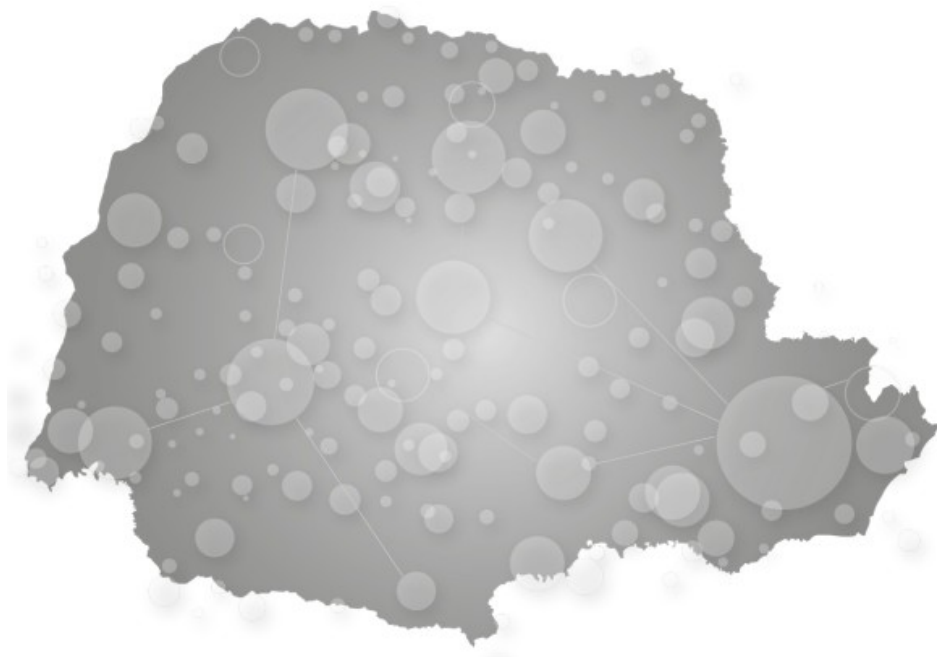


REINCIDÊNCIA ESPECÍFICA E PROGRESSÃO DE REGIME

Alterações do art. 122 da LEP pela Lei 13.964/19



CURITIBA-PR

(versão atualizada até dezembro de 2021)



*MINISTÉRIO PÚBLICO
do Estado do Paraná*

Coordenação da unidade

Hélio Airton Lewin | Procurador de Justiça

Revisão geral do Estudo

Alexey Choi Caruncho | Promotor de Justiça

Marcelo Adolfo Rodrigues | Promotor de Justiça

Ricardo Casseb Lois | Promotor de Justiça

Equipe Técnica

Liz Ayanne Kurahashi | Assessora de Promotor de Justiça DAS-5

Thalita Moreira Guedes | Assessora de Procurador de Justiça DAS-4

Diagramação do Estudo

Ana Paula Moreira | Assessora de Promotor

Rodrigo Weclav Filla | Assistente de Promotoria

Endereço
Rua Marechal Hermes, 751, 5º andar
Centro Cívico, Curitiba-PR
CEP 80.530-230

Contato
mpcaopcrim@mppr.mp.br
(41) 3250-8815

SUMÁRIO

1. ASPECTOS INTRODUTÓRIOS.....	4
2. CONTEXTUALIZAÇÃO DA ALTERAÇÃO PROMOVIDA NO ART. 122 DA LEP...7	
2.1 Da finalidade da alteração legislativa por ocasião das razões do seu ingresso no ordenamento jurídico.....	11
2.2 Do tratamento dado à execução de pena nos crimes hediondos e equiparados.....	16
2.3 Da sistemática adotada pela nova redação do art. 112 da LEP.....	17
3. OS RECURSOS ESPECIAIS Nº 1.910.240/MG E 1.918.338/MT DO STJ E O TEMA Nº 1169 DO STF.....	23
3.1 A discussão relacionada à lacuna legal.....	23
3.2 A discussão relacionada à retroatividade da lei penal mais benéfica.....	25
3.2.1 Inciso VI, alínea “a”.....	25
3.2.2 Inciso V.....	25
3.3 O tema 1169 do STF e sua repercussão.....	27
4. RESUMO DO PANORAMA JURISPRUDENCIAL ATUALIZADO.....	28
4.1 Superior Tribunal de Justiça.....	28
4.2 Supremo Tribunal Federal.....	30
4.3 Tribunal de Justiça do Paraná.....	30
5. OS REFLEXOS DOS JULGADOS NOS CASOS DE PRIMARIEDADE E REINCIDÊNCIA.....	32

