

## A POSSÍVEL CONTROVÉRSIA DO AGRAVAMENTO DA PENA POR REINCIDÊNCIA

Lincon Felipe Geiareta da Trindade<sup>1</sup>  
Everson Rodrigues de Castro<sup>2</sup>

**RESUMO:** O objetivo deste estudo é analisar a controvérsia em torno do agravamento da pena por reincidência, questionando se é justo punir um indivíduo por um crime atual com base em uma infração passada já cumprida, o que poderia configurar dupla punição, violando princípios constitucionais. Para solucionar esse problema, sugere-se a utilização da dosimetria da pena para calcular a sanção do crime atual em conformidade com o princípio do "ne bis in idem", evitando julgamentos repetidos pelo mesmo delito. Utilizou-se o método de pesquisa bibliográfica, de abordagem qualitativa e dedutiva, para o desenvolvimento de ideias de forma conceitual, interpretação dos dados encontrados por meio das pesquisas bibliográficas, artigos científicos, teses e livros. Nas considerações finais, conclui-se que considerar a reincidência como agravante viola o princípio do bis in idem e outros princípios constitucionais.

**Palavras-chave:** Reincidência. Agravamento. *Bis in idem*. Pena.

**ABSTRACT:** The objective of this study is to analyze the controversy surrounding the aggravation of sentences for recidivism, questioning whether it is fair to punish an individual for a current crime based on a past infraction already completed, which could constitute double punishment, violating constitutional principles. To solve this problem, it is suggested to use sentence dosimetry to calculate the sanction for the current crime in accordance with the principle of "ne bis in idem", avoiding repeated trials for the same crime. The deductive method was used in this research. In the final considerations, it is concluded that considering recidivism as an aggravating factor violates the principle of bis in idem and other constitutional principles.

**Keywords:** Recurrence. Worsening. *Bis in idem*. Pity.

### INTRODUÇÃO

Este estudo aborda a questão da legalidade do aumento da pena por reincidência devido ao "bis in idem". O tema é de grande relevância, uma vez que a reincidência, considerada como uma circunstância agravante conforme o artigo 63 do Código Penal, acarreta uma série de consequências, incluindo a imposição de uma

---

<sup>1</sup>Ensino Superior Incompleto/Autor, Faculdade Católica de Rondônia.

<sup>2</sup>Mestre em História e Estudos Culturais/Orientador, Graduado em Direito pela Faculdade Católica de Rondônia (FCR).

pena mais severa para o condenado que comete um novo delito. A decisão do Supremo Tribunal Federal em 4 de abril de 2013, por unanimidade, de que é constitucional aplicar a reincidência como agravante da pena, conforme o artigo 61, inciso I, do Código Penal, suscitou um debate crucial: será suficiente essa decisão para evitar o "bis in idem"?

Alguns argumentam que não, pois o indivíduo estaria sendo punido duas vezes pelo mesmo crime, o que levanta preocupações sobre a individualização da pena e a possibilidade de censura ao criminoso que continua a cometer delitos. Estabelecer uma relação entre dois crimes pode ser desafiador, uma vez que nem sempre há uma ligação causal entre eles. Portanto, as circunstâncias relevantes devem ser aquelas presentes no momento do delito. O princípio do *ne bis in idem* - não ser julgado duas vezes pelo mesmo delito - pode ser aplicado ao sistema de dosimetria da pena para determinar a punição adequada para o crime e suas circunstâncias.

Este trabalho visa contribuir para um debate mais amplo em diversas áreas, explorando uma lacuna que requer aprofundamento e discussão. O objetivo geral é refletir sobre a ilegalidade do aumento da pena por reincidência devido ao *bis in idem*. Como objetivo específico, pretende-se demonstrar que a aplicação da reincidência como agravante resulta no *bis in idem* e viola diversos princípios constitucionais.

Quanto à metodologia empregada, registra-se que, na fase de investigação utilizou-se o método de pesquisa bibliográfica, de abordagem qualitativa e dedutiva, para o desenvolvimento de ideias de forma conceitual, interpretação dos dados encontrados por meio das pesquisas bibliográficas, artigos científicos, teses e livros.

Na primeira parte do artigo, serão feitas reflexões sobre o conceito de reincidência no âmbito jurídico e criminológico. Será discutida a definição formal de reincidência, enfatizando as diferentes interpretações e variações legais que moldam sua implementação prática. Em segundo momento, serão destacadas as principais características e consequências do Direito Penal do Inimigo e sua relação com a reincidência criminal. Será analisado como essa abordagem encara os reincidentes, classificando-os não como cidadãos, mas como adversários do Estado, e o impacto dessa classificação na execução das leis penais. E por fim, serão apresentadas algumas conclusões sobre a forma como os tribunais superiores têm interpretado e aplicado o conceito de reincidência criminal à luz dos princípios constitucionais do direito penal

contemporâneo. Esses cortes buscam equilibrar a necessidade de segurança pública com a proteção dos direitos fundamentais das pessoas.

