

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
DEPARTAMENTO DE DIREITO
CURSO DE DIREITO

Nathalia Brasil Damim

**A REINCIDÊNCIA COMO CONDIÇÃO PESSOAL DO APENADO: UMA ANÁLISE
ACERCA DAS DECISÕES DOS TRIBUNAIS QUE ESTENDEM OS EFEITOS
DESSA CIRCUNSTÂNCIA À EXECUÇÃO DAS PENAS APLICADAS EM
CONDENAÇÕES ANTERIORES**

Florianópolis

2023

Nathalia Brasil Damim

**A REINCIDÊNCIA COMO CONDIÇÃO PESSOAL DO APENADO: UMA ANÁLISE
ACERCA DAS DECISÕES DOS TRIBUNAIS AO ESTENDEREM OS EFEITOS
DESSA CIRCUNSTÂNCIA À EXECUÇÃO DAS PENAS APLICADAS EM
CONDENAÇÕES ANTERIORES**

Trabalho de Conclusão de Curso submetido ao curso de Direito do Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal de Santa Catarina como requisito parcial para a obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Francisco Bissoli Filho

Florianópolis

2023

Ficha de identificação da obra elaborada pelo autor,
através do Programa de Geração Automática da Biblioteca Universitária da UFSC.

Damim, Nathalia Brasil

A reincidência como condição pessoal do apenado : Uma análise acerca das decisões dos tribunais que estendem os efeitos dessa circunstância à execução das penas aplicadas em condenações anteriores / Nathalia Brasil Damim ; orientador, Francisco Bissoli Filho, 2023.

104 p.

Trabalho de Conclusão de Curso (graduação) - Universidade Federal de Santa Catarina, Centro de Ciências Jurídicas, Graduação em Direito, Florianópolis, 2023.

Inclui referências.

1. Direito. 2. Direito Penal. 3. Reincidência. 4. Coisa Julgada. 5. Lei de Execução Penal. I. Bissoli Filho, Francisco. II. Universidade Federal de Santa Catarina. Graduação em Direito. III. Título.



SERVIÇO PÚBLICO FEDERAL
UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
COORDENADORIA DO CURSO DE DIREITO
CAMPUS UNIVERSITÁRIO REITOR JOÃO DAVID FERREIRA LIMA - TRINDADE
CEP: 88040-900 - FLORIANÓPOLIS - SC
TELEFONE (048) 3721-9292 - FAX (048) 3721-9815
E-mail: ccgd@ccj.ufsc.br

TERMO DE APROVAÇÃO DE TCC

O presente Trabalho de Conclusão de Curso, intitulado “**A reincidência como condição pessoal do apenado: uma análise acerca das decisões dos tribunais que estendem os efeitos dessa circunstância à execução das penas aplicadas em condenações anteriores**”, elaborado pela acadêmica Nathalia Brasil Damim, defendido nesta data e aprovado pela Banca Examinadora composta pelos membros abaixo assinados, obteve aprovação com nota 10,0 (DEZ), cumprindo o requisito legal previsto no art. 10 da Resolução nº 09/2004/CES/CNE, regulamentado pela Universidade Federal de Santa Catarina, através da Resolução nº 01/CCGD/CCJ/2014.

Florianópolis (SC), 18 de setembro de 2023.



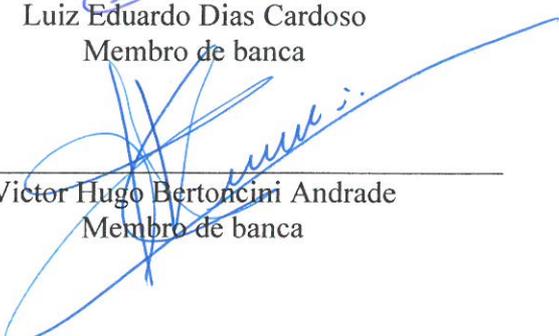
Francisco Bissoli Filho
Professor Orientador



Glexandre de Souza Calixto
Membro de banca



Luiz Eduardo Dias Cardoso
Membro de banca



Victor Hugo Bertoncini Andrade
Membro de banca



SERVIÇO PÚBLICO FEDERAL
UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
COORDENADORIA DO CURSO DE DIREITO
CAMPUS UNIVERSITÁRIO REITOR JOÃO DAVID FERREIRA LIMA - TRINDADE
CEP: 88040-900 - FLORIANÓPOLIS - SC
TELEFONE (048) 3721-9292 - FAX (048) 3721-9815
E-mail: ccgd@ccj.ufsc.br

**TERMO DE RESPONSABILIDADE PELO INEDITISMO DO TCC E
ORIENTAÇÃO IDEOLÓGICA**

Aluno (a): Nathalia Brasil Damim

RG: 5.619.312

CPF: 076.024.829-05

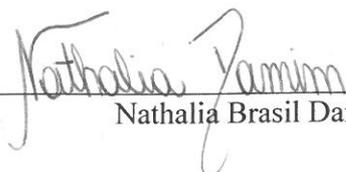
Matrícula: 22250351

Título do TCC: A reincidência como condição pessoal do apenado: uma análise acerca das decisões dos tribunais que estendem os efeitos dessa circunstância à execução das penas aplicadas em condenações anteriores.

Orientador (a): Prof. Dr. Francisco Bissoli Filho

Eu, Nathalia Brasil Damim, acima qualificada, venho, pelo presente termo, assumir integral responsabilidade pela originalidade e conteúdo ideológico apresentado no TCC de minha autoria, acima referido, razão pela qual estão isentos o orientador, a banca e a Universidade Federal de Santa Catarina em relação a qualquer alegação de violação de direitos autorais.

Florianópolis (SC), 18 de setembro de 2023.



Nathalia Brasil Damim

Ao meu amado pai, Joel Francisco Damim.

AGRADECIMENTOS

Agradeço à Deus pela minha vida e por ter me dado força nos momentos mais difíceis, sempre me auxiliando a continuar a minha trajetória.

Agradeço ao meu amado pai, Joel Francisco Damim, que sempre me incentivou nos estudos e cujo maior sonho era ver eu concluindo a graduação, mas que, infelizmente, não teve a oportunidade de ver em vida. Serei eternamente grata por tudo, paizinho; por todo apoio que você me deu e tudo o que me ensinou durante os meus 24 anos; por todos os abraços; pelas palavras de consolo nos momentos difíceis; por sempre ter sido meu porto seguro; pelas vezes que você me levou às aulas da graduação, só para me fazer companhia; por ter dedicado a sua vida à mim e à minha mãe; e por ter sido esse paizão que você foi, meu melhor amigo e um exemplo de profissional bem-sucedido e íntegro. Jamais teria chegado até aqui se não fosse por você. Eu te amarei para sempre.

Agradeço à minha querida mãe, Zenaide Correia Brasil Damim, por ser essa mulher forte e incrível. Obrigada por sempre ter cuidado de mim com tanto amor e por tudo o que me ensinou e me ensina diariamente. Você é meu porto seguro. Eu amo você.

Agradeço às minhas famílias, Brasil e Damim, por sempre se mostrarem presentes, mesmo estando a mais de novecentos quilômetros de distância.

Agradeço ao meu namorado, Matheus Dalmedico Flores, por tudo o que já passamos e estamos passando juntos. Obrigada por ouvir meus desabafos, me acalmar nos momentos difíceis e sempre me incentivar a seguir em frente. A vida fica mais leve contigo ao meu lado.

Agradeço aos meus sogros, Rubens Flores e Sandra Flores, ao meu cunhado, Thiago Flores, e à minha cunhada, Nataly Rubio, por sempre estarem de portas abertas para mim. Vocês são a minha segunda família.

Agradeço à minha cadelinha Flor, pelos 17 anos em que foi minha companheira, e ao meu cachorrinho Slash, por estar sempre comigo.

Agradeço ao Dr. Francisco Bissoli Filho, por ter me ensinado tanto como professor, chefe e orientador. Obrigada, Dr., por todas as conversas, as oportunidades e por ser esse ser humano incrível e compreensivo que o senhor é. Foi uma honra ter feito parte da equipe da 16ª Procuradoria de Justiça Criminal.

Agradeço às minhas amigas/irmãs Laura Dri e Paula Del Pizzol, por todos esses anos de amizade e por estarem sempre presentes na minha vida, não importando a distância. Deus foi muito bondoso ao ter colocado pessoas incríveis como vocês duas na minha vida.

Agradeço à minha amiga Fernanda Costa, por todo carinho e suporte que me deu nesses anos, bem como por sempre permanecer ao meu lado, mesmo com as minhas teimosias. Sou imensamente grata a ti.

Agradeço ao meu melhor amigo de infância, Gustavo Zilio, por todos os conselhos, conversas e risadas durante todos esses anos.

Agradeço à minha dupla de EMAJ e querida amiga, Wendy Dutra, por todas as caronas e cafezinhos que tomamos juntas, bem como por ser minha parceira de estudos, de risadas e de surtos. A graduação não seria a mesma sem ti ao meu lado.

Agradeço aos meus amigos, Gabriel Novaes, Georgia Medeiros, Patrícia Bochart, Paulo Lima e Thaís Bertin por trilharem essa jornada comigo, bem como por todas as conversas, os suportes, os conselhos e as risadas que me proporcionaram ao longo desse tempo. Vocês tornaram a graduação muito mais leve.

Agradeço à toda equipe do gabinete da 16ª Procuradoria de Justiça Criminal, por tudo o que me ensinaram durante o tempo em que eu estagiei ali. Foi uma experiência incrível fazer parte dessa equipe.

E, por fim, agradeço a todos que fizeram parte dessa minha trajetória e que contribuíram, de alguma forma, para que eu chegasse até aqui.

Muito obrigada!

RESUMO

A presente monografia trata das incorreções das decisões dos tribunais que estenderam os efeitos do instituto da reincidência, como condição pessoal do apenado, às penas aplicadas em condenações anteriores, inclusive, àquelas relativas a delitos em que, à época da sentença condenatória, o apenado foi considerado primário. Diante do atual entendimento jurisprudencial dominante e considerando que o reconhecimento da reincidência gera diversas consequências à execução da pena do condenado, fez-se imprescindível a realização de uma análise mais aprofundada acerca das fundamentações utilizadas pelos tribunais nessas decisões, a fim de verificar se havia alguma afronta injustificável aos direitos e às garantias constitucionais e legais do apenado. Como objetivos específicos desse trabalho, tem-se o de discorrer acerca do instituto da reincidência criminal no ordenamento brasileiro, realizando uma análise mais aprofundada acerca de seus elementos caracterizadores e das suas consequências, sobretudo, no curso da execução das sanções penais; dissertar acerca do processo de execução da pena, sob a perspectiva da Lei n. 7.210, de 11 de julho de 1984 (Lei de Execução Penal), aprofundando a reflexão a respeito da garantia da coisa julgada e das demais garantias norteadoras da execução das sanções penais, a fim de elucidar o funcionamento desse procedimento executivo; e, por fim, analisar, com base nos tópicos anteriores, as incorreções das decisões dos tribunais no que concerne à aplicação do instituto da reincidência como condição pessoal do apenado, as quais admitem que os seus efeitos se estendam à execução das penas anteriormente aplicadas. Para tanto, essa pesquisa utilizou-se do método dedutivo, porquanto saiu de dois pontos mais abrangentes – a reincidência e as garantias da coisa julgada e as demais garantias da execução penal – para uma dedução mais específica acerca das incorreções do entendimento jurisprudencial majoritário. Dividida em três capítulos, o método procedimental utilizado será o descritivo, sendo empregado, no terceiro e último capítulo, também, o argumentativo. No capítulo inicial, descrever-se-á o instituto da reincidência criminal no ordenamento jurídico. O segundo capítulo discorrerá sobre o processo de execução penal, à luz da Lei n. 7.210/1984, sobre seus objetivos e sobre as garantias norteadoras desse procedimento. Por fim, será realizada uma análise de diversos julgados dos tribunais brasileiros acerca da fundamentação utilizada nas decisões que tratam acerca da extensão dos efeitos da reincidência delitiva do apenado à execução das penas aplicadas em condenações anteriores, sob o prisma do procedimento de execução penal e suas garantias norteadoras. A partir disso, será demonstrado que esse entendimento jurisprudencial dominante afronta diversas garantias constitucionais inerentes à execução penal, bem como incorre ao excesso de execução e frustra o objetivo ressocializador da aplicação da sanção penal.

Palavras-chave: Direito Penal. Lei n. 7.210/1984. Reincidência. Progressão de regime. Princípios constitucionais. Coisa julgada.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	13
2 O INSTITUTO DA REINCIDÊNCIA CRIMINAL.....	16
2.1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS	16
2.2 UMA CONFIGURAÇÃO DA REINCIDÊNCIA CRIMINAL	16
2.2.1 Um conceito da reincidência criminal	16
2.2.2 O período depurador da reincidência criminal	18
2.2.3 Distinções entre maus antecedentes e reincidência criminal.....	19
2.2.4 A influência implícita do instituto reincidência e dos antecedentes no sistema penal brasileiro.....	20
2.2.5 Pressupostos da reincidência criminal.....	22
2.2.6 Distinções entre a primariedade e a reincidência criminal.....	23
2.2.7 Os tipos de reincidência	24
2.3 A INCONSTITUCIONALIDADE DA REINCIDÊNCIA CRIMINAL.....	27
2.4 AS CONDENAÇÕES QUE NÃO GERAM REINCIDÊNCIA CRIMINAL.....	28
2.4.1 Condenação por contravenção anterior	29
2.4.2 Sentença transitada em julgado após a prática de crime	29
2.4.3 Extinção da punibilidade em relação ao crime anterior	30
2.4.4 Perdão judicial	30
2.4.5 Extinção da pena pelo cumprimento ocorrida há mais de 5 (cinco) anos da prática do segundo crime ou contravenção	30
2.4.6 Condenação anterior por crime político ou militar.....	31
2.5 OS EFEITOS DA REINCIDÊNCIA CRIMINAL	32
2.5.1 Na aplicação da pena.....	32
2.5.2 Na suspensão condicional da execução pena.....	32
2.5.3 Na substituição da pena	33
2.5.4 Na prescrição penal	33
2.5.5 Na fixação do regime inicial de cumprimento de pena	34
2.5.6 Na reabilitação criminal.....	34
2.5.7 Na decretação da prisão preventiva.....	34
2.5.8 Na concessão do livramento condicional	34
2.5.9 Na concessão do benefício da saída temporária.....	35

2.5.10 Na progressão de regime prisional.....	35
3 O PROCESSO DE EXECUÇÃO PENAL	37
3.1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS	37
3.2 CONCEITO, FINS E PRESSUPOSTOS DO PROCESSO DE EXECUÇÃO PENAL	37
3.2.1 Aspectos gerais.....	37
3.2.2 Aspectos teóricos.....	38
3.2.3 O trânsito em julgado da sentença penal condenatória como pressuposto da execução penal.....	49
3.3 A GARANTIA DA COISA JULGADA E OUTRAS GARANTIAS INERENTES À EXECUÇÃO PENAL	51
3.3.1 A garantia da coisa julgada	51
3.3.2 Outras garantias inerentes à execução penal.....	56
3.4 INSTITUTOS DA EXECUÇÃO PENAL.....	65
3.4.1 Os institutos da soma ou unificação das penas	65
3.4.2 O excesso ou desvio da execução penal.....	66
3.4.3 O sistema progressivo de cumprimento da pena privativa de liberdade	68
4 A ANÁLISE CRIMINOLÓGICA DA REINCIDÊNCIA E DO ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL DOMINANTE E DA AFRONTA À GARANTIA DA COISA JULGADA E ÀS DEMAIS GARANTIAS NORTEADORAS DESSE INSTITUTO NA EXECUÇÃO PENAL.....	73
4.1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS	73
4.2 UMA ANÁLISE CRIMINOLÓGICA DA REINCIDÊNCIA CRIMINAL	73
4.2.1 O <i>labelling approach</i> e as teorias relacionadas com esse paradigma que explicam a reincidência criminal.....	73
4.2.2 Os processos de aculturação e de desculturação e a sua contribuição para a reincidência criminal.....	81
4.3 O ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL DOMINANTE ACERCA DA REINCIDÊNCIA CRIMINAL COMO CONDIÇÃO PESSOAL DO APENADO E OS SEUS EFEITOS SOBRE A EXECUÇÃO DAS PENAS DECORRENTES DE CONDENAÇÕES ANTERIORES	84
4.4 AS INCORREÇÕES NAS DECISÕES DOS TRIBUNAIS ACERCA DA REINCIDÊNCIA COMO CONDIÇÃO PESSOAL DO APENADO	91
4.4.1 A afronta às garantias inerentes à execução penal.....	91
4.4.2 A afronta à função ressocializadora das sanções penais.....	95

5 CONCLUSÃO.....	98
REFERÊNCIAS	100

1 INTRODUÇÃO

O entendimento jurisprudencial dominante, sobretudo do Tribunal de Justiça de Santa Catarina e do Superior Tribunal de Justiça, é no sentido de que reincidência, por se tratar de uma condição pessoal do apenado, afeta a execução de todas as penas anteriores, inclusive, daquelas relativas a delitos em que, à época da decisão condenatória, o apenado fora considerado primário. (STJ, Quinta Turma, AgRg no HC n. 766.551/MG, rel. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, j. 27-09-2022), (STJ, Sexta Turma, AgRg no REsp n. 2.020.475/MT, rel. Ministro Antonio Saldanha Palheiro, j. 14-08-2023), (TJSC, Segunda Câmara Criminal, Agravo de Execução Penal n. 0000128-62.2020.8.24.0038, rel. Desembargador Sérgio Rizelo, j. 18-08-2020), (TJSC, Terceira Câmara Criminal, Agravo de Execução Penal n. 0018543-12.2018.8.24.0023, rel. Desembargador Leopoldo Augusto Brüggemann, j. 28-05-2019).

Contudo, deve-se analisar com cautela a aplicação dos efeitos dessa circunstância sobre as condenações anteriores, principalmente, no que diz respeito ao cálculo do requisito objetivo para fins de progressão de regime durante a execução das sanções penais, porquanto isso apresenta diversas consequências à execução da pena do condenado.

Nesse contexto, diante desse posicionamento dos tribunais, formulou-se o seguinte questionamento: é correto esse entendimento jurisprudencial dominante nos tribunais ao considerar que a reincidência, por constituir condição pessoal do apenado, produz efeitos na execução de penas anteriores em relação às quais essa circunstância não fora reconhecida, sendo o apenado, então, considerado primário?

A hipótese a ser demonstrada é no sentido de que não é correto esse entendimento jurisprudencial, pois, apesar de a reincidência ser uma condição pessoal do apenado, não há previsão legal para que o reconhecimento dessa circunstância afete a execução das penas anteriormente aplicadas, razão pela qual fere a garantia da coisa julgada e as demais garantias norteadoras da execução penal.

O objetivo principal do presente trabalho será demonstrar as incorreções dessas decisões dos tribunais acerca da aplicação do instituto da reincidência, como condição pessoal do apenado, cujos efeitos estendem-se sobre as penas anteriores, inclusive, aquelas relativas a delitos em que, à época da sentença condenatória, o apenado foi considerado primário.

Como objetivos específicos, tem-se o de discorrer acerca do instituto da reincidência criminal no ordenamento brasileiro, realizando uma análise mais aprofundada acerca de seus elementos caracterizadores e das suas consequências, sobretudo, no curso da execução das

sanções penais; dissertar acerca do processo de execução da pena, sob a perspectiva da Lei n. 7.210, de 11 de julho de 1984 (Lei de Execução Penal), aprofundando a reflexão a respeito da garantia da coisa julgada e das demais garantias norteadoras da execução das sanções penais, a fim de elucidar o funcionamento desse procedimento executivo; e, por fim, analisar, com base nos tópicos anteriores, as incorreções das decisões dos tribunais no que concerne à aplicação do instituto da reincidência como condição pessoal do apenado, as quais admitem que os seus efeitos se estendam à execução das penas anteriormente aplicadas.

Este trabalho será realizado por meio do método dedutivo, porquanto partirá de 2 (dois) pontos mais abrangentes – a reincidência e as garantias da coisa julgada e as demais garantias inerentes à execução penal – em direção a aspectos mais específicos acerca da correção dos entendimentos jurisprudenciais sobre a admissão dos efeitos da reincidência em condenações anteriores em que não ocorreu o reconhecimento dessa circunstância.

O método procedimental utilizado será, nos três capítulos, o descritivo, sendo empregado, no terceiro e último capítulo, também, o argumentativo.

Além disso, a pesquisa contará com a técnica da análise documental, sobretudo bibliográfica, nos dois primeiros capítulos, e documental, sobretudo jurisprudencial, no último capítulo.

A teoria de base é a criminologia da reação social e crítica, uma vez que se analisa a atuação dos órgãos judiciários que compõem o sistema penal brasileiro, bem como a teoria do garantismo penal, visto que será realizada uma abordagem jurídica sobre o tema.

Para tanto, o trabalho será dividido em 3 (três) capítulos.

O capítulo inicial tratará do instituto da reincidência criminal. Com esse propósito, ele está subdividido em 4 (quatro) itens, de modo que discorrerá o primeiro sobre a configuração da reincidência criminal; o segundo, sobre a inconstitucionalidade da reincidência criminal; o terceiro, sobre as condenações que não geram reincidência criminal; e, por fim, o quarto e último, sobre os efeitos que o reconhecimento da reincidência traz no processo penal e na execução da pena.

O segundo capítulo tratará sobre o processo de execução penal. Subdividido em 3 (três) itens, discorrerá o primeiro sobre o conceito, os fins e os pressupostos do processo de execução penal; o segundo, sobre a garantia da coisa julgada e outras garantias inerentes à execução penal; e, por fim, o terceiro, sobre os institutos da execução penal.

No terceiro e último capítulo, será realizada uma análise criminológica da reincidência e do entendimento jurisprudencial dominante acerca da aplicação desse instituto na execução penal. Dividido em 3 (três) itens, far-se-á, no primeiro, uma análise criminológica da

reincidência; no segundo, descrever-se-á o entendimento jurisprudencial dominante na aplicação da reincidência criminal, como condição pessoal do apenado, durante o curso da execução penal; e, no terceiro e último, argumentar-se-á sobre as incorreções nas decisões dos tribunais ao estenderam os efeitos da reincidência à execução das penas anteriormente aplicadas e sobre a influência contrária desse entendimento jurisprudencial dominante no papel ressocializador das sanções penais.

Isto posto, o presente trabalho se justifica devido à sua importância, atualidade e novidade.

O interesse da autora decorreu da importância do tema, visto que, em que pese os indivíduos condenados tenham diversas garantias fundamentais suprimidas durante o encarceramento, eles continuam sendo detentores de direitos e deveres, de tal forma que o processo de execução penal deve seguir estritamente o que está previsto em lei, a fim de evitar eventuais excessos do poder punitivo estatal e desvirtuar as finalidades da pena.

Além disso, é possível dizer que esse assunto é extremamente atual, uma vez que o poder judiciário brasileiro está, cotidianamente, aplicando os efeitos de uma circunstância agravante à execução das penas aplicadas em condenações anteriores sem nenhum respaldo legal, o que importa consequências graves ao apenado, ao passo em que cria um critério a mais para impedir a progressão de regime de pena.

Por fim, cumpre mencionar que, apesar de a reincidência criminal não ser considerada um instituto novo, a novidade desse trabalho está presente na medida em que tem como foco demonstrar que as incorreções de um posicionamento praticamente pacificado que é adotado pelos diversos tribunais brasileiros.

2 O INSTITUTO DA REINCIDÊNCIA CRIMINAL

2.1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O presente capítulo trata do instituto da reincidência. Dividido o capítulo em 4 (quatro) itens, discorrerá o primeiro sobre a configuração da reincidência criminal; o segundo, sobre a inconstitucionalidade da reincidência criminal; o terceiro, sobre as condenações que não geram reincidência criminal; e, por fim, o quarto e último, sobre os efeitos que o reconhecimento da reincidência traz no processo penal e na execução da pena.

2.2 UMA CONFIGURAÇÃO DA REINCIDÊNCIA CRIMINAL

2.2.1 Um conceito da reincidência criminal

A legislação brasileira, sobretudo a penal, a processual penal e a de execução penal, apresenta diversos dispositivos em seus textos que visam desestimular o cometimento de um outro crime, pelo indivíduo delinquente, após o cumprimento de sua sanção penal, como é o caso da implementação do instituto da reincidência, disposto no inciso I do artigo 61, e no *caput* do artigo 63, ambos do Código Penal e, também, no artigo 7º do Decreto-lei n. 3.688, de 3 de outubro de 1941 (Lei de Contravenções Penais).

Desse modo, consoante o previsto nos dispositivos supramencionados, a reincidência é uma circunstância agravante da sanção penal, aplicada na segunda fase da dosimetria da pena, a qual é caracterizada por meio do cometimento de um novo crime, pelo mesmo agente, depois do trânsito em julgado da sentença que o tenha condenado por crime anterior.

Ainda, segundo Bissoli Filho, a reincidência criminal detém um caráter personalíssimo, ou seja, corresponde a uma característica inerente ao indivíduo que recebe essa rotulação, de modo que, em crimes em que há concurso de agentes, essa circunstância agravante não irá se comunicar com os demais partícipes ou coautores.¹

Deve-se destacar, entretanto, que o indivíduo reincidente, no dizer de Bissoli Filho, “não é simplesmente aquele que é condenado por vários crimes”, mas aquele que “comete novo

¹ BISSOLI FILHO, Francisco. *Estigmas da criminalização: dos antecedentes à reincidência criminal*. Florianópolis: Obra Jurídica, 1998. p. 100.

crime após o trânsito em julgado de sentença condenatória por crime anterior.”² Não há, portanto, a necessidade do efetivo cumprimento da pena aplicada ao delito anterior para que seja reconhecida essa circunstância durante a dosimetria da pena do crime posterior, mas, tão somente, a prática de outro crime após o trânsito em julgado da sentença condenatória anterior.

Com efeito, para o mencionado autor, a reincidência criminal se fundamenta nas teorias: a) do crime, porquanto mantém uma relação com a tipicidade, a antijuridicidade e a culpabilidade, visto que o cometimento de outro delito, pelo mesmo indivíduo infrator, demonstra uma maior atuação contrária ao direito e pode evidenciar, também, a sua vontade e a sua consciência de ilicitude; b) do homem criminoso, visto que há uma diferenciação entre o delinquente primário e o reincidente; e c) da pena, sobretudo, aquela que se refere à individualização da sanção penal, pois a reincidência é considerada como fator determinante da pena.³

Nesse sentido, Bissoli Filho elucida que, no sistema penal brasileiro, a reincidência criminal ampara-se, principalmente, na ideia de “prevenção geral e prevenção especial negativa, especificamente, no que se refere à intimidação do condenado”, visto que se espera que “a pena imposta na sentença seja suficiente para dissuadir o condenado de uma segunda prática criminal, independente do seu cumprimento”, de tal forma que, “se isto não ocorrer, é porque a pena imposta não foi suficiente para prevenir, pela intimidação especial, a prática do segundo delito”.⁴

Assim, a aplicação do instituto da reincidência está consubstanciada na concepção de reeducação do condenado, uma vez que essa circunstância visa agravar a pena relativa a segunda condenação do indivíduo, sobretudo diante do pressuposto de que o caráter ressocializador da imposição da sanção penal anterior foi ineficaz.

Ademais, é importante ter em mente que, segundo Bissoli Filho, o instituto da reincidência consiste em um “importante fator de diferenciação do criminoso dos demais seres humanos”, de modo que “o indivíduo que registra alguma espécie de antecedentes negativos [...] acaba merecendo, da parte o sistema penal, um tratamento diferencial, sendo considerado, portanto, pertencente a uma característica específica”.⁵

² JUNQUEIRA, Gustavo; VANZOLINI, Patrícia. *Manual de direito penal*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2022. p. 1637.

³ BISSOLI FILHO, Francisco. *Estigmas da criminalização: dos antecedentes à reincidência criminal*. Florianópolis: Obra Jurídica, 1998. p. 156 – 163.

⁴ *Ibidem*, p. 164.

⁵ *Ibidem*, p. 162.

2.2.2 O período depurador da reincidência criminal

Diante da proibição constitucional de sanções de caráter perpétuo e, sobretudo, considerando que a aplicação dessa circunstância gera diversas consequências para o indivíduo, tanto na fase da dosimetria quanto na fase de execução da pena, o reconhecimento do instituto da reincidência está submetido a um período depurador, o qual está previsto no inciso I do artigo 64 do Código Penal.

Assim, consoante o inciso supramencionado, não será possível reconhecer a reincidência se, entre a data do cumprimento ou extinção da pena imposta na sentença condenatória anterior e a infração posterior, tiver decorrido período superior a 5 (cinco) anos, computado o período de prova da suspensão ou do livramento condicional, se não ocorrer revogação.

Ainda, no dizer de Jesus, o termo inicial de contagem do período depurador da reincidência será a data: a) do término do cumprimento da pena; b) da extinção da pena por outra causa; e, c) do início do período de prova da suspensão ou do livramento condicional, se não houver revogação.⁶

Além disso, segundo este autor, quanto ao termo final de contagem do período depurador da reincidência, a legislação se refere à condenação anterior e não à primeira condenação, de forma que, em caso de sucessão de condenações, deve-se considerar a penúltima, não a primeira.⁷

Contudo, deve-se ressaltar que, apesar de haver um prazo estipulado em lei que limita o período de reconhecimento da reincidência, caso decorrido o período de 5 (cinco) anos depois do cumprimento ou da extinção da pena, o delito cometido anteriormente ainda pode ser valorado como maus antecedentes do indivíduo.

Não se pode olvidar, todavia, que, ante a vedação constitucional que diz respeito a aplicação de sanções penais de caráter perpétuo, o Superior Tribunal de Justiça assentou a tese de que os efeitos dos maus antecedentes podem incidir na dosimetria da pena do indivíduo somente quando não ultrapassar o período de 10 (dez) anos da extinção da pena relativa ao delito anterior. (STJ, AgRg no AREsp n. 1.922.083/DF, rel. Ministro Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, j. 19-4-2022), (STJ, AgRg no HC n. 769.539/SP, rel. Ministro Antônio Saldanha

⁶ JESUS, Damásio de. *Direito Penal - parte geral*. 32. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 615.

⁷ *Ibidem*, p. 615.

Palheiro, Sexta Turma, j. 13-2-2023), e (STJ, AgRg no HC n. 604.771/MS, rel. Ministra Laurita Vaz, Sexta Turma, j. 23-11-2021).⁸

2.2.3 Distinções entre maus antecedentes e reincidência criminal

Apesar de os conceitos de antecedentes e de reincidência criminal estarem relacionados com as condenações anteriores do indivíduo, não se pode olvidar que ambos correspondem a institutos diferentes, aplicados em fases distintas da dosimetria e com efeitos diversos.

Conforme demonstrado anteriormente, o instituto da reincidência consiste em uma circunstância agravante, prevista no inciso I do artigo 61 e no *caput* do artigo 63, ambos do Código Penal, e no artigo 7º da Lei de Contravenções Penais, aplicada na segunda fase da dosimetria da pena. Dessarte, a incidência dessa circunstância é obrigatória, isto é, a partir do momento em que há comprovação nos autos de que o indivíduo é reincidente, o magistrado tem o dever de aplicá-la, respeitando os patamares estabelecidos na lei.

Por sua vez, no dizer de Bitencourt, os maus antecedentes, previstos no artigo 59 do Código Penal, são uma circunstância judicial, aplicada na primeira fase da dosimetria da pena, relativa àqueles “fatos que merecem a reprovação da autoridade pública e que representam expressão de sua incompatibilidade para com os imperativos ético-jurídicos”⁹. Além disso, segundo Nucci, a aplicação dessa circunstância constitui um ato discricionário do magistrado, exigindo-se que seja avaliado o caso concreto, a fim de observar eventual conexão com o crime cometido pelo indivíduo.¹⁰ Deve-se destacar, outrossim, que, diferentemente da reincidência, os maus antecedentes não estão limitados ao prazo depurador de 5 (cinco) anos.