1. ASPECTOS INTRODUTÓRIOS

No final da primeira quinzena de fevereiro de 2020, uma consulta então realizada por nossa Equipe (Consulta n. 049/2020)¹ enfrentou a questão relacionada à **natureza jurídica da reincidência prevista no art. 112 da Lei de Execuções Penais**, a partir das alterações trazidas pelo Pacote Anticrime (Lei n. 13.964/2019).

Isto porque, com o advento da referida normativa, o sistema progressivo de regimes prisionais tinha ganhado novos contornos, especialmente no que consiste ao seu requisito objetivo (lapso temporal).

Tão logo promovida aquela alteração, passou-se a questionar a respeito da natureza da reincidência prevista no alterado art. 112 que, segundo entendimento então surgido, deveria ser interpretado como tendo trazido hipóteses de “reincidência específica”, com reflexos no cômputo das respectivas frações.

Naquela oportunidade, dado o seu curto período de vigência, não foram localizados julgados acerca do tema. Ultrapassado algum tempo, no entanto, muito embora ainda não pudesse ser reconhecida uma efetiva estabilização jurisprudencial, em certa medida, já havia indicativos de tendências em curso, o que foi suficiente para que atualizássemos a primeira versão do estudo e publicássemos, em agosto de 2020, aspectos relacionados ao cenário jurisprudencial paranaense e do Superior Tribunal de Justiça (STJ)².

À época, foi identificado que no âmbito do Tribunal de Justiça do Paraná (TJPR), ao menos nas 4^a³ e 5^a⁴ Câmaras Criminais, o entendimento que vinha se consolidando seria no sentido de que a reincidência prevista no art. 112 da LEP,

¹ Reporta-se aqui à consulta realizada em 19.02.20 a partir de provocação da 3ª Promotoria de Justiça da Comarca de Francisco Beltrão, disponibilizada em [página online](#) desta unidade.

² Referida atualização foi realizada, tão somente, na parte final daquele estudo, quando procuramos anexar um quadro compilatório do que teria sido, naquela ocasião, constatado.

³ Refere-se, aqui, aos julgados [0000465-63.2020.8.16.0009](#); [0011829-93.2020.8.16.0021](#); [0003621-10.2019.8.16.0069](#); [0004506-45.2020.8.16.0083](#); [0017003-83.2020.8.16.0021](#); [0001375-90.2020.8.16.0009](#); [0019002-71.2020.8.16.0021](#)

⁴ Refere-se, neste ponto, aos julgados [0006963-42.2020.8.16.0021](#); [0019581-82.2020.8.16.0000](#); [0018087-85.2020.8.16.0000](#); [0010274-03.2015.8.16.0058](#); [0001018-13.2020.8.16.0009](#); [0011527-64.2020.8.16.0021](#); [0001085-75.2020.8.16.0009](#); [0001364-96.2020.8.16.0159](#); [0011912-12.2020.8.16.0021](#); [0012149-46.2020.8.16.0021](#); [0012307-04.2020.8.16.0021](#); [0057501-92.2013.8.16.0014](#); [0015130-48.2020.8.16.0021](#)

teria natureza jurídica de reincidência genérica, e não específica.

