

**FACULDADE DE DIREITO DE VITÓRIA
GRADUAÇÃO EM DIREITO**

NATHALIA ALVERNAZ DE OLIVEIRA

**O RECONHECIMENTO DA REINCIDÊNCIA COMO CONDIÇÃO PESSOAL NA
EXECUÇÃO PENAL À LUZ DO PRINCÍPIO FUNDAMENTAL DA
INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA**

VITÓRIA

2023

NATHALIA ALVERNAZ DE OLIVEIRA

**O RECONHECIMENTO DA REINCIDÊNCIA COMO CONDIÇÃO PESSOAL NA
EXECUÇÃO PENAL À LUZ DO PRINCÍPIO FUNDAMENTAL DA
INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA**

Trabalho de conclusão de curso apresentado ao Curso de Graduação em Direito da Faculdade de Direito de Vitória, como requisito parcial para aprovação na disciplina Trabalho de Conclusão de Curso.

Orientador: Prof. Me. Gustavo Senna Miranda.

VITÓRIA

2023

Ao meu bisavô, Uercino Antônio Barbosa, que por pouco não me vê concluir mais uma etapa da graduação, e que certamente estaria radiante com essa conquista.

RESUMO

A presente pesquisa vislumbrou responder se o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, que reconhece a reincidência como condição pessoal no âmbito da execução penal, é compatível com o princípio constitucional da individualização da pena. Com esse propósito, estudou-se o princípio da individualização da pena aplicado à execução penal. Posteriormente, houve a análise do fundamento do Agravo Regimental no Habeas Corpus nº 599.016/RS utilizado pelo STJ para aplicação da reincidência como condição pessoal, abordando, ainda, o princípio da culpabilidade. Por fim, confrontou-se o entendimento com o princípio fundamental. A pesquisa utilizou o método dedutivo teórico, com abordagem qualitativa dos dados da legislação e pesquisa bibliográfica, feita com base em textos como livros e artigos científicos. Dessa forma, concluiu-se que a reincidência como condição pessoal fere o princípio fundamental da individualização da pena, haja vista que não é dispensado ao apenado tratamento discricionário para cada condenação, considerando a reincidência incluída nas condenações em que, à época dos fatos, era primário.

Palavras-chave: execução penal; individualização da pena; reincidência; condição pessoal.

ABSTRACT

This research aims to answer whether the understanding of the Superior Court of Justice, which recognizes recidivism as a personal condition within the scope of criminal execution, is compatible with the constitutional principle of individualization of the sentence. For this purpose, the principle of individualization of punishment applied to criminal execution was studied. Subsequently, there was an analysis of the basis of the Regimental Appeal in Habeas Corpus nº 599.016/RS used by the STJ to apply recidivism as a personal condition, also addressing the principle of culpability. Finally, the understanding was compared with the fundamental principle. The research used the theoretical deductive method, with a qualitative approach to legislation data and bibliographical research, based on texts such as books and scientific articles. At the end, it was concluded that recidivism as a personal condition violates the fundamental principle of individualization of the sentence, given that the convict is not given discretionary treatment for each conviction, considering recidivism even in convictions in which, at the time of the facts, he was primary.

Keywords: criminal execution; individualization of the sentence; recidivism; personal condition.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	06
1 O PRINCÍPIO DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA APLICADO À EXECUÇÃO PENAL	09
2 A REINCIDÊNCIA COMO CONDIÇÃO PESSOAL	14
2.1 A REINCIDÊNCIA COMO CONDIÇÃO PESSOAL SOB O PRINCÍPIO DE CULPABILIDADE: DIREITO PENAL DO AUTOR?	16
2.2 FUNDAMENTAÇÃO ADOTADA PELO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA NO AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS Nº 599.016/RS	19
3 A REINCIDÊNCIA COMO CONDIÇÃO PESSOAL ANTE O PRINCÍPIO DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA	24
CONSIDERAÇÕES FINAIS	29
REFERÊNCIAS	32
ANEXO A – ATESTADO DE PENA	35

INTRODUÇÃO

A Constituição Federal traz em seu bojo princípios que, a despeito de constituírem categorias jurídicas de cunho abstratamente inferior, condicionam a legislação no que diz respeito à sua legitimidade (CARVALHO, 2008, p. 157). Nessa perspectiva, os direitos e garantias fundamentais, devido ao seu caráter jurídico, são passíveis de serem exigidos e acionados, sendo possível, inclusive, recorrer a mecanismos jurídicos de exigibilidade para efetivá-los (PEDRA, 2018, p. 1). Logo, os princípios constitucionais, por possuírem força normativa, devem ser observados na esfera legislativa, judicial e executória.

O princípio fundamental da individualização da pena, previsto no art. 5º, XLVI, da Constituição Federal, incide no âmbito da execução penal à medida em que a sanção penal deve ter o seu cumprimento individualizado, considerando o caráter retributivo da pena e o seu objetivo ressocializador (TÁVORA; ALENCAR, 2022, p. 1580). Essa individualização também está disciplinada na Lei de Execução Penal, a qual orienta a realização de exame relacionado tanto aos antecedentes quanto à personalidade do apenado.

Entretanto, o Superior Tribunal de Justiça (STJ), após a vigência da Lei nº 13.964/2019 (Pacote Anticrime), provocado a se manifestar quanto às novas circunstâncias para progressão de regime estabelecidas pela nova lei, reafirmou o entendimento da Corte reconhecendo a reincidência como condição pessoal na execução penal. Seguindo tal lógica, o apenado reincidente, específico ou não, passa a cumprir todas as condenações na fração/porcentagem de reincidente para progressão de regime ou livramento condicional, independentemente se era primário à época dos fatos da primeira condenação.

Dessa forma, a presente pesquisa propõe-se a estudar o princípio da individualização da pena no âmbito da execução penal; analisar, por meio de julgados, o fundamento utilizado pelo STJ para aplicação da reincidência como condição pessoal; confrontar o entendimento com o princípio fundamental, para, ao final, verificar se o posicionamento do STJ que caracteriza a reincidência como condição pessoal é

compatível com o princípio fundamental da individualização da pena, previsto no art. 5º, XLVI, da Constituição da República.

O método de abordagem adotado para o desenvolvimento da pesquisa é o método dedutivo, que parte das teorias e leis, e na maioria das vezes prediz a ocorrência dos fenômenos particulares. Tal método permite ao pesquisador, após análise de premissas verdadeiras, obter uma conclusão igualmente verdadeira. Nesse contexto, a pesquisa bibliográfica, é um tipo específico de produção científica, feita com base em textos como livros, artigos científicos, ensaios críticos, dicionários, enciclopédias, jornais, revistas, resenhas, resumos (MARCONI; LAKATOS, 2022). Essa técnica é a principal fonte de levantamento de dados, associado ao estudo do julgado específico do STJ, o Agravo Regimental no Habeas Corpus nº 599.016/RS.

Desse modo, será feita a análise da legislação vigente, da doutrina e de artigos científicos acerca do princípio da individualização da pena, bem como da reincidência, visando, ao final, responder o problema de pesquisa acerca da compatibilidade do posicionamento do STJ com o princípio fundamental. Além disso, será apontado a pertinência do princípio da culpabilidade para melhor compreensão da reincidência.

Ademais, adota-se, para esta pesquisa, as considerações de Carmen Silvia de Moraes Barros (2001) acerca do princípio da individualização da pena na esfera da execução penal. A autora corrobora que o princípio não se reduz a uma mera declaração formal de boas intenções, mas impõe exigências concretas, devendo ser observado em toda sua extensão. Assim, os juízes estão sujeitos ao princípio da individualização da pena e não podem contrariá-lo por meio de suas decisões, pois, para que as garantias constitucionais sejam efetivadas, é necessário que tenham real operatividade e que cumpram a função de tutela da dignidade da pessoa humana (BARROS, 2001, p. 211).

