constituição Federal do Brasil e de forma explícita no Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, em seu art. 14, Enunciado 7, dispondo que “Ninguém poderá ser processado ou punido por um delito pelo qual já foi absolvido ou condenado por sentença passada em julgado, em conformidade com a lei e os procedimentos penais de cada país”.

A punição dupla no caso da reincidência é defendida por alguns doutrinadores como sendo inconstitucional, pois quando o agente infrator é condenado mais severamente em razão de ser reincidente, este será punido duas vezes pelo mesmo crime, uma vez que o apenado já respondeu pelo crime e em um outro momento está sofrendo uma nova sanção por aquele mesmo delito, sendo utilizado para agravar a pena.

Dotti (2018, p. 756) conceitua o princípio do *non bis in idem* no sentido de que:

O CP estabelece uma relação de circunstâncias que sempre agravam a pena, “quando não constituem ou qualificam o crime” (art. 61). Não se admite que a mesma circunstância, relativa ao autor ou ao fato, possa ser considerada duas ou mais vezes sobre a pena que está sendo aplicada. Essa regra impede a sanção cumulativa e realiza um princípio clássico, já inserido em muitas Cartas Políticas, de que ninguém pode ser punido duas vezes pela mesma falta.

Nesse sentido, tem-se a violação de princípios basilares do direito penal, dando ênfase nesse caso para o princípio do *non bis in idem* que está amparado

pelo ordenamento jurídico, ainda diz respeito a ideia de que não se pode aplicar punição dupla ao indivíduo sobre a mesma conduta ilícita.

Partindo desse pressuposto, em que pese a jurisprudência dos tribunais brasileiros entenderem pela constitucionalidade da agravante reincidência, esta traz algumas divergências doutrinárias que merecem atenção, uma vez que o indivíduo não pode ser punido duas vezes por um mesmo delito, na aplicação da reincidência para agravar a pena, de certa forma a sanção acaba por ser aplicada duplamente, conforme entendimento de parte da doutrina.

De acordo com Lopes Junior (2020), o *bis in idem* em consequência da reincidência é criticado pela doutrina criminalista, pois gera uma punição dupla ao apenado pela mesma circunstância, ainda o autor analisa a aplicação da reincidência ao defender que a sua aplicação de forma isolada também implica em um *bis in idem*.

Neste toar, as divergências doutrinárias levam a crer que, em que pese o agente infrator ser punido em consequência de sua própria conduta ilícita, a aplicação da agravante pode levar o indivíduo a sofrer uma punição dupla, violando princípios estabelecidos no ordenamento jurídico brasileiro.

3.2 A CULPA DO ESTADO NA REINCIDÊNCIA – SISTEMA CARCERÁRIO QUE NÃO CUMPRE O OBJETIVO DA ESSÊNCIA (RESSOCIALIZAÇÃO)

A ressocialização do apenado nada mais é do que a educação que o agente infrator recebe dentro do sistema carcerário para que aprenda com os seus erros e volte para a sociedade de maneira satisfatória, sem prejudicar o grupo em que convive (LIMA, 2015).

Para Oliveira (1997, p. 15):

Em cada oportunidade que procura modificar o sistema punitivo, o Estado deve assumir sua obrigação primordial de justificar suficientemente a utilização da pena, poderoso recurso de coação de que ele dispõe para limitar os direitos individuais com o propósito de assegurar a convivência pacífica. Essa legitimação deve ser efetuada, do ponto de vista de seus efeitos práticos, tanto frente ao delinquente, individualmente, quanto ante à comunidade jurídica.

O Estado tem o dever de adotar meios para a melhora da convivência entre as pessoas em sociedade e para que isso ocorra de maneira satisfatória implanta

medidas sociais/educativas para todos, ao passo que, para quem viola a legislação e direitos de outrem é aplicado penalidades pertinentes conforme o grau de violação e para isso existe a prisão, e para melhor colocação D'Agostini Junior (2022, p. 23) explana que “a prisão surge como forma de prevenir e reprimir a ocorrência de um fato delituoso”.

Ainda, o autor acima acrescenta melhores esclarecimentos acerca da prisão, esclarecendo que “dessa forma são construídas prisões onde podem ser muitas vezes tratadas como depósitos de seres humanos, porém com um discurso distinto para a sociedade que nestes ambientes se busca a ressocialização da pessoa”.

Ou seja, a prisão é uma sanção aplicada ao indivíduo que cometeu algum delito, que tem o objetivo de puni-lo e ressocializá-lo para que não volte a delinquir, conseqüentemente, ao cumprir sua pena, na teoria volta para a sociedade de maneira a conviver com os demais sem os prejudicar.

A atuação do Estado é de fundamental importância para o controle do convívio social, a qual aplica medidas para que o agente infrator aprenda a conviver de forma harmônica em sociedade, conseqüentemente, não volte a cometer crimes.