No âmbito do STJ, até onde aferimos naquela ocasião, foram localizadas *decisões monocráticas* tanto no sentido de se reconhecer como *específica* a reincidência prevista no alterado art. 112 da LEP,⁵ quanto no sentido de que a nova legislação não teria distinguido entre reincidência genérica ou específica⁶.

Diante de referido dissídio jurisprudencial, o tema não tardou a chegar nos Tribunais Superiores. E, não por outra razão, em 23.03.2021, 2 (dois) Recursos Especiais seriam afetados⁷ a fim de que os seus julgamentos fossem submetidos ao rito dos recursos repetitivos⁸, nos termos dos artigos 1.036 e seguintes do Código de Processo Civil e do artigo 256-I do Regimento Interno do STJ.

Foi a partir de seus julgamentos – ocorridos em 26.05.21 –, que o STJ:

i) reconheceria a existência de uma lacuna legislativa e passaria a fixar os requisitos temporais que a serem observados nos casos considerados omissos pelo legislador;

ii) ademais, fixaria a tese no sentido de reconhecer “a retroatividade do patamar estabelecido no art. 112, V, da Lei n. 13.964/2019, àqueles apenados que, embora tenham cometido crime hediondo ou equiparado sem resultado morte, não sejam reincidentes em delito de natureza semelhante”.

Este entendimento viria a ser consolidado pelo Plenário Virtual do Supremo Tribunal Federal, em 17/09/2021, no [Tema 1169](#). E, neste contexto, forçoso reconhecer que o atual momento é de **pacificação da jurisprudência das Cortes Superiores**, no sentido de considerar a natureza da reincidência prevista no alterado art. 112, incisos IV, VII e VIII, como sendo de hipóteses que exigem a “reincidência específica”, dada a referida “lacuna legislativa”.

Sem embargo do dessa pacificação, nossa Equipe optou pela

⁵ Cf. [HC 588535/PR](#); [HC 588852/SP](#); [HC 533016/MG](#)

⁶ Cf. [HC 583751/SP](#).

⁷ Recursos afetados: REsp 1910240/MG e REsp 1918338/MT.

⁸ [Tema 1084](#): Questão submetida a julgamento: Reconhecimento da retroatividade das alterações promovidas pela Lei n. 13.964/2019 nos lapsos para progressão de regime, previstos na Lei de Execução Penal, dada a decorrente necessidade de avaliação da hediondez do delito, bem como da ocorrência ou não do resultado morte e a primariedade, a reincidência genérica ou, ainda, a reincidência específica do apenado.

manutenção de parte do texto originalmente escrito, já que dotado de argumentos que buscam apresentar as distintas interpretações que o tema admite. E isto, inclusive, por acreditar-se que certas peculiaridades do caso concreto poderão fazer com que se esteja diante de situações nas quais essa argumentação se mostrará oportuna.

Assim, o texto que segue foi estruturado essencialmente com base no quanto já tínhamos publicado, atualizando-o, entretanto, na parte final, com o cenário jurisprudencial atualizado a partir dos julgamentos citados.

2. CONTEXTUALIZAÇÃO DA ALTERAÇÃO PROMOVIDA NO ART. 122 DA LEP

Até a entrada em vigor da Lei 13.964/2019, a fração de cumprimento exigida para a progressão de regime, à exceção do quanto disposto no § 3º do art. 112 da LEP⁹, encontrava a seguinte formatação:

Natureza Do Crime	Condição do Apenado	Lapso Temporal
i) Crimes comuns ¹⁰	Primário ou reincidente	1/6
ii) Crimes hediondos e equiparados ¹¹	Primário	2/5
iii) Crimes hediondos e equiparados ¹²	Reincidente	3/5

Tratava-se de um sistema de recortes temporais bastante simplificado, que não sem motivo era objeto das mais distintas críticas. Tanto que, ao longo do próprio processo legislativo que levaria à edição da Lei 13.964/2019, discutia-se a respeito da possibilidade de previsões distintas, em especial, em relação aos crimes hediondos e equiparados.