Por fim, não tem o presente trabalho o audacioso objetivo de exaurir o tema, mas de buscar aflorar a discussão acerca da individualização da pena na execução penal, partindo do entendimento majoritário jurisprudencial, tendo em vista que as problemáticas enfrentadas no curso da execução penal não são objetos recorrentes de pesquisa científico-jurídica, ou seja, trata-se de um campo pouco explorado do

direito penal. Por isso, a presente discussão acerca da reincidência como condição pessoal reconhecida na execução penal, bem como o estudo relacionando-a com o princípio da individualização da pena, que já conta com vasto material científico e doutrinário, torna a pesquisa relevante. O fomento desse debate também oportuniza o aprofundamento teórico e prático no campo da execução penal.

1 O PRINCÍPIO DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA APLICADO À EXECUÇÃO PENAL

O princípio fundamental da individualização da pena está previsto no art. 5º, XLVI, da Constituição Federal (BRASIL, [2023]a), bem como no art. 5º, da Lei de Execução Penal (BRASIL, [2022]):

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

XLVI - a lei regulará a individualização da pena [...]

Art. 5º Os condenados serão classificados, segundo os seus antecedentes e personalidade, para orientar a individualização da execução penal.

A observância do princípio constitucional da individualização da pena é crucial em três momentos distintos: durante a individualização legislativa, quando ocorre o processo de conhecimento e na fase executória da pena (BARROS, 2001). Na execução penal, atento ao que dispõe o art. 1º, da Lei nº 7.210/1984¹ (Lei de Execução Penal), o juízo deve assegurar durante toda a execução a concretização dos direitos fundamentais, com exceção daqueles que são atingidos pela própria imposição da pena (BARROS, 2001), por exemplo o direito de ir e vir.

A preocupação em respeitar os direitos constitucionais durante o curso da execução penal visa garantir ao apenado um processo justo. Nesse sentido, afirmar que o processo deve ser justo implica que ele deve ser estruturado de acordo com regras que assegurem plenamente as garantias fundamentais (PRESOTTI; NETO, 2014), inclusive a aplicação do princípio fundamental da individualização da pena.

No início dos anos 2000, acerca da individualização da pena em matéria de execução penal, o Supremo Tribunal Federal (STF) enfrentou a questão da constitucionalidade do art. 2º, § 1º, da Lei de Crimes Hediondos, o qual estabelecia que o cumprimento da pena de crimes hediondos se daria integralmente no regime fechado. Na ocasião,

¹ “Art. 1º A execução penal tem por objetivo efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado” (BRASIL, [2022]).

o relator do Habeas Corpus 82.959/SP, Ministro Marco Aurélio (2003), proferiu voto pela declaração de inconstitucionalidade do referido dispositivo. Suscitou, nestes termos, o claro conflito com a Constituição Federal:

É que tenho como relevante a argüição de conflito do § 1º do artigo 2º da Lei nº 8.072/90 com a Constituição Federal, considerado quer o princípio isonômico em sua latitude maior, quer o da individualização da pena previsto no inciso XLVI do artigo 5º da Carta, quer, até mesmo, o princípio implícito segundo o qual o legislador ordinário deve atuar tendo como escopo maior o bem comum, sendo indissociável da noção deste último a observância da dignidade da pessoa humana, que é solapada pelo afastamento, por completo, de contexto revelador da esperança, ainda que mínima, de passar-se ao cumprimento da pena em regime menos rigoroso (BRASIL, 2006, p. 514).

Na exposição de seu voto, ainda sobre o princípio da individualização da pena, o Ministro destacou que:

[...] a pena é individualizada porque o Estado-Juiz, ao fixá-la, está compelido, por norma cogente, a observar as circunstâncias judiciais, ou seja, os fatos objetivos e subjetivos que se fizeram presentes à época do procedimento criminalmente condenável. Ela o é não em relação ao crime considerado abstratamente, ou seja, ao tipo definido em lei, mas por força das circunstâncias reinantes à época da prática (BRASIL, 2006, p. 516).

O julgamento do Supremo Tribunal Federal rompeu com a jurisprudência até então dominante e declarou a inconstitucionalidade do art. 2º, § 1º, da Lei de Crimes Hediondos com fundamento no princípio da individualização da pena, em sede de execução penal.

Diante disso, fica evidente a relevância de aplicar e compreender os princípios presentes na Constituição Federal, nas regulamentações do Direito Penal e do Direito Processual, na Lei de Execução Penal, bem como nos tratados internacionais que abordam assuntos relacionados ao direito penal e aos direitos humanos, a fim de garantir uma execução adequada da pena.

Fundamentalmente, os princípios no âmbito da execução penal exercem função limitadora do poder executório estatal sobre as pessoas. Dessa constatação, extrai-se que os princípios da execução penal i) não podem ser fundamento de restrição de direitos; e ii) devem ser interpretados *pro homine* (ROIG, 2022).

Relativo a essa questão, Roig (2015) aborda que o princípio da individualização assume que a falta de clareza nas normas de aplicação de pena se contrapõe ao princípio da legalidade, uma vez que a imposição ou aumento de pena carece de base em lei estrita. Em diferentes termos, torna-se impossível utilizá-la de maneira prejudicial ao acusado, tanto por parte do executor quanto pelo intérprete da norma.

Nesse sentido, a Convenção Americana de Direito Humanos, aderida pelo Estado brasileiro em 25 de setembro de 1992, acerca da interpretação das normas, fixa no art. 29, alínea “b” que:

Nenhuma disposição desta Convenção pode ser interpretada no sentido de:
[...]
b) limitar o gozo e exercício de qualquer direito ou liberdade que possam ser reconhecidos de acordo com as leis de qualquer dos Estados-Partes ou de acordo com outra convenção em que seja parte um dos referidos Estados; (BRASIL, [1992]).

No bojo do princípio discutido neste ponto, é certo que não se trata apenas de uma afirmação formal de boas intenções, mas uma imposição de exigências concretas, ou seja, os juízes estão obrigados por este princípio e não podem ignorá-lo em suas decisões (BARROS, 2001). Para garantir a eficácia das proteções constitucionais, é vital que esse princípio seja operacional e assegure a proteção da dignidade humana.

Assim, sendo os princípios uma ordenação que compõem o sistema normativo, e propiciam alicerce para a interpretação, integração, conhecimento e eficiência na aplicação do direito positivo (NUCCI, 2014), o juízo da execução penal deve observar todos os princípios constitucionais no curso da execução da pena, a fim de proporcionar ao apenado o pleno gozo de seus direitos a despeito do cumprimento da pena.

Em relação à efetiva aplicação do princípio da individualização da pena, entende-se que individualizar o cumprimento seria particularizar uma situação genérica, especializar o geral, evitando a estandardização (NUCCI, 2014). A individualização da pena na execução penal projeta o foco na gestão da pena e na reabilitação do infrator.

Nessa perspectiva, o princípio no cumprimento de pena não se limita à humanização das condições em que o sentenciado se encontra para cumprir a pena, mas para além disso, atinge a individualização das circunstâncias jurídicas do cumprimento da pena de cada condenação.

Não está em debate a relevância da individualização da pena no tocante às particularidades enfrentadas diariamente por cada apenado dentro do Sistema Prisional. Frente a essas circunstâncias, o juízo da execução deve estar vigilante e, na medida do possível, acatar o pedido específico, respeitando os limites impostos pela legislação, bem como as limitações das Unidades Prisionais.

No entanto, o recorte proposto recai sobre a necessidade de tratamento individualizado para cada guia de execução². Em outras palavras, torna-se imperativo que sejam minuciosamente diferenciados os elementos judiciais pertinentes ao cumprimento de cada sentença condenatória, ao invés de se adotar uma abordagem genérica e uniforme para toda a execução penal.

Isso implica que a análise individualizada não deve apenas se restringir às circunstâncias pessoais do condenado, mas também se estender às particularidades legais e processuais que moldam cada caso. Cada guia de execução requer um exame detalhado das circunstâncias judiciais e das características do crime cometido, uma vez que são fatores que influenciam diretamente no atestado de pena do apenado.