Corroborando dessa ideia Ottoboni (2001, p. 20) defende que:

O delinquente é condenado e preso por imposição da sociedade, ao passo que recuperá-lo é um imperativo de ordem moral, do qual ninguém deve se escusar. A sociedade somente se sentirá protegida quando o preso for recuperado. A prisão existe por castigo e não para castigar, é a afirmação cujo conteúdo não se pode perder de vista.

Sendo assim, é dever do Estado recuperar o agente infrator, razão pela qual deve prestar todo o suporte necessário para que a prisão tenha a finalidade de ressocialização cumprida, nesse sentido, Ottoboni (2001, p. 20) faz uma colocação crítica no que tange ao papel do Estado em ressocializar:

O Estado, enquanto persistir em ignorar que é indispensável cumprir a sua obrigação no que diz respeito à recuperação do condenado, deixará a sociedade desprotegida. Como é sabido, nossas prisões são verdadeiras escolas de violência e criminalidade.

Ao analisar a colocação do autor, está claro a crítica ao papel do Estado no que tange a responsabilidade em recuperar o condenado para que retorne para a sociedade de forma a não prejudicar outras pessoas, contudo, na prática, na maioria dos casos ao ser colocado dentro da prisão o agente retorna para a

sociedade ainda mais delinquente do que entrou.

Ottoboni (2001, p. 28 e 29) expõe dois estágios em relação ao ingresso do preso no sistema carcerário, de maneira que inicialmente:

No Primeiro Estágio (em regime fechado), procura-se desenvolver o senso de responsabilidade do preso, com representantes de cela, trabalhos na ala do presídio, participação no Conselho de Sinceridade e Solidariedade, alfabetização e Jornada de Libertação com Cristo. Numa etapa mais avançada, o preso poderá, inclusive, mediante ordem judicial, deixar o presídio para participar de atividades socializadoras. A Lei Federal 6.416/77, em seu Artigo 30, adotou essa prática – graças à presença da doutora Armida Bergamini Miotto, na época assessora para assuntos penitenciários do então Ministro da Justiça, Armando Falcão – instituindo os três regimes de cumprimento de pena (regime fechado, semi-aberto e aberto), já aplicados pela APAC joseense desde 1974 e regulamentados pelo Provimento nº 01/75, do doutor Silvio Marques Neto.

Dessa forma, o Primeiro Estágio serve para a adaptação inicial do preso, habituando-o com a rotina do sistema carcerário, para que ele se sinta à vontade para desenvolver as atividades propostas, na busca da ressocialização para que o apenado seja mais responsável com seus atos.

Para o Segundo estágio, Ottoboni (2001, p. 28 e 29) estabelece que:

O Segundo estágio, hoje consagrado como regime semi-aberto, surgiu por obra do acaso, pois, com a existência de uma área disponível contígua à Cadeia Pública, hoje Centro de Reintegração Social, em 1974, construímos ali um alojamento para os presos albergados, já que essa experiência começava a despontar na Comarca. Os presos que construíram esse alojamento eram do Primeiro Estágio, em regime fechado e, ao término da obra, pleiteamos, e o doutor Silvio Marques Neto autorizou, que aqueles presos ali permanecessem para a manutenção e melhoria do prédio.

No Segundo Estágio, os presos já estão teoricamente em uma fase mais avançada da ressocialização, tendo alcançado o regime semiaberto, conseqüentemente, é a fase que ganham mais confiança, visto que pode sair para trabalhar, estudar ou realizar outra atividade ressocializadora.

A expectativa do Estado em ressocializar é alta, assim como as políticas públicas que o governo tenta implantar no sistema carcerário, contudo, há percalços cotidianos que fazem com que aconteça a falha nos objetivos, quais sejam, a corrupção dos servidores públicos que trabalham nos presídios, a falta de fiscalização, entre outros infortúnios que fazem com que o objetivo da essência não seja concluído de forma satisfatória.

Para D'Agostini Junior (2022, p. 46):

A ressocialização não se dá somente com o cárcere, mas sim por meio de características multifatoriais, sendo a primeira delas a igualdade social fora das prisões e posteriormente dando aos presos condições de dignidade, respeito e cumprimento das normas internas e externas à prisão. O cárcere é um ambiente hostil, onde a crença pela ressocialização cada vez mais inexistente.

Nesse sentido, assim que o apenado entra no sistema prisional o objetivo é que o mesmo seja punido e ressocializado para que não volte a cometer novos crimes, entretanto, com a precariedade existente no sistema carcerário o objetivo se inverte, uma vez que o agente aprende a cometer novos crimes com os colegas de cela.

No tocante ao objetivo estatal na ressocialização D'Agostini Junior (2022, p.35) defende que “[...] o objetivo da Lei de Execução Penal (LEP) é concretizar as disposições de sentença ou decisão criminal e propiciar condições profícuas para harmonia e integração social das pessoas que foi retirada do convívio social aberto (sic)”.