Com efeito, o processo legislativo que envolveu a alteração do art. 2º da Lei 8.072/90 (então prevista na proposta apresentada pelo Ministério da Justiça e da Segurança Pública) dispunha, por exemplo, que:

Art. 2º (...)

§ 5º A progressão de regime, no caso dos condenados aos crimes previstos neste artigo, dar-se-á somente após o cumprimento de 3/5 (três quintos) da pena quando o resultado envolver a morte da vítima.

§ 6º A progressão de regime ficará também subordinada ao mérito do condenado e à constatação de condições pessoais que façam presumir que ele não voltará a delinquir.

§ 7º Ficam vedadas aos condenados, definitiva ou provisoriamente, por crimes hediondos, de tortura ou de terrorismo:

I - durante o cumprimento do regime fechado, saídas temporárias por qualquer motivo do estabelecimento prisional, salvo, excepcionalmente, nos casos do art. 120 da Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984, ou para

⁹ “§3º No caso de mulher gestante ou que for mãe ou responsável por crianças ou pessoas com deficiência, os requisitos para progressão de regime são, cumulativamente: (...) III - ter cumprido ao menos 1/8 (um oitavo) da pena no regime anterior”. Dadas suas peculiaridades e, precisamente, por não ter sido objeto da alteração legislativa ora em comento, a presente manifestação não considerará esta situação especial. Para tanto, cf. [estudo específico](#) de nossa Equipe.

¹⁰ Art. 112, Lei de Execução Penal.

¹¹ Art. 2º, § 2º, Lei n. 8.072/90.

¹² Art. 2º, § 2º, Lei n. 8.072/90.

comparecer em audiências, sempre mediante escolta; e
II - durante o cumprimento do regime semi-aberto, saídas temporárias por qualquer motivo do estabelecimento prisional, salvo, excepcionalmente, nos casos do art. 120 da Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984, ou para comparecer em audiências, sempre mediante escolta, ou para trabalho ou para cursos de instrução ou profissionalizante.

No entanto, o texto que seria aprovado – autorizado pela Câmara dos Deputados na Emenda de Plenário 52¹³ – e que alteraria a LEP, assumiria os seguintes termos¹⁴:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

§ 1º Em todos os casos, o apenado só terá direito à progressão de regime se ostentar boa conduta carcerária, comprovada pelo diretor do estabelecimento, respeitadas as normas que vedam a progressão.

§ 2º A decisão do juiz que determinar a progressão de regime será sempre motivada e precedida de manifestação do Ministério Público e do defensor, procedimento que também será adotado na concessão de livramento condicional, indulto e comutação de penas, respeitados os prazos previstos nas normas vigentes.....

...

§ 5º Não se considera hediondo ou equiparado, para os fins deste artigo, o crime de tráfico de drogas previsto no § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006.

§ 6º O cometimento de falta grave durante a execução da pena privativa de liberdade interrompe o prazo para a obtenção da progressão no regime de cumprimento da pena, caso em que o reinício da contagem do requisito

13 Referimo-nos, no que interessa, à Reunião Deliberativa Ordinária do Grupo de Trabalho destinado a analisar e debater as propostas de mudanças promovidas na legislação penal e processual penal, realizada em 24/09/2019. Neste particular, a Emenda de Plenário 52 foi realizada no PL 7.223/2006.

14 O único lapso não alterado foi o previsto no §3º art. 112 que permaneceu prevendo o cumprimento de ao menos 1/8 da pena no regime anterior, no caso de mulher gestante ou que for mãe ou responsável por crianças ou pessoas com deficiência, e que tenha cumprido os demais requisitos para a progressão de regime.