A individualização dos aspectos materiais da execução penal se alinha com a busca por uma justiça mais equitativa e coerente. Cada condenação possui especificidades que precisam ser reconhecidas e consideradas, garantindo assim que a aplicação da pena seja adequada e proporcional à natureza e à gravidade do delito.

² A Guia de Execução Penal, regulada nos arts. 105 e seguintes da LEP, é um documento expedido pela Vara em que tramitou a ação penal e remetido à Vara de Execução Penal, onde será implementada. Na Guia devem constar as principais informações do processo, como o total da penal, os crimes em que o réu foi condenado e os seus dados pessoais.

O exame do princípio da individualização da pena no âmbito da execução penal, para além de enfatizar a abordagem humanitária das condições de cumprimento da pena, também incorpora uma perspectiva material. Nesse sentido, o juízo da execução penal deve considerar as circunstâncias legais estabelecidas na decisão condenatória. Isso se justifica pelo fato de que é por meio dessas circunstâncias, como mencionado no art. 59, do Código Penal (BRASIL, [2023]b), que a individualização da pena se concretizou na fase de conhecimento.

Portanto, o cerne desse enfoque é reconhecer que o tratamento penal deve ser adaptado não somente ao indivíduo condenado, mas também às particularidades intrínsecas a cada processo criminal. Essa perspectiva não apenas reflete a essência do princípio da individualização da pena, mas também reforça o comprometimento e a observância de todos os princípios inerentes à execução penal.

2 A REINCIDÊNCIA COMO CONDIÇÃO PESSOAL

Conforme preceitua o art. 63, do Código Penal, “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” (BRASIL, [2023]b). Nas palavras de Nucci (2023, p. 105):

Reincidente é a pessoa que torna a praticar crime, depois de já ter sido condenado anteriormente em caráter definitivo (art. 63, CP). A reincidência não passa de uma recaída e, como tal, não significa nova punição pelo mesmo fato. Ao contrário, busca-se valorar esse aspecto para efeito de individualização da pena, do mesmo modo que se concede efeito positivo aos bons antecedentes e à primariedade.

Essa reincidência não apenas influencia no processo de conhecimento, especialmente no que se refere à dosimetria da pena (arts. 59 e 61, do Código Penal), mas também desempenha papel crucial na execução penal. Isso ocorre devido à introdução da Lei nº 13.964/2019, popularmente conhecida como “Pacote Anticrime”, que trouxe alterações substanciais nos lapsos temporais de cumprimento de pena necessários para obtenção da progressão de regime e do livramento condicional.

A fim de estabelecer um contexto adequado à problemática, cumpre destacar que anterior à vigência da Lei nº 13.964/2019, o lapso temporal, requisito objetivo para progressão de regime, estava segmentado em três circunstâncias específicas: i) 1/6 (um sexto) do cumprimento da pena, tanto para condenados primários quanto reincidentes, nos casos de crimes comuns³; ii) 2/5 (dois quintos) da pena para condenados primários, em crimes hediondos e equiparados; e iii) 3/5 (três quintos) da pena para condenados reincidentes em crimes hediondos e equiparados⁴.

³ “Art. 112, da Lei nº 7.210/1984. A pena privativa de liberdade será executada em forma progressiva com a transferência para regime menos rigoroso, a ser determinada pelo juiz, quando **o preso tiver cumprido ao menos um sexto da pena no regime anterior** e ostentar bom comportamento carcerário, comprovado pelo diretor do estabelecimento, respeitadas as normas que vedam a progressão. (Redação dada pela Lei nº 10.792, de 2003)” (BRASIL, [2022], grifo nosso).

⁴ “Art. 2º, § 2º, da Lei nº 8.072/1990. A progressão de regime, no caso dos condenados pelos crimes previstos neste artigo, dar-se-á após **o cumprimento de 2/5 (dois quintos) da pena, se o apenado for primário, e de 3/5 (três quintos), se reincidente**, observado o disposto nos §§ 3º e 4º do art. 112 da Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984 (Lei de Execução Penal).” (BRASIL, [2022], grifo nosso).

As alterações trazidas pela Lei nº 13.964/2019 modificaram significativamente os lapsos temporais para progressão de regime, incluindo novas porcentagens para casos específicos. Com a nova redação, todas as hipóteses passaram a ser concentradas, integralmente, no art. 112, da Lei nº 7.210/1984, da seguinte maneira:

Art. 112. A pena privativa de liberdade será executada em forma progressiva com a transferência para regime menos rigoroso, a ser determinada pelo juiz, quando o preso tiver cumprido ao menos:

I - 16% (dezesesseis por cento) da pena, se o apenado for primário e o crime tiver sido cometido sem violência à pessoa ou grave ameaça;

II - 20% (vinte por cento) da pena, se o apenado for reincidente em crime cometido sem violência à pessoa ou grave ameaça;

III - 25% (vinte e cinco por cento) da pena, se o apenado for primário e o crime tiver sido cometido com violência à pessoa ou grave ameaça;

IV - 30% (trinta por cento) da pena, se o apenado for reincidente em crime cometido com violência à pessoa ou grave ameaça;

V - 40% (quarenta por cento) da pena, se o apenado for condenado pela prática de crime hediondo ou equiparado, se for primário;

VI - 50% (cinquenta por cento) da pena, se o apenado for:

a) condenado pela prática de crime hediondo ou equiparado, com resultado morte, se for primário, vedado o livramento condicional;

b) condenado por exercer o comando, individual ou coletivo, de organização criminosa estruturada para a prática de crime hediondo ou equiparado; ou

c) condenado pela prática do crime de constituição de milícia privada;

VII - 60% (sessenta por cento) da pena, se o apenado for reincidente na prática de crime hediondo ou equiparado;

VIII - 70% (setenta por cento) da pena, se o apenado for reincidente em crime hediondo ou equiparado com resultado morte, vedado o livramento condicional (BRASIL, [2022]).

Nota-se que o que previamente estava fragmentado em três cenários, a partir de 2020, com a vigência da lei, se desmembrou em oito circunstâncias diversas, que podem, ou não, acarretar agravamento na execução da pena do indivíduo. Para aqueles já condenados, qualquer modificação no atestado de pena só ocorrerá se for em benefício, de acordo com o princípio da retroatividade da lei penal mais benéfica.

No que tange ao livramento condicional, as frações de tempo de cumprimento de pena exigidas para sua concessão permaneceram inalteradas, nos termos do art. 83, incisos I, II e V, do Código Penal⁵. No entanto, a Lei nº 13.964/2019, ao incluir os

⁵ “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; [...] V - cumpridos **mais de dois terços da pena**, nos casos de **condenação por crime hediondo**, prática de tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, tráfico de pessoas e terrorismo, se o apenado **não for reincidente específico em crimes dessa natureza**” (BRASIL, [2022], grifo nosso).

incisos VI e VIII ao art. 112 da Lei nº 7.210/1984, acrescentou hipóteses de vedação ao livramento condicional. Assim, o indivíduo condenado pela prática de crime hediondo com resultado morte, seja ele primário ou reincidente, não terá direito ao livramento condicional.

Considerando as novas hipóteses trazidas pelo Pacote Anticrime para progressão de regime, observa-se que a questão da reincidência está presente em quatro dos oito incisos. Nesse contexto, percebe-se que a reincidência é levada a efeito ao indivíduo que voltou a delinquir, causando-lhe maiores prejuízos e agravantes na fixação executória da pena para alcance de eventuais benefícios (MENDES, 2018), independentemente da natureza do crime.

Nessa toada, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) tem jurisprudência reconhecendo a reincidência como condição pessoal na execução penal. Em termos práticos, o entendimento da reincidência como condição pessoal altera de maneira significativa o atestado de pena do sentenciado reincidente, específico ou não, que passa a cumprir todas as condenações na fração/porcentagem de reincidente para progressão de regime ou livramento condicional, independentemente se era primário à época dos fatos da primeira condenação.