## 2. EXPLORANDO O CONCEITO DA REINCIDÊNCIA: DESAFIOS E PERSPECTIVAS

Primeiramente, é importante salientar que o conceito de reincidência tem suas raízes no "latim *recider*, que denota recair, retornar sob a ótica física ou moral". Sob essa ótica, o renomado Dicionário Brasileiro, de Alpheu Tersariol, descreve como "ato ou efeito de reincidir; teimosia; recaída".

Em termos técnico-jurídicos, tal conceito não é preciso, visto que, geralmente, são necessários certos requisitos legais para sua configuração. Nas legislações penais atuais que permitem a reincidência, são requeridos pelo menos dois elementos para sua caracterização: uma condenação anterior e a prática de uma segunda infração penal.

No Brasil, similarmente, o princípio constitucional da presunção de inocência, conforme estabelecido no art. 5º, LVII, da CRFB/1988, exige para o reconhecimento da reincidência uma condenação prévia com trânsito em julgado. Dessa forma, observa-se do mencionado dispositivo: "Ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória".

No Código Penal do Brasil, a reincidência é tratada como um elemento que agrava a situação, mas não se limita apenas a isso; portanto, a definição das circunstâncias agravantes para entender a reincidência penal não é precisa. Fragoso (2004, p. 416) destaca que a reincidência não é considerada uma circunstância agravante, pois está mais ligada ao histórico do criminoso do que à própria infração penal. De acordo com Guilherme de Souza Nucci, a reincidência não é meramente uma circunstância agravante, já que está mais associada à conduta do agente do que ao crime em si.

### 2.1 CONCEITO DE DOSIMETRIA/CÁLCULO DA PENA

A dosimetria da pena é um ponto crucial e sensível para sancionar um sujeito, bem como para personalizar a penalidade.

Segundo Misaka (2014, p. 43) o momento da dosimetria da pena "[...] é o ápice

da sentença penal condenatória. O momento em que o magistrado torna concreto o comando normativo genérico previsto pelo legislador, individualizando a sanção penal.”

A dosimetria da pena, essencial na aplicação da justiça criminal, segue um sistema trifásico delineado pelo Código Penal.

A primeira fase dita como a fixação da pena-base, o magistrado determina a punição inicial considerando os aspectos judiciais descritos no artigo 59 do Código Penal. Esses aspectos envolvem a responsabilidade do acusado, seu histórico criminal, sua integração na sociedade, sua índole, as razões, os eventos e as repercussões do delito, além da postura da vítima. A sentença inicial pode oscilar dentro das margens estipuladas para o delito em análise.

A segunda fase tem-se a consideração de circunstâncias dos atenuantes e agravantes nesta etapa, o magistrado analisa os elementos que podem agravar ou atenuar a situação. As circunstâncias atenuantes são especificadas no artigo 65 do Código Penal e abrangem, por exemplo, a admissão voluntária do crime ou a idade do acusado. Já as circunstâncias agravantes são definidas nos artigos 61 e 62 do Código Penal, englobando aspectos como reincidência ou a prática do delito contra pessoas vulneráveis. O juiz precisa levar em conta tais fatores de maneira equilibrada, seguindo a restrição de 1/6 para aumento ou redução da pena.

A terceira fase corresponde à aplicação das causas de diminuição ou aumento de pena nesta etapa final, o magistrado analisa as razões especiais que podem levar à diminuição ou ao aumento da pena, de acordo com o que está previsto na legislação. Citando um exemplo, no contexto de um roubo com o uso de arma de fogo, a penalidade pode ser majorada conforme especifica o artigo 157, parágrafo 2, do Código Penal. De forma análoga, também podem haver circunstâncias que resultem na mitigação da pena, tal como disposto na legislação sobre entorpecentes. É imprescindível que o juiz justifique sua decisão acerca da aplicação dessas razões, levando em consideração a seriedade do crime e as particularidades do caso em questão.

## 2.2 PRINCÍPIOS DO CÁLCULO E A IMPORTÂNCIA DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA

Para garantir a adequada execução das punições, certos princípios são considerados como orientações normativas a serem obedecidas, visando a consolidação de um Estado democrático de direito. Nesse sentido, é incumbência orientar-se em direção a uma sanção justa para cada crime em particular, dado que essa determinação influenciará diretamente o destino da liberdade de uma pessoa.

