

Reincidência contagiosa na execução penal

Da reincidência decorrem inúmeros efeitos jurídicos. Ela é capaz de dificultar acesso à liberdade provisória; pode conduzir ao recrudescimento ou agravamento da pena, além de interromper e aumentar o prazo prescricional, no caso da prescrição executória. Mas não é só isso, também é capaz de agravar a fração necessária para a progressão de regime prisional, do livramento condicional e até mesmo de dificultar e impedir o acesso a alguns direitos.

O Superior Tribunal de Justiça, por meio do Tema Repetitivo nº 1.208, fixou a tese de que: “a reincidência pode ser admitida pelo juízo das execuções penais para análise da concessão de benefícios, ainda que não reconhecida pelo juízo que prolatou a sentença condenatória”. Portanto, atribui ao Juízo da Execução Penal a função de apontar vício em ato jurisdicional de juiz de igual hierarquia.

Com efeito, o reconhecimento da reincidência tem relevância ímpar na execução penal, pois alguns dos direitos na fase de cumprimento de pena tem tratamento distinto para primários e reincidentes, tais como, porcentagem para progressão de regime, fração para livramento condicional, indulto, comutação, etc.

E, para além dos critérios estipulados nos artigos 63 e 64 do Código Penal [1], a jurisprudência é pacífica em compreender a reincidência como um elemento subjetivo do agente, de caráter pessoal, capaz de ser reconhecido a qualquer tempo e que se estende a todas as condenações somadas, influenciando o requisito objetivo dos benefícios da execução penal [2].

O posicionamento de estender (contaminar/contagiar) os efeitos sobre todas as condenações unificadas no processo de execução penal gera consequências extremamente prejudiciais à pessoa em cumprimento de pena, pois exigem condições mais rigorosas para a obtenção dos direitos da execução penal, além de violar princípios fundamentais do direito penal.

Reincidência

A reincidência é classificada em reincidência genérica, quando o agente comete um novo delito de natureza diversa, após já ter sido condenado por sentença definitiva; em reincidência específica, exigindo-se que a prática de um novo crime igual ou da mesma categoria ao praticado anterior.

A circunstância agravante da reincidência precisa ser expressamente comprovada e reconhecida por sentença na ação penal, seja para aumentar a pena na segunda fase de aplicação (artigo 61, I, CP), seja na fixação do regime (artigo 33, CP), entre outras implicações.

Uma vez admitida a reincidência na sentença condenatória, o seu reconhecimento gerará reflexos na fase de cumprimento da pena, pois “a execução penal tem por objetivo efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal” (artigo 1º, LEP).

Muito embora a clareza da lei, o STJ fixou entendimento no Tema nº 1.208, permitindo ao Juízo da Execução Penal o reconhecimento da reincidência não admitida na fase de conhecimento. Trata-se de entendimento combatido há anos pela doutrina e agora foi reduzido a um tema, tornando rasa a discussão.

Entendimento jurisprudencial

Ultrapassada a questão sobre o reconhecimento da reincidência em fase de execução penal, a jurisprudência tem estendido os efeitos para todas

Luiz Silveira/Agência CNJ



Spacca



opinião

as condenações objeto da execução penal, uma vez que se trata de condição pessoal do sentenciado, alcançando, inclusive, condenações, na quais a primariedade foi admitida, ainda que na época do fato a pessoa fosse de fato primária.

Para compreender a origem deste posicionamento, foi feita uma pesquisa na jurisprudência do STJ e encontramos HC nº 95.505/RS [3], como sendo uma dos julgados mais antigos a adotar a tese da extensão dos efeitos por toda as condenações [4]. O único fundamento utilizado se restringe a uma citação doutrinária do autor Sidio Rosa de Mesquita Júnior (2005, p. 266):

O requisito temporal, se o condenado for reincidente em crime doloso, será de metade. Assim, se o mesmo for primário em um crime e reincidente em outro, o requisito para obtenção do livramento condicional será de metade do total das penas aplicadas, não sendo feita a soma de 1/3 da pena de um crime, somando com a metade de 1/2 da outra pena, tendo em vista que a lei fala em condenado reincidente.

A partir deste julgamento, a tese passou a ser invocada como precedente e a jurisprudência foi se consolidando neste sentido. Com efeito, foi utilizado um equivocado raciocínio lógico para chegar à conclusão de que a reincidência como circunstância de caráter pessoal deve se estender por toda a execução penal.