É de suma importância citar a colocação do doutrinador Oliveira (1997, p. 16) ao defender que:

A pena, em qualquer estrutura legislativa do mundo contemporâneo, vai além do propósito de retribuição do ato injusto, porque ninguém pode virar as costas para a alta relevância do escopo preventivo de reintegrar o condenado na sociedade, intimidar os infratores potenciais e fortalecer a consciência jurídica de todos os integrantes do conjunto social. É por isso que devemos combater a prática de transformar o castigo penal num aparato de terror, como se fosse o único fim proclamado a ser cumprido.

Dessa forma, o Estado deve atuar para que o apenado tenha condições dignas dentro da instituição prisional, bem como possuir meios para que ocorra a sua reeducação, através de trabalho, estudo, dentre outras atividades. Permitindo assim, a interação dos agentes infratores e consigam retornar a viver em sociedade de forma harmônica.

Ainda, no que se refere a responsabilidade do Estado D'Agostini Junior (2022, p.35) explana que “[...] é dever do Estado garantir a assistência para prevenir o delito ou a reincidência, ao passo que possa a ajudar e orientar o preso para o convívio social [...]”.

Para melhores esclarecimentos acerca da falha do Estado em ressocializar, é pertinente a colocação de Ottoboni (2001, p. 23), o qual em seu livro abre tópicos para explicar como é o cotidiano do agente dentro da prisão, expondo que, no que se refere a entrada de objetos ilícitos dentro da prisão:

[...] no presídio, a droga entra normalmente e, às vezes, por meio da segurança e dos funcionários, justamente aqueles que deveriam proibir que isso acontecesse. Há uma *hipocrisia*: revistam familiares antes das visitas, a título de evitar a entrada de drogas, aguardente e armas no presídio e, depois, com dinheiro, o preso consegue adquirir tudo o que deseja (sic) ”.

Percebe-se que nesses casos, os próprios funcionários públicos, que estão a serviço do Estado e tem o dever de zelar pela segurança e disciplina do sistema prisional realizam atos ilícitos, tornando o ambiente nas prisões um ponto do crime organizado, uma vez que envolve diversas pessoas que possuem diferentes funções com a finalidade de cometer algum ilícito, ou seja, o egresso ao invés de receber incentivo para se tornar uma pessoa melhor, se torna um agente ainda mais perigoso e com caráter reprovável do que quando entrou na instituição prisional.

Ainda, Ottoboni (2001, p. 24) em continuidade da sua análise crítica cita os “benefícios” oferecidos aos policiais ao mencionar que “[...] quem recebe na carceragem as encomendas dos visitantes sempre dá um jeitinho de tirar alguma coisa. Quem não sabe que, geralmente, o produto do furto apreendido é dividido entre os policiais?”.

A colocação realizada pelo mencionado autor conduz a ideia de que os próprios policiais são infratores e se beneficiam da posição que exercem dentro dos estabelecimentos prisionais para obter vantagens para si, quando suas funções eram de fiscalizar e garantir que nada de ilegal acontecesse na prisão.

Um exemplo bem recente disso, ocorreu na cidade de Francisco Beltrão, Estado do Paraná, aonde um policial penal foi preso em flagrante com uma grande quantidade de drogas, carregadores e celular dentro da prisão, tendo como objetivo repassar aos detentos na prisão, a reportagem do canal de notícias “PP NEWS” (Plantão Policial da Cidade de Francisco Beltrão, Paraná) publicou que:

[...] O servidor tentou enganar a revista deixando uma blusa com os objetos em um local por onde passa outros materiais. Ao tentar resgatar a

blusa com os materiais não permitidos, foi abordado e conduzido a divisão de segurança onde mostrou o material (celulares, carregadores e drogas), enrolado na blusa [...]. (REDAÇÃO Plantão Policial, Francisco Beltrão, 2023,on-line).

Vê-se assim, que está cada vez mais comum a população ter acesso a reportagens com publicação sobre a participação dos agentes penitenciários no cometimento de crimes, uma vez que recebem de facções criminosas altos valores em dinheiro para a facilitação da entrada de objetos ilícitos, com o intuito de ganhar força dentro da carceragem.

Nesse exemplo, a descoberta pode até fazer com que outras autoridades deixem de cometer ilícitos semelhantes, ao menos por ora. Contudo, a probabilidade de ter mais servidores se envolvendo com essas práticas com o passar do tempo é muito alta, visto que, dessa forma ganham “dinheiro fácil”, contudo, conseqüentemente, acabam com o objetivo do Estado em ressocializar.

A corrupção dentro do sistema prisional é um fator preocupante, uma vez que existem os grupos mais fortes e mais fracos dentro do presídio, a qual o primeiro domina o segundo, e as autoridades não interferem, deixando que se apossam de bens uns dos outros, em razão de ter recebido vantagem para isso, ou seja, em virtude da corrupção acontecem coisas absurdas dentro da prisão (OTTOBONI, 2001).