Baseado nisso, é necessário demonstrar alguns dos princípios básicos que tem uma ampla recepção no ordenamento jurídico penal, e que reforça a aplicação de uma pena mais justa, entre eles tem a legalidade, isonomia, individualização de pena, *non bis in idem* e da proporcionalidade.

À vista disso, de todos os princípios mencionados destacasse três deles que tem uma grande importância para o tema desta tese, sendo eles a individualização da pena, *non bis in idem* e da proporcionalidade.

### 2.2.1 princípio da individualização da pena

O Artigo 5º, Inciso XLVI, da Constituição Federal de 1988, estabelece o princípio da individualização da pena como: “A lei regulará a individualização da pena” Com base nisso, a Constituição assegura que as punições para os infratores não sejam uniformes, mesmo que tenham cometido a mesma infração.

O referido princípio visa assegurar que a punição seja equitativa e proporcional, levando em conta a pessoa condenada e não somente a ação criminosa em si. É por isso que duas pessoas que cometem um mesmo delito podem receber penas distintas, de acordo com suas circunstâncias particulares.

A personalização da punição também está ligada ao conceito de reinserção do condenado na sociedade, ou seja, a pena não deve se limitar apenas a punir, mas também a auxiliar o infrator a se reintegrar de maneira adequada, contribuindo assim para a redução da reincidência.

Esse princípio pode ser colocado em prática em três etapas distintas. A primeira delas é conhecida como a fase em abstrato, na qual o legislador emprega critérios para formular o tipo penal, estabelecendo limites de penas mínimas e máximas para o caso em questão.

Na segunda etapa, a individualização judicial, o juiz analisa e determina a pena a ser aplicada ao ato praticado pelo acusado, levando em consideração as circunstâncias para impor uma punição adequada, e também considerando as particularidades de cada réu.

Por fim, a última fase, referente à execução da sanção, é de responsabilidade do magistrado, que deve garantir a aplicação da pena e determinar o cumprimento de forma personalizada da sanção imposta.

Este trabalho foca bastante na aplicação da segunda fase, visto que é o momento em que o magistrado tem de usar a sua discricionariedade, para tentar aplicar a pena justa a cada caso concreto, ainda respeitando os limites anteriores estabelecidos pelo legislador, então essa etapa se torna fundamental acerca do agravamento de pena pela reincidência sendo irregular em razão do bis in idem.

Ainda há de se dizer que o instituto da individualização da pena vem sendo mais utilizado assim como vem sendo modificado, com o intuito de encontrar um caminho mais justo e menos danoso ao indivíduo, com a ajuda do princípio da dignidade da pessoa humana.

Por isso que a aplicação da pena deve ser aplicada com o máximo de cuidado possível em se tratando de privar a liberdade de um indivíduo, sempre respeitando as normas, porém vai muito mais além disso, pois é preciso que seja analisado todas as circunstâncias do ocorrido, pois trata-se de um processo discriminatório, como diz NUCCI, (2015, p. 126):

[...] de um processo de discricionariedade juridicamente vinculada, por meio do qual o juiz, visando à suficiência para reprovação do delito praticado e prevenção de novas infrações penais, estabelece a pena cabível, dentro dos patamares determinados previamente pela lei.

Com isto, é importante destacar que a individualização da pena está sujeita à consideração de outros princípios que fortalecem ainda mais essa abordagem. Dentre eles, destacam-se o princípio do non bis in idem e o da proporcionalidade, os quais serão brevemente discutidos a seguir.

### **2.2.2 princípio do non bis in idem (na aplicação da pena)**

O presente estudo já abordou e conceituou corretamente este princípio, mas o bis in idem não é apenas se instaura a situação em que alguém não apenas responde

pelo mesmo crime duas vezes, mas também quando o magistrado usa uma circunstância criminal em diferentes etapas do cálculo da pena, que é uma circunstância judicial, conforme descrito no artigo 59 do Código Penal como elementos relacionados ao crime.

Porém é necessário relembrar que o princípio do non bis in idem não está expressamente previsto pela Constituição Federal, no entanto ele é fundamental na busca de uma pena ajustada para cada caso concreto específico, vinculando com outros aspectos como a legalidade a individualização e também a proporcionalidade

Contudo, fica verificado que é incorreto utilizar a mesma circunstância em fases diferentes, convertendo-se em bis in idem, apenas sendo permitida a sua aplicação em uma única fase judicial.

Outro princípio que é de suma importância para tratar da pena, é o da proporcionalidade, que será a seguir abordado

### **2.2.3 Aspectos da proporcionalidade na aplicação da pena**

Em suma, este princípio visa coibir os excessos que daí possam resultar quando isto acontece na esfera criminal, as democracias têm a responsabilidade de estabelecer um equilíbrio proporcional no campo jurídico, pois isso deve ser sempre levado em consideração Consideração e preocupação são dadas ao julgar a liberdade de uma pessoa.