Nesse sentido, Nucci elucida que:

Se o réu possui um único antecedente, já decorrendo mais de duas décadas, e comete, agora, outro delito, a tendência é desprezar esse antecedente para não o prejudicar. Porém, aquele réu que ostenta vários antecedentes, durante inúmeros anos, não pode alegar que, a cada cinco anos, se olvide o seu passado insistentemente delituoso. A maioria da jurisprudência desconsidera qualquer período depurador. Porém, há precedentes do Supremo Tribunal Federal acolhendo a caducidade dos maus antecedentes. No entanto, mesmo o Pretório Excelso possui decisões contraditórias a respeito. Em julgamento no Plenário, chegou-se a afirmar o descabimento da

⁸ Segundo a Ministra Laurita Vaz, nos autos do Agravo Regimental em *Habeas Corpus* n. 604.771, de Mato Grosso do Sul, “a avaliação dos antecedentes deve ser feita com observância aos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, levando-se em consideração o lapso temporal transcorrido entre as práticas criminosas. [...] Quando os registros da folha de antecedentes do réu são muito antigos, admite-se o afastamento de sua análise desfavorável, em aplicação à teoria do direito ao esquecimento”.

⁹ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2022. p. 2047.

¹⁰ NUCCI, Guilherme de Souza. *Código Penal Comentado*. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 284

caducidade dos antecedentes. No STJ, a posição majoritária sempre foi contrária à depuração dos antecedentes.¹¹

Ademais, consoante a Súmula n. 241 do Superior Tribunal de Justiça, a reincidência criminal não pode ser considerada como circunstância agravante e, simultaneamente, como circunstância judicial, uma vez que isso ocasionaria *bis in idem*. Contudo, se forem relativas a fatos diferentes, é possível que o juiz, ao realizar a dosimetria da pena em um mesmo processo, aplique tanto a circunstância judicial dos maus antecedentes quanto a agravante da reincidência.

2.2.4 A influência implícita do instituto reincidência e dos antecedentes no sistema penal brasileiro

A influência do instituto da reincidência e dos antecedentes no sistema penal brasileiro se faz presente em diversos institutos penais, processuais penais e da execução penal. No dizer de Bissoli Filho, o reconhecimento da reincidência criminal e dos maus antecedentes na decisão condenatória gera consequências jurídicas em todo o processo de criminalização, “desde a elaboração das leis até a execução da pena”, exercendo uma influência explícita no Direito Penal, Processual Penal e de Execução Penal “quando em decorrência dos preceitos regulamentadores”¹².

Todavia, além da influência explícita da reincidência e dos maus antecedentes no ordenamento jurídico, esses institutos influenciam implicitamente o sistema penal brasileiro, por meio da caracterização de estigmas e estereótipos perante o sujeito considerado reincidente.

Conforme o conceito de criminalidade latente desenvolvido pelo sociólogo alemão Fritz Sack, nem todas as condutas criminais entram para as estatísticas oficiais, visto que, no dizer de Baratta, para Sack “a criminalidade, como realidade social, não é uma entidade pré-constituída em relação à atividade dos juízes, mas uma qualidade atribuída por estes últimos a determinados indivíduos.”¹³

Dessa forma, Baratta ensina que:

[...] o poder de atribuir a qualidade de criminoso é detido por um grupo específico de funcionários que, pelos critérios segundo os quais são recrutados e pelo tipo de especialização a que são submetidos, exprimem certos estratos sociais e determinadas constelações de interesses. [...] De tal modo, pode-se insistir, a questão das condições da criminalidade se desloca para [...] a pesquisa das condições que determinam o grau de probabilidade de que certos comportamentos e certos indivíduos sejam definidos

¹¹ NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Direito Penal*. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 629.

¹² BISSOLI FILHO, Francisco. *Estigmas da criminalização: dos antecedentes à reincidência criminal*. Florianópolis: Obra Jurídica, 1998. p. 100.

¹³ BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e a crítica do Direito Penal*. Rio de Janeiro: Revan, 2002. p. 107.

como criminosos. Mas tudo isto, observa Sack, não é, de resto, um fenômeno específico da atividade dos órgãos encarregados do controle institucional da criminalidade, mas “uma característica geral dos processos de interação e de comunicação entre homens.”¹⁴

Assim, é possível dizer que, segundo Bissoli Filho, no ordenamento jurídico há dois planos de regras: a) o *second code (basic rules)*, que corresponde as metarregras, isto é, regras de interpretação, não escritas, que são estabelecidas por preconceitos e estereótipos da sociedade; e b) o *first code*, que consiste em regras superficiais, expressas no ordenamento jurídico, as quais necessitam do auxílio das metarregras para receberem sentido.¹⁵

À vista disso, Baratta afirma que, “ao lado do conjunto de regras gerais de comportamento, existe um conjunto de regras de interpretação e de aplicação das regras gerais.”¹⁶

Desse modo, o intérprete, ao analisar um dispositivo jurídico, utiliza-se de suas compreensões pessoais, consubstanciadas em preconceitos e estereótipos, para atribuir sentido ao que está escrito.

Essa é a lógica do processo de criminalização, porquanto a compreensão dos operadores jurídicos-penais está baseada em estereótipos, uma vez que, de acordo com Bissoli Filho, “as concepções que vão se formando no sistema social acerca dos antecedentes e da reincidência criminal” integram “objetivamente o conjunto de metarregras” e começam a interferir em suas ações, “tanto na produção da dogmática, como na aplicação das normas, resultando daí uma influência maior do que aquela prevista no Direito Positivo”.¹⁷

Nesse sentido, Baratta esclarece que:

[...] as regras sobre aplicação (*basic rules*, meta-regras) seguidas, conscientemente ou não, pelas instâncias oficiais do direito, e correspondentes às regras que determinam a definição de desvio e de criminalidade no sentido comum, estão ligadas a leis, mecanismos e estruturas objetivas da sociedade, baseadas sobre relações de poder (e de propriedade) entre grupos e sobre as relações sociais de produção.¹⁸

Assim, Bissoli Filho sustenta que essa influência implícita dos maus antecedentes e da reincidência é exercida na “atuação dos operadores jurídicos-penais, ampliando, sobremaneira,

¹⁴ BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e a crítica do Direito Penal*. Rio de Janeiro: Revan, 2002. p. 111-112.

¹⁵ BISSOLI FILHO, Francisco. *O objeto da ciência do Direito Penal*. 1. ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2015. p. 118 – 119.

¹⁶ BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e a crítica do Direito Penal*. Rio de Janeiro: Revan, 2002. p. 104.

¹⁷ BISSOLI FILHO, Francisco. *Estigmas da criminalização: dos antecedentes à reincidência criminal*. Florianópolis: Obra Jurídica, 1998. p. 109.

¹⁸ BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e a crítica do Direito Penal*. Rio de Janeiro: Revan, 2002. p. 105 – 106.

em função do *second code*, a programação legislativa relativa àqueles institutos penais”¹⁹. De acordo com esse autor, é o que acontece, por exemplo, nos casos de juízos de valor em decisões por magistrados, no momento da análise probatória, quando “os antecedentes e a reincidência são utilizados como ‘indício de prova’”²⁰.

2.2.5 Pressupostos da reincidência criminal

É importante ter em mente que, conforme Bissoli Filho explica, para que seja caracterizada a reincidência, são necessários dois elementos: a) uma sentença condenatória transitada em julgado, relativa à prática de um crime anterior; e, b) o cometimento de um delito posterior dentro do período depurador do instituto da reincidência.²¹

Nessa senda, Nucci ensina que a reincidência criminal é admitida nos seguintes casos:

- a) Quando o indivíduo comete outro delito depois de transitada em julgado a sentença condenatória relativa à prática de um crime anterior.
- b) Quando o indivíduo comete uma contravenção depois de transitada em julgado a sentença condenatória relativa à prática de um crime anterior.
- c) Quando o indivíduo comete uma contravenção depois de transitada em julgado a sentença condenatória relativa à prática de uma contravenção anterior.²²

Entretanto, cumpre mencionar que, no dizer de Andreucci, consoante o disposto no artigo 63 do Código Penal, a sentença transitada em julgado relativa ao delito anterior “deve ter fundamento na prática de um crime e não contravenção, embora exista exceção no artigo 7º da Lei das Contravenções Penais”²³.

Além disso, segundo Estefam, para que seja comprovada a ocorrência da reincidência, é necessária “a existência no processo de uma certidão criminal demonstrando condenação anterior definitiva por outro crime e de outras certidões anotando antecedentes criminais”.²⁴

¹⁹ BISSOLI FILHO, Francisco. *Estigmas da criminalização: dos antecedentes à reincidência criminal*. Florianópolis: Obra Jurídica, 1998. p. 112.

²⁰ *Ibidem*, p. 111.

²¹ BISSOLI FILHO, Francisco. *Estigmas da criminalização: dos antecedentes à reincidência criminal*. Florianópolis: Obra Jurídica, 1998. p. 99.

²² NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Direito Penal*. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 652.

²³ ANDREUCCI, Ricardo Antônio. *Manual de direito penal*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2021. p. 404.

²⁴ ESTEFAM, André. *Direito penal*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2022. p. 1177.

2.2.6 Distinções entre a primariedade e a reincidência criminal

Andreucci esclarece que os artigos referentes ao instituto da reincidência no ordenamento jurídico não estabelecem uma definição do termo “primariedade”. Assim, o legislador define em quais casos estará configurada a reincidência e determina, por exclusão, quando o réu será considerado primário.²⁵

Portanto, enquanto o réu reincidente é aquele indivíduo que comete um novo crime depois trânsito em julgado da sentença que o tenha condenado por crime anterior, em até 5 (cinco) anos após o cumprimento ou a extinção da pena, o réu primário é, simplesmente, aquele que não é considerado reincidente.

Nesse contexto, Andreucci destaca que “o réu primário é não somente o que foi condenado pela primeira vez, como também o que foi condenado várias vezes, sem ser reincidente”²⁶, ou seja, é possível existir um réu considerado primário, mas com maus antecedentes.

Além disso, há quem se utilize da expressão “tecnicamente primário” para se referir ao indivíduo que cometeu um novo crime depois de extrapolado o período depurador para caracterização da reincidência, sendo considerado, portanto, um réu primário, mas com maus antecedentes.

Todavia, a doutrina majoritária entende que essa rotulação da primariedade técnica é inadequada, uma vez que não há nenhuma previsão legal nesse sentido. Assim, ou o sujeito é primário, ou é reincidente, não havendo que falar em “tecnicamente primário”.

Nesse sentido, Nucci esclarece que:

É nítida a distinção feita pela lei penal, no sentido de que é primário quem não é reincidente; este, por sua vez, é aquele que comete novo delito nos cinco anos depois da extinção da sua última pena. Logo, não há cabimento algum em criar-se uma situação intermediária, como o chamado tecnicamente primário, legalmente inexistente.²⁷

Portanto, de acordo com este autor, após o decurso do período de 5 (cinco) anos, o indivíduo será considerado primário, contudo, com maus antecedentes.²⁸

²⁵ ESTEFAM, André. *Direito penal*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2022. p. 1176.

²⁶ ANDREUCCI, Ricardo Antônio. *Manual de direito penal*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2021. p. 404.

²⁷ NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Direito Penal*. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 654.

²⁸ *Ibidem*, p. 654.

2.2.7 Os tipos de reincidência

É imperioso destacar que, segundo Bissoli Filho, a reincidência pode ser classificada quanto: a) à identidade dos fatos (genérica, específica e especialíssima); b) ao pressuposto de configuração (real e ficta); c) à abrangência territorial (nacional e internacional); d) à abrangência material (ampla e limitada); e) à reiteração (simples e reiterada); e, f) à previsão legal (de direito e de fato).²⁹

Quanto à classificação relativa à identidade dos fatos, cumpre mencionar que, na antiga redação da Parte Geral do Código Penal, a qual era regulamentada pelo Decreto-lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940, havia uma distinção entre reincidência genérica, específica e especialíssima.

Para Bissoli Filho, enquanto a reincidência genérica se referia a “fatos delituosos no interior de uma mesma definição jurídica básica, não se importando com as espécies”³⁰, a reincidência específica ou especial era caracterizada quando os fatos apresentavam a mesma natureza, ou seja, estavam previstos no mesmo dispositivo legal.

Por sua vez, segundo este autor, a reincidência especialíssima se referia a fatos que, além de estarem previstos no mesmo dispositivo penal, eram idênticos “pelos seus caracteres fundamentais comuns (objetivos e subjetivos)”, isto é, “em razão de fatos ou motivos determinantes”.³¹

Contudo, conforme ensina Ditticio, posteriormente, essa parte do Código Penal foi modificada pela Lei n. 7.209, de 11 de julho de 1984, de modo que, a partir dessa nova redação, não houve mais essa distinção entre reincidência genérica, especial e especialíssima.³²

No dizer desse autor, apesar dessa modificação legislativa, com o tempo, a expressão “reincidência específica” foi implantada no ordenamento jurídico, por meio de algumas leis esparsas, gerando variadas consequências.³³

Atualmente, o termo “reincidência específica” encontra previsão na Lei n. 8.072, de 25 de julho de 1990 (Lei de Crimes Hediondos), e caracteriza como reincidente específico o

²⁹ BISSOLI FILHO, Francisco. *Estigmas da criminalização: dos antecedentes à reincidência criminal*. Florianópolis: obra Jurídica, 1998. p. 76 – 94.

³⁰ BISSOLI FILHO, Francisco. *Estigmas da criminalização: dos antecedentes à reincidência criminal*. Florianópolis: obra Jurídica, 1998. p. 76.

³¹ *Ibidem*, p. 78.

³² DITTICIO, Mario Henrique. *Crítica tridimensional da reincidência*. 2007. 142 f. Tese (Doutorado) - Curso de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2007. Disponível em: https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2136/tde-09052013-104951/publico/dissertacao_final_Mario_Henrique_Ditticio.pdf. Acesso em: 18 jun. 2023.

³³ *Ibidem*.

indivíduo que é reincidente na prática de crimes hediondos ou a eles equiparados. Por consequência, consoante o artigo 83, inciso V, do Código Penal, a partir do momento em que é caracterizada a reincidência em crimes hediondos ou a estes equiparados, é vedado o livramento condicional.

Além disso, essa expressão está amparada, também, no artigo 296 do Código de Trânsito Brasileiro, que considera reincidente específico o indivíduo que é reincidente nos crimes de trânsito previstos na mencionada lei, tendo como consequência, segundo o disposto no mencionado artigo, a aplicação da penalidade de suspensão da permissão ou habilitação para dirigir veículo automotor, sem prejuízo das demais sanções penais cabíveis.

Em relação à Lei n. 11.343, de 23 de agosto de 2006 (Lei de Drogas), a reincidência específica encontra-se prevista em seu artigo 44, parágrafo único, ao vedar o livramento condicional aos reincidentes específicos, isto é, aos indivíduos que cometem, novamente, algum dos delitos previstos na referida lei.

No que concerne ao pressuposto de configuração, conforme Nucci explica, a reincidência criminal apresenta 2 (duas) classificações diferentes, podendo ser considerada: a) real, quando o indivíduo comete um novo delito após ter cumprido a pena relativa ao crime anterior; e b) ficta, quando o indivíduo comete novo crime após o trânsito em julgado da sentença condenatória relativa ao delito anterior, contudo, ainda sem iniciar o cumprimento da pena.³⁴

Além disso, é importante salientar que um dos pressupostos para o reconhecimento do instituto da reincidência é o trânsito em julgado da sentença relativa ao delito anterior. Contudo, esse título judicial pode ser relativo tanto ao cometimento de um delito dentro do território nacional quanto em território internacional.

Assim, Bissoli Filho esclarece que, em relação à classificação quanto à abrangência territorial, quando os efeitos do título judicial incidirem sobre o território de outro país, a reincidência será considerada internacional, contudo, quando eles operarem apenas no território onde a sentença foi prolatada, estaremos diante da reincidência nacional.³⁵

Todavia, deve-se destacar que, consoante o artigo 7º da Lei de Contravenções Penais, o título judicial proferido em território estrangeiro somente será passível de caracterizar a reincidência se a condenação for referente a um crime, e não a uma contravenção.

³⁴ NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Direito Penal*. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 654.

³⁵ BISSOLI FILHO, Francisco. *Estigmas da criminalização: dos antecedentes à reincidência criminal*. Florianópolis: Obra Jurídica, 1998. p. 86.

Ainda, segundo Raizman, quando o crime for cometido em território estrangeiro, a sentença penal não precisará ser homologada para que seja utilizada com a finalidade de reconhecer a reincidência criminal no Brasil.³⁶

Por sua vez, em relação à abrangência material, Bissoli Filho explica que a reincidência criminal pode ser classificada como ampla ou limitada, ou seja, pode abranger todos os fatos ou, apenas, alguns deles.³⁷

Para esse autor, quando não houver limites quanto à sua abrangência, estaremos diante da reincidência ampla. Todavia, se houver algum limite relativo à exclusão de algum fato, será caracterizada a reincidência limitada.³⁸

No que diz respeito à classificação relativa à reiteração, Bissoli Filho elucida que a reincidência pode ser caracterizada pelo cometimento de, somente, um segundo delito dentro do período depurador para o reconhecimento desse instituído, situação na qual ela será classificada como reincidência simples. Contudo, há casos em que o indivíduo detém a rotulação de multirreincidente, em vista da reincidência reiterada, isto é, porquanto ele já cometeu diversos outros crimes e já foi considerado reincidente anteriormente pelo cometimento deles.³⁹

Por fim, em relação à classificação relativa à previsão legal, segundo Bissoli Filho, a reincidência criminal pode ser classificada em: a) de direito, quando exigir a presença de todos os elementos previstos em lei para que possa ser caracterizada; ou b) de fato, quando não tiver nenhuma exigência legal, bastando o cometimento de um novo delito.⁴⁰

Esse autor ressalta, contudo, que o ordenamento jurídico brasileiro somente admite a reincidência de direito, prevista no artigo 63 do Código Penal⁴¹, não tendo sido recepcionada a de fato.⁴²

³⁶ RAIZMAN, Daniel. *Manual de direito penal - parte geral*. São Paulo: Saraiva, 2019. p. 225.

³⁷ BISSOLI FILHO, Francisco. *Estigmas da criminalização: dos antecedentes à reincidência criminal*. Florianópolis: Obra Jurídica, 1998. p. 88.

³⁸ BISSOLI FILHO, Francisco. *Estigmas da criminalização: dos antecedentes à reincidência criminal*. Florianópolis: Obra Jurídica, 1998. p. 88.

³⁹ *Ibidem*, p. 90.

⁴⁰ *Ibidem*, p. 92.

⁴¹ Conforme o artigo 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.”

⁴² BISSOLI FILHO, Francisco. *Estigmas da criminalização: dos antecedentes à reincidência criminal*. Florianópolis: Obra Jurídica, 1998. p. 92.

2.3 A INCONSTITUCIONALIDADE DA REINCIDÊNCIA CRIMINAL

Há diversas críticas em relação ao reconhecimento dos antecedentes e da reincidência criminal, tendo uma parte da doutrina defendido, até mesmo, a inconstitucionalidade da aplicação desses institutos, por ferirem diversos preceitos presentes na Constituição Federal, como o *non bis in idem* e os princípios da igualdade, da presunção da inocência, do devido processo legal e da ampla defesa.

Nesse contexto, é possível encontrar algumas decisões dos tribunais brasileiros que vão no sentido de que o reconhecimento desses institutos seria, de fato, inconstitucional (TJRS, Embargos Infringentes n. 70001984434, rel. Desembargador Newton Brasil de Leão, Terceiro Grupo de Câmaras Criminais, j. 16-03-2001), (TJRS, Apelação Criminal n. 70001912237, rel. Desembargador Paulo Moacir Aguiar Vieira, Quinta Câmara Criminal, j. 09-05-2001).

No que concerne ao argumento relativo à lesão ao princípio do *non bis in idem* para defender a ideia da inconstitucionalidade da aplicação do instituto da reincidência, Junqueira e Vanzolini esclarecem que uma parte da doutrina alega que “se houve condenação anterior e o sujeito cumpriu a pena, não há justificativa para que novo mal seja imposto incrementando a pena pela prática do novo crime”, de modo que a incidência dessa circunstância consistiria em uma dupla punição, além de ferir o princípio da culpabilidade.⁴³

Por sua vez, segundo Bissoli Filho, quanto à alegação de que o reconhecimento da reincidência implica lesão ao princípio da igualdade, cumpre mencionar que, pela lei prever um tratamento diferenciado entre os indivíduos rotulados como reincidentes e aqueles considerados primários, há ofensa ao princípio constitucional que dispõe que todos são iguais perante a lei.⁴⁴

Além disso, no dizer de Junqueira e Vanzolini, há argumentos, também, no sentido de que “o gravame da pena pela reincidência revela indisfarçável Direito Penal do autor, que não pode ser aceito em um Direito Penal democrático, eis que o sujeito só pode ser apenado pelo que fez, e nunca pelo que é”.⁴⁵

Contudo, estes autores destacam que a doutrina e a jurisprudência majoritária se encaminham em sentido diverso a essa argumentação, sob o pretexto de que “a prática de nova

⁴³ JUNQUEIRA, Gustavo; VANZOLINI, Patrícia. *Manual de direito penal*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2022. p. 1642.

⁴⁴ BISSOLI FILHO, Francisco. *Estigmas da criminalização: dos antecedentes à reincidência criminal*. Florianópolis: Obra Jurídica, 1998. p. 167

⁴⁵ JUNQUEIRA, Gustavo; VANZOLINI, Patrícia. *Manual de direito penal*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2022. p. 1643.

infração após a condenação definitiva demonstra maior carência de pena para intimidação pessoal e (re)inserção social do condenado”.⁴⁶

Isso porque, conforme esclarece Estefam, "o fato de ser reincidente não determinará a segunda condenação”, uma vez que “esta se deu por conta de um fato autônomo e independente do anterior”⁴⁷. Ademais, para Nucci, o indivíduo reincidente “demonstra persistência e rebeldia inaceitáveis para quem pretenda viver em sociedade”⁴⁸, de modo que se torna necessária a aplicação de uma punição mais severa.

Outrossim, segundo Gonçalves, os tribunais superiores “há tempos têm rechaçado a tese de inconstitucionalidade da reincidência”, tendo o Pleno do Supremo Tribunal Federal, no ano de 2013, decidido, em definitivo, que “não existe qualquer inconstitucionalidade no instituto da reincidência”.⁴⁹

Nessa senda, conforme explicam Junqueira e Vanzolini, é o entendimento do Supremo Tribunal Federal, nos autos do Recurso Extraordinário n. 453.000, do Rio Grande do Sul, julgado em 4 de abril de 2013, em que foi relator o Ministro Marco Aurélio:

[...] Asseverou-se que sua aplicação não significaria duplicidade, porquanto não alcançaria delito pretérito, mas novo ilícito, que ocorreria sem que ultrapassado o interregno do art. 64 do CP. Asseverou-se que o julgador deveria ter parâmetros para estabelecer a pena adequada ao caso concreto. [...] Reputou-se razoável o fator de discriminação, considerado o perfil do réu, merecedor de maior repreensão porque voltara a delinquir a despeito da condenação havida, que deveria ter sido tomada como advertência no que tange à necessidade de adoção de postura própria ao homem médio. [...] Estaria respaldado, então, o instituto constitucional da individualização da pena, na medida em que se evitaria colocar o reincidente e o agente episódico no mesmo patamar. [...] (RE 453.000/RS, Rel. Min. Marco Aurélio, 4-4-2013).⁵⁰

Com efeito, da análise da decisão acima, observa-se que o relator entendeu que o instituto da reincidência está devidamente fundamentado na Constituição Federal, porquanto amparado no princípio constitucional da individualização da pena.

2.4 AS CONDENAÇÕES QUE NÃO GERAM REINCIDÊNCIA CRIMINAL

Deve-se ter em mente que, em que pese a reincidência criminal seja caracterizada pela prática de um novo delito após o trânsito em julgado da sentença condenatória relativa a um

⁴⁶ JUNQUEIRA, Gustavo; VANZOLINI, Patrícia. *Manual de direito penal*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2022. p. 1643.

⁴⁷ ESTEFAM, André. *Direito penal*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2022. p. 1167.

⁴⁸ NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Direito Penal*. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 653.

⁴⁹ GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. *Direito penal*. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

⁵⁰ JUNQUEIRA, Gustavo; VANZOLINI, Patrícia. *Manual de direito penal*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2022. p. 1645.

delito anterior, nem toda condenação irrecorrível é capaz de rotular o indivíduo como reincidente.

2.4.1 Condenação por contravenção anterior

Consoante o previsto no artigo 63 do Código Penal, para que a reincidência seja caracterizada, a condenação anterior deve ser relativa a um crime e não a uma contravenção. Assim, caso o indivíduo venha a cometer uma contravenção e, posteriormente, cometa um crime, a condenação relativa à contravenção não será passível de caracterizar a reincidência em relação ao crime posterior.

Contudo, não se pode olvidar que, conforme dispõe o artigo 7º da Lei de Contravenções Penais, a reincidência será caracterizada quando o indivíduo praticar uma contravenção depois de passar em julgado a sentença que o tenha condenado, no Brasil ou no estrangeiro, por qualquer crime, ou, no Brasil, por motivo de contravenção.

Assim, da análise do dispositivo legal supramencionado, depreende-se, também, que, caso a contravenção tenha sido cometida em território estrangeiro, esta não poderá ser utilizada para caracterizar a reincidência no Brasil, ainda que a infração cometida posteriormente consista em outra contravenção.

2.4.2 Sentença transitada em julgado após a prática de crime

Conforme demonstrado em itens anteriores, um dos requisitos para a configuração da reincidência é o trânsito em julgado da sentença condenatória relativa ao cometimento de um delito anterior, porquanto a aplicação desse instituto está consubstanciada na ideia de que a sanção implementada anteriormente não foi suficiente para prevenir a prática de outro crime.

Portanto, nos casos em que o trânsito em julgado sobrevenha após o cometimento do segundo delito, a reincidência não poderá ser reconhecida, visto que ausente um dos pressupostos para a aplicação dessa circunstância.

Nesse sentido, bem exemplifica Jesus:

O sujeito pratica um crime e está sendo processado. Dias antes de a sentença transitar em julgado, desfere tiros de revólver na vítima, que vem a falecer depois de a decisão tornar-se irrecorrível. Não é considerado reincidente. Aplicando-se a teoria da atividade ao problema do *tempus delicti*, temos que o crime de homicídio foi cometido antes do trânsito em julgado (CP, art. 4.º).⁵¹

⁵¹ JESUS, Damásio de. *Direito Penal I*. 36. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 194.

Assim, no dizer deste autor, se a execução do crime posterior ocorrer antes do trânsito em julgado da sentença condenatória relativa ao delito anterior, ainda que o crime posterior tenha sido consumado após o referido trânsito em julgado da sentença, a reincidência não poderá ser caracterizada.⁵²

2.4.3 Extinção da punibilidade em relação ao crime anterior

No que diz respeito à extinção de punibilidade em relação ao crime anterior, Jesus destaca que a reincidência não será configurada nos casos em que a causa extintiva tenha ocorrido antes do trânsito em julgado da decisão condenatória, visto que esse instituto “pressupõe sentença condenatória irrecorrível”, de modo que “se esta não existiu, não há a recidiva”.⁵³

Todavia, segundo esse autor, “se a extinção da punibilidade ocorreu após o trânsito em julgado da sentença condenatória, a prática do novo crime forjará a reincidência”, salvo se houver anistia ou *abolitio criminis*.⁵⁴

Deve-se salientar que, para Greco, “se for reconhecida a prescrição da pretensão punitiva, o Estado não poderá impingir qualquer sequela ao agente pela prática da infração penal; se considerada como prescrição da pretensão executória, todos os efeitos da sentença penal condenatória estarão mantidos.”⁵⁵

2.4.4 Perdão judicial

Conforme prevê o artigo 120 do Código Penal, a sentença que conceder perdão judicial ao indivíduo não implicará o reconhecimento posterior da reincidência.

2.4.5 Extinção da pena pelo cumprimento ocorrida há mais de 5 (cinco) anos da prática do segundo crime ou contravenção

Como tratado anteriormente, o reconhecimento da reincidência está sujeito a um prazo prescricional de 5 (cinco) anos após o trânsito em julgado da sentença condenatória relativa ao

⁵² JESUS, Damásio de. *Direito Penal - parte geral*. 32. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 194.

⁵³ *Ibidem*, p. 610.

⁵⁴ *Ibidem*, p. 610.

⁵⁵ GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal*. 19. ed. Niterói: Impetus, 2017. p. 892.

delito anterior ou depois de extinta a sanção penal pelo devido cumprimento, consoante determina o inciso I do artigo 64 do Código Penal.

Portanto, nesse caso, a circunstância agravante da reincidência criminal somente incidirá se o indivíduo cometer um novo delito em um período inferior a 5 (cinco) anos após a extinção da pena pelo seu cumprimento, incluído o período de prova.

2.4.6 Condenação anterior por crime político ou militar

Por fim, conforme dispõe o inciso II do artigo 64 do Código Penal, além das hipóteses elencadas acima, para efeitos de reincidência penal, não serão considerados crimes militares próprios e políticos.

Os crimes políticos, no dizer de Estefam, consistem naqueles atos que são praticados contra a segurança do Estado, como, por exemplo, os delitos de espionagem ou golpe de Estado, previstos, respectivamente, nos artigos 359-K e 359-M, ambos do Código Penal.⁵⁶

Além disso, segundo Junqueira e Vanzolini, esses delitos políticos podem ser classificados em: a) próprios, concernente àqueles cometidos contra a organização do Estado; b) impróprios, referentes àqueles que causam lesão a outros bens jurídicos, além da organização do Estado; c) objetivamente políticos, relativos àqueles que colocam em risco, de imediato, a organização do Estado; e, d) subjetivamente políticos, referentes àqueles que são praticados com intenção política.⁵⁷

Por sua vez, os delitos militares encontram-se previstos na redação do Decreto-lei n. 1.001, de 21 de outubro de 1969 (Código Penal Militar), podendo ser separados em: a) próprios, que correspondem àqueles presentes, apenas, no Código Penal Militar; e, b) impróprios, os quais são previstos, também, no Código Penal de 1984.

Assim, conforme Estefam, "se a condenação anterior versar sobre delito propriamente militar, não será capaz de gerar reincidência", contudo, se esse delito se tratar de uma "infração penal militar imprópria, o agente será reincidente caso venha a cometer nova infração penal depois de definitivamente julgado".⁵⁸

⁵⁶ ESTEFAM, André. *Direito penal*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2022. p. 1174.

⁵⁷ JUNQUEIRA, Gustavo; VANZOLINI, Patrícia. *Manual de direito penal*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2022. p. 1646.

⁵⁸ ESTEFAM, André. *Direito penal*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2022. p. 1174.

2.5 OS EFEITOS DA REINCIDÊNCIA CRIMINAL

É importante ter em mente que há uma influência explícita da reincidência sobre o direito penal, o direito processual penal e o direito da Execução Penal, a qual, no dizer de Bissoli Filho, traduz-se por meio de “normas penais, processuais penais e de execução penal, onde a reincidência criminal está prevista como requisito na avaliação de vários institutos penais”.⁵⁹

Com efeito, o reconhecimento da circunstância agravante da reincidência na decisão condenatória implica consequências jurídicas em todo o processo de criminalização, de modo que se deve ter muita cautela, sobretudo no curso da execução das sanções penais, ao analisar a incidência desse instituto, principalmente, em relação aos cálculos dos benefícios penais.

2.5.1 Na aplicação da pena

Consoante o previsto no inciso I, do artigo 61 do Código Penal, por tratar-se de uma circunstância agravante, o reconhecimento da reincidência criminal incide diretamente sobre a dosimetria da pena, aumentando, em regra, a pena-base em 1/6 (um sexto), podendo ser maior esse aumento em caso de reincidência específica e de multirreincidência.

Além disso, no concurso de agravantes e atenuantes, a reincidência criminal, assim como os motivos determinantes do crime e a personalidade do agente, constitui uma circunstância preponderante, nos termos do artigo 67 do Código Penal.

2.5.2 Na suspensão condicional da execução pena

A suspensão condicional da execução da pena consiste em um benefício penal concedido ao indivíduo condenado que preencha os requisitos previstos nos artigos 77 a 80 do Código Penal. Todavia, entre esses requisitos, está a exigência de que o condenado não seja reincidente em crime doloso, conforme estabelece o artigo 77, inciso I, do mesmo Código.