Além dos furtos de objetos realizados pelos grupos mais fortes, ainda existe a violência realizada contra os grupos mais fracos, uma vez que ocorre a tortura e nos casos mais extremos até homicídio dentro da instituição carcerária, seja pela negligência ou até mesmo pela participação direta por parte das autoridades policiais (OTTOBONI, 2001).

Ou seja, os mesmos agentes carcerários e demais autoridades que têm a função de fiscalizar e evitar para que crimes aconteçam dentro da prisão, são os que facilitam para as facções criminosas cometerem delitos e para isso deixam entrar drogas, celulares e outros objetos não permitidos dentro do sistema prisional, bem como permitir que a prática de violência seja comum nesse ambiente.

Corroborando dessa ideia Rippel e Finatto (2019, p. 303) defendem que:

As teorias idealistas dos fins sociais e jurídicos da pena, de prevenção (geral e especial) ou de simples retribuição são insustentáveis do ponto de vista empírico. Dessa forma, é claro o fracasso histórico da prisão em suas funções de controle da criminalidade e reinserção (ou inserção pela primeira vez) dos que praticam atos criminalizados na ordem social [...].

Desta feita, muito embora seja dever do Estado em tomar medidas cabíveis para que o apenado seja reeducado dentro da instituição carcerária, se o Estado não cumpre com o seu dever, a responsabilidade das consequências recai totalmente sobre o agente infrator, que tem sua pena aumentada se vier a cometer novo delito, por meio da reincidência.

Ottoboni (2001, p. 25) ainda menciona que “no presídio, todos sabem da “sociedade extraoficial” existentes entre policiais e poderosos traficantes, que dificilmente caem nas mãos da justiça (sic)”.

Quando da análise do discurso do sistema penal, este aparenta perfeição, uma vez que na teoria apresenta-se como se tudo o que está na teoria irá acontecer de forma intacta, conforme disciplina Zaffaroni e Pierangeli (2009, p. 68) ao entender que:

Quando se analisam os discursos ou argumentos com que cada um dos setores convergentes no sistema penal procura explicar e justificar sua participação, vemos que não há uma única ideologia do sistema penal, e sim uma pluralidade de ideologias que se traduz na multiplicidade dos discursos. O discurso jurídico ou judicial é, como regra geral, garantidor, **baseado na retribuição ou na ressocialização** (na Argentina e no Brasil costumam-se combinar ambos; o discurso policial é predominante moralizante; **o discurso penitenciário é predominantemente terapêutico ou de “tratamento”**). O discurso judicial desenvolve sua própria cultura: pragmática, legalista, regulamentadora, de mera análise da letra da lei, com clara tendência à burocratização. As expressões moralizantes policiais e pedagógicas penitenciárias não ocultam tampouco sua tendência burocratizante. Em geral, há **uma manifesta separação de funções com contradição de discursos e atitudes**, o que dá por resultado uma compartimentalização do sistema penal: **a polícia atua ignorando o discurso judicial** e a atividade sentenciadora; a segunda instância ignora as considerações da primeira que não coincidem com seu próprio discurso de maior isolamento; **o discurso penitenciário ignora todo o resto**. Cada um dos segmentos parece pretender apropriar-se de uma parte maior do sistema, menos o judicial, que vê retalhada as suas funções sem maior alarme. (grifo nosso)

Dessa forma, analisando as ideias e os exemplos dispostos pelos autores abordados acima, nota-se que o instituto da reincidência está relacionado ao sistema penal precário no que se refere a ressocialização. Nesse sentido, sua função na teoria é que o ingresso do indivíduo no sistema carcerário sirva como punição para não tornar a cometer novos crimes e também aprenda com os programas de ressocialização a gravidade da sua conduta. Contudo, em virtude da

falha do sistema, na prática, acabam por voltar para a sociedade com a probabilidade ainda maior de cometer novos crimes.

Zaffaroni e Pierangeli (2009, p. 69) acrescenta ainda que “[...] nos últimos anos se tem posto em evidência que os sistemas penais, em lugar de “prevenir” futuras condutas delitivas, se convertem em condicionantes e de ditas condutas, ou seja, de verdadeiras “carreiras criminais””.

Sendo assim, o próprio sistema carcerário facilita para que o apenado volte a delinquir, gerando a reincidência, uma vez que não cumpre o objetivo da essência, que é a ressocialização, diante da negligência estatal, tornando muito mais cômodo para o apenado realizar atividades ilícitas do que trabalhar e estudar para remir a pena e aprender como viver em sociedade de maneira harmônica.

3.3 REINCIDÊNCIA – VIOLAÇÃO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

A dignidade da pessoa humana é um princípio constitucional que está previsto no art. 1º da Constituição Federal de 1988, uma vez que esculpe que “A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...] III - a dignidade da pessoa humana [...]”.

Tendo, assim, todos os cidadãos o direito de viver com dignidade, independentemente de qualquer situação que possa a vir ocorrer, pois o princípio da dignidade da pessoa humana é um direito inerente a todos os seres humanos.