O objectivo do princípio da proporcionalidade é simplesmente evitar o exagero dos factos em circunstâncias penais, este princípio deve ser estabelecido no cálculo das penas.

Tendo explicado o intuito desse princípio, (NUCCI, 2019b, p.112), traz uma abordagem acerca do quanto a proporcionalidade atinge o ambiente penal, sendo:

A dimensão da proporcionalidade atinge outros princípios penais, visto que se torna desarmônico e desequilibrado aplicar uma pena privativa de liberdade, por exemplo, a uma infração penal insignificante; melhor indicação se tem ao aplicar o princípio da intervenção mínima, reputando-a fato atípico, diante da exígua ofensividade. Do mesmo modo, conforme o grau de individualização da pena realizado, pode tornar-se proporcional e adequado aplicar uma pena superior ao mínimo, quando se está julgando delito grave e provocador de extensa lesão.

Resumidamente em relação à matéria criminal este princípio é extremamente relevante na correlação da razoabilidade entre o fato ocorrido e a sanção que deverá

ser atribuída ao caso concreto, mais uma vez aqui fica nítido a irregularidade na aplicação do sistema da reincidência como agravante de pena.

Assim a proporcionalidade é dividida em três outros “princípios”, sendo eles: a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito.

**Adequação:** A medida deve ser adequada para atingir o objetivo almejado. Em outras palavras, deve haver uma relação direta entre a medida adotada e o resultado pretendido.

**Necessidade:** A medida deve ser necessária, ou seja, não pode haver outra alternativa menos invasiva de direitos fundamentais que seja igualmente eficaz para alcançar o objetivo desejado.

**Proporcionalidade em sentido estrito:** Mesmo que a medida seja adequada e necessária, ela não pode impor ônus desproporcional ou excessivo aos direitos individuais em relação aos benefícios que dela decorrem.

Ronald Dworkin em seu livro "A Matter of Principle" (Uma Questão de Princípio) diz que o princípio da proporcionalidade é uma extensão do conceito mais amplo de igualdade de consideração e respeito pelos direitos individuais. Nos seus escritos, enfatizou a importância de garantir que as restrições impostas aos direitos individuais sejam razoáveis e proporcionais ao interesse público que se pretende alcançar.

Para Dworkin ainda no seu livro “Uma Questão de Princípio”, fala que o conceito de proporcionalidade implica não apenas uma avaliação quantitativa dos custos e benefícios de uma medida, mas também uma consideração qualitativa dos valores envolvidos. Ele acredita que os direitos individuais não podem ser sacrificados em nome de um bem maior sem uma justificação convincente e uma análise cuidadosa das consequências.

Dworkin sublinha, portanto, a necessidade de um processo ponderado e transparente ao aplicar o princípio da proporcionalidade, onde os decisores devem justificar razoavelmente por que medidas específicas são necessárias e proporcionais, tendo em conta os interesses individuais e o bem-estar colectivo.

### 3. Estudo sobre a Recorrência Criminal à Luz da Perspectiva do Direito Penal do Inimigo/Autor

Primeiramente é necessário buscar entender a ideia de Direito Penal do Autor Usamos a sabedoria de Cunha (2014), como a maioria dos pensadores, baseia-se em Lombroso.

Lombroso, de acordo com Cunha (2014), tentou compreender o crime de uma perspectiva biológica o autor afirma que o crime é um fenômeno biológico que pode ser determinado criminoso devido às características físicas do agente (criminoso nato), bem como desta pesquisa que é imperativo que o criminoso seja punido antes mesmo de cometer qualquer delito.

Não encontra-se conceito unânime de Direito Penal do Autor, mas Pierangeli e Zaffaroni ensinam que o Direito Penal de Autor considera que o crime é um sintoma de inferioridade do autor, seja moralmente (como um pecado jurídico) ou mecanicamente (como um estado perigoso). Para alguns, essa inferioridade implica uma divindade pessoal, onde a pena deve refletir a gravidade do pecado; para outros, implica uma divindade impessoal e mecânica, onde o crime indica uma falha na sociedade e um estado de periculosidade. Em ambos os casos, o Estado é visto como uma escola autoritária que busca disciplinar os indivíduos de acordo com suas interpretações das normas.

Persistem alegando que a concepção de Direito Penal do Autor não se baseia no acontecimento social em si, ou seja, na ação do sujeito ativo, mas sim nas particularidades pessoais do agente, em sua essência.

Para esses, o princípio sustentado por esse direito foge à norma da culpabilidade, pois o sistema jurídico atual segue o Direito Penal do Fato, em que a própria origem da palavra demonstra a intenção do direito penal de punir o acontecimento em si (ação realizada na sociedade), e não punir o agente, suas características individuais.