Além disso, consoante o inciso I e o parágrafo 1º, ambos do artigo 81 do Código Penal, o *sursis* será revogado: a) obrigatoriamente, se, no curso do prazo, o indivíduo for condenado, em sentença irrecorrível por crime doloso; e, b) facultativamente, se o beneficiário for

⁵⁹ BISSOLI FILHO, Francisco. *Estigmas da criminalização: dos antecedentes à reincidência criminal*. Florianópolis: Obra Jurídica, 1998. p. 100.

irrecorrivelmente condenado, por crime culposo ou por contravenção, a pena privativa de liberdade ou restritiva de direitos.

Há de se destacar que, nesse caso de revogação do benefício, segundo Bissoli Filho, “não se trata propriamente de reincidência criminal (de direito), posto que o crime pelo qual adveio a segunda condenação poderá ter ocorrido antes da primeira condenação, o que seria caso de simples reiteração”⁶⁰.

2.5.3 Na substituição da pena

Conforme dispõem o inciso II do artigo 44 e o parágrafo 2º do artigo 60, ambos do Código Penal, nos casos em que a reincidência for em crime doloso, é vedada a substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos ou de multa. Contudo, consoante estabelece o parágrafo 3º do mencionado artigo, se a reincidência não tiver se operado em virtude da prática do mesmo crime, o juiz poderá aplicar essa substituição, desde que a medida seja socialmente recomendável.

Ademais, em alguns casos, o reconhecimento da reincidência criminal impedirá a incidência da forma privilegiada do delito, conforme é o caso dos crimes de furto e de estelionato, ao preverem, respectivamente, no parágrafo 2º do artigo 155 e no parágrafo 1º artigo 171, ambos do Código Penal, a possibilidade de substituir a pena de reclusão pela de detenção, diminuí-la de um a dois terços, ou aplicar somente a pena de multa, quando o indivíduo for primário ou não reincidente.

2.5.4 Na prescrição penal

Nos termos do *caput* do artigo 110 do Código Penal, o reconhecimento da reincidência criminal na sentença condenatória aumenta em 1/3 (um terço) o prazo da prescrição da pretensão executória.

Além disso, se o reconhecimento dessa circunstância ocorrer após a condenação, o curso da prescrição será interrompido, por força do determinado no inciso VI do artigo 117 do Código Penal.

⁶⁰ BISSOLI FILHO, Francisco. *Estigmas da criminalização: dos antecedentes à reincidência criminal*. Florianópolis: Obra Jurídica, 1998. p. 101.

2.5.5 Na fixação do regime inicial de cumprimento de pena

No que concerne ao regime inicial de cumprimento de pena, o legislador também impôs um tratamento mais rigoroso àqueles indivíduos considerados reincidentes, conforme se pode constatar na redação do parágrafo 2º, alíneas *b* e *c*, do artigo 33 do Código Penal.

Assim, se for reconhecida a reincidência, é vedado ao indivíduo iniciar o cumprimento da sua pena em regime aberto, sendo possível, somente, em: a) regime fechado, quando a pena de reclusão for superior a 4 (quatro) anos; b) semiaberto, quando a pena de reclusão for igual ou inferior a 4 (quatro) anos, por força da súmula n. 269 do Superior Tribunal de Justiça⁶¹; ou c) semiaberto, quando a pena for de detenção.

2.5.6 Na reabilitação criminal

Quanto à reabilitação criminal, esta será revogada se o reabilitado for condenado, com o reconhecimento da reincidência na decisão condenatória transitada em julgado, a pena que não seja de multa, conforme prevê o artigo 95 do Código Penal.

2.5.7 Na decretação da prisão preventiva

Conforme previsto no inciso II do artigo 313 do Código de Processo Penal, será admitida a prisão preventiva se o indivíduo tiver sido condenado por outro crime doloso, em sentença irrecorrível, dentro do período depurador para o reconhecimento da reincidência criminal.

2.5.8 Na concessão do livramento condicional

A concessão do benefício do livramento condicional está submetida ao preenchimento das condições impostas no artigo 83 do Código Penal e traz um tratamento diferenciado aos indivíduos reincidentes, no que concerne ao cumprimento do requisito objetivo.

Isso porque, enquanto os condenados considerados primários precisam cumprir, somente, mais de 1/3 (um terço) da pena privativa de liberdade para pleitear o benefício do

⁶¹ Consoante a Súmula n. 269 do Superior Tribunal de Justiça, “é admissível a adoção do regime prisional semiaberto aos reincidentes condenados a pena igual ou inferior a quatro anos se favoráveis as circunstâncias judiciais.”

livramento condicional, os reincidentes em crimes não hediondos ou em crimes a estes não equiparados, devem cumprir mais da metade, conforme dispõe o inciso II do mencionado artigo.

Além disso, se o condenado for reincidente específico em delitos hediondos ou equiparados, é vedada a concessão do livramento condicional, consoante determina o inciso V do artigo 83 do Código Penal.

2.5.9 Na concessão do benefício da saída temporária

Assim como no livramento condicional, a análise para a concessão do benefício da saída temporária está condicionada a diversos requisitos⁶², prevendo-se, também, um tratamento diferenciado quanto aos indivíduos reincidentes, porquanto, para a implementação do requisito objetivo, estes deverão cumprir 1/4 (um quarto) da pena privativa de liberdade, enquanto aqueles considerados primários precisarão de, apenas, 1/6 (um sexto), conforme se pode constatar no inciso II do artigo 123 da Lei de Execução Penal.

2.5.10 Na progressão de regime prisional

Com o advento da Lei n. 13.964, de 24 de dezembro de 2019 (Pacote Anticrime), a redação com artigo 112 da Lei de Execução Penal sofreu consideráveis mudanças, passando a exigir patamares diferentes para a progressão do regime de cumprimento da pena privativa de liberdade, a depender do tipo do delito cometido e, também, do reconhecimento da reincidência criminal na decisão condenatória.

Com efeito, consoante o disposto no artigo 112 da Lei de Execução Penal, para que o indivíduo reincidente possa progredir de regime, ele deverá cumprir:

a) 20% (vinte por cento) da pena, se for reincidente em crime cometido sem violência à pessoa ou grave ameaça, conforme determina o inciso II do referido artigo. Contudo, se ele for primário, precisará cumprir, apenas, 16% (dezesseis por cento) da pena, consoante o inciso I desse mesmo artigo;

b) 30% (trinta por cento) da pena, se for reincidente em crime cometido com violência à pessoa ou grave ameaça, consoante o inciso IV do mencionado artigo, enquanto o indivíduo

⁶² Conforme dispõe o artigo 123 da Lei de Execução Penal, “a autorização para a saída temporária será concedida por ato motivado do juiz da execução, ouvidos o Ministério Público e a administração penitenciária e dependerá da satisfação dos seguintes requisitos: I - comportamento adequado; II - cumprimento mínimo de 1/6 (um sexto) da pena, se o condenado for primário, e 1/4 (um quarto), se reincidente; III - compatibilidade do benefício com os objetivos da pena.”

primário precisaria cumprir, apenas, 25% (vinte e cinco por cento), conforme dispõe o inciso III desse mesmo artigo;

c) 60% (sessenta por cento) da pena, se for reincidente na prática de crime hediondo ou equiparado, conforme determina o inciso VII do referido artigo; ou

d) 70% (setenta por cento) da pena, se for reincidente em crime hediondo ou equiparado com resultado morte, vedado o livramento condicional, consoante o inciso VIII desse mesmo artigo.

3 O PROCESSO DE EXECUÇÃO PENAL

3.1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O presente capítulo trata do processo de execução penal. Dividido em 3 (três) itens, discorrerá o primeiro sobre o conceito, os fins e os pressupostos do processo de execução penal; o segundo, sobre a garantia da coisa julgada e outras garantias inerentes à execução penal; e, por fim, o terceiro, sobre os institutos da execução penal.

3.2 CONCEITO, FINS E PRESSUPOSTOS DO PROCESSO DE EXECUÇÃO PENAL

3.2.1 Aspectos gerais

O Estado democrático de Direito, por meio de sua soberania, detém o monopólio do direito de punir, o qual, segundo Beccaria, está legitimado no conjunto de porções de liberdade, sacrificadas pelos indivíduos que convivem em sociedade, visando o bem geral.⁶³ Contudo, esse direito de punir, restrito à administração do Estado, apresenta algumas limitações, a fim de evitar a abusividade do exercício do poder estatal.

Assim, compete unicamente ao Estado a criação de normas jurídicas, por meio do respectivo processo legislativo e, em respeito às disposições contidas em seu texto constitucional, buscar a imposição, aos indivíduos que convivem em sociedade, das regras que proíbem condutas, com o objetivo de estabelecer a ordem social. Todavia, para legitimar esse direito punitivo estatal, superveniente da prática de uma conduta juridicamente considerada ilícita, o indivíduo infrator deve ser submetido ao devido processo legal, com a observância de princípios constitucionais, como o da legalidade, da ampla defesa e do contraditório.

Nesse sentido, as sanções penais e o processo penal estão relacionados entre si, sobretudo, conforme Lopes Júnior, “na medida em que o processo penal é um caminho necessário para alcançar-se a pena e, principalmente, um caminho que condiciona o exercício do poder de penar [...] à estrita observância de uma série de regras que compõe o devido processo penal”.⁶⁴

⁶³ BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. 2. ed. São Paulo: Edipro, 2015. p. 22 – 24.

⁶⁴ LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2022. p. 48.

Por conseguinte, ao final da instrução processual, será proferida uma sentença, que deve ser proporcional e adequada à infração cometida no caso concreto, e cujo título servirá para legitimar a execução estatal da sanção penal.

No dizer de Bissoli Filho, essa sanção penal, estabelecida na decisão condenatória, deve ser executada por órgãos do Estado, de modo que incida sobre o indivíduo condenado e respeite, estritamente, o título judicial, a norma penal e as formalidades processuais.⁶⁵

É importante ter em mente que o processo de execução penal, conforme Nucci esclarece, consiste na “fase processual em que o Estado faz valer a pretensão executória da pena, tornando efetiva a punição do agente e buscando a concretude das finalidades da sanção penal.”⁶⁶

Além disso, consoante o artigo 1º da Lei de Execução Penal, o processo de execução da sanção penal tem, sobretudo, a finalidade de efetivar as disposições do título judicial condenatório e propiciar condições para a harmônica integração social do condenado ou do internado.

Segundo Nucci, nessa fase processual de execução da pena, a citação é prescindível, porquanto já perfectibilizada a intimação da sentença condenatória. Ademais, esse processo de execução apresenta algumas particularidades que o difere de outros procedimentos executórios presentes no ordenamento jurídico brasileiro, e consiste, justamente, na fase do processo penal que legitima o poder punitivo estatal.⁶⁷

3.2.2 Aspectos teóricos

De acordo com Brito, desde o surgimento do Direito Penal, a concepção de qual seria a finalidade da aplicação das sanções penais foi alvo de divergências, sobretudo em questões de qualidade, quantidade e legitimidade.⁶⁸

Nesse sentido, no que diz respeito à finalidade da execução das penas, existem 3 (três) principais teorias que merecem ser destacadas: 1) a teoria absoluta ou da retribuição; 2) a teoria finalista, relativa, unitária ou da prevenção; e 3) a teoria mista, eclética, intermediária ou conciliatória.

⁶⁵ BISSOLI FILHO, Francisco. *A sanção penal e suas espécies*. Curitiba: Juruá, 2010. p. 64.

⁶⁶ NUCCI, Guilherme de Souza. *Curso de Execução Penal*. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 16.

⁶⁷ *Ibidem*, p. 17.

⁶⁸ BRITO, Alexis Couto de. *Execução Penal*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2022. p. 58.

A teoria absoluta da pena surgiu com a Escola Clássica, a partir da concepção de que os indivíduos eram dotados de livre arbítrio, de modo que, ante essa capacidade de o infrator entender o mal e, mesmo assim, optar por praticá-lo, o Estado estaria autorizado a puni-lo na mesma intensidade da ação cometida.

Cumprir mencionar que a Escola Clássica sustentou a ideia de que a aplicação da sanção penal apresenta um caráter intimidatório, visto que consiste em um meio de o Estado evitar o cometimento de um delito.

Nesse contexto, Bissoli Filho esclarece que a teoria absoluta sustenta a ideia de que “as sanções penais têm, tão somente, propósitos retributivos, isto é, a expiação do mal ilícito pelo mal lícito.”⁶⁹

Além disso, para o mencionado autor, essa teoria se desdobra em 4 (quatro) vertentes, relativas à: 1) retribuição divina, difundida por Georg Ernst Stahl; 2) retribuição estética, defendida por Gottfried Wilhelm Leibniz; 3) retribuição moral, desenvolvida por Immanuel Kant; e, 4) retribuição jurídica, exposta por Georg Wilhelm Friedrich Hegel.⁷⁰

No que concerne a vertente relativa à retribuição divina, difundida por Stahl, segundo Bissoli Filho, havia uma concepção de que o Estado estaria legitimado a exercer o direito de castigar em nome da vontade divina.⁷¹

Nesse sentido, Beristain esclarece que essa vertente “leva a múltiplos abusos de vinganças exageradas”, porquanto há uma constante intervenção do “poder político para desbancar as vítimas e monopolizar a resposta, mediante a coerção soberana”, sob o pressuposto de que “quem exerce o poder considera-se delegado da divindade vingativa”.⁷²

Por sua vez, em relação à retribuição estética, Bissoli Filho destaca que, no pensamento de Leibniz, a retribuição consiste em “uma necessidade estética, pois a justiça não é uma lei de conduta, mas, sim um critério para julgar a conduta”.⁷³

Assim, de acordo com Strickland:

Leibniz sustenta que observar um malfeitor receber uma punição justa é uma fonte de prazer para o sábio, aparentemente em alguma forma quase estética. Na filosofia de Leibniz, qualquer prazer duradouro produz felicidade. [...] Além disso, Leibniz considera a felicidade como uma espécie de perfeição. [...] A partir disso, verifica-se que, para Leibniz, o castigo eterno contribui para a perfeição (física) do universo (que

⁶⁹ BISSOLI FILHO, Francisco. *A sanção penal e suas espécies*. Curitiba: Juruá, 2010. p. 73.

⁷⁰ *Ibidem*, p. 73 – 74.

⁷¹ *Ibidem*, p. 74.

⁷² BERISTAIN, Antonio. *Nova criminologia à luz do direito penal e da vitimologia*. Brasília: Universidade de Brasília, 2000. p. 74.

⁷³ BISSOLI FILHO, Francisco. *A sanção penal e suas espécies*. Curitiba: Juruá, 2010. p. 74.

está de acordo com sua declaração, considerada anteriormente, que 'Aqueles que são punidos... por conta de seus castigos, contribuem para a perfeição das coisas').⁷⁴

Já para Kant, no que diz respeito à retribuição moral, as políticas prevencionistas não justificavam as penas, de tal forma que a justificativa da aplicação das sanções penais estaria, sobretudo, baseada na ideia da moralidade.

No dizer desse filósofo:

[...] a pena judicial (*poena forensis*), distinta da pena natural (*poena naturalis*), mediante a qual o agravo se pune a si mesmo e que não é, de modo algum, tomada em conta pelo legislador, não pode nunca servir simplesmente de meio para fomentar um outro bem, seja em favor do próprio delinquente seja da sociedade civil, mas há de ser-lhe sempre infligida somente porque cometeu um crime; porque o homem não pode nunca ser tratado simplesmente como meio para os propósitos de outrem e confundido com os objetos do direito real, tratamento relativamente ao qual o protege a sua personalidade inata, se bem que possa, bem entendido, ser condenado a perder a personalidade civil. Deve ser considerado passível de punição mesmo antes de se poder pensar em retirar desta punição qualquer vantagem para si próprio ou para os seus concidadãos.⁷⁵

Nucci explica que esse pensador tinha a concepção de que, “se o ser humano pode ser considerado moralmente livre, com capacidade de se autodeterminar, natural se torna sofrer punição pelo que faz de errado.”⁷⁶

Em contrapartida, no que concerne à concepção de retribuição jurídica, Hegel entendia que:

[...] a pena com que se aflige o criminoso não é apenas justa em si; justa que é, é também o ser em si da vontade do criminoso, uma maneira da sua liberdade existir, o seu direito. E é preciso acrescentar que, em relação ao próprio criminoso, constitui ela um direito, está já implicada na sua vontade existente, no seu ato. Porque vem de um ser de razão, este ato implica a universalidade que por si mesmo o criminoso reconheceu e à qual se deve submeter como ao seu próprio direito.⁷⁷

Segundo Bitencourt, esse pensador sustentava que a justificativa da pena seria “de ordem jurídica, com base na necessidade de reparar o direito através de um mal que restabeleça

⁷⁴ STRICKLAND, Lloyd. Leibniz on Eternal Punishment. *British Journal for the History of Philosophy*, Lampeter, v. 17, n. 2, p. 307-331, abr. 2009. Informa UK Limited. <http://dx.doi.org/10.1080/09608780902761695>. [...] *Leibniz holds that observing a wrongdoer receiving a just punishment is a source of pleasure for the wise, apparently in some quasi-aesthetic way. In Leibniz's philosophy, any enduring pleasure produces happiness. [...] Moreover, Leibniz considers happiness to be a kind of perfection [...]. From this it would seem to follow that, for Leibniz, eternal punishment contributes to the (physical) perfection of the universe (which accords with his statement, considered earlier, that 'Those who are punished... by their own punishment contribute to the perfection of things')*.

⁷⁵ KANT, Immanuel. *A metafísica dos costumes*. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2011. p. 208 – 209.

⁷⁶ NUCCI, Guilherme. *Manual de Direito Penal*. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 88.

⁷⁷ HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. *Os princípios da filosofia do Direito*. 1. ed. São Paulo: Livraria Martins Fontes, 1997. p. 128.

a norma legal violada”⁷⁸, isto é, no dizer de Nucci, “a pena deveria ser considerada retribuição apenas no sentido de que se contrapunha ao crime”.⁷⁹

Nessa mesma linha de Hegel, Carrara entendia que:

O homem que vive em sociedade, além dos direitos que possui como indivíduo e que constituem seu patrimônio natural, também tem direito ao respeito pela forma de organização concreta em que encontra sua segurança. O direito à segurança vem para nós da natureza; mas a sociedade, instrumento da lei natural para a proteção desse direito, busca a segurança por meio da lei civil e faz surgir nos cidadãos o sentimento racional dela. Sendo assim constituída a forma de proteção social, torna-se objeto de um direito posterior e, portanto, os cidadãos têm o direito de exigir que seja respeitada. Nesse sentido, segurança e o sentimento de segurança constituem para o cidadão o patrimônio que se chama social, e por isso quando um ato, sem lesar nenhum indivíduo, lesa o corpo social, atenta contra todos os membros da sociedade, não em seu patrimônio natural, mas em seu patrimônio social, pois ao agredir a sociedade, guardadora do direito de cada um, se coloca em perigo a segurança de todos.⁸⁰

Para esse jurista, a imposição da sanção penal aos indivíduos infratores da norma que convivem em sociedade tem como objetivo, sobretudo, manter a ordem social.

Pode-se dizer, portanto, que a teoria absoluta da pena interliga a ideia da aplicação das sanções penais com a da concepção de vingança, de modo que a pena consiste em uma forma de retribuição pelo mal cometido pelo infrator da norma.

Nesse sentido, Bitencourt esclarece que:

Segundo este esquema retribucionista, é atribuída à pena, exclusivamente, a difícil incumbência de realizar a Justiça. A pena tem como fim fazer justiça, nada mais. A culpa do autor deve ser compensada com a imposição de um mal, que é a pena, e o fundamento da sanção estatal está no questionável livre-arbítrio, entendido como a capacidade de decisão do homem para distinguir entre o justo e o injusto.⁸¹

Convém mencionar, ainda, que a partir dos estudos criminológicos da Escola Clássica, sobretudo de Cesare Beccaria e Jeremy Bentham, foi desenvolvida a ideia de proporcionalidade ou de moderação das penas.

⁷⁸ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2022. p. 328.

⁷⁹ NUCCI, Guilherme. *Manual de Direito Penal*. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 88.

⁸⁰ CARRARA, Francesco. *Programa del curso de Derecho Criminal*. 1. ed. San José: Editorial Jurídica Continental, 2000. p. 76: [...] *El hombre que vive en una sociedad, además de los derechos que tenga como individuo y que forman su patrimonio' natural, tiene también derecho a que se respete la forma de la organización concreta en la cual encuentra su seguridad. El derecho a la seguridad procede para nosotros de la naturaleza; pero la sociedad, instrumento de la ley natural para la protección de ese derecho, procura la seguridad por medio de la ley civil, y hace nacer en los ciudadanos el sentimiento razonado ella. Estando constituida así la forma de la protección social, se vuelve el objeto de un derecho ulterior y por consiguiente los ciudadanos tienen el derecho de exigir que sea respetada. En este sentido, la seguridad y el sentimiento de la seguridad componen para el ciudadano el patrimonio que se llama social, y por consiguiente cuando un hecho, sin lesionar a ningún individuo, hiere al cuerpo social, atenta contra todos los miembros de la sociedad, no en su patrimonio natural, sino en su patrimonio social, pues al atacar a la sociedad, guardadora del derecho de cada uno, se pone en peligro la seguridad de todos.*

⁸¹ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2022. p. 362.

Segundo Beccaria, “o fim das penas não é atormentar e afligir um ser sensível, nem desfazer um crime que já foi cometido”⁸², bem como “a crueldade das penas produz ainda dois resultados funestos contrários ao fim do seu estabelecimento, que é prevenir o crime”.⁸³

Com efeito, esse pensador defendia que, “entre as penas e na maneira de aplicá-las proporcionalmente aos delitos, é mister, pois, escolher os meios que devem causar no espírito público a impressão mais eficaz e mais durável e, ao mesmo tempo, menos cruel no corpo do culpado”⁸⁴.

Por sua vez, para Bentham, as leis objetivam aumentar a felicidade da coletividade, de modo que elas buscam excluir tudo o que é pernicioso. Contudo, esse autor destaca que “toda punição constitui um ato pernicioso”, de forma que, ante o princípio da utilidade, “uma punição só pode ser admitida na medida em que abre chances no sentido de evitar um mal maior”.⁸⁵

No dizer de John Stuart Mill:

Os primeiros princípios da filosofia do Senhor Bentham são estes: essa felicidade, consubstanciada na ideia de prazer e isenção da dor, é a única coisa desejável em si; que todas as outras coisas são desejáveis apenas como meios para esse fim: que a produção, portanto, da maior felicidade possível, é o único propósito adequado de todo pensamento e ação humana e, conseqüentemente, de toda moralidade e governo; e, além disso, que o prazer e a dor são os únicos agentes pelos quais a conduta da humanidade é de fato governada, sejam quais forem as circunstâncias em que o indivíduo se encontra, e esteja ele consciente disso ou não.⁸⁶

Assim, Bentham fornece a base para a criminologia econômica, defendendo que, fundado na ideia de custo-benefício do crime, a pena deve ser proporcional ao delito cometido, visto que, se a punição aplicada for inferior – o que não deve acontecer em nenhum caso – ela não será suficiente para superar o valor do benefício do delito.⁸⁷

Contudo, a teoria absoluta da pena, baseada, tão somente, na ideia de retribuição pelo mal causado pelo infrator, não foi adotada pelo vigente Código Penal brasileiro, sobretudo diante desse caráter radical, uma vez que, objetiva, tão somente, a punição, desconsiderando a ideia de ressocialização do indivíduo.

⁸² BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. 2. ed. São Paulo: Edipro, 2015. p. 52.

⁸³ *Ibidem*, p. 54.

⁸⁴ *Ibidem*, p. 53.

⁸⁵ BENTHAM, Jeremy. *Uma introdução aos princípios da moral e da legislação*. São Paulo: Abril, 1974. p. 65.

⁸⁶ MILL, John Stuart. *Utilitarianism on liberty considerations on representative government remarks on Bentham's philosophy*. Londres: Everyman's Library, 1999. p. 429: *The first principles of Mr. Bentham's philosophy are these; - that happiness, meaning by that term pleasure and exemption from pain, is the only thing desirable in itself; that all other things are desirable solely as means to that end: that the production, therefore, of the greatest possible happiness, is the only fit purpose of all human thought and action, and consequently of all morality and government; and moreover, that pleasure and pain are the sole agencies by which the conduct of mankind is in fact governed, whatever circumstances the individual may be placed in, and whether he is aware of it or not.*

⁸⁷ BENTHAM, Jeremy. *Uma introdução aos princípios da moral e da legislação*. São Paulo: Abril, 1974. p. 66 – 67.

Em contrapartida à teoria absoluta da pena, a teoria finalista da pena surgiu através dos alicerces da Escola Positiva italiana, e caminhou em sentido contrário à ideia do livre-arbítrio, defendida pela Escola Clássica, uma vez que buscou, segundo Baratta, “a explicação da criminalidade na ‘diversidade’ ou anomalia dos autores de comportamentos criminalizados.”⁸⁸

Assim, este autor explica que:

O desenvolvimento da Escola positiva levará [...] a acentuar as características do delito como elemento sintomático da personalidade do autor, dirigindo sobre tal elemento a pesquisa para o tratamento adequado. A responsabilidade moral é substituída, no sistema de Ferri, pela responsabilidade "social". Se não é possível imputar o delito ao ato livre e não-condicionado de uma vontade, contudo é possível referi-lo ao comportamento de um sujeito: isto explica a necessidade de reação da sociedade em face de quem cometeu um delito.⁸⁹

Segundo Penteado Filho, a consolidação da Escola Positiva italiana ocorreu no final do século XIX e teve como principais pensadores Cesare Lombroso, Enrico Ferri e Raffaele Garofalo.⁹⁰

Cesare Lombroso, em seu livro denominado “O homem delinquente”, desenvolveu a ideia de antropologia criminal, que buscava traçar o perfil dos criminosos por meio do método indutivo, criando, assim, a teoria do criminoso nato.

Segundo Lombroso:

[...] o manicômio criminal torna-se útil quase tanto e mais do que nos adultos, pois sufoca no nascimento os efeitos das tendências que não levamos em consideração a não ser quando se tornam fatais. Essa ideia não é algo novo ou revolucionário. Sob uma forma mais radical e menos humanitária, a Bíblia já a havia ordenado ao pai apedrejar o filho maldoso. A educação pode impedir os que nasceram bons de passarem da criminalidade infantil transitória para a habitual. Os que nasceram maus nem sempre se conservam maus.⁹¹

Nessa senda, Penteado Filho destaca que, diante dessa ideia de determinismo biológico, inúmeras críticas foram feitas à Lombroso, de modo que seu discípulo Enrico Ferri desenvolveu a sociologia criminal.⁹² Assim, de acordo com Penteado Filho, Enrico Ferri “negou com veemência o livre-arbítrio (mera ficção) como base da imputabilidade; entendeu que a responsabilidade moral deveria ser substituída pela responsabilidade social e que a razão de punir é a defesa social (a prevenção geral é mais eficaz que a repressão).”⁹³

⁸⁸ BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e a crítica do Direito Penal*. Rio de Janeiro: Revan, 2002. p. 39.

⁸⁹ *Ibidem*, p. 39.

⁹⁰ PENTEADO FILHO, Nestor Sampaio. *Manual esquemático de criminologia*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2019. p. 36.

⁹¹ LOMBROSO, Cesare. *O homem delinquente*. São Paulo: Ícone, 2010. p. 86.

⁹² PENTEADO FILHO, Nestor Sampaio. *Manual esquemático de criminologia*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2019. p. 38.

⁹³ *Ibidem*, p. 38.

Assim, no dizer de Enrico Ferri:

[...] No início ou no crescimento de uma manifestação criminal, legisladores, juristas e o público pensam apenas nos remédios, tão fáceis quanto ilusórios, do código penal ou de algum novo ato de repressão. Mesmo que isso fosse útil, o que é muito problemático, tem a desvantagem inevitável de fazer com que os homens ignorem outros remédios, muito mais proveitosos, embora mais difíceis, de caráter preventivo e social. [...] Essas conclusões nos levam muito além do limite da severidade penal e, ao mesmo tempo, bastam para combater a objeção comumente levantada contra aqueles que pensam, como nós, que a justiça repressiva deve se preocupar não com a punição de crimes passados, mas com a prevenção do crime futuro. Pois enquanto os defensores da severidade, e aqueles a quem chamarei de “laxativistas”, virtualmente pensam (além de algumas afirmações platônicas) apenas em punições como remédios para ofensas, nós, por outro lado, acreditamos que as punições são meramente instrumentos secundários de legítima defesa, e os remédios devem ser adaptados aos fatores reais do delito.⁹⁴

Bitencourt explica que, para a teoria finalista da pena, a sanção penal “deixa de ser concebida como um fim em si mesmo, sua justificação deixa de estar baseada no fato passado, e passa a ser concebida como meio para o alcance de fins futuros e a estar justificada pela sua necessidade: a prevenção de delitos,⁹⁵ de modo que, no dizer de Bissoli Filho, “não guarda, propriamente, uma relação de proporcionalidade com a gravidade do crime, mas, sim, com a periculosidade do criminoso, para que dele a sociedade possa defender-se.”⁹⁶

Além disso, Bissoli Filho destaca que essa teoria está dividida nas concepções de prevenção geral do crime e prevenção especial do crime, “cujas diferenças estariam nos diversos modos de uma ou de outra alcançar seus fins”.⁹⁷

Para esse autor, “enquanto as teorias da prevenção geral focalizam os efeitos da sanção penal no indivíduos de modo geral, as teorias da prevenção especial preocupam-se em sustentar que as penas devem evitar que o condenado não pratique futuros crimes ou contravenções”.⁹⁸

⁹⁴ FERRI, Enrico. *Criminal Sociology*. Carolina do Sul: Nabu Press, 2010. p. 1214. Ebook Kindle: [...] *On the inception or the growth of a criminal manifestation, legislators, jurists, and public think only of the remedies, which are as easy as they are illusory, of the penal code, or of some new act of repression. Even if this were useful, which is very problematical, it has the inevitable disadvantage of making men ignore other remedies, far more profitable, albeit more difficult, of a preventive and social kind. [...] These conclusions take us far beyond the limit of penal severity, and at the same time they suffice to combat the objection commonly raised against those who think, like ourselves, that repressive justice ought to concern itself not with punishment of past crime, but with the prevention of the future crime. For whilst the advocates of severity, and those whom I will call the "laxativists", virtually think (apart from a few platonic statements) only of punishments as remedies of offences, we on the other hand believe that punishments are merely secondary instruments of social self-defense, and remedies ought to be adapted to the actual factors of the offence.*

⁹⁵ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2022. p. 344.

⁹⁶ BISSOLI FILHO, Francisco. *O objeto da ciência do Direito Penal*. 1. ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2015. p. 56.

⁹⁷ BISSOLI FILHO, Francisco. *A sanção penal e suas espécies*. Curitiba: Juruá, 2010. p. 77.

⁹⁸ *Ibidem*, p. 77.

Com efeito, a prevenção geral do crime, conforme elucidada Baratta, trata a ideia de que o objetivo da pena é alcançar a coletividade, estando subdividida em prevenção geral positiva e prevenção geral negativa.⁹⁹

A teoria da prevenção geral positiva, segundo Bissoli Filho, “sustenta que a sanção penal não serve, ou só serve, de maneira muito secundária, para corrigir o culpado ou intimidar seus possíveis intimidadores”.¹⁰⁰

Para Bitencourt, a prevenção geral positiva “tem como traço principal o aproveitamento da função comunicativa da pena, ou seja, a imposição da pena é um instrumento de comunicação do Estado com os cidadãos,”¹⁰¹ isto é, apresenta um caráter educativo, porquanto “assume a função de reforçar a fidelidade dos cidadãos à ordem social a que pertencem.”¹⁰²

Por sua vez, segundo esse mesmo autor, a prevenção geral negativa, também conhecida como intimidatória, “assume a função de dissuadir os possíveis delinquentes da prática de delitos futuros através da ameaça de pena, ou predicando com o exemplo do castigo eficaz”¹⁰³.