Para Rippel e Finatto (2019, p. 299):

As formas de aplicabilidade e execução da pena no Direito Penal Brasileiro, especificadamente no que concerne ao encarceramento, é tema tratado com controvérsias quando visto sob a ótica dos direitos fundamentais, com mais razão, no tocante ao lançar o ser humano junto às mazelas do cárcere [...].

Nesse sentido, o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, em seu art. 10, enunciado 1, estabelece que “toda pessoa privada de sua liberdade deverá ser tratada com humanidade e respeito à dignidade inerente à pessoa humana”, traduzindo a ideia de que em um cenário perfeito, o apenado teria um tratamento humano e digno no sistema carcerário, no entanto, fica exposto nos presídios superlotados e com ambiente desumano.

Indo ao encontro dessa ideia e acrescentando as consequências da reincidência está o pensamento de Dotti (2018, p. 762) ao explicar no sentido de que:

Creio que, na atual evolução dos direitos e garantias fundamentais aplicáveis ao sistema penal, a agravante da reincidência não mais poderá ser mantida na conformação vigente, porque é, basicamente, uma forma de responsabilidade objetiva e de múltiplos efeitos desconhecidos ou não desejados e, portanto, não caracterizadores do dolo ou da culpa (CP, art. 18). Ou seja, pune-se por um evento passado que é estranho ao princípio do *direito penal do fato* atual que exige, além dos elementos da ação e da tipicidade subjetiva, um juízo seguro da culpabilidade, que tem, entre seus pressupostos, a *exigibilidade de conduta diversa*. Mas o juiz poderá, na avaliação dos antecedentes, fixar a pena além do mínimo cominado para o fato quando se convencer de que o ilícito anterior e penalmente reprovável. (grifo do autor)

Ao analisar o disposto acima, além de a aplicação do instituto da reincidência violar o princípio do *non bis in idem*, conforme explanado no item 3.1, ainda está diretamente ligada a uma violação da dignidade da pessoa humana, uma vez que o agente infrator já foi condenado por um crime, bem como já o pagou com o devido processo legal, ficando exposto ao sistema carcerário precário e posteriormente terá que ficar à mercê novamente por mais tempo ainda, em razão da reincidência, tendo seus direitos fundamentais violados.

O Pacto de São José da Costa Rica (Convenção Americana de Direitos Humanos) em seu art. 5º, estabelece os direitos à Integridade Pessoal, devendo esta, a respeito da pena, ressocializar o apenado.²

Dessa forma, embora o objetivo da pena esteja previsto em lei, conseqüentemente, devendo ser cumprido, este deixa a desejar no quesito readaptação do preso e se torna uma verdadeira “escola da criminalidade”.

Ainda, acrescentando essa ideia, Rippel e Finatto (2019, p. 303) fazem uma análise crítica do sistema penal carcerário, onde “as consequências do cárcere não são pensadas pela via dos direitos humanos, vez que a própria existência da instituição viola todo e qualquer ideal de direito humano [...]”.

Percebe-se das ideias dos autores que pelo simples fato de a pessoa estar sujeita a prisão, viola seus direitos fundamentais, podendo ser entendido como

² [...] 6. As penas privativas da liberdade devem ter por finalidade essencial a reforma e a readaptação social dos condenados.

consequência do cárcere apenas a punição, o castigo por ter feito algo grave não permitido por lei e não uma finalidade ressocializadora, um ambiente saudável para aprendizado.

Para Zaffaroni e Pierangeli (2009, p. 64) “ é lógico aspirar que todo controle social respeite aos Direitos Humanos, mas cabe perguntarmos qual é a importância que tem o sistema penal no controle social [...]”, ou seja, a punição estatal é realizada através do controle social, assim, quem comete ato ilícito na maioria das vezes aplica-se a penalidade da restrição da liberdade.

Em razão disso e diante das situações deploráveis em que o apenado fica à mercê dentro da prisão, este se sente perdido diante da violação de seus direitos fundamentais, e partindo desse pensamento Ottoboni (2001, p. 25) defende que “tudo isso provoca uma enorme confusão no tocante ao certo e errado. É exatamente na soma dessas contradições que está a falência total do regime penitenciário brasileiro”.

O autor afirma ainda que “por isso ocorrem rebeliões e fugas, porque o preso se cansa de ver apenas corrupção, violência e nenhuma perspectiva para o futuro”, ou seja, no local que o apenado deveria cumprir a pena com a finalidade de se recuperar e se tornar um indivíduo socialmente correto, este se desanima com as insanidades existentes na prisão e acaba por fugir para, na maioria das vezes cometer novos crimes.

Desta feita, o apenado fica no sistema carcerário presenciando diversos crimes serem cometidos por detentos e pelas próprias autoridades carcerárias, tornando comum as fugas, pois o pensamento do preso fica confuso, uma vez que dentro da prisão seria um lugar, o qual tem a finalidade de reprimir os crimes e acontece o contrário, está servindo para incentivar a prática de atos ilícitos, perdendo a sua objetividade.