O Direito Penal do Autor busca penalizar o agente pelo que ele é, e não pelo que fez, princípio rejeitado pelo sistema jurídico.

Para essas pessoas, o Direito Penal deve começar com princípios fundamentais do fato, visando responsabilização baseada em ações objetivas ligadas à intenção do indivíduo.

Já o mestre Paulo Queiroz considerava o estado ilegítimo quando se orienta pelo Direito Penal do Autor, pois este desrespeita as garantias constitucionais e os princípios do Estado Democrático Social de Direito. Nesse contexto, é proibido que os juízes invadam discriminatoriamente a esfera pessoal do agente, ou seja, sua interioridade. O foco não está diretamente nos sentimentos anti sociais ou nos defeitos de sentimento do dever de alguém; o que importa é que tais situações individuais não se manifestem em atos concretos de transgressão do dever jurídico e antissociabilidade.

Para compreendermos o Direito Penal do Autor, é importante destacar os ensinamentos de Günther Jakobs (2012), que com maestria e um conhecimento inquestionável esclarece a ideia associada a esse campo, conhecido como Direito Penal do Inimigo.

Conforme Jakobs (2012), há a presença de dois tipos de direito dentro de um mesmo sistema jurídico. Um deles é direcionado ao transgressor de uma norma específica, o qual, embora seja considerado um criminoso sujeito a responsabilização, é ainda reconhecido como cidadão, mantendo seu status de pessoa e os direitos civis garantidos pelo Estado.

O outro tipo de direito esclarecido por Jakobs é o chamado Direito Penal do Inimigo, que segundo ele é reservado àqueles indivíduos que: “[...] pelo seu comportamento, ocupação ou práticas, se tem afastado, de maneira duradoura, ao menos de modo decidido, do Direito, isto é, que não proporciona a garantia cognitiva mínima necessária a um tratamento como pessoa, devendo ser tratados como inimigos” (JAKOBS, p. 35, 2012).

Assim, com essa ideia em mente, de que em razão de determinado comportamento tem-se por afastado em definitivo a proteção das garantias mínimas do Estado, o mencionado doutrinador ressalta que é viável diferenciar o conceito de pessoa e indivíduo.

Segundo o mesmo autor, pessoa é aquele que está envolvido com a sociedade, sendo um sujeito de direitos e obrigações frente aos outros membros da sociedade da qual participa. Indivíduo é um ser sensorial, pertencente à ordem natural, movendo-se inteligentemente, por suas satisfações e insatisfações de acordo com suas preferências e interesses, descuidando-se, ignorando o mundo em que os outros

homens participam (2012, p. 5).

Então a partir do que foi traçado acima, o que entende-se é que o Direito Penal do Inimigo muito em comum com o Direito Penal do Autor, Seja devido a possíveis desenvolvimentos ou alguma “*sui genere*”, são normas jurídicas que devem ser totalmente abolidas pelo ordenamento jurídico vigente legal para estabelecer um estado social-democrata.

Por fim Jakobs (2012) esclarece que quando se tem a prática de um delito, o próprio cidadão é sujeito a um processo que resguarda todas as garantias fundamentais, recebendo no final depois de apurado todos os fatos, serão impostas penalidades obrigatórias pelos atos ilícitos cometidos. a figura do inimigo, pelo contrário, é um suposto perigo que deve ser combatido, o suposto perigo exige que o estado aprove leis que prevejam violações reais e, portanto, uma tentativa de dar legitimidade ao direito penal do inimigo.

Com isso pode se concluir que a periculosidade do agente serve à caracterização do inimigo, o que anti-cidadãos (cujo comportamento, embora ilegal, é focado em sistema jurídico e devem ser punidos de acordo com sua culpabilidade), enquanto os inimigos devem ataque de acordo com o grau de perigo. Não acredita que qualquer ato tenha sido cometido ou tentado, mas assumindo o âmbito interno de um indivíduo, existe o perigo de que a validade normativa futura seja comprometida.

Assim, sistematicamente os conceitos do Direito Penal do Autor ou do Inimigo demonstram como característica marcante e fundamental as condições pessoais do sujeito para aferir a aplicação de sanções criminais, até mesmo a ideia de perigo presumido. Devem ser descartadas razões pelas quais as normas anteriormente aplicadas foram insuficientes para ressocializar efetivamente o indivíduo no regime jurídico atual, ou que haja uma avaliação errônea da suposta periculosidade da situação.