Assim, Bissoli Filho elucidava que:

Na teoria da prevenção geral negativa, os destinatários da sanção penal são os infratores potenciais, estando a utilidade desta na intimidação ou dissuasão neles provocada pela mensagem (ameaça) contida no preceito secundário do tipo penal, ou seja, na cominação ou previsão abstrata das sanções penais, que estariam, então, dirigidas a criar uma contramotivação às condutas que se adequam à descrição contida no preceito primário desse mesmo tipo penal.¹⁰⁴

Por outro lado, a prevenção especial do crime, no dizer de Baratta, diz respeito a imposição da pena para o autor do delito¹⁰⁵, e tem como objetivo, segundo Bissoli Filho, “com as sanções penais, impedir que o autor da conduta delitativa venha a praticá-la novamente.”¹⁰⁶

Além disso, conforme o mencionado autor, essa vertente da prevenção do crime está, também, subdividida em especial positiva e especial negativa.

⁹⁹ BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e a crítica do Direito Penal*. Rio de Janeiro: Revan, 2002. p. 51.

¹⁰⁰ BISSOLI FILHO, Francisco. *A sanção penal e suas espécies*. Curitiba: Juruá, 2010. p. 80.

¹⁰¹ JUNQUEIRA, Gustavo; VANZOLINI, Patrícia. *Manual de direito penal*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2022. p. 1229.

¹⁰² BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2022. p. 348.

¹⁰³ *Ibidem*, p. 348.

¹⁰⁴ BISSOLI FILHO, Francisco. *A sanção penal e suas espécies*. Curitiba: Juruá, 2010. p. 78.

¹⁰⁵ BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e a crítica do Direito Penal*. Rio de Janeiro: Revan, 2002. p. 51.

¹⁰⁶ BISSOLI FILHO, Francisco. *A sanção penal e suas espécies*. Curitiba: Juruá, 2010. p. 84.

Segundo Bissoli Filho, a prevenção especial positiva sustenta que a “função da sanção penal constitui-se no tratamento do condenado, por meio de sua reeducação e readaptação à normalidade da vida social”¹⁰⁷

Nesse mesmo sentido, Junqueira e Vanzolini explicam que a prevenção especial positiva objetiva inserir ou readequar o sujeito ao convívio em sociedade”,¹⁰⁸ dispondo, conforme Nucci, de um “caráter reeducativo e ressocializador da pena”, uma vez que busca “preparar o condenado para uma nova vida, respeitando as regras impostas pelo ordenamento jurídico”¹⁰⁹.

Por outro lado, a prevenção especial negativa, no dizer de Bissoli Filho, está consubstanciada na concepção de que a “sanção penal tem a função de intimidação, neutralização (isolamento) e aniquilamento físico ‘do transgressor’”, sendo negativa porquanto “não é, propriamente, considerada a ressocialização do criminoso.”¹¹⁰

Assim, no dizer de Nucci, a prevenção especial negativa objetiva “voltar-se a pena igualmente à intimidação do autor da infração penal para que não torne a agir do mesmo modo, além de, conforme o caso, afastá-lo do convívio social, garantia maior de não tornar a delinquir, ao menos enquanto estiver segregado.”¹¹¹

Entretanto, convém salientar que, assim como a teoria absoluta da pena, amparada, apenas, na ideia de retribuição, a teoria finalista da pena, fundada unicamente na ideia de prevenção, não foi adotada pelo vigente Código Penal brasileiro.

Tanto a Escola Clássica quanto a Positiva italiana comportavam críticas, uma vez que ambas apresentavam pensamentos radicalmente opostos. Segundo Nucci, de um lado, a Escola Clássica desconsiderava a necessidade de reeducação do indivíduo infrator, de outro, a Escola Positiva italiana estabelecia a aplicação da sanção penal apenas pela periculosidade do agente, cujo período de duração era indeterminado, de modo que proporcionava um poder ilimitado ao Estado.¹¹²

Assim, diante do confronto de ideias entre os clássicos e os positivistas, desenvolveu-se a Escola Eclética italiana, conhecida também como *Terza Scuola Italiana*, que buscou conciliar os pensamentos da Escola Clássica com os da Escola Positiva italiana, considerando tanto as ideias de prevenção quanto as de retribuição da pena.

¹⁰⁷ BISSOLI FILHO, Francisco. *A sanção penal e suas espécies*. Curitiba: Juruá, 2010. p. 88.

¹⁰⁸ JUNQUEIRA, Gustavo; VANZOLINI, Patrícia. *Manual de direito penal*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2022. p. 1237.

¹⁰⁹ NUCCI, Guilherme de Souza. *Curso de Execução Penal*. 1.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 20.

¹¹⁰ BISSOLI FILHO, Francisco. *A sanção penal e suas espécies*. Curitiba: Juruá, 2010. p. 85 - 86.

¹¹¹ NUCCI, Guilherme de Souza. *Curso de Execução Penal*. 1.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 20.

¹¹² NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Direito Penal*. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 90.

Conforme Penteado Filho, a *Terza Scuola italiana* fixou 4 (quatro) principais postulados criminológicos: 1) distinguiu os inimputáveis dos imputáveis; 2) desenvolveu a ideia de responsabilidade moral baseada no determinismo, de tal forma que, a depender do caso, seria necessário a aplicação de uma medida de segurança; 3) observou o delito como um fenômeno social e individual; e 4) defendeu a aplicação da sanção penal com um caráter aflitivo, de modo que objetivasse a defesa social.¹¹³

Com efeito, dentre as ideias desenvolvidas na Escola Eclética italiana, tem-se a teoria mista da pena, que estabeleceu, no dizer de Bissoli Filho, o “duplo propósito da sanção penal, ou seja, o retributivo ou absoluto e o preventivo, relativo ou utilitarista”, buscando “combinar os pontos de vistas das teorias absolutas e relativas, associando a justiça absoluta com o fim socialmente útil ou conceito de retribuição com o fim utilitário”.¹¹⁴

Nesse sentido, para Bissoli Filho, a cominação das leis no ordenamento jurídico levaria à prevenção geral, pois toda coletividade estaria submetida a essas disposições; a aplicação dessas normas na decisão condenatória, à prevenção especial, pois seria aplicada, somente, ao indivíduo infrator; e a execução desse título judicial, à retribuição e à prevenção, pois, além de servir como uma forma de castigo àquele que desrespeitou às normas, funcionaria também como uma forma de educar o indivíduo a fim de que ele não viesse a cometer novamente uma infração.¹¹⁵

Deve-se destacar que o ordenamento jurídico brasileiro é adepto a essa teoria mista da pena, de tal modo que, consoante prevê o artigo 59 do Código Penal, o juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá a pena conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime.

Assim, conforme esclarece Bissoli Filho, “apesar de a retribuição ser inerente à sanção penal, [...] pode ela cumular ou alternar outros propósitos, tais como prevenção e a conciliação”¹¹⁶. É possível dizer que, entre os principais objetivos da implementação das sanções penais, está o interesse estatal de ressocializar o apenado, isto é, de fazer com que o indivíduo não só seja castigado pelo cometimento da conduta delitiva, mas, também, que não venha a cometê-la novamente.

¹¹³ PENTEADO FILHO, Nestor Sampaio. *Manual esquemático de criminologia*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2019. p. 41.

¹¹⁴ BISSOLI FILHO, Francisco. *A sanção penal e suas espécies*. Curitiba: Juruá, 2010. p. 91.

¹¹⁵ BISSOLI FILHO, Francisco. *Estigmas da criminalização: dos antecedentes à reincidência criminal*. Florianópolis: Obra Jurídica, 1998. p. 145-150.

¹¹⁶ BISSOLI FILHO, Francisco. *A sanção penal e suas espécies*. Curitiba: Juruá, 2010. p. 51.

Além disso, na redação da Lei n. 7.210/1984, também é possível observar o caráter misto (preventivo e retributivo) da pena, uma vez que regula a forma com que o indivíduo cumpre sua pena privativa de liberdade, a fim de cumprir com o seu dever social perante o Estado e reparar o dano causado, bem como evitar que futuros delitos sejam cometidos novamente.

É o caso, por exemplo, do artigo 1º, que prevê, como objetivo da execução da sanção penal, efetivar o disposto na decisão condenatória, isto é, executar a sanção penal imposta, bem como proporcionar condições para a integração social do apenado; do artigo 10, que dispõe que a assistência ao preso e ao internado é dever do Estado, objetivando prevenir o crime e orientar o retorno à convivência em sociedade; dos artigos 28 e 29, parágrafo 1º, alíneas *a* e *d*, os quais preveem, respectivamente, que o trabalho é um dever social do apenado e que o produto da remuneração dessa atividade laborativa será destinada à reparação do dano causado, desde que determinados judicialmente e não reparados por outros meios, e ao ressarcimento ao Estado das despesas realizadas com a manutenção do condenado, em proporção a ser fixada e sem prejuízo da destinação prevista nas letras anteriores; e do artigo 30, que dispõe que as tarefas executadas como prestação de serviço à comunidade não serão remuneradas, sobretudo a partir da concepção de que o indivíduo tem um dever de reparar o dano perante à sociedade.

Deve-se destacar, ainda, que o cumprimento da sanção penal imposta está intrinsecamente ligado ao caráter retributivo da pena, visto que, ao submeter o indivíduo a essa medida, o Estado priva diversos direitos e garantias fundamentais, como o da liberdade de locomoção, a fim de puni-lo pela conduta delitativa.

Assim, a Lei n. 7.210/1984 regula diversos meios para reeducar o apenado, com o objetivo de que ele não cometa outros delitos e esteja apto par retornar ao convívio social, bem como, ao limitar o cumprimento da sanção imposta ao que foi determinado na decisão condenatória, funciona como um mecanismo normativo para evitar excessos do Estado durante a execução da pena.

Ademais, segundo Marcão, não basta apenas punir, deve-se atentar para o princípio da humanização da pena, segundo o qual, entende-se que o condenado detém direitos e deveres que devem ser respeitados, contudo, sem excesso de regalias, para não tornar a punição desprovida de sua finalidade.¹¹⁷

¹¹⁷ MARCAO, Renato Flávio. *Curso de execução penal*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2023. p. 41.

3.2.3 O trânsito em julgado da sentença penal condenatória como pressuposto da execução penal

No dizer de Bonfim, a sentença penal condenatória “é aquela em que o juiz julga procedente a pretensão punitiva deduzida na peça acusatória, reconhecendo a responsabilidade do réu e lhe aplicando uma pena”¹¹⁸.

Assim, por consistir na parte mais importante do processo penal, uma vez que colocará fim à instrução e decidirá acerca da aplicação ou não de uma sanção que corresponda à restrição do direito de liberdade do indivíduo infrator, o qual é previsto no artigo 5º da Constituição Federal, exaurindo a jurisdição do juízo de primeiro grau, a sentença penal deverá seguir algumas formalidades dispostas em lei.

Não se pode olvidar que, em vista da garantia constitucional do estado de inocência ou de não culpabilidade presente no artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal, ninguém será culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

Sob esse prisma, conforme Bissoli Filho esclarece:

A ideia de presunção de inocência não coincide, exatamente, com a de estado de inocência ou de não culpabilidade, embora alguns autores as tenham como sinônimas. É que a presunção de inocência trata, apenas, de uma “presunção”, e não de um estado jurídico-penal. Sugere que a pessoa que praticou uma determinada conduta seja “presumida” inocente, transmitindo a ideia de que, de fato, não o seja, o que permitiria um prejulgamento. Ao contrário, a ideia de estado de inocência ou de não culpabilidade remete à concepção de que existem dois estados pessoais penais do sujeito em relação à sua conduta: um de inocência, que permanece até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória; e outro de culpado, que surge, somente após esse momento processual.¹¹⁹

Dessa forma, segundo Lima, o indivíduo não poderá “ser declarado culpado senão após o término do devido processo legal”, em que ele “tenha se utilizado de todos os meios de prova pertinentes para sua defesa (ampla defesa) e para a destruição da credibilidade das provas apresentadas pela acusação (contraditório)”.¹²⁰

Além disso, Bissoli filho destaca que:

No estado de inocência, ninguém pode sofrer os efeitos antecipados de uma possível e futura condenação penal ou de uma condenação penal ainda não transitada em julgado, tanto no que diz respeito aos seus efeitos primários (a pena ou a medida de segurança imposta a semi-imputável) quanto aos seus secundários (automáticos ou não, sejam eles penais ou extrapenais), que são próprios, somente, de uma sentença penal condenatória transitada em julgado. [...] O estado de culpado, por sua vez, é o que decorre do trânsito em julgado de uma sentença penal condenatória, ou seja, de uma sentença que reconheceu a existência de um injusto penal (conduta típica e

¹¹⁸ BONFIM, Edilson Mougenot. *Curso de processo penal*. São Paulo: Saraiva, 2019. p. 1300.

¹¹⁹ BISSOLI FILHO, Francisco. *Princípios constitucionais aplicáveis às sanções penais*. 1. ed. Florianópolis: Habitus, 2016. p. 73.

¹²⁰ LIMA, Renato Brasileiro de. *Código de Processo Penal Comentado*. 2. ed. Salvador: Jospodivm, 2017. p. 478.

antijurídica) culpável e punível e, por isso, foi objeto de um juízo de reprovação que julgou necessária a aplicação de uma pena.¹²¹

Com efeito, para Brito, o artigo 1º da Lei 7.210/1984 é claro ao dispor que o objetivo da execução penal é efetivar o disposto na decisão condenatória, isto é, tornar concreta a submissão do indivíduo à pena que lhe fora imposta, além de proporcionar ao condenado os meios necessários para que ele se reintegre ao convívio social.¹²²

Há de se destacar que, no dizer de Mirabette, essa norma “registra formalmente o objetivo de realização penal concreta do título executivo constituído por tais decisões”, além de instrumentalizar a ideia de reinserção social, a qual é compreendida pela “assistência e ajuda na obtenção dos meios capazes de permitir o retorno do apenado e do internado ao meio social em condições favoráveis para a sua integração”.¹²³

Assim, para executar o disposto na sentença condenatória, Marcão explica que, “ressalvada a possibilidade de execução provisória na hipótese em que o réu se encontrar preso por força da decretação de prisão preventiva,”¹²⁴ é imprescindível o trânsito em julgado definitivo do referido título judicial, isto é, que não seja mais possível a interposição de nenhum recurso pelas partes, perfectibilizando a coisa julgada.

Portanto, da análise das normas previstas na Constituição Federal e na Lei de Execução Penal, vislumbra-se que o pressuposto do processo executivo da sanção penal é a decisão condenatória transitada em julgado, visto que, quando estiver ausente esse requisito, não há que falar na execução da pena, salvo nas hipóteses específicas presentes em lei, cujo rol é taxativo.

Nessa senda, segundo Bissoli Filho, ao ser condenado, o indivíduo deverá ser submetido a execução da sanção imposta no decisão condenatória, sendo possível dizer, pois, que “alguém somente pode ser obrigado a cumprir uma pena após ser, previamente, reconhecido como culpado, ou seja, após haver uma sentença penal condenatória transitada em julgado que reconheça a sua culpabilidade.”¹²⁵

Outrossim, por tratar da mais grave das sanções jurídicas, o processo de execução penal deve manter-se restrito ao disposto no ordenamento jurídico, a fim de proteger as garantias básicas do condenado, na medida em que muitas dessas já estão sendo suprimidas em vista do cumprimento da pena.

¹²¹ BISSOLI FILHO, Francisco. *Princípios constitucionais aplicáveis às sanções penais*. 1. ed. Florianópolis: Habitus, 2016. p. 85.

¹²² BRITO, Alexis Couto de. *Execução Penal*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2022. p. 67.

¹²³ MIRABETTE, Julio Fabrini. *Execução Penal*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2002. p. 26.

¹²⁴ MARCAO, Renato Flávio. *Curso de execução penal*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2023. p. 58.

¹²⁵ BISSOLI FILHO, Francisco. *Princípios constitucionais aplicáveis às sanções penais*. 1. ed. Florianópolis: Habitus, 2016. p. 86.

3.3 A GARANTIA DA COISA JULGADA E OUTRAS GARANTIAS INERENTES À EXECUÇÃO PENAL

3.3.1 A garantia da coisa julgada

A garantia constitucional da coisa julgada, prevista no artigo 5º, inciso XXXVI, da Constituição Federal, é uma qualidade conferida à sentença ou ao acórdão, que visa trazer um caráter de imutabilidade desse título judicial, após o trânsito em julgado, com o intuito de propiciar a segurança jurídica, por meio da inalterabilidade dessa decisão.

Nessa senda, de acordo com o disposto no parágrafo 3º do artigo 6º do Decreto-Lei n. 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro), denomina-se coisa julgada ou caso julgado a decisão judicial de que já não caiba recurso.

Conforme Lopes Jr.:

A coisa julgada [...] é a imutabilidade do mandamento proveniente da decisão, não é um efeito, mas uma qualidade e um modo de ser e de manifestar-se de seus efeitos. Somente haverá coisa julgada plena ou soberanamente julgada em relação à sentença penal absolutória ou declaratória de extinção da punibilidade, pois a condenatória pode ser modificada a qualquer tempo, mas em casos restritos, através da revisão criminal (arts. 621 e s.).¹²⁶

Por sua vez, para Bissoli Filho, “a coisa julgada expressa [...] o valor imperativo do juízo do juiz que se equipara ao juízo do legislador, razão pela qual a *‘res iudicata equilave a uma lex specialis’*”, contudo, é importante ter em mente que “apesar de a imperatividade estar presente tanto na lei quanto na coisa julgada, esta se distingue da lei pela *‘imutabilidade do juízo’*, uma vez que, como instituto jurídico, a coisa julgada pressupõe a possibilidade de erro judicial.”¹²⁷

Assim, no dizer de Bonfim, a coisa julgada proporciona a estabilidade jurídica, porquanto evita que: 1) “uma discussão jurídica se prolongue indefinidamente, tornando a ser entabulada sobre assunto já definido firmemente pela jurisdição”; e, 2) “se produzam resoluções e sentenças contraditórias ou que se reiterem, injusta e irracionalmente, sentenças com o mesmo conteúdo sobre o mesmo assunto.”¹²⁸

Além disso, Lopes Jr. esclarece que essa garantia constitucional se encontra amparada, também, no artigo 95, inciso V, do Código de Processo Penal, e se baseia no princípio do *non*

¹²⁶ LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2022. p. 2323.

¹²⁷ BISSOLI FILHO, Francisco. *Linguagem e criminalização*. 22. ed. Curitiba: Juruá, 2011. p. 460.

¹²⁸ BONFIM, Edilson Mougenot. *Curso de processo penal*. São Paulo: Saraiva, 2019. p. 715.

bis in idem, de forma que, após o trânsito em julgado da decisão condenatória, não há mais como processar, novamente, o mesmo fato.¹²⁹

É imperioso mencionar que, segundo Bissoli Filho, o “surgimento do crime ou da contravenção penal do criminoso ou do contraventor, com a mudança do estado de inocência deste para culpado” somente será caracterizada “quando ocorrer o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, que se formaliza na certidão de trânsito em julgado expedida pelo respectivo cartório judicial ou pela secretaria do tribunal.”¹³⁰

Além disso, quanto aos seus efeitos, a garantia constitucional da coisa julgada se subdivide em: 1) formal; e 2) material.

A coisa julgada formal, segundo Lopes Jr., consiste em um “impedimento de modificação da decisão por qualquer meio processual dentro do processo em que foi proferida,” de modo que apresenta um caráter preclusivo. Para este autor:

Quando não há análise e julgamento sobre o mérito (ou seja, sobre o fato processual ou caso penal), a decisão faz coisa julgada formal, mas não produz coisa julgada material, ou seja, é imutável no próprio processo (após a fluência do prazo sem a interposição de recurso, ou pela denegação do eventual recurso interposto, é claro), sem que exista a produção exterior de seus efeitos.¹³¹

Já para Nucci, a coisa julgada formal “é somente a imutabilidade da decisão final de um processo, em virtude da preclusão das vias de impugnação, embora se possa ajuizar outra ação, conforme previsão legal.”¹³²

Nessa senda, Távora e Alencar sustentam que:

A coisa julgada é formal quando ocorre naqueles processos encerrados sem decisão de mérito. Em tais situações, a decisão pelo encerramento torna-se imutável, mas nada obsta que a demanda seja novamente instaurada e decidida noutro processo. Isso porque o efeito da coisa julgada formal só ocorre dentro do processo e só impede que se reabra a discussão da decisão naquele mesmo feito. Todavia, como não houve decisão de mérito, tais efeitos não transbordam para além dos limites do processo encerrado, logo, nada impede que o fato não apreciado possa ser reavaliado em nova demanda.¹³³

¹²⁹ LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2022. p. 713.

¹³⁰ BISSOLI FILHO, Francisco. *Linguagem e criminalização*. 22. ed. Curitiba: Juruá, 2011. p. 460.

¹³¹ LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2022. p. 2292.

¹³² NUCCI, Guilherme de Souza. *Curso de Direito Processual Penal*. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 624.

¹³³ TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. *Curso de Direito Processual Penal*. 11. ed. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 703.

Nesse caso, explica Lima, essa garantia compreende um “fenômeno endoprocessual, pois a imutabilidade da decisão está restrita ao processo em que foi proferida,”¹³⁴ uma vez que, conforme Lopes Jr., “não há análise e julgamento do mérito”.¹³⁵

Por sua vez, caracteriza-se a coisa julgada material, segundo Nucci, “quando o mérito da causa foi decidido, reconhecendo ou afastando a pretensão punitiva do Estado, não havendo mais a possibilidade de interposição de qualquer recurso”¹³⁶

Além disso, Lima sustenta que a coisa julgada material “projeta-se para fora do processo, tornando a decisão imutável e indiscutível além dos limites do processo em que foi proferida”¹³⁷, isto é, conforme Bonfim, “impedindo que o comando emergente da sentença seja novamente discutido em outro processo”.¹³⁸ Conforme este autor:

A coisa julgada material traduz, assim, na lição de Oliva Santos, um “efeito próprio de algumas decisões firmes que consiste numa precisa e determinada força de vincular, em outros processos, a todos os órgãos jurisdicionais (o mesmo que julgou e outros distintos) a respeito do conteúdo dessas decisões (normalmente sentenças)”. Destarte, uma nova sentença de mérito é absolutamente vedada pela aplicação do princípio *ne bis in idem* (= *bis de eadem re ne sit actio*), servindo assim de proteção ao acusado.¹³⁹

À vista disso, Távora e Alencar esclarecem que a coisa julgada material encerra o processo decidindo acerca do mérito, de modo que a matéria decidida, a partir do momento em que transita em julgado, torna-se imutável, isto é, não há mais como apreciá-la novamente, mesmo que em outra relação processual. Ademais, esses autores destacam que a coisa julgada material, “por repercutir seus efeitos para fora, é fenômeno exoprocessual, além de naturalmente também ser endoprocessual, eis que não cabe modificação tanto através de outro processo, quanto na mesma relação processual”.¹⁴⁰

A coisa julgada formal, no dizer de Lima, consiste em um pressuposto da coisa julgada material, contudo, a forma inversa não acontece.¹⁴¹

Convém mencionar que, conforme demonstrado anteriormente, a coisa julgada procura proporcionar segurança jurídica com a ideia de inalterabilidade da decisão. Todavia, deve-se ter em mente que essa garantia constitucional apresenta limites objetivos e subjetivos.

¹³⁴ LIMA, Renato Brasileiro de. *Código de Processo Penal Comentado*. 2. ed. Salvador: Jospodivm, 2017. p. 376.

¹³⁵ LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2022. p. 2323.

¹³⁶ NUCCI, Guilherme de Souza. *Curso de Direito Processual Penal*. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 624.

¹³⁷ LIMA, Renato Brasileiro de. *Código de Processo Penal Comentado*. 2. ed. Salvador: Jospodivm, 2017. p. 376.

¹³⁸ BONFIM, Edilson Mougenot. *Curso de processo penal*. São Paulo: Saraiva, 2019. p. 713.

¹³⁹ *Ibidem*, p. 713.

¹⁴⁰ TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. *Curso de Direito Processual Penal*. 11. ed. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 703.

¹⁴¹ LIMA, Renato Brasileiro de. *Código de Processo Penal Comentado*. 2. ed. Salvador: Jospodivm, 2017. p. 376.

Os limites de ordem objetiva, conforme Lopes Jr., referem-se “ao fato natural, não interessando a qualificação jurídica que receba”¹⁴², isto é, a qual parte da decisão que está assegurada pela coisa julgada.

Nucci afirma que:

Quanto ao aspecto objetivo, é natural poderem existir outros fatos, julgados por diversos magistrados, que envolvam questões incidentais no processo, mas não a imputação principal. Essas decisões de outros feitos não proporcionam a formação da coisa julgada. Assim, em matéria de questões prejudiciais, por exemplo, apreciadas por diferentes juízos, não se pode invocar a coisa julgada, para evitar que a decisão seja proferida em determinado processo-crime em andamento.¹⁴³

Por sua vez, os limites de ordem subjetiva referem-se à parte que será afetada pelos efeitos da decisão proferida, de modo que, conforme Nucci, em regra, “a coisa julgada somente pode produzir efeito em relação às partes envolvidas no processo”¹⁴⁴.

Assim, para esse autor:

[...] decidida a causa em relação a um corréu, inocentando-o por falta de provas, por exemplo, isto não significa que outro concorrente do delito não possa ser julgado, pelo mesmo fato, posteriormente, sendo condenado. O fato criminoso é o mesmo, mas as provas foram produzidas e processos distenso, tendo repercussão diversa em casa um deles.¹⁴⁵

Portanto, tanto os limites de ordem objetiva quanto subjetiva remetem-se a ideia de que não é possível que o mesmo fato e o mesmo autor sejam alvos de nova decisão judicial, quando a primeira estiver revestida sob o manto da coisa julgada.

Todavia, é importante ter em mente que, apesar de estar prevista na Constituição Federal, a coisa julgada não é uma garantia absoluta, uma vez que há algumas situações especialíssimas previstas no ordenamento jurídico que permitem a modificação da decisão judicial, mesmo após o trânsito em julgado.

É o que acontece, por exemplo, no Direito Processual Penal, ao prever a possibilidade de aforamento da ação de revisão criminal, após o trânsito em julgado da decisão condenatória.

A revisão criminal, segundo Bonfim, permite que o condenado, mediante a existência de uma condenação injusta que lhe tenha prejudicado, faça com que o Poder Judiciário reexamine o seu processo, que já foi alcançado pela coisa julgada, a fim de possibilitar,

¹⁴² LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2022. p. 2325.

¹⁴³ NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Processo Penal e Execução Penal*. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 348.

¹⁴⁴ *Ibidem*, p. 347.

¹⁴⁵ *Ibidem*, p. 347.

dependendo do caso, a sua absolvição, a melhora na sua condenação ou a anulação do processo.¹⁴⁶

Além disso, em que pese possa ser proposta a qualquer tempo, conforme dispõe o artigo 621 do Código de Processo Penal, a ação revisional só será admitida quando: 1) a sentença condenatória for contrária ao texto expresso da lei penal ou à evidência dos autos; 2) a sentença condenatória se fundar em depoimentos, exames ou documentos comprovadamente falsos; e 3) quando, após a sentença, descobrirem-se novas provas de inocência do condenado ou de circunstâncias que determinem ou autorizem a diminuição especial da pena. Ademais, o pleito revisional não será admitido se consistir em reiteração de pedido, salvo nos casos em que for fundamentado em novas provas.

Em relação às partes legítimas para a propositura da revisão criminal, o artigo 623 do Código de Processo Penal dispõe que essa ação poderá ser proposta, somente, pelo próprio réu ou seu por procurador legalmente habilitado ou, no caso de morte do réu, pelo cônjuge, ascendente, descendente ou irmão.

Ainda, nos termos do artigo 626, *caput* e parágrafo único, desse mesmo dispositivo legal, se julgada procedente a revisão, o tribunal poderá alterar a classificação da infração, absolver o réu, modificar a pena ou anular o processo, contudo, não poderá agravar a pena imposta pela decisão revista.

Assim, a reforma do título judicial, nesse caso, deve ser sempre em favor do réu, visto que, caso contrário, consistiria em *reformatio in pejus*,¹⁴⁷ o que é vedado pelo ordenamento jurídico brasileiro.

Nessa senda, no dizer de Bonfim:

Não poderá, contudo, ser agravada a pena imposta pela *revisão revista*, mesmo que ao tribunal seja perceptível uma punição branda em relação àquela realmente merecida pelo sentenciado. Proíbe-se, assim, a *reformatio in pejus*, aplicando-se analogicamente o disposto no art. 617 do CPP. Não só é vedada a majoração da pena, mas também qualquer decisão que agrave concretamente a situação do petionário, a exemplo daquela que reconhece o crime continuado e, por consequência, acaba vedando a progressão de regime, mesmo que aparentemente, em razão da diminuição do quantum da pena, possa parecer mais benéfica.¹⁴⁸

Para Lima e Rezende, apesar de o mencionado artigo não dispor, expressamente, acerca da possibilidade de o Ministério Público propor a revisão criminal, tendo em vista o

¹⁴⁶ BONFIM, Edilson Mougenot. *Curso de processo penal*. São Paulo: Saraiva, 2019. p. 2028.

¹⁴⁷ Segundo Bonfim (2012, p. 1290), “é corolário do efeito devolutivo a proibição da *reformatio in pejus*, que pode ser direta (reforma em prejuízo do recorrente, em julgamento de seu próprio recurso) ou indireta (imposição de situação mais gravosa ao recorrente, que obteve anulação de uma decisão, em nova sentença proferida em substituição àquela).”

¹⁴⁸ BONFIM, Edilson Mougenot. *Código de Processo Penal anotado*. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 1442.

artigo 127 da Constituição Federal, o qual dispõe que compete ao órgão ministerial zelar pela defesa a ordem jurídica, é possível dizer que a sua legitimidade se restringe ao aforamento da referida ação desde que em benefício do réu.¹⁴⁹

Nesse sentido, Lopes Jr. ensina que:

A coisa julgada no processo penal é peculiar, pois somente produz sua plenitude de efeitos (coisa soberanamente julgada) quando a sentença for absolutória ou declaratória de extinção da punibilidade, pois nesses casos não se admite revisão criminal contra o réu (ou *pro societate*), ainda que surjam (novas) provas cabais da autoria e materialidade. Trata-se de uma opção democrática (fortalecimento do indivíduo) de cunho político-processual, de modo que, uma vez transitada em julgado a sentença penal absolutória, em nenhuma hipótese aquele réu poderá ser novamente acusado por aquele fato natural.¹⁵⁰

Além da revisão criminal, a Lei de Execução Penal, no seu artigo 111, prevê a possibilidade de determinar um regime diverso do estipulado na decisão condenatória, ao determinar que, quando houver condenação por mais de um delito, mesmo que em processos diferentes, o regime de cumprimento de pena será estabelecido pelo resultado da soma ou da unificação das penas, de modo que, se a nova condenação sobrevier durante a execução de outra sanção penal, a pena superveniente será somada ao restante da que está sendo cumprida, a fim de determinar o regime a ser cumprido.

Conclui-se, pois, que a regra é que, após o trânsito em julgado, a decisão deve permanecer inalterada, salvo em casos específicos previstos em lei, que consistem em um rol taxativo, de modo que não abrem margem para eventual analogia.

3.3.2 Outras garantias inerentes à execução penal

Não se pode olvidar que o condenado é sujeito de direitos e de deveres, de modo que há princípios inerentes à execução penal que visam protegê-lo de eventuais excessos por parte do poder estatal, além de tentar garantir, na medida do possível, os propósitos da aplicação da sanção penal.

Entre as diversas garantias constitucionais inerentes à execução penal, há de se destacar a da individualização das penas, a da proporcionalidade, a da dignidade da pessoa humana, a da legalidade penal e a do devido processo legal.

¹⁴⁹ LIMA, Marcellus Polastri; REZENDE, Mariana Soares de. A Revisão Criminal: antigas e novas questões relevantes. *Revista do Ministério Público*, Rio de Janeiro, v. 71, n. 1, p. 19-48, maio 2019. Disponível em: <https://www.mprj.mp.br/servicos/revista-do-mp/revista-71>. Acesso em: 18 maio 2023.

¹⁵⁰ LOPES JR. Aury. *Direito processual penal*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 303.