Por fim, cumpre esclarecer que, apesar de o problema de pesquisa deste trabalho analisar a individualização da pena na reincidência como condição pessoal, é fundamental abordar o princípio da culpabilidade antes de discutir o posicionamento do STJ. Isso se faz necessário para uma compreensão mais aprofundada sobre a reincidência.

2.1 A REINCIDÊNCIA COMO CONDIÇÃO PESSOAL SOB O PRINCÍPIO DE CULPABILIDADE: DIREITO PENAL DO AUTOR?

O princípio de culpabilidade é um desdobramento lógico do princípio da dignidade da pessoa humana, por isso, possui amparo constitucional conforme disposto no art. 5º, XLV, da Constituição Federal (BRUNONI, 2007), e ainda guarda íntima conexão com os postulados da individualização da pena. Por isso, torna-se relevante analisar,

brevemente, a reincidência como condição pessoal, relacionando-a com o direito penal do autor, à luz do princípio da culpabilidade.

Para Bitencourt (2020), em sua forma mais elementar, esse princípio implica que não há crime sem culpabilidade. Assim, a responsabilização não será objetiva, mas subjetiva, imprescindível à análise de dolo ou culpa. Esse princípio é implicitamente contemplado na Constituição, haja vista que não se admite, em um Estado Democrático de Direito, transformar a punição mais gravosa que o ordenamento pode impor em uma mera relação de causalidade, sem a presença da vontade ou previsibilidade do agente (NUCCI, 2022).

O princípio de culpabilidade assume três dimensões distintas: i) fundamento da pena; ii) limite da pena; e iii) conceito contrário à responsabilidade objetiva. O entendimento do princípio nesses moldes permite a extração de importantes consequências materiais, incluindo a ideia de que a responsabilidade penal só deve ser atribuída à prática de um fato típico e antijurídico, sobre o qual recai o juízo de culpabilidade, de modo que a responsabilidade é pelo fato e não pelo autor (BITENCOURT, 2020).

Nessa linha, Masson (2020) também discute o princípio de culpabilidade, porém o divide em dois outros princípios: i) o princípio da responsabilidade pelo fato, em que é essencial que as definições legais de crimes descrevam ações e lhes atribuam as penas correspondentes, em vez de estigmatizar indivíduos com base em características específicas; e ii) o princípio da responsabilidade penal subjetiva que, em sua essência, estabelece que nenhuma consequência penalmente significativa pode ser atribuído a quem não o tenha produzido por dolo ou culpa.

Após estabelecidas as premissas, assume-se para a análise da reincidência como condição pessoal, a perspectiva do princípio de culpabilidade como responsabilidade pelo fato, o que difere do entendimento de culpabilidade como um elemento do conceito analítico de crime.

Nesses termos, a noção de culpabilidade remete à questão do direito penal do autor e do fato, uma vez que se trata de objeto do juízo de culpabilidade (BARROS, 2001). A distinção fundamental entre o direito penal do autor e o direito penal do fato reside

na natureza da sanção. No primeiro, a sanção é determinada pela identidade da pessoa, ou seja, ela é definida quando se analisa quem é o infrator. Por outro lado, no segundo, a sanção não é influenciada pelos aspectos individuais do indivíduo, mas sim pela natureza do ato que ele cometeu.

Para Zaffaroni e Pierangeli (2008), seria o direito penal do autor, embora não haja um consenso acerca do conceito, uma corrupção do direito penal, em que se proíbe a forma de ser do autor, considerada delitativa. Em complemento, afirmam que:

O ato teria valor de sintoma de uma personalidade; o proibido e reprovável ou perigoso, seria a personalidade e não o ato. Dentro desta concepção não se condena tanto o furto, como o "ser ladrão", não se condena tanto o homicídio como o ser homicida, o estupro, como o ser delinquente sexual etc. (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2008, p. 107).

Logo, o direito penal do autor resulta na punição do agente devido à predisposição para o crime, além do próprio ato criminoso, uma vez que a avaliação da personalidade como alvo de reprovação implica em um julgamento moral inaceitável sobre o autor (BARROS, 2001).

Por essa lógica, Roxin (1997, p. 177) considera que o princípio de culpabilidade favorece mais o desenvolvimento de um direito penal do fato do que um direito penal do autor. Isso porque um ordenamento jurídico fundamentado em princípios característicos de um Estado de Direito inevitavelmente tenderá a adotar um direito penal do fato.

O direito penal do fato se mostra mais pertinente, uma vez que é percebido como uma norma jurídica, na qual a pena está associada à conduta individual devidamente tipificada, e a sanção representa apenas a resposta ao ato específico, não abrangendo toda a conduta ao longo da vida do autor ou os perigos que podem surgir no futuro dele (ROXIN, 1997, p. 176).

Portanto, essa teoria, que se mostra mais compatível com o sistema jurídico brasileiro, conjectura que a responsabilidade do agente não se dá pelo seu caráter ou pelo que se é. Ao contrário, todos devem ser punidos pelo que fazem, por isso, apenas suas ações podem ser culpabilizadas.

Dessa forma, à luz do princípio em foco, em conjunto com o princípio da individualização da pena, tema central deste estudo, a reincidência na execução penal não pode ser compreendida sob a ótica do direito penal do autor, mas sim do fato. Isso ocorre pois o direito penal deve se direcionar a fatos e não a pessoas, devendo o tratamento penal atribuído ao primeiro fato delitivo ser mantido ao longo de toda a execução da pena.

2.2 FUNDAMENTAÇÃO ADOTADA PELO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA NO AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS Nº 599.016/RS

Para a análise foi selecionado o Agravo Regimental no Habeas Corpus nº 599.016/RS, relatoria do Ministro Ribeiro Dantas, julgamento pela 5ª Turma do Superior Tribunal de Justiça.

Primeiramente, é pertinente ressaltar que o julgado foi escolhido como paradigma, pois com a implementação do Pacote Anticrime, a discussão acerca da reincidência como condição pessoal na execução penal foi reavivada. Anteriormente, como já visto, existiam apenas três situações que configuravam o requisito objetivo para a progressão de regime. Entretanto, com as alterações introduzidas, as hipóteses desse requisito foram ampliadas. No acórdão escolhido, a Defensoria Pública Estadual fez menção a essa mudança substancial, reintroduzindo o tema em debate. Além disso, parte da doutrina⁶ cita o julgado da 5ª Turma como um exemplo do entendimento jurisprudencial, possivelmente por ser um julgamento recente, datado de 10 de agosto de 2021.

Antes de examinar o posicionamento adotado pelo STJ, é relevante esclarecer que a fundamentação dos julgados recentes se restringe a colacionar decisões anteriores com o propósito de reforçar o entendimento previamente estabelecido, sem um desenvolvimento argumentativo das premissas que levaram à conclusão do tribunal. Portanto, a análise irá se concentrar em algumas ementas retiradas do Agravo Regimental no Habeas Corpus nº 599.016/RS, que foi escolhido como paradigma, a

⁶ Como exemplo, cita-se Roig (2022, p. 272).

fim de identificar a origem, ou seja, o acórdão mais antigo, que considerou a reincidência como condição pessoal.

O acórdão paradigma tem por objeto o julgamento do Agravo Regimental interposto em face da decisão do Relator Ribeiro Dantas, que negou provimento ao habeas corpus. No caso concreto, consoante citado no acórdão do STJ, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul deu provimento ao agravo em execução interposto pelo Ministério Público e cassou o benefício do livramento condicional concedido ao apenado, por entender que “[...] a reincidência recai sobre a pessoa do condenado, sobre o histórico de crimes perpetrados, e não sobre os delitos praticados individualmente ou de mesmo cunho” (BRASIL, *apud* BRASIL, 2021, p. 5).