Silogismo Jurídico

Premissa maior	A reincidência é uma circunstância pessoal
Premissa menor	A soma/unificação de penas considera a totalidade das penas somadas
Conclusão	Logo, a reincidência deve ser considerada em relação à totalidade das penas somadas, c

Desta forma, há erro de interpretação, que decorre de uma generalização da norma jurídica, desprezando princípios constitucionais e do direito penal. Muito importante também esclarecer que o posicionamento surgiu com o livramento condicional sob o argumento de que bastava a reincidência genérica para o direito ser reconhecido somente após o cumprimento de ½ da pena. Depois contagiou o entendimento do tema sobre a progressão de regime prisional, indulto e comutação e nos encontramos no atual estado de coisas.

Princípio de legalidade

A exposição de motivos da Lei de Execução Penal estabelece que “o princípio da legalidade domina o corpo e o espírito do Projeto, de forma a impedir que o excesso ou o desvio da execução comprometam a dignidade e a humanidade do Direito Penal” (item 19).

Para Juarez Cirino dos Santos (2022, p. 77), as “leis de execução penal são leis penais em sentido estrito, porque a execução da pena, como objetivo concreto da cominação e da aplicação da pena, é o centro nuclear do princípio da legalidade e seus incondicionais derivados constitucionais”.

Para o ministro Rogério Schietti, ao reafirmar o posicionamento do STJ sobre a extensão dos efeitos sobre a totalidade das penas, asseverou que:

Certamente, não cabe ao Juízo da Execução rever a sentença a cumprir. Contudo, quando houver condenação definitiva por mais de um crime, é de sua competência, no momento da aplicação do art. 111 da LEP, averiguar a natureza dos delitos (comum, hediondo ou outros a ele equiparados) e as condições pessoais do reeducando (primariedade ou reincidência), pois estes dados interferem na individualização do cumprimento da pena unificada (AgRg no HC n. 761.742/RS, relator Ministro Rogério Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 14/11/2022, DJe de 24/11/2022).

Segue o ministro Schietti no seu voto:

Remanesce a possibilidade de reconhecimento da reincidência na fase da execução, para irradiar seus efeitos sobre o total da pena, a depender de blocos específicos de crimes, que terão cálculos de benefícios diferenciados a depender de sua natureza, se houver regras mais severas de individualização da pena. A execução não pode deixar de ser unificada ou somada, pois não foi revogado o art. 111 da LEP.

Ao analisar a decisão verifica-se que a extensão dos efeitos da reincidência está totalmente baseada no silogismo jurídico demonstrado acima, no qual a premissa maior (caráter pessoal), com a premissa menor (pena unificada), leva à conclusão de aplicação sobre a totalidade da pena [5].

Ocorre que a conclusão viola claramente o princípio constitucional de legalidade, pois não há nenhum dispositivo legal autorizando a aplicação da reincidência sobre o total das penas, de maneira indiscriminado e desrespeito a primariedade reconhecida por sentença definitiva — há ofensa ao princípio da coisa julgada sob fundamento de que se trata de uma circunstância pessoal.

O artigo 111 da LEP, invocado para sustentar esse posicionamento, não permite essa interpretação, pois o artigo apenas autoriza a alteração do regime de cumprimento de pena, por ocasião da soma ou unificação das penas.

Afinal, a soma/unificação das penas não impede a realização de cálculos individualizados e diferenciados, para cada tipo de crime e respeitada a primariedade ou reincidência em cada condenação.

Art. 111. Quando houver condenação por mais de um crime, no mesmo processo ou em processos distintos, a determinação do regime de cumprimento será feita pelo resultado da soma ou unificação das penas, observada, quando for o caso, a detração ou remição.

Parágrafo único. Sobrevindo condenação no curso da execução, somar-se-á a pena ao restante da que está sendo cumprida, para determinação do regime.

Ademais, nenhum outro dispositivo legal permite a extensão dos efeitos da reincidência sobre todas as penas, após a soma ou a unificação das penas. Muito pelo contrário, a despeito da unificação de penas, que tem o condão de estabelecer o *quantum* de pena aplicada e o regime prisional, prevalece sobre cada uma das penas o princípio da individualização das penas, dada a singularidade de cada uma, tal como anunciado no artigo 5º, XLVI da CF/88.