A garantia da individualização da pena, prevista no inciso XLVI, do artigo 5º da Constituição Federal, segundo Nucci, está consubstanciada na ideia de “eleger a justa e adequada sanção penal, quanto ao montante, ao perfil e aos efeitos penderes sobre o sentenciado, tornando-o único e distinto dos demais infratores, ainda que coautores ou mesmo corréus.”¹⁵¹

Para Bissoli Filho, essa garantia da individualização das penas pode ser definida como a “adequação da sanção penal ao fato e ao seu autor ou partícipe”. Além disso, segundo este mesmo autor, esse princípio se desdobra em: 1) individualização legislativa ou cominação; 2) individualização judicial ou aplicação; e 3) individualização executiva ou administrativa ou execução.¹⁵²

Nesse sentido, a individualização legislativa ou cominação, no dizer de Bissoli Filho, consiste na adequação da sanção penal à conduta delitiva, “que se realiza no campo do dever-ser ou normativo e no âmbito legislativo”, sendo este regulado pelo princípio constitucional da legalidade penal. Assim, segundo este autor, a cominação define as sanções penais aplicáveis de acordo com a qualidade e a quantidade, a depender do bem jurídico tutelado, bem como prevê “institutos, circunstâncias, regras e critérios que devem ser observados na aplicação e na execução da pena.”¹⁵³

Já a individualização judicial ou aplicação, segundo Bissoli Filho, consiste na “adaptação da sanção penal ao fato criminoso ou contravencional concreto e ao seu autor ou partícipe” e “ocorre, exclusivamente, no âmbito judicial, por meio do processo penal, no momento da prolação da sentença penal condenatória, que é o seu ponto culminante.” Contudo, este autor destaca que, em que pese a aplicação da sanção penal se realize no caso concreto, ela ainda “conserva seu caráter normativo ou deontológico, como na cominação.”¹⁵⁴

Por sua vez, a individualização administrativa ou execução, para Bissoli Filho, compreende a “adaptação da sanção penal aplicada ao condenado na sentença penal condenatória” e apresenta um caráter híbrido, uma vez que “assim como ocorre na cominação e na aplicação, além do seu caráter normativo ou do dever-ser ou deontológico, passa a ter um caráter ontológico, [...] uma vez que é nesse plano que a sanção penal, de fato, é sentida pelo condenado.”¹⁵⁵

¹⁵¹ NUCCI, Guilherme de Souza. *Individualização da pena*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 30.

¹⁵² BISSOLI FILHO, Francisco. *Princípios constitucionais aplicáveis às sanções penais*. 1. ed. Florianópolis: Habitus, 2016. p. 149.

¹⁵³ *Ibidem*, p. 149.

¹⁵⁴ *Ibidem*, p. 151 – 152.

¹⁵⁵ *Ibidem*, p. 153 – 154.

Além disso, Bissoli Filho sustenta que, nessa parte da individualização administrativa ou execução, a ênfase “está na adaptação da sanção penal ao condenado, embora o fato, também, seja determinante, tanto que poderá haver distinção da execução conforme a infração penal cometida.”¹⁵⁶

Segundo Brito, essa garantia constitucional, na execução da sanção penal, objetiva a classificação dos condenados, de modo que, a partir de uma análise acerca de suas personalidades e seus antecedentes criminais, eles recebam o tratamento penitenciário adequado,¹⁵⁷ evitando a padronização das sanções penais.

Mendes e Branco explicam que:

[...] perante a Constituição, o princípio da individualização da pena compreende: a) proporcionalidade entre o crime praticado e a sanção abstratamente cominada no preceito secundário da norma penal; b) individualização da pena aplicada em conformidade com o ato singular praticado por agente em concreto (dosimetria da pena); c) individualização da sua execução, segundo a dignidade humana (art. 1º, III), o comportamento do condenado no cumprimento da pena (no cárcere ou fora dele, no caso das demais penas que não a privativa de liberdade) e à vista do delito cometido (art. 5º, XLVIII).¹⁵⁸

É importante ter em mente que, no dizer de Mirabette, “a execução penal não pode ser igual para todos os presos”, nem ser “homogênea durante todo o período de seu cumprimento”, de modo que, “durante a fase executória da pena, se exige um ajustamento” do procedimento de execução “conforme a reação observada no condenado, podendo só assim falar em verdadeira individualização no momento executivo”¹⁵⁹.

Nessa senda, segundo Mendes e Branco, a decisão proferida, pelo Supremo Tribunal Federal, no dia 23 de fevereiro de 2006, nos autos do *Habeas Corpus* n. 82.959, de São Paulo, nos quais foi relator o ministro Marco Aurélio, “ampliou o âmbito de proteção do direito à individualização” da pena, de modo que, “esse conceito não mais está restrito apenas ao processo de fixação *in abstracto* por parte do legislador e *in concreto* por parte do juiz, quando da aplicação da sanção, mas abrange também a própria execução da pena.”¹⁶⁰

A mencionada decisão reconheceu a inconstitucionalidade da antiga redação do parágrafo 1º do artigo 2º da Lei n. 8.072, de 25 de julho de 1990 (Lei de Crimes Hediondos), que vedava a progressão de regime aos condenados por delitos considerados hediondos ou

¹⁵⁶ BISSOLI FILHO, Francisco. *Princípios constitucionais aplicáveis às sanções penais*. 1. ed. Florianópolis: Habitus, 2016. p. 153.

¹⁵⁷ BRITO, Alexis Couto de. *Execução Penal*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2022. p. 104.

¹⁵⁸ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 12. ed. São Paulo, Saraiva, 2017. p. 456.

¹⁵⁹ MIRABETTE, Julio Fabrini. *Execução Penal*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2002. p. 46.

¹⁶⁰ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 12. ed. São Paulo, Saraiva, 2017. p. 459.

assemelhados, sob o fundamento de que a garantia da individualização da pena “é o ponto de interseção em que se conectam os princípios da legalidade, da individualização e da humanidade da pena”, de tal forma que “excluir o sistema progressivo [...] da fase de execução é impedir que se faça valer, nessa fase, o princípio constitucional da individualização da pena.”¹⁶¹

No que diz respeito à garantia da proporcionalidade, Reale Júnior sustenta que ela está contida implicitamente no texto constitucional e “deflui do conjunto dos princípios e direitos fundamentais explicitados na Constituição, a começar pelo princípio da dignidade da pessoa humana”, porquanto “a pessoa humana não pode alcançar sua realização concreta se sujeita estiver ao arbítrio do legislador,” que “escolhe como objeto de punição comportamentos inócuos ou meras desobediências a normas.”¹⁶²

Ademais, esse princípio constitucional tem como objetivo, sobretudo, evitar excessos do Estado ao exercer seu poder de punir, visto que busca alcançar um equilíbrio ao aplicar a norma, levando em consideração seu propósito e a razoabilidade.

É possível dizer, portanto, na esteira de Sarlet, que essa garantia está intimamente ligada com a ideia de justiça, equidade, isonomia, moderação e prudência e funciona como critério de controle da legitimidade das medidas restritivas de direito.¹⁶³

Conforme esse autor:

Na sua versão mais difundida e vinculada especialmente à função dos direitos fundamentais como direitos de defesa contra intervenções por parte dos órgãos estatais, o princípio da proporcionalidade, compreendido em sentido amplo, opera como um limite à possibilidade de intervenção no âmbito de proteção dos direitos fundamentais, implicando [...] uma estrutura de controle em três níveis, de acordo com os critérios da adequação ou da conformidade (a medida interventiva deve ser apropriada, no sentido de tecnicamente idônea, a promover os fins pretendidos), da necessidade ou da exigibilidade (a medida deve ser, dentre as disponíveis, a menos restritiva possível) e da assim chamada proporcionalidade em sentido estrito, onde se processa a ponderação propriamente dita, ou seja, a verificação de se a medida, embora adequada e exigível, é mesmo proporcional e preserva uma relação de “justa medida” entre os meios utilizados e o fim almejado.¹⁶⁴

No âmbito do direito penal, segundo Bissoli Filho, a garantia da proporcionalidade possui duas funções: 1) de limitar os excessos; e 2) de evitar a proteção estatal insuficiente da conduta delitiva.¹⁶⁵ Assim, para Jesus, depreende-se que a pena aplicada deve estar em

¹⁶¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* n. 82.959. Relator: Ministro Marco Aurélio, 23 fev. 2006.

¹⁶² REALE JR., Miguel. *Direito Penal - Jurisprudência em debate*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 1277.

¹⁶³ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2022. p. 520 – 524.

¹⁶⁴ *Ibidem*, p. 523.

¹⁶⁵ BISSOLI FILHO, Francisco. *Princípios constitucionais aplicáveis às sanções penais*. 1. ed. Florianópolis: Habitus, 2016. p. 118.

consonância com o grau de culpabilidade do autor do delito, sendo possível dizer que a culpabilidade é, pois, a medida da pena.¹⁶⁶

Cumprir mencionar, também, que essa garantia constitucional apresenta duas vertentes: 1) a proporcionalidade abstrata; e 2) a proporcionalidade concreta.

Em relação à proporcionalidade abstrata, Baratta explica que “somente grandes violações aos direitos humanos podem ser objeto de sanções penais”, bem como que “as penas devem ser proporcionais ao dano causado pela violação.”¹⁶⁷

No que concerne à proporcionalidade concreta, para Baratta:

[...] a violência penal pode agravar e reproduzir conflitos nas áreas específicas que ela intervém. [...] Existem casos muito evidentes nos quais a introdução de medidas penais produz problemas novos e mais graves que aqueles que a pena pretende resolver [...] e nos quais esta pode ser considerada uma variável essencial na estrutura de um problema social complexo. [...] A incidência negativa da pena, especialmente da carcerária, nas famílias dos condenados é muito maior nos estratos sociais mais baixos que naqueles mais elevados. [...] o efeito da pena sobre a vida e o *status* social futuro do condenado é mais grave nos jovens detidos provenientes dos estratos sociais inferiores do que naqueles pertencentes aos estratos sociais superiores.¹⁶⁸

Assim, segundo Baratta, essa garantia constitucional da proporcionalidade, sobretudo, a concreta, deve nortear a aplicação da legislação penal, de tal forma que ela englobe indivíduos de diversos estratos sociais, a fim de não aumentar as desvantagens desses apenados que pertencem a classes sociais mais baixas.¹⁶⁹

Além das garantias acima mencionadas, depreende-se do inciso III do artigo 1º da Constituição Federal que, entre os princípios basilares do Estado Democrático de Direito brasileiro, está a garantia da dignidade da pessoa humana, a qual, conforme Barroso, “funciona tanto como justificção moral quanto como fundamento normativo para os direitos fundamentais.”¹⁷⁰

Esse princípio, segundo Moraes, consubstancia-se na ideia de liberdade individual, impondo-se uma parcela mínima de liberdade que o ordenamento jurídico deve assegurar, relacionada a um valor moral mínimo que todo ser humano merece.¹⁷¹

¹⁶⁶ JESUS, Damásio de. *Direito Penal – parte geral*. 32. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 53.

¹⁶⁷ BARATTA, Alessandro. *Princípios do Direito Penal mínimo: por uma teoria dos direitos humanos como objeto e limite da lei penal*. 1. ed. Florianópolis: Habitus, 2019. p. 40.

¹⁶⁸ *Ibidem*, p. 42.

¹⁶⁹ *Ibidem*, p. 43.

¹⁷⁰ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional contemporâneo*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2022. p. 450.

¹⁷¹ MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 33. ed. São Paulo: Atlas, 2017. p. 35.

Nesse sentido, explica Nucci, há duas vertentes dessa garantia: 1) a objetiva, que está correlacionada com a ideia de mínimo existencial ao ser humano, isto é, suas necessidades básicas; e 2) a subjetiva, que diz respeito a estima inerente a pessoa humana.¹⁷²

Assim, no âmbito do direito penal, a garantia da dignidade da pessoa humana apresenta grande importância, visto que, conforme Bissoli Filho, é o ser humano que está sujeito a atividade punitiva estatal, não podendo se esquecer que, mesmo que ele seja o autor ou o partícipe de um delito, não perde essa condição.¹⁷³

Por sua vez, a garantia da legalidade, prevista no inciso XXXIX do artigo 5º da Constituição Federal, parte da concepção de que não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal.

Nesse sentido, esse princípio constitucional “constitui-se em um desdobramento do princípio *nulla poena sine lege*”, de modo que, conforme Mirabette, “se pode impor ao condenado as sanções penais estabelecidas na legislação, observadas as limitações constitucionais”, da mesma forma, “não se admite que seja ele submetido a restrições não contidas em lei”.¹⁷⁴

No dizer de Albrecht:

A legalidade penal é o princípio central do Direito Penal. Com a legalidade penal começa o Direito Penal legítimo, limitador do poder do Estado. “Nenhuma pena sem lei” (*nullum crimen, nulla poena sine lege*) -, assim diz a fórmula abreviada da legalidade penal. Ela representa a conquista mais fundamental de um Direito Penal esclarecido, moderno e de Estado de Direito. A mensagem da legalidade penal consiste na limitação do poder e na proteção da liberdade pessoal em face do Estado punitivo. [...] A legalidade penal apenas pode se realizar no livre Estado de Direito Democrático. Esta é produto de princípios do Estado de Direito e pode ser compreendida como consequência necessária da democracia e da divisão de poderes.

¹⁷⁵

Assim, segundo Nucci, a garantia da legalidade objetiva, sobretudo, “circunscrever a sanção penal a parâmetros fixados em lei”, a fim de evitar o abuso e o arbítrio “de quem quer que seja, inclusive e especialmente do juiz, encarregado de aplicá-la ao infrator”.¹⁷⁶

Ademais, explica esse autor que esse princípio está relacionado com a garantia da individualização da pena, porquanto para que a aplicação da sanção penal seja devidamente

¹⁷² NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Processo Penal e Execução Penal*. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 90.

¹⁷³ BISSOLI FILHO, Francisco. *Princípios constitucionais aplicáveis às sanções penais*. 1. ed. Florianópolis: Habitus, 2016. p. 34.

¹⁷⁴ MIRABETTE, Julio Fabrini. *Execução Penal*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2002. p. 28.

¹⁷⁵ ALBRECHT, Peter-Alexis. *Criminologia: uma fundamentação para o Direito Penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 170.

¹⁷⁶ NUCCI, Guilherme de Souza. *Individualização da pena*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 33.

individualizada, é imprescindível que, além de a pena estar prevista em lei, todos os critérios para a sua aplicação e execução estejam previstos em lei.¹⁷⁷

Dentre os desdobramentos da garantia da legalidade, Luisi sustenta que há dois princípios que merecem ser mencionados: 1) o da taxatividade; e 2) o da irretroatividade.¹⁷⁸

Em relação ao princípio da irretroatividade, Luisi explica que essa garantia demonstra a “exigência da atualidade da lei, impondo que a mesma, como princípio, só alcança os fatos cometidos depois do início de sua vigência, não se incidindo sobre fatos anteriores.”¹⁷⁹

À vista disso, Bissoli Filho destaca que:

Os princípios da retroatividade da lei penal benéfica e da irretroatividade da lei penal maléfica ou ultra-atividade da lei penal benéfica estabelecem que a lei posterior mais grave não pode retroagir em prejuízo do investigado, acusado ou condenado, podendo, no entanto, retroagir para beneficiá-lo, o que é o caso da lei penal menos grave. Por outro lado, a lei penal anterior, caso seja mais benéfica, deve ultra-agir. Esses princípios se aplicam tanto durante a investigação quanto durante os processos de conhecimento e de execução penal. A referência à lei penal abrange tanto a lei que abole o crime (*abolitio criminis*) quanto a lei que torna a pena mais severa (*lex gravior*) ou a pena mais branda (*lex mitior*).¹⁸⁰

Por sua vez, no que concerne ao princípio da taxatividade, esse autor esclarece que “expressa a exigência de que a leis penais, especialmente as de natureza incriminadora, sejam claras e o mais possível certas e precisas”.¹⁸¹

Há de se mencionar que, no dizer de Bissoli Filho, a garantia da legalidade:

[...] é um princípio fundamental do sistema punitivo, segundo o qual não se pode atribuir a uma pessoa, com vistas à aplicação de uma sanção penal, nem aplicar-lhe ou executar qualquer consequência legal jurídica, sem que essa conduta e essa consequência estejam estabelecidas em lei prévia, estrita, escrita e certa, consistindo, portanto, na primeira grande limitação à criminalização conquistada no âmbito do Estado moderno liberal e na principal e primeira garantia do indivíduo em face do poder punitivo estatal.¹⁸²

Assim, esse autor destaca que a lei penal deve ser: 1) escrita, “pois não se admite a criação de sanções penais por meio dos costumes ou analogia”; 2) estrita, pois deverá ser “fruto do processo legislativo na sua integralidade”; 3) certa, “pois a norma penal que criar o tipo penal, inclusive a respectiva sanção, deverá descrever, com clareza e completude, tanto essa conduta quanto a espécie de sanção cominada e os seus limites mínimos e máximos”; e, 4) prévia, isto é, “ao tempo da conduta deverá estar vigente a lei penal que comina a sanção penal.”

¹⁷⁷ NUCCI, Guilherme de Souza. *Individualização da pena*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 33.

¹⁷⁸ LUISI, Luiz. *Os princípios constitucionais penais*. 2. ed. Porto Alegre: SAFE, 2003. p. 24 – 26.

¹⁷⁹ *Ibidem*, p. 24 – 26.

¹⁸⁰ BISSOLI FILHO, Francisco. *Princípios constitucionais aplicáveis às sanções penais*. 1. ed. Florianópolis: Habitus, 2016. p. 45.

¹⁸¹ LUISI, Luiz. *Os princípios constitucionais penais*. 2. ed. Porto Alegre: SAFE, 2003. p. 24 – 26.

¹⁸² BISSOLI FILHO, Francisco. *Princípios constitucionais aplicáveis às sanções penais*. 1. ed. Florianópolis: Habitus, 2016. p. 36.

Portanto, conforme Maia, a garantia da legalidade compreende um dos instrumentos constitucionais mais importantes para a proteção do indivíduo, uma vez que proíbe: 1) a retroatividade da lei para criminalizar ou agravar a pena relativa a um fato cometido antes de sua vigência; 2) a analogia como instrumento de criminalização de condutas; e 3) a indeterminação dos crimes e das penas.¹⁸³

No âmbito do processo de execução da pena, conforme Brito, assim como não há pena sem prévia cominação legal, não há sua execução sem a lei determinar. Nessa senda, a garantia da legalidade na execução penal está baseada na concepção de que tanto o magistrado quanto a autoridade administrativa do estabelecimento prisional devem garantir direitos e distribuir deveres conforme previsto em lei.¹⁸⁴

Ainda, na execução penal, explica esse autor, a legalidade deve ser observada, sobretudo, no que concerne à restrição de direitos. Isso porque é vedado ao juiz de execução restringir ou negar determinado benefício, somente, com base em entendimentos próprios, de modo que, na ausência de previsão legal de determinado requisito, isto não pode ser exigido. Além disso, esse autor ressalta que, se há previsão legal, mas essa é dúbia, a interpretação que deve prevalecer é aquela em favor do apenado.¹⁸⁵

Por fim, a garantia do devido e justo processo legal está amparada no inciso LIV do artigo 5º da Constituição Federal e, segundo Roberto, consiste numa “garantia elevada à condição de cláusula pétrea, em razão de sua função protetora de direitos fundamentais como a vida, a liberdade e o patrimônio”¹⁸⁶.

Esse princípio, conforme Reis, estabelece que, “para toda espécie de crime deve existir lei regulamentando o procedimento para a sua apuração”, de modo que “esse procedimento descrito em lei, por se tratar de matéria de ordem pública, não pode ser modificado pelas partes, que também não podem optar por procedimento diverso daquele previsto”.¹⁸⁷

Portanto, no dizer de Bonfim, esse princípio “constitui um conjunto de garantias suficientes para possibilitar às partes o exercício pleno de seus direitos, poderes e faculdades processuais,” uma vez que obriga o Estado, “na busca da satisfação de sua pretensão punitiva,

¹⁸³ MAIA, Erick de Figueiredo. *Execução penal e criminologia*. São Paulo: Saraiva, 2021. p. 78.

¹⁸⁴ BRITO, Alexis Couto de. *Execução Penal*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2022. p. 95.

¹⁸⁵ *Ibidem*, p. 96.

¹⁸⁶ ROBERTO, Welton. *O devido processo legal e o modelo de processo penal*. Belo Horizonte: Fórum, 2021. p. 52.

¹⁸⁷ REIS, Alexandre Cebrian Araújo; LENZA, Pedro; GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. *Direito processual penal*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2022. p. 203.

a obedecer ao procedimento previamente fixado pelo legislador, vedada a supressão de qualquer fase ou ato processual ou o desrespeito à ordem do processo.”¹⁸⁸

Além disso, segundo Távora, essa garantia é aplicada em duas perspectivas: 1) uma “processual, que assegura a tutela de bens jurídicos por meios do devido procedimento (*procedural due process*)”; e 2) outra material, que exige, “no campo da aplicação e elaboração normativa, uma atuação substancialmente adequada, correta, razoável (*substantive due process of law*)”.¹⁸⁹

Na perspectiva processual, Bissoli Filho esclarece que essa garantia “abrange uma série de outros princípios [...] os quais, muitas vezes, são tratados como princípios autônomos”, como: 1) o da imparcialidade judicial, o qual, conforme Souza *apud* Bissoli Filho, se subdivide em imparcialidade: a) subjetiva, isto é, compreende a “pessoa do juiz, sendo concebida como ‘a conduta desinteressada, isenta, neutra e independente’”; b) objetiva, que consiste na ideia de que “‘além de obedecer a parâmetros racionais de comportamento’, os juízes devem levar em consideração ‘a totalidade dos interesses afetados pela própria ação’”; 2) o da igualdade processual, que, segundo Cintra, Grinover e Dinamarco *apud* Bissoli Filho, estabelece que “as partes e os procuradores devem merecer tratamento igualitário, para que tenham as mesmas oportunidades de fazer valer em juízo as suas razões”; 3) o do contraditório, o qual, no dizer de Almeida *apud* Bissoli Filho, garante às partes a “ciência bilateral dos atos e termos processuais e a possibilidade de contrariá-los”; 4) o da ampla defesa, que, conforme Fernandes *apud* Bissoli Filho, contempla no processo a defesa técnica, exercida pelo advogado, bem como a autodefesa, exercida pelo próprio acusado; 5) o da publicidade, segundo o qual, conforme Cerqueira *apud* Bissoli Filho, consiste na “divulgação dos atos e conteúdo de um processo criminal”; e, por fim, 6) o da verificação e da refutação probatória, que, segundo Ferrajoli *apud* Bissoli Filho, determina que “a acusação deve estar fundada em provas, pois *nulla accusatio sine probatione*”, de tal forma que “inclui a possibilidade de contraprova ou da refutação e a motivação da decisão com base nas provas”.¹⁹⁰

Convém mencionar que, assim como os princípios do contraditório e da ampla defesa, a garantia do devido e justo processo legal, apesar de apresentar um caráter predominantemente processual, também se relaciona com as sanções penais, uma vez que, conforme Bissoli Filho,

¹⁸⁸ BONFIM, Edilson Mougenot. *Curso de processo penal*. São Paulo: Saraiva, 2019. p. 136.

¹⁸⁹ TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. *Curso de Direito Processual Penal*. 11. ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

¹⁹⁰ BISSOLI FILHO, Francisco. *Princípios constitucionais aplicáveis às sanções penais*. 1. ed. Florianópolis: Habitus, 2016. p. 67 – 70.

“estas, quaisquer que sejam as suas espécies, somente podem ser aplicadas pela autoridade judiciária competente”, com a observância dessas garantias.¹⁹¹

3.4 INSTITUTOS DA EXECUÇÃO PENAL

3.4.1 Os institutos da soma ou unificação das penas

Consoante o disposto no inciso III, alínea *a*, do artigo 66 e no artigo 111, ambos da Lei de Execução Penal, compete ao juízo da execução decidir sobre a soma ou unificação das penas, quando houver condenação por mais de um crime, no mesmo processo ou em processos distintos, de tal forma que a determinação do regime de cumprimento será feita pelo resultado dessa soma ou dessa unificação, observada, quando for o caso, a detração ou remição.

A concepção da soma das penas encontra respaldo no artigo 69 do Código Penal, o qual determina que, quando o agente, mediante mais de uma ação ou omissão, praticar dois ou mais crimes, idênticos ou não, aplicar-se-ão, cumulativamente, as penas privativas de liberdade em que haja incorrido, e se executará, no caso de aplicação cumulativa de penas de reclusão e de detenção, primeiramente, aquela.

Nesse sentido, Nucci esclarece que:

Em outras palavras, no sistema criminal brasileiro, o agente não cumpre duas penas de cinco anos de reclusão, mas, sim, dez anos de reclusão (resultado da soma das duas penas). O juiz da condenação, quando julga em conjunto os dois delitos, fará essa soma. Entretanto, se cada uma delas advier de um juiz diferente, cabe ao magistrado da execução penal providenciar a soma (na prática, faz-se essa soma automaticamente, ou seja, cada nova pena recebida na Vara de Execução Penal é acrescida no total, pois há procedimento informatizado para o cálculo, na maioria das Comarcas).¹⁹²

Por sua vez, a ideia de unificação das penas está prevista nos artigos 70, 71 e 75 do Código Penal, que tratam, respectivamente, dos casos em que há concurso formal, crime continuado ou em que o tempo de cumprimento das penas privativas de liberdade ultrapassar 40 (quarenta) anos.

Sob essa perspectiva, Nucci explica que:

O concurso formal é, normalmente, constatado pelo juiz da condenação. Dificilmente, caberá ao magistrado da execução penal essa avaliação. O crime continuado, no entanto, é muito mais comum. Ex.: o autor de vários furtos é condenado a 15 anos de reclusão, como derivação de penas aplicadas por juízos diferentes. Durante a execução, constata-se que os furtos cometidos, na verdade, constituem exatamente a hipótese prevista no art. 71 do Código Penal. Cabe ao juiz da execução penal a

¹⁹¹ BISSOLI FILHO, Francisco. *Princípios constitucionais aplicáveis às sanções penais*. 1. ed. Florianópolis: Habitus, 2016. p. 64.

¹⁹² NUCCI, Guilherme de Souza. *Curso de Execução Penal*. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 105.

unificação, podendo transformar a anterior pena de 15 anos em apenas 2 anos, por exemplo.¹⁹³

Além disso, conforme determina o artigo 118, inciso II, da Lei de Execução Penal, a execução da pena privativa de liberdade ficará sujeita à forma regressiva, com a transferência para qualquer dos regimes mais rigorosos, quando o condenado sofrer condenação, por crime anterior, cuja pena, somada ao restante da pena em execução, torne incabível o regime.

Assim, no dizer de Mirabette, “operada a unificação pelo juiz encarregado da execução, determinará este o regime inicial de cumprimento com base no novo total das penas a serem executadas.”¹⁹⁴

Dessa forma, em que pese todas as condenações do indivíduo tenham determinado o regime aberto de cumprimento de pena, Marcão explica que, se o resultado da soma das sanções penais for superior: 1) a 4 (quatro) anos, deverá ser imposto o regime semiaberto, nos termos do artigo 33, parágrafo 2º, alínea *b*, do Código Penal; e 2) a 8 (oito) anos, deverá ser imposto o regime semiaberto de cumprimento de pena, conforme determina o artigo 33, parágrafo 2º, alínea *a*, do Código Penal.¹⁹⁵

Não se pode olvidar, contudo, que essa modificação do regime de cumprimento de pena após o trânsito em julgado da decisão condenatória, como consequência das somas das sanções penais, é possível, tão somente, porque o artigo 111 da Lei de Execução Penal expressamente prevê essa possibilidade, a fim de se adequar aos parâmetros determinados no artigo 33 do Código Penal, de modo que, nesse caso, não há que se falar em afronta a coisa julgada.

3.4.2 O excesso ou desvio da execução penal

Conforme já mencionado, o processo de execução penal está submetido a garantia da legalidade, de tal forma que, segundo Mirabette, não é possível ultrapassar os limites da pretensão da execução da pena determinados na sentença penal condenatória.¹⁹⁶

Além disso, não se pode esquecer que o processo executivo da sanção penal, segundo o artigo 1º da Lei de Execução Penal, busca efetivar o título judicial, de modo que, nos termos do artigo 3º dessa mesma lei, ao condenado é assegurado todos os direitos que não foram atingidos pela decisão condenatória ou pela lei.

¹⁹³ NUCCI, Guilherme de Souza. *Curso de Execução Penal*. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 105.

¹⁹⁴ MIRABETTE, Julio Fabrini. *Execução Penal*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2002. p. 355.

¹⁹⁵ MARCAO, Renato Flávio. *Lei de Execução Penal Anotada*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 636.

¹⁹⁶ MIRABETTE, Julio Fabrini. *Execução Penal*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2002. p. 725.

Assim, consoante prevê o artigo 185 do citado diploma legal, ocorrerá excesso ou desvio de execução sempre que algum ato for praticado além dos limites fixados na sentença, em normas legais ou regulamentares.

Nesse sentido, no dizer de Mirabette, ocorre excesso de execução quando a autoridade administrativa ultrapassa o que foi decidido no título judicial executado, fazendo com que o indivíduo cumpra a sanção para além do que havia sido determinado.¹⁹⁷

Há de se destacar, ainda, que esse excesso de execução, ao extrapolar o que fora determinado na decisão condenatória, será sempre prejudicial ao executado, caracterizando uma clara violação aos seus direitos.

Um exemplo recorrente de excesso de execução é nos casos se falta de estabelecimento prisional adequado para que o apenado cumpra sua pena. A fim de evitar que os limites da decisão condenatória sejam extrapolados, o Supremo Tribunal Federal editou a Súmula Vinculante n. 56 e decidiu que, nesses casos, o condenado não poderá ser mantido em regime prisional mais gravoso, uma vez que isso, além de demonstrar evidente excesso de execução, constitui afronta aos princípios constitucionais da legalidade e da individualização da pena.

Por sua vez, segundo Nucci, haverá desvio de execução quando o processo executivo demonstrar uma destinação diversa da finalidade da pena.¹⁹⁸

Conforme demonstrado anteriormente, no ordenamento jurídico brasileiro, a pena objetiva, além de punir o indivíduo pela prática da conduta delitiva, prevenir que ele a cometa novamente.

Com efeito, na legislação de execução penal, há diversos direitos e deveres do apenado, a fim de que ele possa alcançar essas finalidades da sanção penal, que são efetivadas a partir da aplicação de mecanismos durante o procedimento executivo, como o sistema progressivo de regime e o direito e dever do trabalho.

Nesse sentido, Nucci exemplifica:

O condenado é privado do trabalho, embora deseje participar das atividades, porque se encontra em cela isolada, apenas para garantir a sua incolumidade física, vez que se encontra ameaçado por outros presos. O Estado deve buscar formas alternativas de proteção à integridade dos presos, mas não pode privá-los do trabalho, que, além de um dever, é um direito do condenado. Trata-se de um desvio da execução penal.¹⁹⁹

É importante ter em mente que, diferentemente do excesso de execução, que sempre será prejudicial ao indivíduo, o desvio pode se externar em benefício do apenado.

¹⁹⁷ MIRABETTE, Julio Fabrini. *Execução Penal*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2002. p. 725.

¹⁹⁸ NUCCI, Guilherme de Souza. *Curso de Execução Penal*. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 239.

¹⁹⁹ *Ibidem*, p. 239.

Por fim, convém mencionar que, nos termos do artigo 186 da Lei de Execução Penal, o incidente de excesso ou desvio de execução pode ser suscitado pelo Ministério Público, pelo Conselho Penitenciário, pelo próprio sentenciado ou por qualquer dos demais órgãos da execução penal.

3.4.3 O sistema progressivo de cumprimento da pena privativa de liberdade

O ordenamento jurídico brasileiro prevê um sistema progressivo da pena privativa de liberdade, consubstanciado na concepção de readaptar o apenado para que ele retorne, gradualmente, ao convívio social, a fim de cumprir os propósitos da pena, os quais estão dispostos no artigo 1º da Lei de Execução Penal.

Sob essa perspectiva, Brito sustenta que essa ideia de progressão de regime consiste em uma consequência lógica dos princípios previstos na Constituição Federal e que são aplicáveis às sanções penais, como é o caso dos da individualização, da personalidade e da humanidade da pena.²⁰⁰

Assim, para fazer *jus* à progressão de regime, o apenado é submetido a aferição de requisitos objetivos e subjetivos, com o intuito de analisar se ele está apto ou não ao retorno gradual do convívio social.