Dessa forma, considerando que o apenado acumulava quatro condenações, sendo reincidente, o entendimento foi pela necessidade do cumprimento de metade da pena⁷ (recaindo sobre a pena total, e não apenas nas condenações em que a reincidência foi reconhecida em sentença) como requisito objetivo para a obtenção do livramento condicional. No caso concreto, o apenado alcançaria a marca de metade da pena somente em 21 de julho de 2021, o que significa que ele ainda não era elegível para o benefício.

Nas razões recursais, a Defensoria Pública alegou que, principalmente após as significativas mudanças introduzidas pelo Pacote Anticrime, a análise deveria ser de forma individualizada acerca de cada guia, aplicando, assim, as respectivas porcentagens/frações para a concessão dos benefícios:

[...] a reincidência há que ser considerada em relação a cada uma das condenações que pesem contra o cidadão, especialmente após a entrada em vigor da Lei no 13.964/19, que, estabelecendo frações muito específicas para a progressão de regime [...] tornou imprescindível a análise individualizada de cada uma das condenações que componham uma determinada execução penal (BRASIL, *apud* Brasil, 2021).

⁷ O entendimento partiu do art. 83 do Código Penal, segundo o qual: “[...] O juiz poderá conceder livramento condicional ao condenado a pena privativa de liberdade igual ou superior a 2 (dois) anos, desde que: [...] II - **cumprida mais da metade** se o condenado **for reincidente** em crime doloso;” (BRASIL, [2023]b, grifo nosso).

No entanto, o Relator se apoiou na jurisprudência do STJ e colacionou dezenas de ementas no mesmo sentido, negando provimento ao Agravo Regimental:

[...] uma vez que a reincidência consiste em condição pessoal, relacionando-se, portanto, à pessoa do condenado e não às suas condenações individualmente consideradas, devendo segui-lo durante toda a execução penal, não havendo falar, sequer, em ofensa aos limites da coisa julgada.

[...]

Ante o exposto, nego provimento ao agravo regimental. É o voto (BRASIL, 2021).

Em análise às ementas mencionadas no referido acórdão, destaca-se o Habeas Corpus nº 307.180/RS, de relatoria do Ministro Felix Fischer. Nota-se que o próprio STJ o entendeu como relevante para compor o informativo nº 561 (BRASIL, 2015). Todavia, a despeito de não aprofundar a discussão em si acerca da reincidência como condição pessoal, o acórdão reafirma o entendimento da Corte nos mesmos moldes:

[...] a condição de reincidente, uma vez adquirida pelo sentenciado, estende-se sobre a totalidade das penas somadas, não se justificando a consideração isolada de cada condenação e tampouco a aplicação de percentuais diferentes para cada uma das reprimendas (BRASIL, 2015).

Além disso, ainda a respeito do Habeas Corpus nº 307.180/RS, como forma de corroborar o entendimento, o relator faz referência ao Habeas Corpus nº 95.505/RS, de relatoria do Ministro Jorge Mussi, julgamento em 2009. Em análise, observa-se que o referido acórdão é um dos primeiros que inaugura o debate da reincidência como condição pessoal, ainda que na época a discussão não tivesse sido assim nomeada. Tal conclusão torna-se possível, pois os acórdãos atuais (STJ, Agravo Regimental no Habeas Corpus nº 509.877/MS, 5ª Turma, julgamento em 06.06.2019; Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1.724.683/RO, 6ª Turma, julgamento em 11.12.2018) o mencionam como um precedente significativo.

No caso concreto, a Defensoria Pública inaugurou a discussão sobre a individualização da pena nas frações para o livramento condicional no que tange à reincidência. Nesse sentido, alegou que os requisitos para o livramento condicional deveriam ser considerados individualmente em relação a cada execução. Isso implicaria na aplicação da fração de 1/3 (um terço) para as condenações em que o apenado era primário e de 1/2 (um meio) para aquelas em que ele era reincidente (BRASIL, 2009, p. 2).

Entretanto, a interpretação adotada pelo relator foi no sentido de que para a concessão do livramento condicional seria necessário o transcurso do lapso temporal de 1/2 (um meio) de cumprimento da pena. Logo, a aplicação simultânea de 1/3 (um terço) do cumprimento da pena, para os crimes em que no momento de sua prática o réu era primário, e 1/2 (um meio), nos crimes em que ele já era reincidente, não poderia ser considerada (BRASIL, 2009).

Embora seja um dos primeiros julgamentos a abordar a questão da reincidência no âmbito da execução penal, é notável que o acórdão em questão não apresenta argumentos substanciais, e não promove uma discussão aprofundada sobre o tema.

A aparente lacuna nesse julgamento reside no fato de que sua base de fundamentação repousa, quase exclusivamente, em um trecho da doutrina de Sidio Rosa de Mesquita Junior, no qual o autor afirma que, se o condenado for reincidente em um crime doloso, o requisito temporal para a obtenção do livramento condicional será reduzido pela metade. Portanto, se um indivíduo é considerado primário em relação a um delito e reincidente em outro, de acordo com esse entendimento, o requisito para a concessão do livramento condicional seria estabelecido como metade do somatório das penas aplicadas. Consequentemente, não haveria a necessidade de calcular a aplicação de 1/3 (um terço) da pena para um crime, somado à metade de 1/2 (um meio) da pena do outro crime, uma vez que a lei se refere ao condenado reincidente (BRASIL, *apud* MESQUITA JUNIOR, 2009).

Entretanto, a simplicidade dessa abordagem suscita dúvidas quanto à sua aplicação universal e à sua adequação ao princípio da individualização da pena. Seria necessário um exame mais abrangente e uma discussão mais profunda para se determinar a extensão da sua aplicabilidade e se é coerente com as nuances da legislação e dos princípios jurídicos que regem o direito penal. Dessa forma, embora o acórdão tenha abordado a questão da reincidência, seu tratamento carece de uma fundamentação mais abrangente e rigorosa para sustentar sua interpretação.

Nesse contexto, a falta de uma fundamentação sólida apresenta-se como uma questão problemática, particularmente no contexto dos julgamentos contemporâneos.

O problema reside na mera perpetuação de um entendimento estabelecido anteriormente, em meados dos anos de 2008 e 2009, sem que haja uma abordagem profunda acerca da reincidência com condição pessoal, principalmente após a vigência do Pacote Anticrime.

Esta ausência de debate ou revisão crítica do entendimento previamente firmado levanta preocupações substanciais, especialmente quando se considera que a aplicação prática dessa interpretação, que careceu de uma análise mais aprofundada, continua a influenciar as decisões atuais. A consequência é a adesão a uma posição que, aparentemente, não foi sujeita a uma revisão substancial ou um exame cuidadoso.

No entanto, a construção argumentativa das decisões judiciais, bem como a sua adequação ao direito à fundamentação, não se encontra no objeto específico deste trabalho. Por isso, e tendo em vista o problema de pesquisa proposto, neste estudo será tomada de forma abstrata a conclusão da tese do Tribunal e não seus fundamentos: a consideração da reincidência como condição pessoal na execução penal. Assim, no próximo e último capítulo ela será confrontada com o princípio-garantia à individualização da pena.

3 A REINCIDÊNCIA COMO CONDIÇÃO PESSOAL ANTE O PRINCÍPIO DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA

No processo de execução penal a questão da reincidência como condição pessoal tem destaque quando há a unificação das penas. Isso porque a Lei de Execução Penal estabelece que o incidente de soma e unificação das penas será instaurado quando sobrevierem condenações de processos distintos:

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 (BRASIL, [2022]).

Portanto, o juízo da execução penal em que o processo do condenado se encontra, será competente para somar e unificar as penas, determinar o regime de cumprimento de pena e detrair ou remir a pena, quando for necessário. Isso ocorre mesmo que as condenações sejam provenientes de vários Estados da Federação (MARCÃO, 2023, p. 43).

Como aludido, a reincidência se caracteriza quando o agente volta a delinquir, o que lhe acarreta consequências práticas mais gravosas na fixação e na execução da pena do novo crime cometido. E é justamente nesse cenário, no qual a segunda pena é agravada em razão da reincidência, que o princípio da individualização da pena deve ser observado, haja vista que a primeira pena não pode ser prejudicada por fato posterior.