E isso, de certa forma causa um desânimo na maioria dos presos que voltam para as ruas causando preocupação para a sociedade como um todo, em razão da prática de crimes, ou seja, o Estado, além de violar o princípio da dignidade da pessoa humana, mais uma vez não cumpriu o seu papel de forma eficaz.

Ainda, no que concerne à relevância da dignidade da pessoa humana para o direito penal, Costa (2008, p. 19) entende que:

Sua relevância para o direito penal é ainda maior, pois se trata do ramo do direito que lhe oferece as maiores ameaças de violação. A dignidade humana adquire particular importância no direito penal contemporâneo, em que se buscam construir teorias mais adequadas ao desenvolvimento da dogmática penal e às novas configurações sociais, muitas delas reduzindo ou abolindo garantias conquistadas ao longo de séculos de lutas pela humanização do direito penal.

Dessa maneira, a violação da dignidade da pessoa humana se dá ao passo em que todos os infortúnios que acontecem diante da arbitrariedade e criminalidade carcerária expõem o agente a perigo dentro do cárcere, somados ao ambiente insalubre da prisão. Desse modo, o mesmo já foi punido uma primeira vez, não sendo ressocializado voltou a delinquir e está exposto novamente aos mesmos acontecimentos repugnantes.

Analisando a colocação do autor, se o objetivo do Estado em ressocializar fosse cumprido de forma satisfatória, a maioria dos presos não voltariam a cometer novos crimes, bem como respeitariam as leis do ordenamento jurídico brasileiro, contudo, ao presenciar a impunidade de perto é quase que natural para eles pensar que o crime pode compensar de alguma forma.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A presente pesquisa foi realizada através da análise jurisprudencial, doutrinária, da legislação pertinente ao tema Reincidência, direito comparado, além disso abrangendo a sua (in)constitucionalidade, sob a ótica dos princípios basilares da Constituição Cidadã de 1988.

De início foram apresentados aspectos conceituais de pena, sua (dupla) finalidade e em seguida como ela é aplicada dentro do direito penal (dosimetria da pena), bem como, sobre as circunstâncias judiciais que abordam a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social do agente, a personalidade, o motivo, a consequência do crime, o comportamento da vítima, o critério para equacionar as circunstâncias da pena, atenuantes e agravantes, o critério para equacionar a atenuante e a agravante da pena, as causas especiais de aumento/majorante e diminuição/minoração da pena, detalhando cada uma delas.

No segundo capítulo foi abordado o tema específico sobre a agravante reincidência, seu conceito e as consequências que a mencionada agravante traz para o condenado, que além de ter a sua pena aumentada, ainda sofre algumas restrições penais a mais, tais como conduzir ao impedimento da substituição da pena privativa de liberdade por uma restritiva de direitos, de acordo com o art. 44, inciso II, do Código Penal, podendo provocar a conversão da pena substitutiva por uma privativa de liberdade, conforme dispõe o § 4º, do mesmo dispositivo legal.

Em um segundo momento a pesquisa abordou como a reincidência é vista por alguns estudiosos do direito e pela jurisprudência brasileira, sendo que uma parte doutrinária e a unanimidade jurisprudencial entende que a sua aplicação para agravar a pena é constitucional argumentando que o indivíduo reincidente merece que a pena seja agravada. Pois, o mesmo em tese teria sido ressocializado no sistema prisional e retornou à criminalidade por pura escolha, devendo sofrer consequências mais severas em razão disso. Para outra parte da doutrina, a aplicação da referida agravante se configura inconstitucional, uma vez que alguns estudiosos do direito argumentam que viola direitos fundamentais do apenado, visto que já foi condenado por um crime, cumpriu a pena e em um segundo momento esse mesmo delito servirá para agravar a pena de um fato novo acontecido.

No último capítulo, foi realizada uma análise em relação à vedação *ao bis in idem* e citados os pensamentos doutrinários que entendem na aplicação da

agravante reincidência há uma dupla punição ao indivíduo, as divergências doutrinárias levam a crer que, em que pese o agente infrator ser punido em consequência de sua própria conduta ilícita, a aplicação da agravante pode levar o indivíduo a sofrer uma punição dupla, violando princípios estabelecidos no ordenamento jurídico brasileiro.

Ademais, houve um destaque para a responsabilidade do Estado em ressocializar o indivíduo, abrangendo um campo mais amplo no sentido de que boa parte da doutrina faz análises críticas em relação ao cumprimento do dever estatal, para que o apenado participe das políticas públicas carcerárias e aprenda com seus erros, retornando para a sociedade ressocializado, contudo, diante da negligência dos servidores públicos o objetivo não é cumprido.

Nesse sentido, o apenado fica no sistema carcerário presenciando diversos crimes serem cometidos por detentos e pelas próprias autoridades carcerárias, tornando comum acontecer fugas, pois o pensamento do preso fica confuso, uma vez que dentro da prisão seria um lugar, a qual tem a finalidade de reprimir os crimes, porém, acontece o contrário, está servindo para incentivar a prática de atos ilícitos, perdendo, assim, a sua objetividade.