Ainda, Moraes e Smanio explicam que:

Tendo em vista a finalidade da pena, de integração ou retorno do sentenciado ao convívio social, o processo de execução deve ser dinâmico, sujeito a mutações ditadas pelas respostas do condenado ao tratamento penitenciário. Assim, ao dirigir a execução para a forma progressiva, estabelece o art. 112 a progressão, ou seja, a transferência do condenado do regime mais gravoso a outro menos rigoroso, quando demonstra condições de adaptação ao mais suave. De outro lado, determina a transferência de regime menos rigoroso para outro mais rigoroso quando o condenado demonstrar inadaptação ao menos severo, pela regressão, que ocorre nas hipóteses do art. 118 da LEP.²⁰¹

O requisito objetivo está consubstanciado na fração da pena total, em relação a determinado delito cometido, a qual o apenado deve cumprir para poder progredir de regime. Essas frações ou percentuais estão previstos no artigo 112 da Lei de Execução Penal e variam de acordo com o tipo de delito cometido, bem como se, nesse delito, foi reconhecida a sua reincidência ou não.

²⁰⁰ BRITO, Alexis Couto de. *Execução Penal*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2022. p. 23 – 24.

²⁰¹ MORAES, Alexandre de; SMANIO, Gianpaolo Poggio. *Legislação penal especial*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 153.

Por sua vez, em relação ao requisito subjetivo, segundo Andreucci, será realizada uma avaliação acerca do “mérito do condenado para a progressão de regime prisional”, a partir da aferição de requisitos como o “seu bom comportamento carcerário e aptidão para retornar ao convívio social.”²⁰²

Antes do advento da Lei n. 13.964/2019, o artigo 112 da Lei de Execução Penal previa, tão somente, que a pena privativa de liberdade seria executada em forma progressiva, com a transferência para regime menos rigoroso, quando o apenado tivesse cumprido, em regra, ao menos 1/6 (um sexto) da pena privativa de liberdade no regime anterior, além de ostentar bom comportamento carcerário, comprovado pelo diretor do estabelecimento, respeitadas as normas que vedavam a progressão.

Além disso, à época, conforme era possível constatar no artigo 2º, parágrafo 2º da Lei n. 8.072, de 25 de julho de 1990 (Lei dos Crimes Hediondos), em relação aos delitos hediondos ou equiparados, o requisito de ordem objetiva para progressão de regime exigia o cumprimento de 2/5 (dois quintos) da pena, se o apenado fosse primário, ou 3/5 (três quintos), nos casos em que tivesse sido reconhecida a sua reincidência delitiva genérica no título judicial.

Contudo, com a implantação do Pacote Anticrime, o mencionado artigo foi alterado significativamente, sobretudo em relação às exigências do requisito objetivo, uma vez que passou a prever, além do bom comportamento carcerário, diferentes patamares de cumprimento de pena para que o apenado pudesse progredir de regime.

Não se pode olvidar, todavia, que, nos termos do artigo 5º, inciso XL, da Constituição Federal, a lei penal não retroagirá, salvo se for para beneficiar o réu. Assim, como em alguns casos, o patamar previsto nessa nova lei tornou mais gravoso o requisito objetivo para progredir de regime, a concessão da progressão de regime ao apenado, mediante a aplicação da lei posterior, somente é cabível em relação às condenações ocorridas na vigência da lei anterior, quando favorecer o condenado, conforme determina o inciso I do artigo 66 da Lei de Execução Penal.

Atualmente, para a aferição da concessão da progressão do regime da pena privativa de liberdade ao apenado, deve-se levar em conta, como requisitos objetivos, a natureza do crime, a forma como o crime foi cometido, o resultado da ação delitiva e o reconhecimento ou não da reincidência na sentença penal condenatória e, como requisitos subjetivos, o comportamento do apenado e a sua aptidão para retornar ao convívio social.

²⁰² ANDREUCCI, Ricardo Antônio. *Legislação penal especial*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2021. p. 1346.

Em relação aos requisitos de ordem objetiva para fins de progressão de regime, após o advento da Lei n. 13.964/2019, o artigo 112 da Lei de Execução Penal passou a exigir que o apenado que tenha sido considerado primário na decisão condenatória deva cumprir, ao menos: 1) 16% (dezesesseis por cento) da pena, se o crime tiver sido cometido sem violência à pessoa ou grave ameaça; 2) 25% (vinte e cinco por cento) da pena, se o crime tiver sido cometido com violência à pessoa ou grave ameaça; 3) 40% (quarenta por cento) da pena, se o apenado tiver sido condenado pela prática de crime hediondo ou equiparado; e 4) 50% (cinquenta por cento) da pena, se o apenado: a) tiver sido condenado pela prática de crime hediondo ou equiparado com resultado morte, sendo vedado, nesse caso, o livramento condicional; b) tiver sido condenado por exercer o comando, individual ou coletivo, de organização criminosa estruturada para a prática de crime hediondo ou equiparado; ou c) tiver sido condenado pela prática do crime de constituição de milícia privada, devendo-se ressaltar que, neste último caso, não há distinção no ordenamento jurídico acerca do patamar necessário para a progressão de regime ao apenado primário ou reincidente.

Por sua vez, caso o apenado tenha sido considerado reincidente na sentença penal condenatória, os patamares aumentam, passando a ser exigido o cumprimento de: 1) 20% (vinte por cento) da pena, se a reincidência for em crime cometido sem violência à pessoa ou grave ameaça; 2) 30% (trinta por cento) da pena, se a reincidência for em crime cometido com violência à pessoa ou grave ameaça; 3) 60% (sessenta por cento) da pena, se o apenado for reincidente na prática de crime hediondo ou equiparado; e 4) 70% (setenta por cento) da pena, se o apenado for reincidente em crime hediondo ou equiparado com resultado morte, vedado o livramento condicional.²⁰³

É importante ter em mente que, conforme dispõe o parágrafo 6º do artigo 112 da Lei de Execução Penal, se sobrevier a notícia do cometimento de falta grave durante a execução da pena privativa de liberdade, o prazo para a obtenção da progressão no regime de cumprimento da pena será interrompido, caso em que o reinício da contagem do requisito objetivo terá como base a pena remanescente.

²⁰³ Em relação à mulher gestante ou que for mãe ou responsável por crianças ou pessoas com deficiência, a Lei n. 13.964/2019 trouxe requisitos diferentes para a aferição dos requisitos objetivo e subjetivo para a concessão da progressão de regime, passando a exigir, cumulativamente, que ela: 1) não tenha cometido crime com violência ou grave ameaça a pessoa; 2) não tenha cometido o crime contra seu filho ou dependente; 4) tenha cumprido ao menos 1/8 (um oitavo) da pena no regime anterior; 5) seja primária e tenha bom comportamento carcerário, comprovado pelo diretor do estabelecimento; e 6) não tenha integrado organização criminosa. Além disso, nesse caso, a legislação penal impôs a condição de que, caso a mulher venha a cometer novo crime doloso ou falta grave, o benefício será revogado.

Vislumbra-se, portanto, que a Lei de Execução Penal, ao dispor dos requisitos de ordem objetiva para a progressão de regime, conferiu ao apenado considerado reincidente um tratamento muito mais gravoso em relação àquele considerado primário.

No que concerne ao requisito de ordem subjetiva, consoante se pode constatar no parágrafo 1º do artigo 112 da Lei de Execução Penal, a aferição para fins de progressão de regime iniciará a partir de uma análise da conduta do apenado durante o cumprimento da pena, comprovada pelo diretor do estabelecimento prisional, podendo ser levado em consideração diversos critérios, a depender do caso concreto, como, por exemplo, o comportamento carcerário, o cometimento de falta grave nos últimos 12 (doze) meses e o desempenho no trabalho.

Contudo, há de se destacar que, segundo Mirabette, “não basta o bom comportamento carcerário para preencher o requisito subjetivo indispensável a progressão”, uma vez que esse benefício “depende da adaptação provável ao regime menos severo”, de modo que o “bom comportamento não se confunde com aptidão ou adaptação do condenado e muito menos serve como índice fiel de sua readaptação social”.²⁰⁴

Assim, conforme a Súmula Vinculante n. 26 do Supremo Tribunal Federal²⁰⁵ e a Súmula n. 439 do Superior Tribunal de Justiça²⁰⁶, em alguns casos, a depender, da gravidade do crime cometido, para a aferição do requisito subjetivo, além da análise acerca do comportamento carcerário, é necessária a realização de um estudo social ou de um exame criminológico, a fim de verificar a aptidão do indivíduo para retornar gradualmente, ao convívio social.

Ademais, o parágrafo 7º do mencionado artigo determina que se sobrevier a notícia do cometimento de uma falta grave no curso do cumprimento da pena, o bom comportamento é readquirido após 1 (um) ano da ocorrência do fato, ou antes, após o cumprimento do requisito temporal exigível para a obtenção do direito.

Por fim, conforme o artigo 114 da Lei n. 7.210/1984, nos casos de ingresso no regime aberto de cumprimento de pena, a legislação penal exige que o condenado: 1) esteja trabalhando ou comprove a possibilidade de fazê-lo imediatamente; e 2) apresente, pelos seus antecedentes

²⁰⁴ MIRABETTE, Julio Fabrini. *Execução Penal*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2002. p. 388.

²⁰⁵ Consoante a Súmula Vinculante n. 26 do Supremo Tribunal Federal, “para efeito de progressão de regime no cumprimento de pena por crime hediondo, ou equiparado, o juízo da execução observará a inconstitucionalidade do art. 2º da Lei 8.072, de 25 de julho de 1990, sem prejuízo de avaliar se o condenado preenche, ou não, os requisitos objetivos e subjetivos do benefício, podendo determinar, para tal fim, de modo fundamentado, a realização de exame criminológico”.

²⁰⁶ Conforme a Súmula n. 439 do Superior Tribunal de Justiça, “admite-se o exame criminológico pelas peculiaridades do caso, desde que em decisão motivada.”

ou pelo resultado dos exames a que foi submetido, fundados indícios de que irá ajustar-se, com autodisciplina e senso de responsabilidade, ao novo regime.

4 A ANÁLISE CRIMINOLÓGICA DA REINCIDÊNCIA E DO ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL DOMINANTE E DA AFRONTA À GARANTIA DA COISA JULGADA E ÀS DEMAIS GARANTIAS NORTEADORAS DESSE INSTITUTO NA EXECUÇÃO PENAL

4.1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

No presente capítulo, será realizada uma análise criminológica da reincidência e do entendimento jurisprudencial dominante acerca da aplicação desse instituto na execução penal. Dividido em 3 (três) itens, far-se-á, no primeiro, uma análise criminológica da reincidência; no segundo, descrever-se-á o entendimento jurisprudencial dominante na aplicação da reincidência criminal, como condição pessoal do apenado, durante o curso da execução penal; e, no terceiro e último, argumentar-se-á sobre as incorreções nas decisões dos tribunais ao estenderem os efeitos da reincidência à execução das penas anteriormente aplicadas e sobre a influência contrária desse entendimento jurisprudencial dominante no papel ressocializador das sanções penais.

4.2 UMA ANÁLISE CRIMINOLÓGICA DA REINCIDÊNCIA CRIMINAL

4.2.1 **O *labelling approach* e as teorias relacionadas com esse paradigma que explicam a reincidência criminal**

O *labelling approach*, também conhecido como paradigma interacionista do desvio ou da reação social, é um modelo de pesquisa do fenômeno criminal, cujo objeto do estudo é o processo de criminalização, com foco na reação social.

Esse paradigma surgiu nos Estados Unidos, durante a década de 60, no âmbito da segunda escola de Chicago, em face da obra *Outsiders* de Howard Saul Becker.

Segundo Bissoli Filho:

A teoria do processo de criminalização, essência do *labelling approach*, traduzida pelo sociólogo norte americano Howard S. Becker na obra *Outsiders*, contraria a visão tradicional de que o desvio é uma infração a uma regra, que o seu estudo compreende a investigação dos fatores da personalidade e situações vitais do desviado, bem como a concepção tradicional de que o desviado integra uma classe homogênea de pessoas, pelo simples fato de terem cometido infrações à lei.²⁰⁷

²⁰⁷ BISSOLI FILHO, Francisco. *Estigmas da criminalização: dos antecedentes à reincidência criminal*. Florianópolis: Obra Jurídica, 1998. p. 171.

Para Becker, o desvio consiste na “infração de alguma regra geralmente aceita”, isto é, “não é uma qualidade do ato que a pessoa comete, mas uma consequência da aplicação por outros de regras e sanções a um ‘infrator’”. Portanto, esse autor entende que o indivíduo desviante é aquele em que “esse rótulo foi aplicado com sucesso”, enquanto “o comportamento desviante é aquele que as pessoas rotulam como tal.”²⁰⁸

A classificação de um ato como desviante ou não, segundo Becker, “depende de como outras pessoas reagem a ele,” de tal forma que o desvio “não é uma qualidade que reside no próprio comportamento, mas na interação entre a pessoa que comete um ato e aquelas que regem a ele.”²⁰⁹

Esse paradigma, conforme Baratta, parte do pressuposto de que, para se compreender a criminalidade, é necessário estudar o funcionamento do sistema penal, visto que é este que a define e reage contra ela, desde a cominação de normas abstratas até a ação dos setores oficiais que aplicam essas regras, como juízes, estabelecimentos prisionais e policiais.²¹⁰

Com efeito, Albrecht esclarece que:

O princípio do *Labelling* não parte de um conceito estático de criminalidade, que permitiria separar, além de qualquer dúvida, entre conformidade e desvio. Ao contrário, é acentuado o aspecto dinâmico da produção social do desvio. Com o mais abrangente conceito de criminalização deve ser destacado o processo geral de elaboração do predicado “criminoso”. Assim, a criminalidade somente pode socialmente se desenvolver no nível da intervenção das instâncias de controle. Somente a intervenção e definição pelo aparato de controle estatal faz do comportamento normativamente desviante um comportamento criminoso.²¹¹

No dizer de Penteado Filho, na linha de pensamento do *labelling approach*, “o criminoso apenas se diferencia do homem comum em razão do estigma que sofre e do rótulo que recebe”, de tal forma que “o tema central desse enfoque é o processo de interação em que o indivíduo é chamado de criminoso.”²¹²

Sob essa perspectiva, segundo Gonzaga, o *labelling approach* demonstra que:

[...] a sociedade define, por meio dos controles sociais informais, o que se entende por comportamento desviado, isto é, todo comportamento considerado perigoso, constrangedor, impondo sanções àqueles que se comportarem dessa forma. Condutas desviantes são aquelas que as pessoas de uma sociedade rotulam às outras que as praticam. A teoria da rotulação de criminosos cria um processo de estigmatização para os condenados, funcionando a pena como algo que acentua as desigualdades. Nessa

²⁰⁸ BECKER, Howard Saul. *Outsiders*. Rio de Janeiro: Zahar, 2008. p. 16.

²⁰⁹ *Ibidem*, p. 17 – 18.

²¹⁰ BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e a crítica do Direito Penal*. Rio de Janeiro: Revan, 2002. p. 86.

²¹¹ ALBRECHT, Peter-Alexis. *Criminologia: uma fundamentação para o Direito Penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 55.

²¹² PENTEADO FILHO, Nestor Sampaio. *Manual esquemático de criminologia*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2019. p. 84.

interação estigmatizante, o sujeito acaba sofrendo reação da família, de amigos, conhecidos e colegas, acarretando a marginalização nos diferentes meios sociais.²¹³

Além disso, Bissoli Filho ensina que o processo de criminalização se orienta em dois níveis de investigação criminológica: 1) o primeiro nível (criminalização primária) ocorre no âmbito legislativo e “compreende a definição das condutas desviadas”; e 2) o segundo nível ocorre após a legislação entrar em vigor e consiste na imposição das normas, “compreendendo a imputação da etiqueta sobre os autores da conduta desviada, através de um processo de estigmatização, fazendo com que o desviado, assim considerado, passe a manipular a sua identidade, atendendo as expectativas da etiqueta que lhe foi imputada”.²¹⁴ Além disso, segundo esse autor, esse processo de imposição de regras ocorre de forma seletiva, levando em consideração classes, épocas e situações, uma vez que “nem todas as condutas são passíveis de ser abstratamente previstas e nem todos os infratores podem ser individualmente criminalizados”, bem como inexistente consenso acerca de quais condutas tipificar e quais bens jurídicos merecem ser tutelados.²¹⁵

Como corolário do paradigma da reação social, há quatro teorias desenvolvidas que merecem ser destacadas: 1) a teoria dos estigmas, de Erving Goffman; 2) a teoria do desvio secundário, de Edwin McCarthy Lemert; 3) a teoria dos efeitos das etiquetas negativas, de Willian D. Payne; e 4) a teoria dos estereótipos criminais.

A teoria dos estigmas foi desenvolvida pelo sociólogo Erving Goffman que, na sua obra “Estigma: notas sobre a manipulação da identidade deteriorada”, realizou uma análise acerca dos efeitos e tipos de estigmatização, suas consequências sociais e o modo de determinado grupo social lidar com isso.

Em sua obra, Goffman destaca que há 3 (três) tipos de estigmas diferentes: 1) os físicos; 2) os de caráter pessoal, que são percebidos “como vontade fraca, paixões tirânicas ou não naturais, crenças falsas e rígidas, desonestidade”; e 3) os estigmas tribais de raça, nação e religião.²¹⁶

Além disso, esse sociólogo esclarece que a sociedade enxerga as pessoas estigmatizadas como seres que não são completamente humanos, de modo que, a partir dessa

²¹³ GONZAGA, Christiano. *Manual de criminologia*. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 66.

²¹⁴ BISSOLI FILHO, Francisco. *Estigmas da criminalização: dos antecedentes à reincidência criminal*. Florianópolis: Obra Jurídica, 1998. p. 173.

²¹⁵ *Ibidem*, p. 177 – 180.

²¹⁶ GOFFMAN, Erving. *Estigma: notas sobre a manipulação da identidade deteriorada*. 4. ed. Rio de Janeiro: Livros Técnicos e Científicos, 2008. p. 14.

concepção, são realizadas diversas discriminações, por meio das quais acaba reduzindo as chances de vida dessa pessoa.²¹⁷

Assim, para esse autor:

Construímos uma teoria do estigma, uma ideologia para explicar a sua inferioridade e dar conta do perigo que ela representa, racionalizando algumas vezes uma animosidade baseada em outras diferenças, tais como as de classe social. Utilizamos termos específicos de estigma como aleijado, bastardo, retardado, em nosso discurso diário como fonte de metáfora e representação, de maneira característica, sem pensar no seu significado original. Tendemos a inferir uma série de imperfeições a partir da imperfeição original e, ao mesmo tempo, a imputar ao interessado alguns atributos desejáveis, mas não desejados, frequentemente de aspecto sobrenatural, tais como "sexto sentido" ou "percepção".²¹⁸

Goffman ensina, também, que, no estudo do estigma, a informação mais relevante é a social, que é transmitida, pelo próprio indivíduo, por meio da “expressão corporal na presença imediata daqueles que a recebem”, denominada de símbolos. Ademais, segundo esse autor, essa informação social “transmitida por qualquer símbolo particular podem simplesmente confirmar aquilo que outros símbolos dizem sobre o indivíduo.”²¹⁹

O sociólogo classifica os símbolos do indivíduo em 3 (três) tipos: 1) de *status*, que diz respeito à informação social transmitida de modo que estabeleça uma pretensão especial à prestígio; 2) de estigma, que desperta “a atenção sobre uma degradante discrepância de identidade que quebra o que poderia, de outra forma, ser um retrato global coerente, com uma redução consequente” na valorização da pessoa estigmatizada; e 3) “desidentificadores”, os quais quebram “uma imagem, de outra forma coerente, mas nesse caso numa direção positiva desejada pelo ator, buscando não só estabelecer uma nova pretensão, mas lançar sérias dúvidas sobre a validade da identidade virtual.”²²⁰

Ademais, para Goffman, a “fama” e a “má reputação” possuem a função de controle social, e apresentam duas possibilidades distintas: 1) o controle social formal, em que “a produção da identificação pessoal pode, de fato, ter uma oportunidade social própria, como nas investigações policiais”; e 2) a imagem pública, que tem “características informais que envolvem o público em geral”.²²¹

Por fim, o autor destaca que a estigmatização de indivíduos com maus antecedentes funciona como um meio de controle social formal, enquanto o estigma de certos grupos raciais,

²¹⁷ GOFFMAN, Erving. *Estigma: notas sobre a manipulação da identidade deteriorada*. 4. ed. Rio de Janeiro: Livros Técnicos e Científicos, 2008. p. 15.

²¹⁸ *Ibidem*, p. 15.

²¹⁹ *Ibidem*, p. 53.

²²⁰ *Ibidem*, p. 53 – 54.

²²¹ *Ibidem*, p. 81.

étnicos e religiosos, funciona como um mecanismo para afastar as minorias em diversas disputas.²²²

A teoria do desvio secundário, elaborada por Edwin McCarthy Lemert, traz um aspecto importante para o princípio do fim/da prevenção, uma vez que, segundo Bacila, ela desenvolve a ideia de “reprodução do desvio causado pela rotulação e reação social”.²²³

Para Lemert, as normas consistem em “limites de variação no comportamento explicitamente ou implicitamente mantido e reconhecido em retrospecto pelos membros de um grupo, comunidade ou sociedade.”²²⁴

Além disso, em relação ao comportamento desviante, o autor ensina que:

[...] pessoas e grupos são diferenciados de várias maneiras, algumas das quais resultam em penalidades sociais, rejeição e segregação. Essas penalidades e reações segregativas da sociedade ou da comunidade são fatores dinâmicos que aumentam, diminuem e condicionam a forma que assume a diferenciação ou desvio inicial. Esse processo de desvio e reação da sociedade, juntamente com seus produtos estruturais ou substantivos, pode ser estudado tanto em seu aspecto coletivo quanto em seu aspecto distributivo. Em primeiro lugar, estamos preocupados com a diferenciação sociopática; e, no segundo, nossa preocupação é com a individualização sociopática.²²⁵

Lemert, também, faz a diferenciação entre os tipos de desvios, classificando-os em primários e secundários. No dizer desse autor, o ato do indivíduo é considerado um desvio primário quando se contrapõe à ideia de uma prática socialmente aceitável. Por sua vez, o desvio secundário é caracterizado quando o indivíduo começa a “empregar seu comportamento desviante [...] como um meio de defesa, ataque ou ajuste aos problemas abertos e encobertos criados pela consequente reação social a ele.”²²⁶

Assim, na concepção desse sociólogo, a partir do momento em que o indivíduo é criminalizado após o cometimento do primeiro desvio, tem-se uma reação da sociedade que vai

²²² GOFFMAN, Erving. *Estigma: notas sobre a manipulação da identidade deteriorada*. 4. ed. Rio de Janeiro: Livros Técnicos e Científicos, 2008. p. 150.

²²³ BACILA, Carlos Roberto. *Manual de Criminologia e Política Criminal*. 1. ed. Curitiba: Intersaberes, 2020. p. 145.

²²⁴ LERMET, Edwin McCarthy. *Social pathology*. Los Angeles: McGraw-Hill Book Company, 1951. p. 31. [...] *In the context of our theory norms refer to limits of variation in behavior explicitly or implicitly held and recognized in retrospect by members of a group, community, or society.*

²²⁵ LERMET, Edwin McCarthy. *Social pathology*. Los Angeles: McGraw-Hill Book Company, 1951. p. 22. [...] *persons and groups are differentiated in various ways, some of which result in social penalties, rejection, and segregation. These penalties and segregative reactions of society or the community are dynamic factors which increase, decrease, and condition the form which the initial differentiation or deviation takes. This process of deviation and societal reaction, together with its structural or substantive products, can be studied both from its collective and its distributive aspects. In the first instance, we are concerned with socio-pathic differentiation; and, in the second, our concern is with sociopathic individuation.*

²²⁶ LERMET, Edwin McCarthy. *Social pathology*. Los Angeles: McGraw-Hill Book Company, 1951. p. 75 – 77. [...] *The deviations remain primary deviations or symptomatic and situational as long as they are rationalized or otherwise dealt with as functions of a socially acceptable role. [...] When a person begins to employ his deviant behavior or a role based upon it as a means of defense, attack, or adjustment to the overt and covert problems created by the consequent societal reaction to him, his deviation is secondary.*

implicar um fator importante nos desvios subsequentes, uma vez que desde já começa o estigma de desviante/infrator.

Nesse sentido, segundo Baratta, a aplicação das sanções penais, “antes de terem um efeito reeducativo sobre o delinquente determinam, na maioria dos casos, uma consolidação da identidade desviante do condenado e o seu ingresso em uma verdadeira e própria carreira criminosa.”²²⁷

Portanto, a teoria do desvio secundário de Lemert realiza uma crítica ao papel ressocializador da sanção penal, pois, em sua concepção, criminalizar o indivíduo diminui as chances de ele retornar ao convívio social e, conseqüentemente, aumenta as chances do cometimento de reincidência delitiva, diante de todo estigma gerado pela criminalização.

A teoria dos efeitos das etiquetas negativas foi desenvolvida, por Williams D. Payne, na sua obra “Etiquetas negativas: corredores e prisões”, a qual trata da generalização dos estigmas e das suas influências em todo o núcleo familiar.

Nessa obra, como o próprio nome permite inferir, o autor realiza uma analogia entre as etiquetas negativas com os corredores e as prisões. Segundo Payne, “os rótulos sociais podem direcionar perfeitamente o comportamento de um indivíduo, da mesma forma que uma passagem gera uma determinada direção”.²²⁸

Para esse autor, esses rótulos são “como corredores, pois induzem o indivíduo a iniciar uma carreira desviante, levando-o a desempenhar uma nova posição ou papel, assim como acontece nos ‘ritos de passagem’” e, também, são prisões, porquanto “persistem como marcas, mesmo depois de o comportamento do indivíduo ter mudado e o rótulo não ser mais apropriado.”²²⁹

Sob essa perspectiva, Payne elenca 8 (oito) efeitos das etiquetas negativas no indivíduo, ou seja, elas: 1) identificam o desviado, uma vez que “tiram uma pessoa do seu contexto social protetor, tornando-a visível,”; 2) criam auto-etiquetas, porquanto fazem com que “uma pessoa se considere indigna, inferior e incompleta” e, conseqüentemente, “criam-se na mente do indivíduo passagens internas que levam à resignação, ao distanciamento e à perda

²²⁷ BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e a crítica do Direito Penal*. Rio de Janeiro: Revan, 2002. p. 90.

²²⁸ PAYNE, William. *Etiquetas negativas: Pasadizos y prisiones*. In: OLMO, Rosa del (Org.). *Estigmatización y conducta desviada*. Maracaibo: Centro de Investigaciones criminológicas da Faculdade de Direito de Zulia, 1973. p. 106. [...] *En esta forma, las etiquetas sociales pueden dirigir perfectamente e comportamiento de un individuo, en la misma forma en que un pasadizo genera una determinada dirección.*

²²⁹ PAYNE, William. *Etiquetas negativas: Pasadizos y prisiones*. In: OLMO, Rosa del (Org.). *Estigmatización y conducta desviada*. Maracaibo: Centro de Investigaciones criminológicas da Faculdade de Direito de Zulia, 1973. p. 106. [...] *Pueden ser vistas también como pasillos o pasadizos, cuando ellas transfieren a una persona de una posición y rol, a una nueva posición y rol a desempeñar, de la misma manera como lo hacen las "ritos de pasaje. Las etiquetas sociales pueden también considerarse prisiones, porque ellas persisten como marcas, aún después de que el comportamiento del individuo ha cambiado y la etiqueta deja de ser apropiada.*

de confiança”; 3) criam expectativas, pois correspondem a uma “passagem que determina a direção que se espera de determinado comportamento”, de modo que, essa rotulação “pode gerar suspeita e uma atitude muito sutil no público social, o que, por sua vez, produzirá exatamente o comportamento que era temido”; 4) podem perpetuar o comportamento, visto que o “ato punitivo continua a prender uma pessoa ao papel desviante muito depois de a punição ter terminado e mesmo depois de o ator querer trocar de papel”, fazendo com que se torne muito difícil fugir desse tipo de prisão; 5) podem se generalizar, porque “tendem a ir além do comportamento ou das características que designam”; 6) produzem o desvio secundário, isto é, “podem iniciar formas adicionais de comportamento desviante”; 7) dirigem a atividade social, ou seja, “podem funcionar como passagens para impulsionar o público social”; e 8) produzem subculturas, pois “forçam as pessoas a participar em comunidades e subculturas desviantes que podem isolá-las ainda mais de uma possível mudança”.²³⁰

Portanto, é possível dizer que, na visão de Payne, as etiquetas negativas se tornam um elemento de identificação que se perpetua e generaliza na sociedade, de modo que muda a autoimagem do indivíduo, assim como suas expectativas sociais e fazem com que ele inicie uma carreira desviante. Por conseguinte, a atividade criminal começa a orientar a atividade social e, conjuntamente, a criar subculturas.

Por fim, no que concerne a teoria dos estereótipos, Bissoli Filho sustenta que esse marco teórico “possibilita o estudo da influência das impressões acerca do grupo, de suas características distintivas, sobre o indivíduo nele inserido.”²³¹

Essa teoria foi abordada pelo criminólogo norte-americano Dennis Chapman que, conforme elucida Bissoli Filho, na sua obra “O estereótipo do delinquente e suas consequências

²³⁰ PAYNE, William. Etiquetas negativas: *Pasadizos y prisiones*. In: OLMO, Rosa del (Org.). *Estigmatización y conducta desviada*. Maracaibo: Centro de Investigaciones criminológicas da Faculdade de Direito de Zulia, 1973. p. 105-118. [...] *Las etiquetas elevan a una persona de su contexto social protectorio haciéndola visible [...]. Estas etiquetas pueden hacer que una persona se considere a sí misma como alguien sin méritos, inferior e incompleto. Como consecuencia de la vergüenza y el desprecio propios, se crean en la mente del individuo pasadizos internos que llevan a la resignación, al alejamiento y a la pérdida de la confianza. [...] En este sentido, la etiqueta negativa es un pasadizo que determina la dirección que se espera de un determinado comportamiento. La etiqueta negativa puede generar suspicacias y una actitud muy sutil en la audiencia social: y esto, a su vez, producirá el mismo comportamiento que se temía. [...] Un acto de castigo continúa atando a una persona al rol de desviado mucho después que ha terminado el castigo y aún después que el actor quiere cambiar de papel. El escape de este tipo de prisión es realmente difícil. [...] Las etiquetas tienden a extenderse más allá de la conducta o características que designan. [...] Así como perpetúan, crean e intensifican la conducta original, las etiquetas sociales negativas, pueden iniciar también formas adicionales de conductas no deseables. [...] Las etiquetas sociales negativas, pueden actuar también como pasadizos para conducir la audiencia social. [...] Finalmente, las etiquetas obligan a la gente a participar en comunidades y sub culturas desviadas que pueden aislarlas aún más, del posible cambio.*

²³¹ BISSOLI FILHO, Francisco. *Estigmas da criminalização: dos antecedentes à reincidência criminal*. Florianópolis: Obra Jurídica, 1998. p. 197.

sociais”, realizou uma análise acerca das estruturas da sociedade e de seus mecanismos de marcação e manipulação.²³²

Nesse sentido, segundo Lola Aniyar de Castro:

Chapman, mesmo não participando de uma concepção marxista do mundo e crendo nas virtudes do capitalismo democrático para acolher as denúncias e fazer as necessárias correções, demonstra em sua obra relações entre o caráter classista das leis e a função repressiva da polícia e das instituições em geral, para finalmente chegar: 1) à localização das estruturas carcerárias; 2) ao que ele denominou estereótipo de delinquentes; 3) a funcionalidade social do crime e do criminoso.²³³

A partir desse estudo, segundo Bissoli Filho, Chapman observou que “o estereótipo do delinquente, que é alimentado pelo sistema, permite direcionar a carga de agressividade social [...] para as camadas menos favorecidas, praticantes do delito estereotipado.”²³⁴

No dizer de Chapman:

A utilização do estereótipo como instrumento político é muito valiosa para ser abandonada. A teoria do estereótipo começa com a ordem moral e a lei. Não começa com a pessoa e suas características e comportamentos. Ela questiona o motivo pelo qual uma legislação decide que uma ação deve ser punida. É óbvio que grande parte da lei e da moralidade são de interesse comum. [...] O sistema jurídico seleciona algumas categorias de pessoas que se comportam de determinada forma para serem punidas, e destas algumas são mais censuradas (ou estigmatizadas) do que outras. Geralmente estes serão homens, fracos, pobres e sem instrução e na Inglaterra hoje o imigrante.²³⁵

Nesse sentido, Castro destaca que, para Chapman, “o criminoso estereotipado é, pois, função do sistema estratificado e concorre para mantê-lo inalterado”, permitindo que “a maioria não criminosa” se redefina “com base nas normas que aquele violou e reforçar o sistema de valores do seu próprio grupo.”²³⁶

Portanto, segundo Castro, na visão de Dennis Chapman, o criminoso estereotipado “cresce em condições econômicas e afetivas precárias que o determinam a ser um adulto instável, agressivo, incapaz para incorporar-se com êxito ao sistema de produção”,²³⁷ sendo possível dizer que na sociedade prepondera os criminosos que estão locados nos estratos mais baixos.