Na execução penal, o princípio da individualização da pena tem maior destaque no sistema progressivo adotado pelo ordenamento jurídico brasileiro. É o que se denota do art. 112, da Lei de Execução Penal (BRASIL, [2022]), que estabelece os diversos lapsos temporais de pena que devem ser cumpridos até a progressão de regime. Sobre o tema, Avena (2019, p. 211), esclarece que a progressão do regime prisional fundamenta-se na necessidade de individualização da execução e tem por fim

assegurar que a pena privativa de liberdade a que submetido o condenado alcançará efetivamente seu objetivo, que é o de reinserção na sociedade.

Os efeitos da reincidência como condição pessoal impactam diretamente na progressão de regime e no livramento condicional, uma vez que o apenado terá que cumprir, indevidamente nas condenações em que era primário, maior lapso temporal da pena para alcançar o requisito objetivo dos benefícios. Para melhor compreensão prática do tema foi escolhido o atestado de pena em anexo (Anexo A), extraído do Sistema de Eletrônico de Execução Unificado (SEEU), utilizado pelo Poder Judiciário do Estado do Espírito Santo.

No processo, o apenado possui duas condenações, respectivamente em 2010 e 2018: i) art. 121, § 2º, do Código Penal; ii) art. 157, § 2º e art. 213, caput, ambos do Código Penal. A soma das penas totaliza 32 (trinta e dois) anos, 11 (onze) meses e 20 (vinte) dias, conforme se vê no recorte abaixo.

FIGURA 01 – CONDENAÇÕES

CONDENAÇÕES			
Ação Penal	Pena Original	Vara	Trânsito em Julgado
Artigos			
██████████.2010.8.08.0038	14a6m0d - PENA	2ª VARA CRIMINAL DE NOVA VENÉCIA	16/01/2012
Art. 121, § 2º, Lei 2848/40 - Código Penal ;			
██████████.2018.8.08.0045	18a5m20d - PENA	2ª VARA DE SÃO GABRIEL DA PALHA/ES	09/08/2022
Art. 157, § 2º, Lei 2848/40 - Código Penal ; Art. 213, CAPUT, Lei 2848/40 - Código Penal ;			
PRISÕES			
Dt da Prisão	Tipo de Evento	Complemento	
20/10/2010	PRISÃO/INÍCIO DE CUMPRIMENTO	PRISÃO EM FLAGRANTE	
17/07/2018	PRISÃO/INÍCIO DE CUMPRIMENTO	PRISÃO EM FLAGRANTE	
RESUMO DA SITUAÇÃO EXECUTÓRIA			
Pena Total:	32a11m20d		
Pena Cumprida Até Dt Atual:	12a10m9d		
Pena Remanescente:	20a1m11d		
Total Detração:	0a0m0d		
Total Interrupções:	0a6m13d		
Total Computo Diferenciado:	0a0m0d		
Total Dias Remidos:	187		
Regime Atual:	Fechado - ATIVO		
Harmonização:	Não		
Interrupção de Cumprimento:			

Fonte: Espírito Santo, [2023].

Observa-se que o apenado cumpria pena referente ao crime cometido em 2010, quando em 2018, enquanto ainda cumpria pena em regime aberto, foi preso em

flagrante por novo crime. Por conseguinte, em razão da nova condenação, teve suas penas somadas e unificadas.

No tocante ao lapso temporal para a progressão ao regime, foi imposto ao apenado o cumprimento do requisito objetivo nas frações de 1/6 (um sexto), crime comum, e 3/5 (três quintos), hediondo reincidente. Isso ocorre porque o apenado possui uma condenação por crime comum (art. 157, § 2º) e duas condenações por crimes hediondos (arts. 121, § 2º e 213, caput).

FIGURA 02 – PREVISÃO REGIME SEMIABERTO

PROGRESSÃO DE REGIME: SEMIABERTO	
Data Base:	05/07/2021
Gestante LEP Art 112 (1/8):	0a0m0d
Comum (1/6):	1a7m13d
Hediondo Primário (2/5):	0a0m0d
Hediondo Reincidente (3/5):	7a6m9d
Primário Sem VGA (16%):	0a0m0d
Reincidente Sem VGA (20%):	0a0m0d
Primário Com VGA (25%):	0a0m0d
Reincidente Com VGA (30%):	0a0m0d
Hediondo Primário (40%):	0a0m0d
Hediondo Primário Com Morte (50%):	0a0m0d
Hediondo Reincidente (60%):	0a0m0d
Hediondo Reincidente Com Morte (70%):	0a0m0d
Previsão de Alcance:	26/08/2030

Fonte: Espírito Santo, [2023].

Nos autos dessa Execução Penal, por requerimento do Ministério Público, a magistrada reconheceu a reincidência como condição pessoal e determinou que a serventia cartorária retificasse o atestado de pena nesses moldes. Ou seja, antes o apenado cumpria pena da seguinte forma: 1/6 (um sexto) referente à condenação do art. 157, § 2º; 2/5 (dois quintos) referente à condenação do art. 121, § 2º, por ser primário à época dos fatos; e 3/5 (três quintos) referente à condenação do art. 213, caput. Com a retificação, a situação do apenado é prejudicada, visto que passou a cumprir as duas condenações por crime hediondo em 3/5 (três quintos).

No que tange ao livramento condicional, o equívoco fica ainda mais evidente, haja vista que o atestado de pena foi retificado para duas circunstâncias, conforme se vê no recorte abaixo: i) 1/2 (um meio) para reincidente em crime comum; e ii) 1/1 (um) para reincidente em crime hediondo. Em análise ao processo, é fácil verificar que o apenado possui apenas uma condenação por crime comum (art. 157, § 2º), e apenas

cumpra pena em 1/2 (um meio), fração destinada aos reincidentes em crime comum, em razão da aplicação da reincidência como condição pessoal.

FIGURA 03 – PREVISÃO LIVRAMENTO CONDICIONAL

LIVRAMENTO CONDICIONAL	
Data Base:	20/10/2010
Comum Primário (1/3):	0a0m0d
Comum Reincidente (1/2):	4a10m10d
Hediondo (2/3):	0a0m0d
Hediondo Reincidente ou Revogação L.C. (1/1):	23a3m0d
Previsão de Alcance:	06/12/2038

Fonte: Espírito Santo, [2023].

A consideração da reincidência como condição pessoal infere que os efeitos da reincidência recairão sobre todo o atestado de pena do apenado, inclusive sobre as penas em que era primário à época dos fatos, como foi possível ilustrar na análise feita. A consequência lógica desse posicionamento é a permanência em regime de cumprimento mais gravoso, atrasando o benefício da progressão de regime/livramento condicional, o que prejudica o apenado e fere, evidentemente, o princípio da individualização da pena.

A alegação de que não há possibilidade do fracionamento da reincidência após a soma e unificação das penas contradiz a essência do princípio da individualização da pena. A lógica garantista adotada pelo ordenamento jurídico brasileiro, principalmente no âmbito penal, não se adequa ao posicionamento adotado pelo Superior Tribunal de Justiça, que reconhecer a reincidência como condição pessoal, aplica seus prejuízos às condenações em que, à época dos fatos, o apenado era primário.

De maneira análoga, pode-se mencionar o tratamento penal dispensado durante o processo de conhecimento, no qual as circunstâncias judiciais são mantidas inalteradas em relação a época da ocorrência dos fatos. O agente que cometeu um homicídio aos 20 (vinte) anos, mesmo que a sentença seja proferida quando ele já tiver 23 (vinte e três) anos, ainda poderá ter a circunstância atenuante por ser menor de idade aplicada, uma vez que, quando o crime foi cometido, ele tinha menos de 21 (vinte e um) anos, por exemplo. É o que se extrai do próprio texto legal (art. 65, inc. I, do Código Penal) e da doutrina: “[...] Menoridade relativa é a atenuante genérica

aplicável aos réus menores de 21 anos ao tempo do fato, pouco importando a data da sentença” (MASSON, 2017).