*objetivo terá como base a pena remanescente.
§ 7º (VETADO). (NR)*

A alteração promovida fez com que os **lapsos temporais para aquisição do benefício progressivo passassem a estar concentrados, integralmente, no art. 112 da LEP**. Com isto, na atualidade, estes lapsos passaram a ser sistematizados da seguinte maneira:

	Natureza do Crime	Condição do Apenado	Lapso Temporal
i)	Crimes sem violência ou grave ameaça à pessoa	Primário	16% = 1/6
		Reincidente	20%
ii)	Crimes com violência ou grave ameaça à pessoa	Primário	25%
		Reincidente	30%
iii)	Crimes hediondos ou equiparados	Primário	40% = 2/5
		Reincidente	60% = 3/5
iv)	Crimes hediondos ou equiparados com resultado morte	Primário	50%
		Reincidente	70%
v)	Organização criminosa estruturada para prática de crime hediondo ou equiparado	-	50%
vi)	Crime de constituição de milícia privada	-	50%

Num tal cenário, o que se notou é que **a alteração referente ao lapso temporal para progressão de regime aos condenados por crimes hediondos teria deixado de ser realizada com fundamento na Lei 8.072/1990**. Tratava-se, a partir de então, de um lapso que também passava a contar com a baliza prevista no art. 112 da LEP¹⁵.

Ao que tudo indica, a redação deste novo art. 112 adveio do então debatido no **Projeto de Lei (PL) 7.223/2006**, uma circunstância que, a nosso sentir, merecia ser levada em conta para fins de exata identificação da natureza do instituto em análise.

Com efeito, este resgate sempre se mostrou relevante na medida em que bem demonstrava o contexto histórico legislativo no qual se inseria o tema. É que a questão afeta à **natureza jurídica da reincidência prevista no art.**

¹⁵ As alterações da LEP vinham sendo profundamente debatidas, desde ao menos o ano de 2006, no PL 7.223/2006.

112 da LEP sempre foi daquelas que não pareciam encontrar esclarecimentos no texto da Lei.

Dentre a limitada doutrina localizada naquela ocasião, parecia existir uma tendência em aceitar-se que **seria exigível a chamada “reincidência específica” para a aplicação do percentual maior de progressão de regime.**

Esta foi a posição assumida, por exemplo, por Rogério Sanches Cunha¹⁶ que, ao tratar da aplicação do percentual de reincidência em crimes com violência ou grave ameaça, pontuou:

O dispositivo faz referência à reincidência específica em crime com violência ou grave ameaça. Mas e se o reeducando for reincidente, mas não específico, ou seja, somente um dos crimes, passado e presente tiver sido cometido com violência ou grave ameaça? Lendo e relendo o artigo em comento, concluímos que estamos diante de uma lacuna, cuja integração, por óbvio, deverá observar o princípio do in dubio pro reo.

Nessa mesma linha, seguiram Lima Netto e Tavares referindo ser necessária a reincidência específica para a aplicação do lapso temporal relativo aos crimes hediondos e equiparados e com resultado morte¹⁷:

Antes do PAC, o tratamento mais gravoso ao condenado reincidente que cometeu crime hediondo ou equiparado não exigia a reincidência específica. Percebam que a nova legislação exige, para o tratamento mais gravoso, a reincidência na prática de crime hediondo ou equiparado (com ou sem resultado morte, a depender do caso, incisos VII e VIII), isto é, é preciso que a reincidência seja específica.

Nunca houve dúvida de que a questão podia gerar um conflito interpretativo e que, num tal cenário, poderia haver uma tendência em exigir-se a configuração de reincidência específica para o caso.

O que chamava atenção, porém, é que ao menos durante todo o ano de 2019 tinham sido amplamente divulgadas que as alterações legislativas que estavam sendo propostas pelo Ministério da Justiça e da Segurança Pública, no que se convencionou chamar “Pacote Anticrime”, pretendiam maior robustez nas regras para progressão de regime prisional. Ou seja, sinalizava-se uma evidente pretensão de reforma na estrutura do ordenamento penal brasileiro com um propósito de maior rigor na resposta estatal, em especial, para crimes hediondos e equiparados.