Enfim, “[n]ão existe previsão legal que estipule a extensão dos efeitos de um processo a feitos passados transitados em julgado” (Buch, 2023, p. 91). Portanto, a extensão dos efeitos da reincidência sobre a totalidade das penas viola o princípio de legalidade, configurando a vedada interpretação extensiva.

O princípio da legalidade proíbe qualquer interpretação extensiva da lei penal, resolvendo todos os casos de dúvida conforme a interpretação restritiva da lei penal — aliás, a única compatível com o princípio in dubio pro reo, hoje de aplicação universal no Direito Penal. (SANTOS, 2022, p. 85).

Desta forma, ante a ausência de previsão legal, a reincidência só pode ser aplicada sobre a pena de cada condenação específica, na qual a reincidência foi reconhecida, seja em fase de conhecimento ou na fase de cumprimento da pena (Tema STJ nº 1.208).

Individualização da pena

O princípio constitucional da individualização da pena (artigo 5º, XLVI), segundo a doutrina, possui três vertentes, a saber: a) individualização legislativa; b) individualização judicial (aplicação da pena); c) individualização executiva.

No mesmo sentido, é entendimento jurisprudencial:

O processo de individualização da pena é um caminhar no rumo da personalização da resposta punitiva do Estado, desenvolvendo-se em três momentos individuados e complementares: o legislativo, o judicial e o executivo (HC 97256, Relator: Ayres Britto, Tribunal Pleno, julgado em 01-09-2010).

Com início do cumprimento da pena, inicia-se a fase de individualização da pena (dimensão executiva), na qual se busca uma resposta punitiva adequada às circunstâncias pessoais e aos atos do condenado.

Aliás, o princípio da individualização da pena visa a garantir que o processo de execução penal respeite os limites fixados da sentença condenatória, a fim de evitar o excesso ou o desvio na execução, bem como tratar a pessoa do condenado como um sujeito de direitos.

Além disso, como bem ensina a doutrina especializada:

A individualização penal não pode mais ser sinônima de classificação do preso para fins de tratamento penitenciário (ROIG, 2022, p. 48)

É o princípio da individualização da pena que garante que as penas criminais devem ser aplicadas e executadas de forma personalíssima, de forma individual, adequada a culpabilidade do autor do crime (SIMÃO, 2023, p. 51).

Diante do processo de individualização da pena (fase executiva), surge a necessidade de fixar um marco preciso de estabilização da individualização da pena, garantindo que, a partir deste ponto, as regras aplicáveis à execução penal estejam claramente delimitadas e não sejam passíveis de interpretações ou modificações arbitrárias, sem expressa previsão legal.

No entanto, a aplicação da reincidência sobre a totalidade das penas unificadas contraria a própria essência da individualização da pena, pois desconsidera as condições pessoais do sentenciado em cada condenação específica.

O marco para estabilização da individualização da pena deve o tempo do crime, nos termos do artigo 4º do CP. A partir deste momento, tanto a legislação penal vigente quanto as condições pessoais do condenado, como a primariedade ou reincidência, devem ser cristalizadas.

Isso impede que alterações legislativas ou interpretações posteriores prejudiquem o condenado, assegurando a aplicação de normas e condições pessoais que eram válidas no momento da infração, em conformidade com os princípios da legalidade e da irretroatividade da lei penal mais gravosa.

A lógica interpretativa de que a reincidência se estende a todas as penas somadas desconsidera a necessidade de delimitação precisa das condições pessoais de cada condenação, ferindo o princípio da individualização executiva e resultando em uma conclusão falsa.

Ademais, essa falta conclusão desvirtua a natureza do princípio da individualização da pena, oferecendo tratamento mais gravoso ao condenado, enquanto a exposição de motivos de LEP caminha no sentido oposto, ressaltando que “a Constituição consagra ainda regras características da execução ao estabelecer a personalidade e a individualização da pena como garantias do homem perante o Estado” (item 11).

Como bem ensina o desembargador João Marcos Buch (2023, p. 90):

Fazer a reincidência em processo posterior retroagir a feitos passados fere a coisa julgada já constituída, alterando uma sentença transitada em julgado em que a primariedade foi reconhecida, fazendo com que a pena lá aplicada tenha efeitos ainda mais graves sobre a pessoa do condenado.