#### **4. ANÁLISE DA RECORRÊNCIA E O ENTENDIMENTO DOS TRIBUNAIS SUPERIORES SOBRE SUA APLICABILIDADE À FRENTE DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DO DIREITO PENAL MODERNO**

De acordo com Cunha (2014), a justificativa para a manutenção da reincidência no sistema jurídico atual é evidenciada. Ele menciona que a forte

punição ao reincidente se tornou mais intensa devido à abolição do sistema duplo binário. Esse sistema encaminha medidas de segurança também para aqueles que eram considerados imputáveis e, com o enrijecimento do sistema, a pena do reincidente passou a ser agravada, visto que não se liberava mais alguém tido como potencialmente "perigoso ou de alta periculosidade".

Ao explorar o estudo sobre a reincidência na legislação, deparou-se com uma significativa divergência entre eles em relação à constitucionalidade deste instituto diante dos princípios e garantias consagrados na Constituição Federal de 1988.

De acordo com Paulo Queiros “ainda que a reincidência seja consagrada pela maioria dos Códigos e Estatutos Jurídicos, esta, que encerra uma presunção absoluta de maior periculosidade do réu, é sem dúvida incompatível com os princípios penais constitucionais, principalmente com relação aos princípios da proporcionalidade e da ofensividade (2014, p.343)”

O autor defende que a relativização da presunção de inocência faz com que a instituição perca a sua funcionalidade porque a reincidência não é uma medida confiável de periculosidade. Ele enfatizou que os crimes contravencionais podem ser cometidos novamente, e os réus primários também podem cometer crimes graves. Portanto, como sugere a Hungria, a reincidência não é um indicador de perigo de segurança. Esta discussão levanta questões importantes sobre a avaliação da culpabilidade individual.

Mirabete (2016) favorece a reincidência, dizendo que as penas aumentadas são prova cabal de que aqueles que foram punidos voltaram a cometer crimes, as sanções anteriormente impostas foram comprovadas pela sua conduta como sendo não o suficiente para intimidá-lo ou restaurá-lo. afirma ainda que existem taxas mais elevadas o comportamento dos reincidentes deve ser condenado.

Para Paganella Boshi (2014), reincidência equivale a vergonha é imputada, desde que constitua fundamento para agravamento da pena com base em factos diversos, culpabilidade e responsabilidade do próprio gerador, portanto este sinal de mais é equivalente é inegável que a absolvição, estranha aos factos, exige uma dupla avaliação mesma razão.

A prática de utilizar a reincidência como agravante da pena é polêmica por ser considerada dupla pena e violar o princípio de proteção do direito penal. Além disso,

a sua aplicação literal pode levar a consequências desproporcionais, violar o princípio da proporcionalidade e, assim, violar a própria Constituição. Isto porque a reincidência estigmatiza os indivíduos, dividindo-os entre aqueles que aprendem a viver em sociedade e aqueles que não o fazem, sem a devida consideração das circunstâncias individuais.

Observa-se que sob o aspecto unicamente jurídico, estas referências a situações criminais anteriores são motivos de punição adicional para um novo crime, afectam directamente o princípio *ne bis in idem*, ou seja, aumento da pena para crime posterior em virtude da circunstância agravante da repetição. a situação anterior já condenada é novamente punida.

Pierangeli e Zaffaroni (2015) argumentam que o aumento da pena para um segundo delito não tem base racional e cria um estigma que dificulta a reintegração do indivíduo na sociedade.

Paganella Boschi (2014) acrescenta que a reincidência não pode ser automaticamente justificada como uma punição necessária, mas deve ser entendida como resultado da perversidade e da estigmatização individual.

Ressalta ainda que "tais são consequências da prisão, ou pela absoluta falta de políticas oficiais de amparo ao egresso, criadoras de novas oportunidades para a harmônica reintegração" (BOSCHI, 2014, p.269).

O autor Rogério Greco (2013) argumenta que a reincidência mostra a falha do Estado em ressocializar os infratores e critica a prática resultante de endurecimento de penas, vendo-a como dupla punição para o mesmo crime.

Ele é apoiado por Paulo Queiroz (2014), que acredita que a renovação viola o princípio do *non bis in idem* e da proporcionalidade legal.

Contudo, Alberto Silva Franco (2011) discorda, argumentando que a reincidência nem sempre indica maior periculosidade ou culpa, e que o Estado, ao negligenciar a ressocialização, contribui para o ciclo de reincidência. Questiona a constitucionalidade deste instituto e aponta possíveis contradições com o princípio da legalidade.

Continua o mencionado autor, a discutir sobre a constitucionalidade do instituto da reincidência, alegando a afronta ao princípio da *non bis in idem* que tem respaldo ao princípio constitucional da legalidade.