¹⁶ CUNHA, Rogério Sanches. *Pacote Anticrime: Lei n. 13.964/2019 – Comentários às alterações no CP, CPP e LEP*. Salvador: Editora JusPodivm, 2020. p. 371.

¹⁷ TAVARES, Pedro Tenório Soares Vieira; NETTO LIMA, Estácio Luiz Gama. *Pacote Anticrime: as modificações no sistema de justiça criminal brasileiro. e-book*, 2020. p.175.

A nosso sentir, este contexto merecia ser recordado, pois também ele haveria de ser considerado em qualquer atividade interpretativa.

2.1 Da finalidade da alteração legislativa por ocasião das razões do seu ingresso no ordenamento jurídico

Como referido, toda a base que levou à edição da atual redação do art. 112 da LEP teve sua origem no **PL 7.223/2006**. Então oriundo do Senado Federal, na Câmara passou a concentrar diversos Projetos de Lei com propostas de alterações na LEP.

Dentre os projetos apensados, pontualmente em relação à alteração no prazo para progressão de regime, destacava-se o **PL 909/2007** da Comissão de Legislação Participativa, que teve sua proposta inserida no substitutivo apresentado em 14.08.2017, pelo Deputado Subtenente Gonzaga (PDT-MG)¹⁸. A redação então apresentada foi no sentido de que:

Em face de tudo isso, propomos uma alteração substancial do art. 112 da Lei de Execução Penal, para prever que a progressão de regime apenas será possível quando o preso tiver cumprido ao menos:

- a) Vinte por cento (20%) da pena, se o apenado for primário e o crime tiver sido cometido sem violência a pessoa ou grave ameaça;*
- b) Trinta por cento (30%) da pena, se o apenado for reincidente ou o crime tiver sido cometido com violência a pessoa ou grave ameaça;*
- c) Quarenta por cento (40%) da pena, se o apenado for condenado por exercer o comando, individual ou coletivo, de organização criminosa;*
- d) Cinquenta por cento (50%) da pena, se o apenado for condenado pela prática de crime hediondo ou equiparado, se for primário; e*
- e) Setenta por cento (70%) da pena, se o apenado for condenado pela prática de crime hediondo ou equiparado, se for reincidente.*

Consta que, em 30.08.2017, na votação deste parecer, foi realizada uma Reunião Deliberativa Ordinária, cujo conteúdo seria aprovado à unanimidade. E, dentre as discussões que aqui interessam, destacam-se os seguintes trechos¹⁹:

Também altera os prazos para a progressão do regime. Esta talvez seja uma das mudanças mais importantes desta proposta, porque hoje o que ninguém mais aguenta é ouvir falar no bendito ou maldito um sexto do cumprimento da pena como condição para a progressão do regime. Esse foi um ponto bastante debatido, e nós estamos aqui propondo uma alteração significativa. Nós estamos saindo do piso de um sexto.

¹⁸ Confira o [documento legislativo](#). Acesso em 15/09/2021;

¹⁹ [Discurso e Notas Taquigráficas](#). Acesso em 10/12/2021.

que: Especificamente em relação aos crimes hediondos, ressaltou-se

Estabelecemos 50% para o crime hediondo, se o criminoso não for reincidente. Se for reincidente, já passa para 70%. Hoje a regra são 40% e 60%.

Então, no que diz respeito a critérios para progressão do regime, nós estamos propondo essa alteração, que nós consideramos significativa e que dialoga, na nossa avaliação, com o debate profundo que foi feito aqui, que a sociedade está a clamar de um modo geral.

Em 2019, já no âmbito das discussões sobre as propostas do Pacote Anticrime, para fins de ampliar o debate acerca das alterações legislativas que estavam sendo apresentadas, criou-se um Grupo de Trabalho na Câmara dos Deputados para atuar conjuntamente ao Grupo de Trabalho então instalado no Conselho Nacional de Justiça.