²³² BISSOLI FILHO, Francisco. *Estigmas da criminalização: dos antecedentes à reincidência criminal*. Florianópolis: Obra Jurídica, 1998. p. 198.

²³³ CASTRO, Lola Aniyar de. *Criminologia da reação social*. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983. p. 124.

²³⁴ BISSOLI FILHO, Francisco. *Estigmas da criminalização: dos antecedentes à reincidência criminal*. Florianópolis: Obra Jurídica, 1998. p. 198.

²³⁵ CHAPMAN, Denis. *El estereotipo del delincuente y sus consecuencias sociales*. In: OLMO, Rosa del (Org.). *Estigmatización y conducta desviada*. Maracaibo: Centro de Investigaciones criminológicas da Faculdade de Direito de Zulia, 1973. p. 173-175.

²³⁶ CASTRO, Lola Aniyar de. *Criminologia da reação social*. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983. p. 126.

²³⁷ *Ibidem*, p. 126.

4.2.2 Os processos de aculturação e de desculturação e a sua contribuição para a reincidência criminal

No dizer de Bitencourt, “a origem da pena é muito remota” e, no decorrer de sua trajetória, houve diversas situações envolvendo avanços, mas, também, retrocessos até a sedimentação da ideia de “pena” utilizada atualmente.²³⁸

No que tange à pena de prisão, é possível dizer que o surgimento dessa sanção penal teve fortes influências de questões religiosas, econômicas, sociais, filosóficas e políticas.

Na Antiguidade, Bitencourt ensina que, por um longo período, a ideia de prisão “era uma espécie de ‘antessala’ de suplícios, pois se usava a tortura, frequentemente, para descobrir a verdade.”²³⁹ Posteriormente, na Grécia e em Roma, segundo esse mesmo autor, a pena de prisão passou a ter, como finalidade, a “custódia, para impedir que o culpado pudesse subtrair-se ao castigo.”²⁴⁰

Na segunda metade do século XVI, ante a mudança das questões socioeconômicas da época e o alastramento da miséria por toda Europa, Bitencourt elucida que “iniciou-se um movimento de grande transcendência no desenvolvimento das penas privativas de liberdade: a criação e construção de prisões organizadas para a correção dos apenados.” Naquela época, segundo esse autor, foram introduzidas as “instituições de correção”, cujo objetivo era a “reforma dos delinquentes por meio do trabalho e da disciplina.”²⁴¹

Para Rusche e Kirchheimer, “a primeira forma de prisão estava, então, estreitamente ligada às casas de correção manufatureiras”, sendo que o “objetivo principal não era a recuperação dos reclusos, mas a exploração racional da força de trabalho”, de tal forma que “a maneira de recrutar internos não era o problema central para administração.”²⁴²

Contudo, de acordo com Greco, o progresso mais importante da pena de prisão “teve lugar com a passagem do absolutismo do Antigo Regime ao Estado Constitucional.”²⁴³ Esse autor sustenta que, até o “período iluminista, as penas possuíam caráter aflitivo, ou seja, o corpo do homem pagava pelo mal que ele havia praticado [...] com o sofrimento físico e mental.”²⁴⁴

²³⁸ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2020. p. 1280.

²³⁹ *Ibidem*, p. 1281.

²⁴⁰ *Ibidem*, p. 1284.

²⁴¹ *Ibidem*, p. 1291.

²⁴² RUSCHE, Georg; KIRCHHEIMER, Otto. *Punição e estrutura social*. Rio de Janeiro: Revan, 2004. p. 98.

²⁴³ GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal*. 17. ed. Niterói: Impetus, 2015. p. 24.

²⁴⁴ *Ibidem*, p. 23.

Segundo Bitencourt, entre o final do século XVIII para o século XIX, com “as condições de exploração e miséria que viveram homens, mulheres e até crianças na crise da era industrial,” a pena passou a adotar um sentido de defesa da sociedade.²⁴⁵

Diante desse cenário, Rusche e Kirchheimer destacam que “mais e mais as massas empobrecidas eram conduzidas ao crime”, de forma que os “delitos contra a propriedade começaram a crescer consideravelmente em fins do século XVIII, e as coisas pioraram durante as primeiras décadas do século XIX.”²⁴⁶

Além disso, no dizer destes autores, o “cárcere tornou-se a principal forma de punição no mundo ocidental no exato momento em que o fundamento econômico da casa de correção foi destruído pelas mudanças industriais”.²⁴⁷

Assim, a partir dessa fase, é possível dizer que a Revolução Industrial criou as condições necessárias que levaram à sedimentação da pena de prisão dos países ocidentais.

Sob essa perspectiva, Baratta, em seu livro “Criminologia crítica e crítica do Direito Penal”, realiza uma análise acerca das funções desenvolvidas pelo sistema penal na conservação e na reprodução da realidade social e discorre sobre as funções declaradas, invertidas e simbólicas do cárcere.

Conforme tratado anteriormente, em relação às funções declaradas, atualmente, a aplicação dessa modalidade de sanção penal objetiva punir o transgressor da norma e, ao mesmo tempo, ressocializar o indivíduo, para que ele não volte a cometer alguma conduta delitiva.

Contudo, Baratta destaca que há uma impossibilidade de o cárcere cumprir essa função ressocializadora, uma vez que, quanto mais tempo o indivíduo permanece encarcerado, mais distante ele fica da ressocialização.²⁴⁸

Nesse sentido, segundo esse autor, a prisão tem inúmeros efeitos negativos e abrange tanto um processo de desculturação, isto é, de “desadaptação às condições necessárias para a vida de liberdade”, uma vez que diminui a “força de trabalho e faz com que o indivíduo perca “o senso de autorresponsabilidade do ponto de vista econômico e social”, quanto um processo de aculturação (ou prisionalização), visto que facilita a “assunção das atitudes, dos modelos de comportamento, dos valores característicos da subcultura carcerária.”²⁴⁹

No dizer de Foucault:

²⁴⁵ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2020. p. 352.

²⁴⁶ RUSCHE, Georg; KIRCHHEIMER, Otto. *Punição e estrutura social*. Rio de Janeiro: Revan, 2004. p. 137.

²⁴⁷ *Ibidem*, p. 146.

²⁴⁸ BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e a crítica do Direito Penal*. Rio de Janeiro: Revan, 2002. p. 184.

²⁴⁹ *Ibidem*, p. 184.

Se é verdade que a prisão sanciona a delinquência, esta no essencial é fabricada num encarceramento e por um encarceramento que a prisão no fim de contas continua por sua vez. A prisão é apenas a continuação natural, nada mais que um grau superior dessa hierarquia percorrida passo a passo. O delinquente é um produto da instituição. Não admira, pois, que, numa proporção considerável, a biografia dos condenados passe por todos esses mecanismos e estabelecimentos dos quais fingimos crer que se destinavam a evitar a prisão.²⁵⁰

Assim, Baratta sustenta que, ao ser encarcerado, “o condenado ou assume o papel de ‘bom preso’, com atitudes de conformismo e oportunismo, ou assume o papel de criminoso, compondo a minoria dominante na organização informal da comunidade carcerária, com poder sobre ‘recursos’ e culto à violência ilegal.”²⁵¹

Portanto, é possível dizer que, para Baratta, o cárcere produz efeitos contrários (função invertida) à reeducação e reinserção do condenado e consiste em um momento decisivo do processos de marginalização, porque é no cárcere que se produzem os criminosos, uma vez que os distanciam da reinserção na sociedade e os aproximam da subcultura carcerária.

Sob essa perspectiva, o autor ressalta que:

É na zona mais baixa da escala social que a função selecionadora do sistema se transforma em função marginalizadora, em que a linha de demarcação entre os estratos mais baixos do proletariado e as zonas de subdesenvolvimento e de marginalização assinala, de fato, um ponto permanentemente crítico, no qual, à ação reguladora do mecanismo geral do mercado de trabalho se acrescenta, em certos casos, a dos mecanismos reguladores e sancionadores do direito. Isto se verifica precisamente na criação e na gestão daquela zona particular de marginalização que é a população criminosa.²⁵²

Portanto, no que concerne à função simbólica do cárcere, Baratta sustenta que a punição “produz a transferência do mal e da culpa sobre uma minoria estigmatizada, e age como fator de integração da maioria, recompensando os não-estigmatizados e convalidando os seus modelos de comportamento.”²⁵³

Verifica-se, pois, que a maior parte dos comportamentos ilegais permanecem imunes ao processo de criminalização, havendo um reforço da seletividade por meio da função simbólica do cárcere.

É importante ter em mente que, a partir da classificação do indivíduo como “criminoso”, diversas oportunidades acabam desaparecendo, fazendo com que se torne cada vez mais difícil a reinserção do “ex-apanado” na sociedade e, conseqüentemente, funcione como uma motivação para que ele continue a cometer condutas delitivas.

²⁵⁰ FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir*. 27. ed. Petrópolis: Vozes, 1987. p. 327.

²⁵¹ BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e a crítica do Direito Penal*. Rio de Janeiro: Revan, 2002. p. 17.

²⁵² BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e a crítica do Direito Penal*. Rio de Janeiro: Revan, 2002. p. 172.

²⁵³ *Ibidem*, p. 175.

Além disso, caso o indivíduo seja rotulado como “reincidente”, o cenário fica ainda mais preocupante, com cada vez menos oportunidades que induzam o indivíduo a se reinserir na sociedade e cada vez mais influências para que ele continue caminhando pelo mundo do crime, que muitas vezes se torna sua principal, se não única, atividade laborativa.

Outrossim, o atual sistema carcerário no Brasil consiste, também, em uma máquina de desigualdade, visto que, conforme destacam Ferreira e Andrade, a maior parte da população carcerária é composta por jovens, negros e de baixa renda, os quais já eram alvos de preconceito de classe e de cor, de tal forma que, ao receberem o rótulo de “criminoso”, ficam cada vez mais segregados, mesmo após o cumprimento de suas penas.²⁵⁴

4.3 O ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL DOMINANTE ACERCA DA REINCIDÊNCIA CRIMINAL COMO CONDIÇÃO PESSOAL DO APENADO E OS SEUS EFEITOS SOBRE A EXECUÇÃO DAS PENAS DECORRENTES DE CONDENAÇÕES ANTERIORES

Durante o processo de execução de uma pena privativa de liberdade, não é incomum que o apenado, até então considerado primário em seu título executivo judicial, acabe cometendo um outro delito, dentro do período depurador de 5 (cinco) anos para o reconhecimento da reincidência.

Tendo isso em vista, a sentença judicial condenatória referente ao segundo delito deverá conter, expressamente, o reconhecimento dessa circunstância agravante em seu texto, e será juntada, posteriormente, aos autos executórios da primeira condenação.

Assim, o processo de execução penal abrangerá as duas condenações do apenado, de tal forma que, para a análise da concessão de benefícios penais como a progressão de regime e o livramento condicional, o magistrado deverá levar em consideração todos os delitos ali executados, bem como suas naturezas, circunstâncias, respectivas penas e demais critérios previstos em lei.

Posto isso, consoante será demonstrado em seguida, a partir de uma análise das decisões proferidas nos últimos 5 (cinco) anos pelo Superior Tribunal de Justiça e pelos tribunais de justiça de Santa Catarina, São Paulo, Rio Grande do Sul, Rio de Janeiro, Paraná e

²⁵⁴ ANDRADE, Ueliton Santos de; FERREIRA, Fábio Félix. CRISE NO SISTEMA PENITENCIÁRIO BRASILEIRO: capitalismo, desigualdade social e prisão. *Revista Psicologia, Diversidade e Saúde*, [S.L.], v. 3, n. 1, p. 24-38, 30 abr. 2015. Escola Bahiana de Medicina e Saúde Pública. <http://dx.doi.org/10.17267/2317-3394rps.v3i1.471>. Disponível em: <https://www5.bahiana.edu.br/index.php/psicologia/article/view/471>. Acesso em: 1 jun. 2023.

Distrito Federal e Territórios, acerca do tema, foi possível constatar que é firme a jurisprudência no sentido de que a reincidência é uma condição pessoal do apenado, estendendo os efeitos dessa circunstância à execução de todas as penas, inclusive àquelas anteriormente aplicadas.

Dessa forma, mesmo que o indivíduo tenha sido considerado primário no título executivo judicial da primeira condenação e seja reincidente, apenas, no da segunda condenação, para a análise do cálculo do tempo de cumprimento de pena para fins de progressão de regime, por exemplo, os magistrados comumente aplicam os percentuais exigidos aos indivíduos reincidentes no artigo 112 da Lei de Execução Penal em ambas as condenações, inclusive naquela em que ele havia, anteriormente, sido considerado primário.

Nesse sentido, é o entendimento da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, consoante se pode constatar da ementa do acórdão proferido, no dia 14 de dezembro de 2021, nos autos do Agravo Regimental no *Habeas Corpus* n. 639.666, de São Paulo, em que foi relator o Ministro Rogério Schietti Cruz:

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO PENAL. PROGRESSÃO DE REGIME. APENADO REINCIDENTE EM CRIME HEDIONDO OU EQUIPARADO. CONDIÇÃO PESSOAL NA EXECUÇÃO DA PENA. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO. 1. Consoante a jurisprudência consolidada do Superior Tribunal de Justiça, "[o] Juízo da execução penal não está adstrito ao emprego dado pelo Juízo do conhecimento aos registros criminais que ensejariam a reincidência do apenado, de modo que, a despeito de tal anotação não haver sido reconhecida em todas as condenações do apenado, nada impede seu uso para avaliação das condições pessoais do sentenciado no que tange à concessão de benefícios executórios como, por exemplo, o livramento condicional" (AgRg no REsp n. 1.721.638/RO, Rel. Ministro Rogério Schietti, 6ª T., DJe 29/10/2019). Precedentes: AgRg no HC n. 476.422/MG; HC n. 378.985/ES; HC n. 379.007/RS; e AgRg no HC n. 511.766/MG. 2. Agravo regimental desprovido. (Os grifos não estão na redação original.)

Nos referidos autos, conforme se pode depreender do inteiro teor do acórdão acima, o apenado havia interposto agravo regimental contra uma decisão que não conheceu do *habeas corpus* anteriormente impetrado, requerendo a reconsideração da decisão agravada ou, subsidiariamente, o provimento do agravo regimental, sob a alegação de que, "apesar de existirem as duas condenações por tráfico, uma não gera reincidência para a outra, [...] pois cometidos antes da ocorrência de trânsito em julgado anterior".

Contudo, a Sexta Turma não deu provimento ao recurso, sob a justificativa de que 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".

Também, nessa mesma decisão, o ministro argumentou que:

[...] as condições pessoais do apenado, tal como a reincidência, ainda que não sejam reconhecidas na condenação, devem ser observadas pelo Juízo das execuções para concessão de benefícios, já que tal proceder encontra-se na sua esfera de competências, definida no art. 66 da LEP, descabendo falar-se em *reformatio in pejus* ou em violação à coisa julgada material, mas em individualização da pena relativa à apreciação de institutos próprios da execução penal.

Esse posicionamento é bem firme no Superior Tribunal de Justiça, de tal forma que, ao realizar uma análise de diversas jurisprudências do referido tribunal, foi possível encontrar vários julgados nesse mesmo sentido, sob esses mesmos argumentos: (AgRg no HC n. 752.575/PR, Quinta Turma, rel. Ministro Joel Ilan Paciornik, j. 9-8-2022); (AgRg no EDecl no HC n. 735.308/PB, Quinta Turma, rel. Ministro Ribeiro Dantas, j. 10-05-2022); (AgRg no REsp n. 1.801.005/MG, Quinta Turma, rel. Ministro Leopoldo de Arruda Raposo, j. 18-6-2019); (AgRg no HC n. 521.434/SP, Sexta Turma, rel. Ministro Sebastião Reis Júnior, j. 1-10-2019); (AgRg no HC n. 494.404/MS, Quinta Turma, rel. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, j. 7-5-2019); (HC n. 468.756/RS, Quinta Turma, rel. Ministro Felix Fischer, j. 26-3-2019); (AgRg no AREsp n. 1.192.663/DF, Sexta Turma, rel. Ministro Nefi Cordeiro, j. 12-6-2018);

O Tribunal de Justiça de Santa Catarina adota esse mesmo entendimento do Superior Tribunal de Justiça, conforme demonstra a ementa do acórdão proferido, no dia 29 de junho de 2023, pela Quarta Câmara Criminal, nos autor do Agravo em Execução Penal n. 8000429-25.2023.8.24.0018, em que foi relator o Desembargador Sidney Eloy Dalabrida:

AGRAVO EM EXECUÇÃO PENAL. DECISÃO QUE APLICOU A FRAÇÃO DE 2/5 PARA FINS PROGRESSIVOS EM RELAÇÃO A UMA DAS CONDENAÇÕES. INSURGÊNCIA DO MINISTÉRIO PÚBLICO. ALMEJADA A INCIDÊNCIA DA FRAÇÃO DE 3/5 (TRÊS QUINTOS) NO TOCANTE A TODOS OS CRIMES EQUIPARADOS A HEDIONDO. POSSIBILIDADE. REEDUCANDO CONDENADO 2 (DUAS) VEZES PELO COMETIMENTO DO DELITO DE TRÁFICO DE DROGAS. REINCIDÊNCIA QUE SE ESTENDE À TOTALIDADE DAS PENAS. REFORMA DA DECISÃO QUE SE IMPÕE. 1. A condição de reincidente é circunstância de caráter pessoal, que, no curso da execução, estende-se à totalidade das reprimendas. 2. Tratando-se de reeducando condenado, em mais de uma oportunidade, pelo cometimento de crimes hediondos ou equiparados, é devida a incidência da fração de 3/5 (três quintos) ou 60% (sessenta por cento) para fins de progressão de regime prisional, inclusive quanto à primeira reprimenda imposta, mesmo que, naquele tempo, o reeducando não fosse considerado reincidente específico. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. (Os grifos estão na redação original).

Além desse julgado, é possível encontrar outros com o mesmo entendimento no tribunal catarinense: (Primeira Câmara Criminal, Agravo de Execução Penal n. 8000402-42.2023.8.24.0018, rel. Desembargador Paulo Roberto Sartorato, j. 22-06-2023); (Segunda Câmara Criminal, Agravo de Execução Penal n. 8000437-02.2023.8.24.0018, rel. Desembargador Roberto Lucas Pacheco, j. 27-06-2023); (Terceira Câmara Criminal, Agravo

de Execução Penal n. 8000123-93.2023.8.24.0038, rel. Desembargador Ernani Guetten de Almeida, j. 20-06-2023); (Quarta Câmara Criminal, Agravo de Execução Penal n. 8000768-36.2023.8.24.0033, rel. Desembargador Luiz Antônio Zanini Fornerolli, j. 31-08-2023); e (Quinta Câmara Criminal, Agravo de Execução Penal n. 8000324-42.2023.8.24.0020, do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, rel. Desembargador Luiz Cesar Schweitzer, j. 13-07-2023).

Nesse mesmo sentido, também, decidiu o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, conforme se pode depreender da ementa parcial do acórdão proferido, no dia 2 de agosto de 2022, pela sua Terceira Câmara Criminal, nos autos do Agravo em Execução Penal n. 5013048-56.2021.8.19.0500, em que foi relator o Desembargador Antônio Carlos Nascimento Amado:

AGRAVO DE EXECUÇÃO PENAL. RECURSO MINISTERIAL IMPUGNANDO DECISÃO DO JUÍZO DA EXECUÇÃO QUE DETERMINOU CÁLCULO DIFERENCIADO PARA FINS DE PROGRESSÃO DE REGIME E LIVRAMENTO CONDICIONAL, APLICANDO UMA FRAÇÃO NO PROCESSO ONDE O APENADO AINDA ERA PRIMÁRIO E DETERMINANDO OUTRA FRAÇÃO NO SEGUNDO PROCESSO, QUANDO RECONHECEU A CONDIÇÃO DE REINCIDENTE. INCABIMENTO. A REINCIDÊNCIA É UM INSTITUTO QUE AFETA A CONDIÇÃO PESSOAL DO APENADO, DE MANEIRA QUE, UMA VEZ RECONHECIDA, ESTENDE-SE SOBRE O TOTAL DAS PENAS. UMA VEZ UNIFICADAS AS PENAS, A REINCIDÊNCIA DEVE INCIDIR SOBRE O SOMATÓRIO DELAS E NÃO APENAS NA SEGUNDA CONDENAÇÃO. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. [...] A reincidência é circunstância de caráter pessoal que deve ser considerada na fase de execução, quando da unificação das penas, estendendo-se sobre a totalidade das penas somadas, com repercussão no cálculo dos benefícios executórios. A jurisprudência sobre o tema é pacífica: A reincidência é um instituto que afeta a condição pessoal do apenado, de maneira que, uma vez reconhecida, estende-se sobre o total das penas. Logo, não há justificativa para a consideração isolada de cada condenação, tampouco para a aplicação de percentual diferente a cada pena. Precedentes. Ao contrário do que constou do *decisum*, uma vez unificadas as penas, a reincidência deve incidir sobre o somatório delas e não apenas na segunda condenação. Incidência dos arts. 63, 111 e 112, VII, da Lei de Execução Penal. Merece reforma a decisão agravada, para afastar o percentual aplicado em relação à primeira condenação (processo 0001897-46.2009.8.19.0001) e determinar que a condição de reincidente do apenado, reconhecida na fase de execução penal, estenda-se sobre a totalidade das penas somadas ou unificadas, com repercussão no cálculo dos benefícios executórios. Recurso conhecido e provido. Unanimidade. (Os grifos não estão na redação original.)

Nesse caso, além da argumentação acerca da circunstância da reincidência ser condição pessoal do apenado, o julgador entendeu que a unificação das penas provocaria a incidência dessa circunstância sobre o somatório das penas.

Também é possível extrair desse tribunal outras decisões similares: (Primeira Câmara Criminal, Agravo em Execução Penal n. 5013852-87.2022.8.19.0500, rel. Desembargadora Maria Sandra Rocha Kayat, j. 04-07-2023); (Primeira Câmara Criminal, Agravo em Execução Penal n. 5013072-84.2021.8.19.0500, rel. Desembargadora Ana Paula Abreu Filgueiras, j. 16-

05-2023); e (Quarta Câmara Criminal, Agravo em Execução Penal n. 5013335-82.2022.8.19.0500, rel. Desembargadora Gizelda Leitão Teixeira, j. 30-05-2023).

Contudo, não foram encontradas decisões sobre essa matéria na Segunda, Terceira, Quinta, Sexta, Sétima e Oitava Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro.

Além desses julgados, verificou-se presente o mesmo entendimento em diversos outros Tribunais de Justiça no Brasil, utilizando-se das mesmas fundamentações que as Cortes antes mencionadas, consoante se pode depreender:

No Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul: (Primeira Câmara Criminal, Agravo de Execução Penal n. 5056277-38.2023.8.21.7000, rel. Desembargador Jayme Weingartner Neto, j. 29-06-2023); (Segunda Câmara Criminal, Agravo de Execução Penal n. 5060911-77.2023.8.21.7000, rel. Desembargadora Rosaura Marques Borba, j. 26-06-2023); (Terceira Câmara Criminal, Agravo de Execução Penal, n. 5101818-94.2023.8.21.7000, rel. Desembargador Luciano Andre Losekann, j. 30-08-2023); (Quarta Câmara Criminal, Agravo de Execução Penal n. 5092462-75.2023.8.21.7000, rel. Desembargador Rogerio Gesta Leal, j. 25-05-2023); (Quinta Câmara Criminal, Agravo de Execução Penal, n. 52366272120238217000, rel. Desembargador Joni Victoria Simões, j. 05-09-2023); (Sétima Câmara Criminal, Agravo de Execução Penal n. 5161044-30.2023.8.21.7000, rel. Desembargador Luiz Mello Guimarães, j. 26-06-2023); e (Oitava Câmara Criminal, Agravo de Execução Penal n. 5238246-20.2022.8.21.7000, rel. Desembargadora Naele Ochoa Piazzeta, j. 28-06-2023).

No Tribunal de Justiça do Paraná: (Quarta Câmara Criminal, Agravo em Execução Penal n. 4001134-14.2022.8.16.0030, rel. Rui Portugal Bacellar Filho, j. 10-07-2023); (Primeira Câmara Criminal, Agravo em Execução Penal n. 4000502-56.2023.8.16.0190, rel. Lidia Matiko Maejima, j. 08-07-2023); (Quinta Câmara Criminal, Agravo em Execução Penal n. 4000127-55.2023.8.16.0190, rel. Marcus Vinicius De Lacerda Costa, j. 19-06-2023); (Agravo em Execução Penal n. 4000134-39.2023.8.16.0031, Quinta Câmara Criminal, rel. Delcio Miranda Da Rocha, j. 29-05-2023); e (Quinta Câmara Criminal, Agravo em Execução Penal n. 4000120-93.2023.8.16.0083, rel. Maria José de Toledo Marcondes Teixeira, j. 20-05-2023).

Não foi possível encontrar, contudo, decisões na Primeira, Segunda e Terceira Câmara Criminal do mencionado tribunal acerca dessa matéria.

No Tribunal de Justiça de São Paulo: (Primeira Câmara Criminal, Agravo de Execução Penal 0004599-08.2022.8.26.0520, rel. Desembargador Diniz Fernando, j. 31-03-2023); (Segunda Câmara Criminal, Agravo de Execução Penal 0003085-13.2023.8.26.0996, rel.

Desembargador Luiz Fernando Vaggione, j. 02-05-2023); (Terceira Câmara Criminal, Agravo de Execução Penal 0008775-57.2022.8.26.0996, rel. Desembargador Ruy Alberto Leme Cavalheiro, j. 18-07-2023); (Quarta Câmara de Direito Criminal, Agravo de Execução Penal 0002856-15.2023.8.26.0071, rel. Desembargador Euvaldo Chaib, j. 24-05-2023); (Quinta Câmara Criminal, Agravo de Execução Penal 0000908-76.2023.8.26.0996, rel. Desembargador Tristão Ribeiro, j. 31-05-2023); (Sexta Câmara Criminal, Agravo de Execução Penal 0001293-94.2023.8.26.0520, rel. Desembargador Farto Salles, j. 11-07-2023); (Sétima Câmara Criminal, Agravo de Execução Penal 0004100-62.2023.8.26.0496, rel. Desembargador Reinaldo Cintra, j. 20-07-2023); (Oitava Câmara Criminal, Agravo de Execução Penal n. 0006814-18.2021.8.26.0026, rel. Desembargador Ely Amioka, j. 24-11-2021); (Nona Câmara Criminal, Agravo de Execução Penal 0000446-62.2022.8.26.0509; rel. Desembargador Grassi Neto, j. 01-12-2022); (Décima Câmara Criminal, Agravo de Execução Penal 0005263-82.2022.8.26.0344, rel. Desembargador Ulysses Gonçalves Junior, j. 11-11-2022); (Décima Primeira Câmara Criminal, Agravo de Execução Penal 0002553-09.2023.8.26.0521; rel. Desembargador Tetsuzo Namba, j. 19-05-2023); (Décima Terceira Câmara Criminal, Agravo de Execução Penal n. 0017041-65.2019.8.26.0502, rel. Desembargador Moreira da Silva, j. 07-04-2020); (Décima Quarta Câmara Criminal, Agravo de Execução Penal 0000798-83.2023.8.26.0509, rel. Desembargador Marco de Lorenzi, j. 28-08-2023); (Décima Quinta Câmara Criminal, Agravo de Execução Penal n. 0001636-26.2023.8.26.0509, rel. Desembargadora Gilda Alves Barbosa Diodatti, j. 20-06-2023); e (Décima Sexta Câmara Criminal, Agravo de Execução Penal 0002730-09.2023.8.26.0509, rel. Desembargador Camargo Aranha Filho, j. 18-08-2023).

E, também, no Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios: (Primeira Turma Criminal, Agravo de Execução Penal n. 0740209-03.2020.8.07.0000, rel. Desembargador Cruz Macedo, j. 10-12-2020); (Primeira Turma Criminal, Agravo de Execução Penal n. 0746604-11.2020.8.07.0000, rel. Desembargador J. J. Costa Carvalho, j. 28-01-2021); (Primeira Turma Criminal, Agravo de Execução Penal n. 0752827-77.2020.8.07.0000, rel. Desembargador Mario Machado, j. 18-03-2021); (Segunda Turma Criminal, Agravo de Execução Penal n. 0710781-39.2021.8.07.0000, rel. Desembargador Jair Soares, j. 27-05-2021); (Terceira Turma Criminal, Agravo de Execução Penal n. 0705558-08.2021.8.07.0000, rel. Desembargador Jesuino Rissato, j. 29-04-2021); e (Terceira Turma Criminal, Agravo de Execução Penal n. 0747188-78.2020.8.07.0000, rel. Desembargador Nilsoni De Freitas Custodio, j. 08-04-2021).

Contudo, nesse último tribunal, foi encontrada uma decisão divergente das demais, conforme se pode depreender da ementa do acórdão proferido, pela Segunda Turma Criminal,

no dia 10 de junho de 2021, nos autos do Agravo em Execução Penal n. 0711380-75.2021.8.07.0000, em que foi relator o Desembargador Roberval Casemiro Belinati:

AGRAVO DE EXECUÇÃO PENAL. REINCIDÊNCIA. CONDIÇÃO PESSOAL. EFEITOS IRRADIADOS SOBRE TODAS AS EXECUÇÕES. NOVO ENTENDIMENTO. INTERPRETAÇÃO DE DISPOSITIVOS DA LEI Nº 13.964/2019. RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO. 1. A jurisprudência dominante entendia que, unificadas as sanções, a reincidência deveria incidir sobre a totalidade das penas executadas, e não apenas a partir da condenação em que tal condição foi constatada. Assim, os efeitos dela decorrentes incidiriam sobre todas as outras sanções, de modo que não havia que se falar em cálculo do requisito objetivo para a progressão de regime com percentuais diferenciados para cada uma das penas. 2. Com o advento da Lei nº 13.964/2019, que estabeleceu novos percentuais para efeitos de progressão de regime e outros benefícios, estabelecendo distinção entre o tipo de crime praticado e a condição de reincidente ou não, deve-se dar interpretação benéfica ao condenado que ostente a condição de primário. 3. A verificação da reincidência para fim de aplicação dos novos critérios de progressão de regime acrescentados pelo Pacote Anticrime (Lei nº 13.964/2019) ao artigo 112 da Lei nº 7.210/1984 deve ser realizada de forma individualizada, verificando se o agravante era primário ao tempo da sentença condenatória que deu origem à execução penal. 4. Recurso conhecido e parcialmente provido para que o Juízo *a quo* reavalie os requisitos para aplicação retroativa da Lei nº 13.964/2019 quanto à execução nº 0056759-55.2009.8.07.0015, considerando-se a reincidência somente se verificada ao tempo da sentença condenatória.

Nos autos mencionados acima, o apenado havia interposto agravo em execução penal contra uma decisão proferida pelo Juiz de Direito Substituto da Vara de Execuções Penais do Distrito Federal que, nos autos do processo executivo da sanção penal, ao realizar o cálculo para análise do requisito objetivo para fins de progressão de regime, aplicou os patamares previstos em lei relativos à reincidência em uma condenação em que ele foi considerado primário.

O agravante, em seu recurso, argumentou que “não é possível que uma condição reconhecida em sentença condenatória, colhida pela coisa julgada material, seja posteriormente modificada, sob pena de ofensa ao princípio que veda a *reformatio in pejus*,” e postulou a reforma da decisão recorrida para que fosse mantida a primariedade reconhecida na sentença penal condenatória de um dos delitos.