Por fim, abordou-se a violação do princípio da dignidade da pessoa humana na aplicação da reincidência, na medida em que a violação da dignidade da pessoa humana se dá ao passo que todos os infortúnios que acontecem diante da arbitrariedade e criminalidade carcerária expõem o agente a perigo dentro do cárcere, em tese, o mesmo já foi punido uma primeira vez, não sendo ressocializado voltou a delinquir e está exposto novamente aos mesmos acontecimentos repugnantes.

Ainda, o terceiro capítulo tratou sobre a insalubridade do sistema prisional, uma vez que a realidade brasileira mostra que o local em que os presos são alojados é precário, bem como, pela falta de maiores instituições carcerárias, os presos ficam em celas superlotadas, com outros indivíduos desconhecidos que praticaram crimes de diversas natureza, ocorrendo, assim, violência, torturas e até mortes frequentes dentro da cela.

Sendo assim, é clara a relação entre a falha do Estado em ressocializar com a reincidência, uma vez que o Estado é negligente ao fazer com que as leis sejam aplicadas dentro do sistema carcerário, conseqüentemente, ao invés da prisão ensinar o apenado a ser uma pessoa com valores positivos, o torna um ser humano

cada vez mais tendente a praticar crimes.

O indivíduo que comete um crime, por vezes pode ser aquela pessoa que cometeu um erro e pode se arrepender e não cometer novamente, visto que muitas vezes a necessidade e as particularidades do agente leva-o a se perder no caminho, mas, independentemente do motivo, se não for justificável para o Direito Penal, esse indivíduo infrator ficará à disposição da justiça para as medidas cabíveis, que pode ser a prisão.

Esse agente infrator que adentrou pela primeira vez no sistema prisional, não tem conhecimento de como é a realidade dentro da prisão, ao aprender da pior maneira possível se vê em um local desumano que por muitas vezes o obriga a ceder e fazer coisas erradas para a sua sobrevivência.

Ou seja, se o Estado tivesse uma responsabilidade severa ao fiscalizar e executar atividades para que ocorresse a reeducação do apenado, este não se envolveria com o crime dentro da prisão, mas ao contrário do que se espera, o sistema estatal deixa a pessoa desamparada, que para conseguir sair com vida da prisão realiza atos ilícitos contrários a sua vontade.

Nesse sentido, ao cumprir sua pena e sair da instituição prisional o agente não sai ressocializado e sim com o psicológico de mais delinquente do que entrou, uma vez que percebeu que o Estado não se importa com as condições que os presos estão presenciando e muito menos se naquele local está havendo a ressocialização.

Aquele infrator que entrou pela primeira vez na instituição carcerária volta para a sociedade sem expectativa alguma, pois é provável que não tenha facilidade em se colocar no mercado de trabalho, a família o abandona, os amigos já não são mais os mesmos e assim pode-se dizer que a pessoa se desanima e vai para o mundo da criminalidade com mais força.

Visto que, dentro do presídio aprendeu coisas novas (ruins) e sabe que não existe ninguém que o apoia, daí que nasce a reincidência, o indivíduo começa a cometer novos crimes, seja por sobrevivência, seja por alternativa e retorna para a prisão, ficando lá exposto novamente a tudo que já havia vivido.

Com isso, conclui-se que, se o objetivo da pena fosse realmente cumprido pelo Estado, haveria muitos presos ressocializados, uma vez que estudariam, trabalhariam e participariam de todas as atividades ressocializadoras da prisão, contudo, não o fazem por falta de responsabilidade do Estado em cumprir com seu

papel, pois, não é crível que dentro de uma instituição estatal exista uma criminalidade tão forte, adentre drogas e outros materiais não permitidos dentro da prisão, dessa forma, as chances do objetivo da pena dar errado é gigantesco, conforme é a realidade do sistema carcerário brasileiro.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Fábio Roque, TONON, Michelle, TÁVORA, Nestor. **Gran Vade Mecum Penal**. São Paulo, SP: Rideel, 2022.