Declara este autor que: “o fato criminoso que deu origem a primeira condenação não pode, depois, servir de fundamento a uma agravação obrigatória, em relação a outro fato delitivo, a não ser que se admita em um Estado Democrático de Direito, um Direito Penal do Autor, o que constitui verdadeira e manifesta contradição lógica” (FRANCO, 2011, p. 1180).

Franco finaliza argumentando que a consideração da reincidência implica numa dupla punição pelo mesmo crime, violando o princípio da legalidade, pois a pena é aumentada com base em atos anteriores já punidos.

Ele critica as teorias que justificam a reincidência, pois o reincidente é punido por ações passadas, não relacionadas ao crime atual. Isso rompe com a proporcionalidade entre pena e conduta, resultando em uma punição sem consideração pela culpabilidade.

A reincidência também estigmatiza os criminosos e os priva de benefícios legais, abrindo caminho para um direito penal autoritário.

Com isso Zaffaroni encerra com destreza ao afirmar que:

Um instituto que leva a exaltar como valores a ordem e a obediência em si mesmas; que leva o Estado a se atribuir a função de julgar o que cada ser humano escolhe ser e o que cada ser humano é; que implica um bis in idem; que contribui para afastar discurso jurídico da realidade, ignorando dados que se manifestam há séculos e que as ciências sociais demonstram de maneira incontestável; que, com tudo isto, contraria a letra e o espírito da consciência jurídica da comunidade internacional, moldada nos instrumentos jus humanistas; um instituto como este “deveria desaparecer do campo jurídico, da mesma forma que desapareceram, a seu tempo, a tortura no âmbito processual ou a analogia no campo penal” (ZAFFARONI 2015, p. 59).

Por fim, e para voltar ao caminho superior da ideia de ressocialização, a doutrina sugere a repetição das palavras de Cobo del Rosal e Vives Antón (1996, ao lado de Queiroz, 2014) pura e simples seja pela flagrante violação das garantias constitucionais e pela culpabilidade do ato.

#### 4.1 APLICAÇÃO DA REINCIDÊNCIA PELOS TRIBUNAIS SUPERIORES

Contrariamente aos argumentos anteriormente defendidos, nomeadamente a inconstitucionalidade do instituto penal da reincidência, o entendimento atual da maioria nacional e mesmo o entendimento mais recente dos Supremos Tribunais quanto ao reconhecimento da constitucionalidade da reincidência, quer porque a

reincidência é essencialmente uma aplicação . do princípio da individualização das penas, defende o perigo maior de se constatar uma nova violação do bem jurídico, e não percebem que isso não viola o princípio do non bis in idem.

Assim, o debate sobre a constitucionalidade da reincidência no sistema penal brasileiro é abordado por diferentes juristas e tribunais. Enquanto alguns argumentam que a reincidência é inconstitucional por violar o princípio da individualização da pena, outros defendem sua constitucionalidade, enfatizando sua função de reprovação e prevenção do crime.

Rogério Sanches da Cunha salienta que a jurisprudência geralmente não aceita a inconstitucionalidade da reincidência e defende que o princípio da punição individualizada justifica uma censura mais ampla aos novos infratores.

Celso Delmanto e outros estudiosos conservadores concordam, argumentando que a reincidência é uma forma legítima de dissuadir e prevenir o crime e não viola o princípio ne bis in idem.

O Supremo Tribunal Federal e o Supremo Tribunal Federal confirmaram a constitucionalidade da reincidência como medida justificável em razão da persistência dos acusados na violação da lei penal. Ambos os tribunais rejeitaram a ideia de dupla punição para o mesmo crime e não veem a reincidência como uma violação do princípio ne bis in idem.

Assim, os tribunais superiores consideram a reincidência constitucional e a consideram um método legal de julgamento porque o acusado cometeu repetidamente crimes de acordo com os princípios de punição e dissuasão do sistema penal brasileiro.

Marco Aurélio ressalta que é fundamental considerar não só o crime cometido, mas também o perfil e antecedentes criminais do condenado na hora de considerar a pena. Ele argumenta que isto permite uma segregação suficiente dos casos e reconhece que os reincidentes podem ser mais repreensíveis no seu comportamento. O objectivo desta abordagem é promover uma administração da justiça mais individualizada e eficaz, em vez de aplicar sanções gerais.

Cármem Lúcia (2013) completa esta visão ao enfatizar a importância da igualdade no tratamento dos indivíduos perante a lei. Ao mesmo tempo, também é reconhecida a necessidade de dar oportunidades de reflexão e ressocialização aos

criminosos. Assim, a punição não é apenas um meio de vingança, mas também uma oportunidade para o condenado repensar seus atos e evitar a repetição, o que contribui para a segurança da sociedade.