Diante disso e contrariando o entendimento jurisprudencial majoritário, o julgador deu parcial provimento ao recurso, sob o fundamento de que a nova redação dada pelo Pacote Anticrime ao artigo 112 da Lei de Execução Penal “modificou a sistemática de progressão de regime ao introduzir critérios e percentuais distintos para cada condenação de forma individualizada, levando-se em consideração a natureza do crime praticado e a primariedade ou a reincidência do sentenciado,” o que demonstra que “a intenção legislativa é individualizar o cumprimento de pena de cada delito de forma específica.”

Assim, segundo esse desembargador:

[...] fica claro que o entendimento de que a reincidência, uma vez adquirida, deve ser estendida sobre a totalidade das penas executadas acaba por contrariar os critérios de progressão de regime trazidos pela Lei nº 13.964/2019, visto que é necessário que o Juízo das Execuções verifique a incidência da reincidência à época do título judicial condenatório, sendo a análise individualizada para cada título executado. Com efeito, esta interpretação decorre da aplicação dos princípios da lei penal mais benéfica e da proibição da interpretação extensiva *in malam partem*, tendência que vem sendo seguida por esta Turma Criminal. [...] Com tais considerações, embora já tenha me manifestado noutro sentido, passo a adotar o posicionamento de que a reincidência não pode ser estendida à totalidade da execução penal do sentenciado, devendo ser analisada no momento da formação do título penal condenatório, com base nos novos critérios de progressão de regime acrescentados pelo Pacote Anticrime (Lei nº 13.964/2019) ao artigo 112 da Lei nº 7.210/1984.

Todavia, deve-se ter em mente que essa decisão se trata de uma exceção, porquanto, da análise jurisprudencial realizada em diversos tribunais brasileiros, foi possível depreender que, em quase todos os casos, os julgadores seguem o entendimento jurisprudencial majoritário do Superior Tribunal de Justiça.

4.4 AS INCORREÇÕES NAS DECISÕES DOS TRIBUNAIS ACERCA DA REINCIDÊNCIA COMO CONDIÇÃO PESSOAL DO APENADO

4.4.1 A afronta às garantias inerentes à execução penal

Conforme demonstrado no item anterior, a jurisprudência brasileira tem posição majoritária no sentido de que a reincidência deve ser considerada uma condição pessoal do apenado, de tal forma que, a partir do momento em que o indivíduo a adquire, os efeitos dessa circunstância se estendem à execução de todas as penas, inclusive daquelas anteriormente aplicadas.

Todavia, essa interpretação jurisprudencial afronta diversas garantias constitucionais, além de desvirtuar as finalidades da execução de uma sanção penal.

Inicialmente, deve-se destacar que não há nenhum dispositivo legal que sirva como fundamento para esse entendimento dos tribunais, de modo que a aplicação dos efeitos dessa circunstância à execução das penas anteriormente aplicadas, de forma evidente, afronta a garantia da legalidade penal, prevista no inciso XXXIX do artigo 5º da Constituição Federal, que, conforme demonstrado no item 3.3.2, determina que não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal.

Ademais, em que pese o ordenamento jurídico permita, diante da ausência de previsão legal específica, a utilização de analogias, no Direito Penal é proibida a aplicação desse instituto

se for *in malam partem*, de modo que somente pode ser aplicada se for em benefício do réu/apenado.

Como desmembramento do princípio da legalidade, é possível dizer que esse posicionamento jurisprudencial afronta os princípios da irretroatividade, uma vez que está retroagindo o reconhecimento da reincidência a um fato anterior, em que o apenado era considerado primário, e da taxatividade, uma vez que está sendo aplicada uma consequência legal jurídica ao indivíduo sem nenhum amparo legal.

Além disso, é possível observar, também, um desrespeito à garantia da coisa julgada prevista no artigo 5º, inciso XXXVI, da Constituição Federal, a qual, consoante o item 3.3.1, confere estabilidade jurídica à decisão condenatória que modificou o estado de inocência do infrator e estabeleceu a pena com base na análise de todas as circunstâncias atinentes ao delito por ele cometido.

Não se pode olvidar que a coisa julgada não é uma garantia constitucional absoluta, uma vez que o ordenamento jurídico apresenta um rol taxativo de situações especialíssimas – que não abrem margem para nenhuma analogia – em que é possível modificar a decisão judicial após o trânsito em julgado. Contudo, no âmbito criminal, essa modificação do título judicial deve ser sempre em favor do réu, pois o contrário consistiria em *reformatio in pejus*.

Isto posto, da análise dos artigos 621²⁵⁵ e 626, *caput* e parágrafo único,²⁵⁶ ambos do Código de Processo Penal, verifica-se que esse entendimento jurisprudencial majoritário não se enquadra em nenhuma das possibilidades previstas no ordenamento jurídico que permitem a modificação do título executivo judicial, de tal forma que, ao modificar uma condição anterior do apenado reconhecida na sentença condenatória transitada em julgado, sem nenhum amparo legal, os tribunais estão realizando uma verdadeira afronta à garantia da coisa julgada,

Convém mencionar, ainda, que esse entendimento jurisprudencial majoritário consiste, também, em uma ofensa ao devido e justo processo legal, previsto no inciso LIV do artigo 5º da Constituição Federal, porquanto, além de os magistrados que atuam na área da execução penal não terem competência legal para modificar a sentença penal condenatória nesse caso,

²⁵⁵ Art. 621. A revisão dos processos findos será admitida: I - quando a sentença condenatória for contrária ao texto expresso da lei penal ou à evidência dos autos; II - quando a sentença condenatória se fundar em depoimentos, exames ou documentos comprovadamente falsos; III - quando, após a sentença, se descobrirem novas provas de inocência do condenado ou de circunstância que determine ou autorize diminuição especial da pena.

²⁵⁶ Art. 626. Julgando procedente a revisão, o tribunal poderá alterar a classificação da infração, absolver o réu, modificar a pena ou anular o processo. Parágrafo único. De qualquer maneira, não poderá ser agravada a pena imposta pela decisão revista.

conforme dispõe o artigo 66 da Lei de Execução Penal,²⁵⁷ a alteração da condição do apenado deve respeitar o processo disposto em lei.²⁵⁸

Assim, diante dessa ausência de amparo legal, o argumento utilizado por diversos tribunais de que, “uma vez unificadas as penas, a reincidência deve incidir sobre o somatório delas e não apenas na segunda condenação”,²⁵⁹ não comporta nenhum fundamento.

Isso porque, o artigo 111, *caput* e parágrafo único, da Lei de Execução Penal,²⁶⁰ prevê, tão somente, a possibilidade de modificação do regime de cumprimento de pena após o trânsito em julgado da decisão condenatória como consequência da soma ou da unificação das sanções penais no decorrer do processo executivo, a fim de que, se a pena unificada ou somada exceder certos patamares, se adequa ao disposto no parágrafo 2º do artigo 33 do Código Penal. É possível observar, pois, que não há qualquer disposição na redação desse artigo que permita sequer inferir a possibilidade da aplicação da reincidência da maneira que os tribunais estão entendendo que deve ser feita.

Além disso, não se desconhece que a reincidência consiste em uma condição pessoal do apenado, todavia, isso não justifica a extensão dos efeitos dessa circunstância à execução das penas anteriormente aplicadas, em que o indivíduo havia sido considerado primário, mormente porque seu caráter personalíssimo diz respeito, tão somente, à ideia de que essa circunstância, no concurso de agentes, só irá incidir na dosimetria do indivíduo que, de fato, foi considerado reincidente.

²⁵⁷ Art. 66. Compete ao Juiz da execução: I - aplicar aos casos julgados lei posterior que de qualquer modo favorecer o condenado; II - declarar extinta a punibilidade; III - decidir sobre: a) soma ou unificação de penas; b) progressão ou regressão nos regimes; c) detração e remição da pena; d) suspensão condicional da pena; e) livramento condicional; f) incidentes da execução. IV - autorizar saídas temporárias; V - determinar: a) a forma de cumprimento da pena restritiva de direitos e fiscalizar sua execução; b) a conversão da pena restritiva de direitos e de multa em privativa de liberdade; c) a conversão da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos; d) a aplicação da medida de segurança, bem como a substituição da pena por medida de segurança; e) a revogação da medida de segurança; f) a desinternação e o restabelecimento da situação anterior; g) o cumprimento de pena ou medida de segurança em outra comarca; h) a remoção do condenado na hipótese prevista no § 1º, do artigo 86, desta Lei. i) (VETADO); (Incluído pela Lei nº 12.258, de 2010) VI - zelar pelo correto cumprimento da pena e da medida de segurança; VII - inspecionar, mensalmente, os estabelecimentos penais, tomando providências para o adequado funcionamento e promovendo, quando for o caso, a apuração de responsabilidade; VIII - interditar, no todo ou em parte, estabelecimento penal que estiver funcionando em condições inadequadas ou com infringência aos dispositivos desta Lei; IX - compor e instalar o Conselho da Comunidade. X – emitir anualmente atestado de pena a cumprir.

²⁵⁸ Constituição Federal. Art. 5º. [...] LIII - ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente; [...].

²⁵⁹ BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Agravo em Execução Penal n. 5013048-56.2021.8.19.0500. Relator: Desembargador Antônio Carlos Nascimento Amado. Rio de Janeiro, 2 ago. 2022.

²⁶⁰ 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.

É possível afirmar, ainda, que esse posicionamento majoritário contraria, também, a garantia da individualização da pena prevista no inciso XLVI, do artigo 5º da Constituição Federal, uma vez que os tribunais estão padronizando a execução de todas as condenações do apenado a partir da análise do preenchimento do requisito objetivo para fins de concessão das benesses penais, como se as diversas condenações uma só fossem, sem examinar cada uma individualmente.

Ademais, conforme bem colocado pela Segunda Turma Criminal do TJDF, nos autos do Agravo em Execução Penal n. 0711380-75.2021.8.07.0000, com a mudança da redação do artigo 112 da Lei de Execução Penal pela Lei n. 13.964/2019, é possível dizer que o legislador, ao estabelecer diferentes critérios e percentuais para análise do requisito objetivo para fins da concessão da progressão de regime, a depender das características do delito, objetivou “individualizar o cumprimento de pena de cada delito de forma específica, conforme os oito incisos” do mencionado artigo, enquadrando-se cada execução no inciso apropriado.²⁶¹

Por fim, é importante ter em mente, também, que o artigo 1º da Lei n. 7.210/1984 dispõe, expressamente, que o objetivo do procedimento executório é efetivar o disposto na decisão condenatória, bem como que o artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal prevê que ninguém será culpado até o trânsito em julgado da decisão condenatória. Assim, fica claro que o trânsito em julgado da sentença penal condenatória constitui pressuposto da execução penal.

Portanto, ao permitir a incidência dos efeitos da reincidência nas condenações anteriores ao seu reconhecimento, os tribunais estão incorrendo, também, em excesso de execução, uma vez que está sendo ultrapassado o que foi decidido na sentença penal condenatória, conforme dispõe o artigo 185 da Lei de Execução Penal.

Consequentemente, há uma clara violação ao princípio da proporcionalidade, visto que o Estado está excedendo o seu direito de punir e aplicando uma consequência desproporcional ao dano causado pelo delito anterior, em que o indivíduo era considerado primário e detinha menor grau de reprovabilidade de sua conduta.

Não se pode olvidar que o apenado, durante o encarceramento, tem diversos direitos fundamentais suprimidos, de modo que, ao fazer com que ele permaneça tempo superior ao estabelecido em lei no interior do estabelecimento prisional, restringindo várias de suas garantias individuais, está desrespeitando a garantia da dignidade da pessoa humana prevista no inciso III do artigo 1º da Constituição Federal.

Assim, vislumbra-se que o entendimento jurisprudencial majoritário apresenta

²⁶¹ BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. Agravo em Execução Penal n. 0711380-75.2021.8.07.0000. Relator: Desembargador Roberval Casemiro Belinati. Brasília, 10 jun. 2021.

diversas contrariedades ao disposto no ordenamento jurídico brasileiro, não sendo possível, em um Estado Democrático de Direito regido pela tripartição de poderes, que o Poder Judiciário invada a competência do Poder Legislativo e crie suas próprias leis.

4.4.2 A afronta à função ressocializadora das sanções penais

No decorrer do presente trabalho, sobretudo no item 3.2.2, foi apresentado que a legislação brasileira adotou a teoria mista da pena, de tal forma que aplicação das sanções penais detém um duplo sentido, visto que objetiva não só para punir o indivíduo que cometeu uma conduta delitativa, mas fazer com que ele não a cometa novamente.

Tendo isso em vista, o legislador brasileiro introduziu diversos dispositivos no ordenamento jurídico a fim de desestimular a ocorrência da reincidência delitativa, a partir da ideia de ressocialização do delinquente.

Com efeito, a aplicação da circunstância da reincidência nas ações penais passou a agravar a pena do indivíduo nos casos em que haja o cometimento de um novo crime depois do trânsito em julgado da sentença que o tenha condenado por crime anterior.

Assim, a aplicação dessa circunstância parte do pressuposto de que se o indivíduo não aprendeu da primeira vez, é necessário que ele passe mais tempo no estabelecimento prisional para que, desta vez, ele aprenda e não reincida na prática delitativa.

Não obstante, os tribunais compreenderam que a pena não deveria ser agravada somente na ação penal do crime em que o indivíduo era reincidente, mas seria necessária a aplicação dessa medida sobre todas as penas que estão sendo executadas, inclusive aquelas em que o apenado havia sido considerado primário.

Contudo, em que pese as intenções ressocializadoras do legislador e do judiciário, consoante demonstrado no item 4.2, esse entendimento jurisprudencial dominante caminha em sentido contrário a esse papel ressocializador das sanções penais, além de afrontar diversas garantias inerentes ao processo executivo.

Conforme destacado no item 4.2, é importante ter em mente que a criminalização é seletiva, isto é, leva em consideração classes, raças e situações, de tal forma que, ante a impossibilidade de criminalizar todos os comportamentos ilegais, há determinados grupos que ficam mais suscetíveis a esse processo de criminalização.

Essa ideia de criminalização seletiva é enfatizada, no Brasil, conforme dados da Secretaria Nacional de Políticas Penais²⁶², visto que entre os meses de julho e dezembro de 2022, cerca de 67,22% (sessenta e sete vírgula vinte e dois por cento) da população carcerária nos estabelecimentos penitenciários estaduais e 58,39% (cinquenta e oito vírgula trinta e nove por cento) nos estabelecimentos federais era composta por pessoas negras ou pardas.

Ainda, em relação ao grau de escolaridade dos apenados, nesse mesmo período, nos estabelecimentos penitenciários estaduais, 46,66% (quarenta e seis vírgula sessenta e seis por cento) da população não tinha o ensino fundamental completo, e 16,8% (dezesseis vírgula oito por cento) não havia completado o ensino médio.

Por sua vez, nos estabelecimentos penitenciários federais, cerca de 24,25% (vinte e quatro vírgula vinte e cinco por cento) da população não tinha o ensino fundamental completo e 17,43% (dezessete vírgula quarenta e três por cento) não havia concluído o ensino médio.

Assim, a criminalização desses indivíduos, os quais, antes mesmo do cometimento do delito, por muitas vezes, não detinham condições para estudar e, conseqüentemente, apresentavam mais dificuldade para serem reinseridos no mercado de trabalho, contribui, ainda mais, para a segregação de suas classes na sociedade, sobretudo diante da nova rotulação de “delinquente” e “infrator”.

Além disso, a aplicação do instituto da reincidência apresenta diversas conseqüências aos apenados, fazendo com que a pena dele seja não só agravada, mas, também, que seja exigido patamares de cumprimento de pena muito maiores para que seja concedido o benefício da progressão de regime.

Com efeito, isso reforça ainda mais a característica estigmatizadora do indivíduo que, mesmo que tenha sido considerado reincidente em só um delito, acaba precisando cumprir patamares maiores – e muitas vezes similares a de um indivíduo multirreincidente – para que possa progredir de regime, de modo que fica cada vez mais distanciado da sociedade.

Por conseguinte, há um considerável distanciamento do apenado de sua reinserção na sociedade²⁶³, aproximando-o, cada vez mais, da subcultura carcerária, de modo que esse processo de aculturação e desculturação faz com que a execução da sanção penal, por meio do cárcere, produza efeitos contrários ao seu objetivo ressocializador.

²⁶² BRASIL. Secretaria Nacional de Políticas Penais. *Dados estatísticos do sistema penitenciário*. Disponível em: <https://www.gov.br/senappen/pt-br/pt-br/servicos/sisdepen>. Acesso em: 1 jul. 23.

²⁶³ É importante ter em mente que a característica estigmatizadora do indivíduo, a qual o distancia da sua reinserção social mesmo após o cumprimento integral da pena, torna-se perpétua, o que dificulta o alcance do apenado ao seu direito ao esquecimento.

Nesse sentido, conforme o Relatório de Reincidência Criminal no Brasil, realizado, em 2022, pelo Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN), entre os anos de 2010 e 2021, cerca de 42,5% (quarenta e dois vírgula cinco por cento) dos indivíduos que saíram do estabelecimento prisional retornaram pelo cometimento de crimes posteriores, ocorrendo os maiores índices de reincidência (23,1%) nos primeiros meses após os indivíduos deixarem a penitenciária.²⁶⁴

Assim, em que pese, formalmente, o ordenamento jurídico tenha adotado a teoria mista da pena, prevendo diversos meios de reinserir os apenados à sociedade, verifica-se que na prática a realidade é totalmente diferente, uma vez que, apenas, 57,5% (cinquenta e sete vírgula cinco por cento) dos detentos acabam demonstrando indícios de ressocialização nos primeiros 5 (cinco) anos.

Dessa forma, estender os efeitos da circunstância da reincidência às condenações em que o apenado havia sido considerado primário, além das diversas inconsistências com o ordenamento jurídico, contribui para a segregação ainda maior do apenado, visto que o mantém mais tempo distanciado da sociedade e cada vez mais próximo da subcultura carcerária.

Portanto, esse entendimento jurisprudencial dominante apresenta um viés, tão somente, retributivo, visto que se mostra consideravelmente ineficaz com o objetivo prevencionista da aplicação da sanção penal, além de demonstrar um evidente excesso por parte do Estado ao exercer seu poder punitivo.

²⁶⁴ Departamento Penitenciário Nacional. *Relatório de Reincidência Criminal no Brasil*. Brasília: Gappe, 2022. 75 p. Disponível em: <https://www.gov.br/senappen/pt-br/assuntos/noticias/dependivulga-relatorio-previo-de-estudo-inedito-sobre-reincidencia-criminal-no-brasil/reincidenciaccriminal-no-brasil-2022.pdf/view>. Acesso em: 1 jun. 2023.

5 CONCLUSÃO

O processo de execução penal, conforme estabelece o artigo 1º da Lei de Execução Penal, tem, sobretudo, o objetivo de efetivar o que foi disposto na decisão condenatória, além de propiciar condições para a reintegração social do condenado e do internado. Assim, esse procedimento se vale de diversos princípios, como o da individualização das penas, da proporcionalidade e da legalidade, a fim de que o condenado cumpra, de maneira digna, a sua pena, bem como para que seja possível alcançar a finalidade da aplicação das sanções penais.

Por sua vez, a garantia constitucional da coisa julgada tem como propósito conferir segurança jurídica, de modo que seus efeitos incidem após o trânsito em julgado das decisões proferidas, tornando-as imutáveis. Contudo, essa garantia não é absoluta, de tal forma que, em situações excepcionálissimas e desde que haja previsão legal, a decisão, mesmo após transitada em julgado, pode sofrer algumas modificações.

Posto isto, a presente pesquisa teve como objetivo principal demonstrar as incorreções das decisões dos tribunais acerca da aplicação do instituto da reincidência como condição pessoal do apenado, cujos efeitos estendem-se sobre as penas anteriores, inclusive, aquelas relativas a delitos que, à época da sentença condenatória, o apenado foi considerado primário.

Diante do atual entendimento jurisprudencial dominante e considerando que o reconhecimento da reincidência gera diversas consequências à execução da pena do condenado, fez-se imprescindível a realização de uma análise mais aprofundada acerca das fundamentações utilizadas pelos tribunais nessas decisões, a fim de verificar se havia alguma afronta injustificável aos direitos e às garantias constitucionais e legais, de tal forma que desvirtue a finalidade da aplicação das sanções penais.

Assim, a partir de uma pesquisa bibliográfica acerca do instituto da reincidência criminal no ordenamento jurídico, seus elementos caracterizados e suas consequências, bem como do processo de execução penal, sob a perspectiva da Lei n. 7.210/1984, seus objetivos e as garantias norteadoras desse procedimento, foi realizada uma análise na jurisprudência de diversos tribunais, como o STJ, TJSC, TJRJ, TJSP, TJRS, TJPR e TJDF, acerca da fundamentação utilizada nas decisões em que foi admitido que os efeitos da reincidência delitiva do apenado se estendessem à execução das penas anteriormente aplicadas.

Com efeito, foi constatado que esse entendimento jurisprudencial dominante afronta diversas garantias constitucionais, entre elas, 1) a da legalidade, visto que não há nenhum dispositivo legal que ampare esse entendimento; 2) a da coisa julgada, porquanto esse posicionamento majoritário não se enquadra em nenhuma dessas possibilidades previstas no

ordenamento jurídico que permitem a modificação do título executivo judicial; 3) a do devido e justo processo legal, uma vez que o juízo da execução não detém competência legal para realizar a modificação do título executivo judicial, bem como, ao fazer isso, não respeita o procedimento da ação penal previsto em lei; 4) a da individualização da pena, pois estão analisando as diversas condenações do apenado como se uma só fosse; e 5) as da proporcionalidade e da dignidade da pessoa humana, visto que o Estado está excedendo o seu direito de punir e aplicando uma consequência desproporcional ao dano causado pelo delito anterior, além de restringir o direito à liberdade de locomoção por um tempo superior ao previsto em lei.

Além disso, foi possível verificar que os julgadores, ao decidirem dessa maneira, estão ultrapassando o que fora determinado na decisão condenatória transitada em julgado e de maneira extremamente prejudicial ao apenado, de tal forma que é possível dizer que estão incorrendo ao excesso de execução.

Não se pode olvidar que o ordenamento jurídico brasileiro adota o sistema progressivo no cumprimento da pena privativa de liberdade, o qual subordina o apenado ao cumprimento de requisitos subjetivos e objetivos para o escalonamento de regimes de cumprimento de pena, de tal modo que, submetê-lo à aferição de um requisito referente à pena, mormente com base em um entendimento sem amparo legal, a partir de aspectos que vão além do determinado no título judicial, importa a frustração da finalidade da aplicação da sanção penal, concernente à ressocialização do indivíduo.

Assim, a partir de uma análise criminológica da reincidência, sobretudo do *labelling approach* e do processo de aculturação e desculturação, observou-se que, além de afrontar diversas garantias inerentes ao processo executivo e incorrer ao excesso de execução, esse entendimento jurisprudencial dominante e contrário ao papel ressocializador das sanções penais, visto que contribui para a criminalização seletiva, bem como reforça, ainda mais, a estigmatização do delinquente, fazendo com que ele permaneça cada vez mais distante da sociedade e o aproxime da subcultura carcerária, de modo que, após cumprir a sua pena, o apenado tenha ainda mais dificuldades para ser inserido no meio social.

É possível dizer, portanto, que a aplicação do instituto da reincidência no curso da execução penal, da maneira que está sendo aplicada, detém um caráter, tão somente, retributivo, porquanto apresenta um efeito totalmente contrário à ideia prevencionista.

REFERÊNCIAS

ALBRECHT, Peter-Alexis. **Criminologia: uma fundamentação para o Direito Penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

ANDRADE, Ueliton Santos de; FERREIRA, Fábio Félix. Crise no sistema penitenciário brasileiro: capitalismo, desigualdade social e prisão. **Revista Psicologia, Diversidade e Saúde**, [S.L.], v. 3, n. 1, p. 24-38, 30 abr. 2015. Escola Bahiana de Medicina e Saúde Pública. <http://dx.doi.org/10.17267/2317-3394rps.v3i1.471>. Disponível em: <https://www5.bahiana.edu.br/index.php/psicologia/article/view/471>. Acesso em: 1 jun. 2023.

ANDREUCCI, Ricardo Antônio. **Manual de Direito Penal**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2021.

_____. **Legislação penal especial**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2021.

BACILA, Carlos Roberto. **Manual de Criminologia e Política Criminal**. 1. ed. Curitiba: Intersaberes, 2020.

BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e a crítica do Direito Penal**. Rio de Janeiro: Revan, 2002.

_____. **Princípios do Direito Penal mínimo: por uma teoria dos direitos humanos como objeto e limite da lei penal**. 1. ed. Florianópolis: Habitus, 2019.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional contemporâneo**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2022.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. 2. ed. São Paulo: Edipro, 2015.

BECKER, Howard Saul. **Outsiders**. Rio de Janeiro: Zahar, 2008.

BENTHAM, Jeremy. **Uma introdução aos princípios da moral e da legislação**. São Paulo: Abril, 1974.

BERISTAIN, Antônio. **Nova criminologia à luz do direito penal e da vitimologia**. Brasília: Universidade de Brasília, 2000.

BISSOLI FILHO, Francisco. **A sanção penal e suas espécies**. Curitiba: Juruá, 2010.

_____. **Estigmas da criminalização: dos antecedentes à reincidência criminal**. Florianópolis: Obra Jurídica, 1998.

_____. **Linguagem e criminalização**. 22. ed. Curitiba: Juruá, 2011.

_____. **O objeto da ciência do Direito Penal**. 1. ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2015.

_____. **Princípios constitucionais aplicáveis às sanções penais**. 1. ed. Florianópolis: Habitus, 2016.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2022.

_____. **Tratado de Direito Penal**. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

BONFIM, Edilson Mougenot. **Curso de Processo Penal**. São Paulo: Saraiva, 2019.

_____. **Código de Processo Penal anotado**. São Paulo: Saraiva, 2012.

BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. **Código Penal**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 17 dez. 2022.

_____. Decreto-Lei nº 3.688, de 3 de outubro de 1941. **Lei de Contravenções Penais**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3688.htm. Acesso em: 8 jan. 2023.

_____. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm. Acesso em: 8 jan. 2023.

_____. Decreto-Lei n. 4.657, de 4 de setembro de 1942. **Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm. Acesso em: 15 mai. 2023.

_____. Departamento Penitenciário Nacional. **Relatório de Reincidência Criminal no Brasil**. Brasília: Gappe, 2022. 75 p. Disponível em: <https://www.gov.br/senappen/pt-br/assuntos/noticias/dependivulga-relatorio-previo-de-estudo-inedito-sobre-reincidencia-criminal-no-brasil/reincidenciaccriminal-no-brasil-2022.pdf/view>. Acesso em: 1 jun. 2023.

_____. Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984. **Lei de Execução Penal**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm. Acesso em: 12 jan. 2023.

_____. Secretaria Nacional de Políticas Penais. **Dados estatísticos do sistema penitenciário**. Disponível em: <https://www.gov.br/senappen/pt-br/pt-br/servicos/sisdepen>. Acesso em: 1 jul. 23.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Súmula n. 241. **Diário Oficial da União**. Brasília, 15 set. 2000.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Súmula n. 269. **Diário Oficial da União**. Brasília, 29 mai. 2002.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* n. 82.959. Relator: Ministro Marco Aurélio, 23 fev. 2006.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 453.000. Relator: Ministro Marco Aurélio, 4 abr. 2013.

_____. Supremo Tribunal Federal. Súmula Vinculante n. 26. **Diário Oficial da União**. Brasília, 16 dez. 2009.

BRITO, Alexis Couto de. **Execução penal**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2022.

CARRARA, Francesco. **Programa del curso de Derecho Criminal**. 1. ed. San José: Editorial Jurídica Continental, 2000.

CASTRO, Lola Aniyar de. **Criminologia da reação social**. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

CHAPMAN, Denis. *El estereotipo del delincuente y sus consecuencias sociales*. In: OLMO, Rosa del (Org.). *Estigmatización y conducta desviada*. Maracaibo: Centro de Investigaciones criminológicas da Faculdade de Direito de Zulia, 1973.

DITTICIO, Mario Henrique. **Crítica tridimensional da reincidência**. 2007. 142 f. Tese (Doutorado) - Curso de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2007. Disponível em: https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2136/tde-09052013-104951/publico/dissertacao_final_Mario_Henrique_Ditticio.pdf. Acesso em: 20 ago. 2023.

FERRI, Enrico. **Criminal Sociology**. Carolina do Sul: Nabu Press, 2010. Ebook Kindle.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir**. 27. ed. Petrópolis: Vozes, 1987.

ESTEFAM, André. **Direito Penal**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2022.

GOFFMAN, Erving. **Estigma: notas sobre a manipulação da identidade deteriorada**. 4. ed. Rio de Janeiro: Livros Técnicos e Científicos, 2008.

GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. **Direito Penal**. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

GONZAGA, Christiano. **Manual de criminologia**. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**. 17. ed. Niterói: Impetus, 2015.

_____. **Curso de Direito Penal**. 19. ed. Niterói: Impetus, 2017.

HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. **Os princípios da filosofia do Direito**. 1. ed. São Paulo: Livraria Martins Fontes, 1997.

JESUS, Damásio de. **Direito Penal – parte geral**. 32. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. **Direito Penal 1**. 36. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

JUNQUEIRA, Gustavo; VANZOLINI, Patrícia. **Manual de Direito Penal**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2022.

KANT, Immanuel. **A metafísica dos costumes**. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2011.

LERMET, Edwin McCarthy. *Social pathology*. Los Angeles: McGraw-Hill Book Company, 1951.

LIMA, Marcellus Polastri; REZENDE, Mariana Soares de. A Revisão Criminal: antigas e novas questões relevantes. **Revista do Ministério Público**, Rio de Janeiro, v. 71, n. 1, p. 19-48, maio 2019. Disponível em: <https://www.mprj.mp.br/servicos/revista-do-mp/revista-71>. Acesso em: 18 maio 2023.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Código de Processo Penal comentado**. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2017.

LOMBROSO, Cesare. **O homem delinquente**. São Paulo: Ícone, 2010.

LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2022.

LUIZI, Luiz. **Os princípios constitucionais penais**. 2. ed. Porto Alegre: SAFE, 2003.

MAIA, Erick de Figueiredo. **Execução penal e criminologia**. São Paulo: Saraiva, 2021.

MARCAO, Renato Flávio. **Curso de execução penal**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2023.

_____. **Lei de Execução Penal Anotada**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

MILL, John Stuart. *Utilitarianism on liberty considerations on representative government remarks on Bentham's philosophy*. Londres: Everyman's Library, 1999.

MIRABETTE, Julio Fabbrini. **Execução penal**. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 33. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

MORAES, Alexandre de; SMANIO, Gianpaolo Poggio. **Legislação penal especial**. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de Direito Processual Penal**. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

_____. **Curso de execução penal**. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

_____. **Código Penal comentado**. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

_____. **Individualização da pena**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

_____. **Manual de Direito Penal**. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

_____. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

PAYNE, William. *Etiquetas negativas: Pasadizos y prisiones*. In: OLMO, Rosa del (Org.). *Estigmatización y conducta desviada*. Maracaibo: Centro de Investigações criminológicas da Faculdade de Direito de Zulia, 1973.

PENTEADO FILHO, Nestor Sampaio. **Manual esquemático de criminologia**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

RAIZMAN, Daniel. **Manual de Direito Penal - Parte geral**. São Paulo: Saraiva, 2019.

REALE JR., Miguel. **Direito Penal - Jurisprudência em debate**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

REIS, Alexandre Cebrian Araújo; LENZA, Pedro; GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. **Direito Processual Penal**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2022.

ROBERTO, Welton. **O devido processo legal e o modelo de processo penal**. Belo Horizonte: Fórum, 2021.

RUSCHE, Georg; KIRCHHEIMER, Otto. **Punição e estrutura social**. Rio de Janeiro: Revan, 2004.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2022.

STRICKLAND, Lloyd. Leibniz on Eternal Punishment. *British Journal for the History of Philosophy*, Lampeter, v. 17, n. 2, p. 307-331, abr. 2009. Informa UK Limited. <http://dx.doi.org/10.1080/09608780902761695>.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal**. 11. ed. Salvador: Juspodivm, 2016.