BRASIL. Constituição (1998). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 31 mar. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 453.30 RS – Rio Grande do Sul**, interposto contra acórdão do tribunal de justiça do Rio Grande do Sul Relatora: Min. Marco Aurélio, 04 de abril de 2013. Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/artigos/agravante-da-reincidencia-nao-e-inconstitucional-posicao-do-supremo-tribunal-federal/121937853>>. Acesso em: 31 mar. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (6. Turma). **Agravo Regimental no Recurso Especial 1.919.781/DF**. Decreto-Lei 2.848, Código Penal. Critério de cálculo circunstância judicial. Recorrente: Rodrigo Ribeiro Moura. Recorrido: Ministério Público Federal de Tocantins. Relator: Min. Sebastião Reis Júnior, 05 de outubro de 2021. Lex: jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. Disponível em <<https://processo.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp>> Acesso em: 25 mar. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (6. Turma). **Agravo Regimental no Habeas Corpus 768.708/SC**. Decreto-Lei 2.848, Código Penal. Critério de cálculo de atenuantes e agravantes. Impetrante: Defensoria Pública Do Estado De Santa Catarina. Impetrado: Tribunal De Justiça Do Estado De Santa Catarina. Relator: Min. Antônio Saldanha Palheiro, 12 de dezembro de 2022. Lex: jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. Disponível em <<https://processo.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp>> Acesso em: 25 mar. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (1. Turma). **Agravo regimental Habeas Corpus 141.044**. Penal e Processo Penal. Agravante de pena e circunstância a balizar a fixação de regime prisional e a incidência de causa de diminuição de pena. Agravante: Gabriel Bastos Pereira. Agravado: Ministério Público Federal. Relatora: Min. Rosa Weber, 19 de novembro de 2018. Lex: jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. Disponível em <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=748719120>> Acesso em: 25 mar. 2023.

CARVALHO, Salo de. **Aplicação da pena e garantismo**. Lumen Juris. Rio de Janeiro: 2001.

_____. Decreto-Lei n. 2.848, de 07 de dezembro de 1940. **Código Penal**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm> Acesso em: 14 mar. 2023.

COSTA, Helena Regina Lobo da Costa. **A dignidade humana: teorias de prevenção geral positiva** – prefácio Juarez Tavares. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2008.

CUNHA, Rogerio Sanches. **Manual de Direito Penal**. Volume único. 8 ed. Salvador: Juspodivm, RT, 2020.

D'AGOSTINI JUNIOR, Luiz Carlos. **Gestão de Projetos e a Ressocialização por meio do Trabalho Penitenciário Estadual na Cidade de Francisco Beltrão**. São Paulo – SP. Dialética, 2022.

DOTTI, René Ariel. **Curso de direito penal**. 6º ed. Ver., atual. E ampl. com a colaboração de Alexandre Knopfholz e Gustavo Britta Scandelari. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

ESTEFAM, André. **Direito Penal**. Volume 1. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. **Direito Penal**. Volume 1. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

JESUS, Damásio de. **Direito penal parte geral**, São Paulo: Saraiva, 2011.

LIMA, Josias. **A Finalidade da Pena como Ressocialização**. Disponível em: <<https://josiaslima.jusbrasil.com.br/artigos/309394442/a-finalidade-da-pena-como-ressocializacao>>. Acesso em: 14 mai. 2023.

LOPES JUNIOR, AURY. **Direito Processual Penal**. São Paulo – SP. 17 ed. Saraiva, 2020.

MASSON, Cleber. **Direito Penal**. Volume 1. 14 ed. Método, 2020.

MESQUITA JR., Sidio Rosa de. **Execução criminal: teoria e prática: doutrina, jurisprudência, modelos**. 4 ed. São Paulo: Atlas, 2005.

MIRABETE, Julio Fabbrini, FABBRINI, Renato N. **Manual de Direito Penal**. Volume I. 29 ed. São Paulo: RT, 2013.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal**. 4 ed. São Paulo: RT, 2008.

_____. **Curso de Direito Penal**. Volume 1. Forense, 2017.

OLIVEIRA, Edmundo. **Política Criminal e Alternativas a Prisão**. Rio de Janeiro - RJ. 2º tiragem. Forense, 1997.

OTTOBONI, Mario. **Ninguém é Irrecuperável, APAC a Revolução do Sistema Penitenciário**. São Paulo – SP. 2 ed. Cidade Nova, 2001.

QUEIROZ, Paulo. Apud CUNHA, Rogerio Sanches. **Manual de Direito Penal**. Volume único, 8ª. ed. Salvador: Juspodivm, RT, 2020.

RIPPEL, Leomar, FINATTO, Rafael. Centro de Ensino Superior. **Direitos humanos e suas múltiplas faces**. Francisco Beltrão: Grafisul, 2019.

SANTOS, SILMARA. **Policia penal é preso ao tentar entrar com drogas e celulares na Penitenciária Estadual**. Plantão Policial (PP News). Francisco Beltrão, PR, 12 mai.2023. Disponível em: <<https://ppnewsfb.com.br/policia-penal-e-preso-ao-tentar-entrar-com-drogas-e-celulares-na-penitenciaria-estadual/>>. Acesso em: 25 maio. 2023.

SILVA FRANCO, Alberto. **Crimes Hediondos**. 6º. ed. São Paulo: RT, 2007. 7º ed. 2011.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl, PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro – Parte Geral**. 5 ed. São Paulo: RT,2011.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl, 2013. *Apud* DOTTI, René Ariel. **Curso de Direito Penal**. 6º ed. Ver., atual. E ampl. com a colaboração de Alexandre Knopfholz e Gustavo Britta Scandelari. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

_____. **Manual de Direito Penal Brasileiro - Parte geral**. 8 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.