Os tribunais confirmam estes pareceres declarando que a aplicação da circunstância agravante geral prevista no inciso I do § 6º do Código Penal não viola os princípios da Constituição. Pelo contrário, esta medida reforça os princípios da igualdade e da individualidade da pena. Ao impor penas mais severas aos reincidentes, a lei visa não só punir, mas também desencorajar a atividade criminosa, reconhecendo uma maior condenação do comportamento dos reincidentes.

Joaquim Barbosa (2013) acrescenta à discussão a importância da ressocialização e finalidade preventiva da pena. Ele argumenta que a reincidência se refere ao fracasso no processo de ressocialização do condenado, o que indica que a pena aplicada anteriormente não cumpriu seus objetivos. Neste sentido, uma pena mais severa para reincidentes não só reflete a gravidade das suas ações, mas visa proteger a sociedade, tentando dissuadir novas infrações.

Por fim, Queiroz (2014) critica o absurdo do instituto da recaída e questiona a eficácia de sua implementação. Ele argumenta que nenhum dos argumentos utilizados para justificar a renovação pode cobrir as suas deficiências e contradições. Apesar do discurso oficial que busca legitimar a prática, Queiroz sugere que a reincidência pode fazer mais mal do que bem, levantando dúvidas sobre sua utilidade no contexto do direito penal moderno e das garantias constitucionais.

Em relação ao exposto, porém, o discurso oficial, mesmo que esconda essa possibilidade, chega ao tribunal da repetição de crimes em nossa estrutura jurídica por meio de uma teoria criminológica derivada do positivismo, levando em conta o critério informativo 'periculosidade'. , que de acordo com instruções publicadas anteriormente, não há uma maneira segura de detectar tal ameaça.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao longo deste estudo, examinaremos a polêmica em torno da renovação do aumento da pena, questionando-a à luz do princípio de justiça "ne bis in idem". Uma análise detalhada mostrou que a aplicação da reincidência como circunstância agravante pode, na verdade, violar princípios constitucionais, resultando em uma

forma de dupla punição.

O problema de pesquisa proposto foi respondido de forma abrangente. Mostramos que a reincidência como agravante pode constituir um caso “bis in idem” que viola as diretrizes constitucionais e põe em risco a individualidade da pena.

A hipótese apresentada foi confirmada pela análise das evidências apresentadas. A condenação segundo o princípio “ne bis in idem” é uma solução viável para evitar o aumento injusto das penas para novos crimes.

O objetivo do estudo foi plenamente alcançado ao enfatizar o princípio do “bis in idem” para aumentar a pena para reincidência. Ao adotar a dosimetria penal como alternativa, propomos uma abordagem que mantém a justiça e a consistência com os princípios constitucionais.

Quanto às metodologias utilizadas, o método de pesquisa bibliográfica, qualitativa e dedutiva mostrou-se eficaz no desenvolvimento conceitual de ideias e na interpretação de informações da literatura especializada. Uma análise criteriosa de artigos científicos, teses e livros permitiu um debate amplo e bem discutido.

Em síntese, este estudo conclui sublinhando a importância de continuar o debate sobre a reincidência como pena agravante e a necessidade de encontrar soluções que garantam a justiça e o respeito pelos princípios constitucionais. A dosimetria de sentenças é uma ferramenta promissora neste contexto, oferecendo uma abordagem mais justa e consistente com os valores fundamentais da justiça criminal.

## REFERÊNCIAS

BOSCHI, J. A. P. **Das Penas e seus Critérios de Aplicação**. 7 ed. Porto Alegre: Livro do Advogado, 2014.

CUNHA, R. S. **Manual de Direito Penal: parte geral**. 2. ed. Bahia : Editora JusPodivm, 2014

DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. Trad. Luis Carlos Borges. 2a. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

GRECO, R. **Curso de Direito Penal: Parte Geral**. 15. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2013.

JAKOBS, G. MÉLIA, M. C. **Direito Penal do Inimigo – Noções e Críticas**. 6ª ed. Trad. André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

MIRABETE, J. F. **Manual de Direito Penal**. 32. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

MISAKA, Marcelo Yukio. **Sentença criminal**; coordenação Cleber Masson Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2014.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Individualização da pena**. - 7. Ed. - Rio de Janeiro: Forense, 2015

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de direito penal**. 16.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019a.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de Direito Penal: parte geral: arts. 1º a 120 do Código Penal**. - 3. ed Rio de Janeiro: Forense, 2019b.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de direito processual penal**. - 16. ed Rio de Janeiro: Forense, 2019c.

QUEIROZ, P. **Direito Penal: Parte Geral**. 10. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

ZAFFARONI, E. R; PIERANGELI, J. H. **Manual de Direito Penal Brasileiro**. 11 ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2015.