A assertiva rememora o fato de que parte da justificativa da contaminação da reincidência também decorre da aplicação da cláusula *rebus sic stantibus*, cujo

“Manejo da cláusula rebus sic stantibus na execução penal parte da ultrapassada concepção contratualista da pena, para legitimar a modificação dos termos de um suposto pacto social firmado entre condenado e Estado, como se a pena privativa de liberdade fosse aplicada e executada não coativamente, mas após um acordo.” (ROIG, 2022, p. 379)

Com efeito, segundo Pavarini e Giamberardino (2022, p. 283), “a pena aplicada não é um contrato entre partes a ser ajustado ou reajustado”, assim como “a relação entre condenado e Estado não guarda qualquer paralelo com o que se define como relação contratual”.

Assim, ao adotar o tempo do crime como marco para estabilização da individualização da pena, assegura-se o respeito aos princípios constitucionais da legalidade e da individualização da pena, além de proteger os direitos do condenado contra retrocessos interpretativos e legislativos, ou até mesmo incorporações de institutos alienígenas ao direito penal.

Esse marco oferece maior segurança jurídica e impede que a execução penal se transforme em um processo marcado por incertezas e mudanças arbitrárias.

Conclusão

A extensão da reincidência sobre todas as penas unificadas viola claramente os princípios constitucionais da legalidade e da individualização da pena, já que tal interpretação não encontra respaldo legal e desrespeita a particularidade de cada condenação.

O marco adequado para estabilizar a individualização da pena deve ser o tempo do crime, conforme o artigo 4º do Código Penal, assegurando que as condições pessoais do condenado, como primariedade ou reincidência, e a legislação vigente sejam aplicadas de forma justa e previsível, evitando retrocessos interpretativos ou legislativos que agravem a situação do condenado, proporcionando maior segurança jurídica e impede modificações arbitrárias durante a execução penal.

Referências

- BUCH, João Marcos. Execução penal aplicada. 2. ed. São Paulo: Giotri, 2023.
- JUNIOR, Sidio Rosa de Mesquita. Execução Criminal. 4ª ed. Atlas: São Paulo, 2005.
- PAVARINI, Massimo; GIAMBERARDINO, André Ribeiro. Curso de penologia e execução penal. 2º Ed. São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2022.
- ROIG, Rodrigo Duque Estrada. Execução Penal: teoria crítica. 6. ed. São Paulo: Thomson Reuter Brasil, 2022;
- SANTOS, Juarez Cirino Dos. Direito Penal – Parte Geral, 10a ed. Tirant Brasil, 2022.
- SIMÃO, Diego Azevedo. Lei de execução penal comentada e anotada. 2. ed. Belo Horizonte: D’Plácido, 2023.

[1] 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.

Art. 64 – Para efeito de reincidência:

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

II – não se consideram os crimes militares próprios e políticos.

[2] No STJ: AgRg no HC n. 838.038/SC, relatora Ministra Daniela Teixeira, Quinta Turma, julgado em 7/10/2024, DJE de 15/10/2024; EREsp 1.738.968, Rel. Min. Laurita Vaz, 3ª Seção, j. 27.11.2019; e tantos outros.



No STF: RHC 176.216, Rel. Min. Marco Aurélio, 1ª Turma, j. 08.02.2021; HC 204.348/PR, Rel. Min. NUNES MARQUES, decisão monocrática, j. 25.03.2022; e tantos outros.

[3] HC n. 95.505/RS, relator Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, julgado em 29/10/2009, DJe de 1/2/2010.

[4] No STF regredimos até o HC 100.006, Rel. MARCO AURÉLIO, Primeira Turma, j. 02-02-2010, dje.18-02-2010, que trata, verdadeiramente, sobre a desnecessidade da reincidência específica para o agravamento da fração do livramento condicional.

[5] Ao menos o entendimento ainda resguarda, para a progressão de regime, o dever de agrupamento que se refere os incisos do artigo 112 da LEP, acompanhando o entendimento da Terceira Seção do STJ no REsp 1.910.240/MG e do Plenário do STF no ARE 1.327.963, que tratam da necessidade de reincidência específica para o agravamento da fração para a progressão.

Fonte: <https://conjur.jumps.com.br/2024-out-29/reincidencia-contagiosa-na-execucao-penal/>