Inclusive, a ideia é a mesma no que tange ao cálculo da prescrição na execução penal. O juízo da execução para realizar o cálculo de possível prescrição ocorrida em alguma guia, verifica a idade do apenado no dia em que ele cometeu o crime, pois se era menor de 21 (vinte e um) anos serão reduzidos de metade os prazos de prescrição (art. 115, do Código Penal).

Infere-se, portanto, que a legislação penal preserva as condições do réu como as que existiam na data do fato. Dada a referida conclusão, não parece coerente, na fase de execução da pena, não aplicar a mesma lógica que abarca toda a matéria penal.

Ademais, o reconhecimento da reincidência sobre uma condenação que a sentença condenatória atribuiu primariedade ao réu infringe a intangibilidade da coisa julgada (art. 5º, XXXVI, da Constituição Federal), que assegura a imutabilidade do tratamento penal conferido ao primeiro delito (ROIG, 2022).

Nesse sentido, a coisa julgada material é adquirida com a imutabilidade da decisão, ou seja, a produção exterior de seus efeitos (LOPES, 2023, p. 427). Assim, após o trânsito em julgado da sentença condenatória, cria-se, por consequência lógica, coisa julgada, que gera a imutabilidade do mandamento que ali nasce. Essa imutabilidade deve se vista sobre todos os efeitos gerados pela sentença condenatória, que em decorrência da coisa julgada se tornaram imutáveis. Isto é, a situação jurídica do sentenciado permanece a mesma, ou seja, se era primário ao tempo da condenação, assim deve permanecer para fins de execução penal.

Diante do estudado, conclui-se que o reconhecimento da reincidência como condição pessoal e a determinação da concretização dos reflexos desse instituto em sede de execução penal, além de violar o princípio da individualização da pena, macularia a coisa julgada, ressuscitando, em prejuízo do apenado, matéria já decidida pelo juízo do conhecimento e protegida pela garantia constitucional da imutabilidade das decisões transitadas em julgado.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A pesquisa visou verificar a conformidade do entendimento firmado pelo Superior Tribunal de Justiça, ao reconhecer a reincidência como condição pessoal, com o princípio constitucional da individualização da pena, previsto no art. 5º, LXVI, da Constituição Federal. Nesse aspecto, Gilsilene Passon Picoretti Francischetto (2019, p.7), esclarece que atualmente ainda persiste a luta pela efetivação dos Direitos e Garantias Fundamentais inseridos na Constituição Federal. Inclusive, os princípios constitucionais fundamentais, como o princípio da individualização da pena.

O estudo do referido princípio destacou sua base constitucional e sua importância em tantos aspectos da execução penal, haja vista que em primeiro momento a individualização da pena pode ser compreendida apenas no recorte de humanização das condições de cumprimento da pena, considerando aspectos individuais da casa apenado. No entanto, como foi exposto, o princípio da individualização da pena abrange também as questões processuais que envolvem a execução da pena, que devem ser analisadas e consideradas consoante às especificações de cada condenação.

Ao considerar o compromisso com os princípios que regem a execução penal, incluindo o princípio da individualização da pena, garante-se não apenas o cumprimento da pena de acordo com a lei, mas também a proteção da dignidade e dos direitos humanos dos indivíduos que passam pelo sistema prisional. Assim, a individualização da pena é constitui um alicerce da execução penal e, conseqüentemente, da garantia de direitos fundamentais.

Conforme amplamente exposto, a reincidência decorre do princípio da culpabilidade, que se divide em duas teorias: do autor e do fato. Sendo que a culpabilidade do autor, se mostra incoerente com o Estado Democrático de Direito, uma vez que a culpabilidade deve recair sobre o fato e não sobre o autor. A culpabilidade do autor pressupõe que a conduta típica praticada enseja a análise de todo histórico social do agente e da sua personalidade (BARROS, 2001). Já a culpabilidade do fato, teoria que se mostra mais compatível com o sistema jurídico brasileiro, conjectura que a responsabilidade do agente não se dá pelo seu caráter ou pelo que se é. Ao contrário,

todos devem ser punidos pelo que fazem, por isso, apenas suas ações podem ser culpabilizadas.

Em análise à fundamentação do Agravo Regimental no Habeas Corpus nº 599.016/RS, que reafirmou a reincidência como uma condição pessoal, a reincidência é aplicada em todas as condenações do apenado, incluindo as condenações em que a primariedade foi reconhecida em sentença. Todavia, a fundamentação para esse entendimento é limitada e, em muitos casos, não se baseia em uma argumentação substancial e aprofundada.

As implicações do reconhecimento da reincidência como condição pessoal são complexas, uma vez que atingem diretamente direitos do condenado como a progressão de regime e o livramento condicional. Em termos práticos, a impossibilidade de aplicar reincidência individualmente em cada condenação, tratando-a como uma condição pessoal, resulta no acúmulo de penas e, como consequência, atrasa o avanço do apenado no sistema de progressão de regime.

Nesse contexto, é importante considerar que o incidente de soma e unificação de penas deve ser analisado levando em conta os princípios e objetivos da pena. Assim, não cabe ao juízo da execução penal alterar as circunstâncias firmadas na sentença condenatória pelo juízo do processo de conhecimento, tampouco atribuir novas características ao condenado durante a execução da pena. Considerar a reincidência em condenações que o apenado era primário, tratando todas as penas de forma homogênea, vai de encontro ao princípio constitucional da individualização da pena.

Conclui-se, por conseguinte, que uma vez que a reincidência é caracterizada em decorrência de uma nova condenação, o apenado não deve ser considerado reincidente em todos os aspectos, muito menos na condenação em que era primário. Diante disso, é crucial fracionar a reincidência, separando a condição de primário e reincidente, respeitando, desse modo, o princípio da individualização da pena.

Ademais, como foi percebido, a decisão do STJ não possuiu uma fundamentação adequada na formação do entendimento sobre a reincidência como condição pessoal. Assim, como sugestão de futura pesquisa encontra-se a investigação da relevância

da fundamentação na formação de precedentes na seara penal para concessão de legitimidade nela, a partir das teorias da argumentação jurídica. Essa análise pode ser realizada frente ao direito fundamental à fundamentação das decisões judiciais (art. 93, IX, da Constituição Federal), bem como a partir de teorias de argumentação jurídica.

REFERÊNCIAS

AVENA, Norberto. **Execução penal**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. *E-book*.

BARROS, Carmen Silvia de Moraes. **A Individualização da pena na execução penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília: Presidência da República, [2023]. Disponível em: http://planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 28 ago. 2023.

BRASIL. **Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992**. Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica): Presidência da República, [1992]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm. Acesso em: 26 ago. 2023.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Código Penal. Brasília: Presidência da República, [2023]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 8 nov. 2023.

BRASIL. **Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984**. Institui a Lei de Execução Penal. Brasília: Presidência da República, [2022]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm. Acesso em: 28 ago. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). **Habeas corpus 82.959-7 São Paulo**. Pena - regime de cumprimento - progressão - razão de ser [...] pena - crimes hediondos - regime de cumprimento - progressão - óbice - artigo 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90 - inconstitucionalidade - evolução jurisprudencial. Paciente: Oseas de Campos. Impetrante: Oseas de Campos. Coatores: Superior Tribunal de Justiça e Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Relator: Ministro Marco Aurélio, 23 de fevereiro de 2006. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=79206>. Acesso em: 13 nov. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (5 Turma). **Agravo Regimental no Habeas Corpus nº 599.016 - RS (2020/0180307-1)**. Processual penal. Execução. Agravo regimental no habeas corpus. Livramento condicional. Lapsos temporais necessários à obtenção. Reincidência. Condição pessoal. Aplicação do art. 83, II, do CPB no total das condenações. Agravo regimental desprovido. Agravante: Adriano Couto da Silva (preso). Agravados: Ministério Público Federal e Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul. Relator: Ministro Ribeiro Dantas, 10 de agosto de 2021. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202001803071&dt_publicacao=17/08/2021. Acesso em: 13 nov. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (5 Turma). **Habeas Corpus nº 307.180 - RS (2014/0270387-0)**. Execução penal. Habeas corpus substitutivo de recurso especial. Não cabimento. Livramento condicional. Reincidência. Incidência sobre a totalidade das penas unificadas. Habeas corpus não conhecido. Paciente: Gilberto Carlos Flores. Impetrante: Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul. Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Relator: Ministro Felix Fischer, 16 de abril de 2015. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1399412&num_registro=201402703870&data=20150513&formato=PDF. Acesso em: 13 nov. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Informativo de Jurisprudência**, Brasília, n. 561, 4-17 maio 2015. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/publicacaoinstitucional/index.php/informjurisdata/article/view/3966/4190>. Acesso em: 8 nov. 2023.

BRUNONI, Nivaldo. Ilegitimidade do direito penal do autor à luz do princípio de culpabilidade. **Revista de Doutrina da 4ª Região**, Porto Alegre, n. 21, dez. 2007. Disponível em: https://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao021/Nivaldo_Brunoni.htm. Acesso em: 19 setembro de 2023.

CARVALHO, Salo de. **Pena e garantias**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

ESPÍRITO SANTO. Tribunal de Justiça do Espírito Santo. 8ª Vara Criminal de Vila Velha. **0009891-24.2011.8.08.0014**. [Atestado de Pena]. Vitória: TJES, [2023].

FRANCISCHETTO, Gilsilene Passon Picoretti. Editorial. **Revista de Direitos e Garantias Fundamentais**, Vitória, v. 20, n. 2, p. 7-10, maio/ago. 2019. Disponível em: <https://doi.org/10.18759/rdgf.v20i2.1802>. Acesso em: 8 nov. 2019.

MARCÃO, Renato. **Curso de Execução Penal**. 20. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2023. *E-book*.

MARCONI, Marina de Andrade; LAKATOS, Eva Maria. **Fundamentos de Metodologia Científica**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2022.

MASSON, Cleber. **Código penal comentado**. 5. ed. São Paulo: Método, 2017.

MASSON, Cleber. **Direito penal: parte geral (arts. 1º a 120)**. 14. ed. São Paulo: Método, 2020. v. 1.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 20. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2023.

MENDES, Karen Grassi. **A (im) possibilidade de fracionamento da reincidência após a homologação da soma das penas**. 2018. Monografia (Graduação em Direito) – Universidade do Sul de Santa Catarina, Tubarão, 2018. Disponível em: <https://repositorio.animaeducacao.com.br/bitstream/ANIMA/6203/1/Monografia%20-%20Karen.pdf>. Acesso em: 8 nov. 2023.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de direito penal: parte geral: arts. 1º a 120 do código penal**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2023. v. 1.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Individualização da pena**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. *E-book*.

PEDRA, Adriano Sant’Ana. Editorial. **Revista de Direitos e Garantias Fundamentais**, Vitória, v. 19, n. 1, p. 11-12, jan./abr. 2018. Disponível em: <https://doi.org/10.18759/rdgf.v19i1.1531>. Acesso em: 8 nov. 2023.

PRESOTI, Fábio Passos; NETO, José de Assis Santiago. O processo penal constitucional e o devido processo legal como garantia democrática. **Revista de Direitos e Garantias Fundamentais**, Vitória, v. 14, n. 2, p. 291-320, jul/dez. 2013. Disponível: <https://doi.org/10.18759/rdgf.v14i2.401>. Acesso em: 28 set. 2023.

ROIG, Rodrigo Duque Estrada. **Aplicação da pena: limites, princípios e novos parâmetros**. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2015.

ROIG, Rodrigo Duque Estrada. **Execução penal: teoria crítica**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2022.

ROXIN, Claus. **Derecho penal – parte general: fundamentos, la estructura de la teoría del delito**. Traduzido por Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. 2. ed. Madrid: Civitas, 1997.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de processo penal e execução penal**. 17. ed. São Paulo: JusPodivm, 2022.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro: parte geral**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. v. 1.

ANEXO A – ATESTADO DE PENA


 TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
 PODER JUDICIÁRIO

 ESTADO DO ESPÍRITO
 SANTO

ATESTADO DE PENA

QUALIFICAÇÃO

Código: [REDACTED] NU: 0009891-24.2011.8.08.0014
 Nome: [REDACTED]
 RG: [REDACTED] Sexo: Masculino
 Nome da Mãe: [REDACTED]
 Nome do Pai: [REDACTED]
 Data de Nascimento: [REDACTED] Naturalidade: [REDACTED]
 Local de Prisão*: Nao informado pelo Poder Executivo.

CONDENAÇÕES

Ação Penal	Penas Original	Vara	Trânsito em Julgado
[REDACTED].2010.8.08.0038	14a6m0d - PENA	2ª VARA CRIMINAL DE NOVA VENÉCIA	16/01/2012
Art. 121, § 2º, Lei 2848/40 - Código Penal ;			
[REDACTED].2018.8.08.0045	18a5m20d - PENA	2ª VARA DE SÃO GABRIEL DA PALHA/ES	09/08/2022
Art. 157, § 2º, Lei 2848/40 - Código Penal ; Art. 213, CAPUT, Lei 2848/40 - Código Penal ;			

PRISÕES

Dt da Prisão	Tipo de Evento	Complemento
20/10/2010	PRISÃO/INÍCIO DE CUMPRIMENTO	PRISÃO EM FLAGRANTE
17/07/2018	PRISÃO/INÍCIO DE CUMPRIMENTO	PRISÃO EM FLAGRANTE

RESUMO DA SITUAÇÃO EXECUTÓRIA

Pena Total: 32a11m20d
 Pena Cumprida Até Dt Atual: 12a10m9d
 Pena Remanescente: 20a1m11d
 Total Detração: 0a0m0d
 Total Interrupções: 0a6m13d
 Total Computo Diferenciado: 0a0m0d
 Total Dias Remidos: 187
 Regime Atual: Fechado - ATIVO
 Harmonização: Não
 Interrupção de Cumprimento:

PROGRESSÃO DE REGIME: SEMIABERTO

Data Base: 05/07/2021
 Gestante LEP Art 112 (1/8): 0a0m0d
 Comum (1/6): 1a7m13d
 Hediondo Primário (2/5): 0a0m0d
 Hediondo Reincidente (3/5): 7a6m9d
 Primário Sem VGA (16%): 0a0m0d
 Reincidente Sem VGA (20%): 0a0m0d
 Primário Com VGA (25%): 0a0m0d
 Reincidente Com VGA (30%): 0a0m0d
 Hediondo Primário (40%): 0a0m0d
 Hediondo Primário Com Morte (50%): 0a0m0d
 Hediondo Reincidente (60%): 0a0m0d
 Hediondo Reincidente Com Morte (70%): 0a0m0d
 Previsão de Alcance: 26/08/2030



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
PODER JUDICIÁRIO

ESTADO DO ESPÍRITO
SANTO

ATESTADO DE PENA

LIVRAMENTO CONDICIONAL

Data Base: 20/10/2010
Comum Primário (1/3): 0a0m0d
Comum Reincidente (1/2): 4a10m10d
Hediondo (2/3): 0a0m0d
Hediondo Reincidente ou Revogação L.C. (1/1): 23a3m0d
Previsão de Alcance: 06/12/2038

TÉRMINO DE PENA

Previsão de Alcance: 09/10/2043

As informações constantes neste Atestado são extraídas do Sistema Informatizado elaborado a partir de guias de recolhimento e certidões de antecedentes criminais. Estas podem sofrer alterações e não garantem a automática concessão de benefícios, sendo indispensável a análise processual executória de cada caso concreto.

Local, data

Assinatura