Dentre os debates temáticos agrupados no intitulado Tema 06 – no qual constava a progressão de regime –, no corpo do que figurou no Relatório dos trabalhos (item 4.3.1.4)²⁰, tinha restado disposto que:

Diante do caos de segurança pública vivenciado por nosso país, a presente proposição legislativa tem por objetivo elevar o requisito temporal para a aquisição do direito de progressão de regime pelos condenados. O nosso sistema penal atual permite que criminosos condenados por crimes hediondos tenham que cumprir apenas dois quintos de suas penas para adquirir o direito de progressão de regime, gerando um imenso descrédito no sistema penal, assim como reforçando o sentimento de impunidade. Além disso, tais condenados ainda mantêm o privilégio das saídas temporárias. Desse modo, imperioso se faz que o Estado adote medidas políticas criminais que reforcem a credibilidade do sistema, assim como estabeleçamos efetivo cumprimento da penalidade imposta aos condenados, evidenciando o caráter imperativo da pena. Isto é, com o descimento do parâmetro de tempo mínimo para a progressão de regime, busca-se readequar o sistema penal à realidade social em que se encontra o Estado brasileiro.

Com efeito, em 24.09.2019, numa das reuniões daquele Grupo de Trabalho, foi aprovada a emenda do deputado Subtenente Gonzaga que modificaria a LEP, aproveitando as alterações previstas na proposta enviada pelo Ministério da Justiça²¹. À época, foi declarado pelo referido Deputado que:

(...) os 16% são o atual 1/6. No caso de crime hediondo, se primário, é 40%, se reincidente, 60%. Isso também já está. A única alteração que fizemos, acolhendo o que vem no pacote anticrime, é o 50% para reincidentes em crimes hediondos e, usando o mesmo raciocínio, 70% quando o resultado for

²⁰ Disponibilização do [documento citado](#). Acesso em 04/02/2020.

²¹ Íntegra da [Reunião Deliberativa Ordinária](#) – 24/09/2019. Acesso em 04/02/2020.

*morte*²².

Trata-se de um registro que servia de alerta e indicativo do que se desejou propor, isto é, que **os prazos para progressão de regime no caso de condenados por crimes hediondos passassem a contar com mais um critério de agravamento**, qual seja, os crimes hediondos ou equiparados **com resultado morte**, pois a característica pessoal da reincidência já vinha sendo aplicada pela antiga redação do art. 2º da Lei 8.072/1990. Dessa forma, diante de todo este cenário, podíamos extrair as seguintes conclusões até então:

a) que não se vislumbrava durante os debates, ou até mesmo nas propostas de alterações apresentadas, qualquer discussão que envolvesse o interesse de se considerar “específica” a reincidência prevista no atual art. 112;

b) que durante estes debates não se discutiu a respeito da “natureza da reincidência”, já que o tema, aparentemente, não demandava qualquer discussão, sendo claro que se estaria diante da reincidência prevista no art. 63 do Código Penal;

c) que a *ratio* legislativa, desde as iniciais propostas de alteração, estiveram voltadas a robustecer o cumprimento de pena dos condenados por crimes cometidos com violência ou grave ameaça e daqueles com resultado morte; e

d) que, condicionar a aplicação do atual art. 112, inc. VI, da LEP à condição de reincidente “específico”, não se coadunava com a *ratio* do legislador. Neste sentido, de forma ilustrativa, bastava ver os distintos cenários que eram obtidos conforme o entendimento a ser seguido, quando comparados com o cenário legislativo anterior:

²² Disponibilização do [documento citado](#). Acesso em 10/12/2021.

Cenário I			
Antes da vigência da Lei 13.964/2019 – Desnecessidade de reincidência específica			
Natureza do Crime	Tipo Penal	Pena Imposta	Requisito Objetivo
Crime 01: Crime Hediondo	Estupro de Vulnerável (art. 217-A, <i>caput</i> , do CP)	8 anos Regime Fechado	$\frac{3}{5}$ da pena imposta (antiga redação do art. 2º, §2º, da Lei n. 8.072/1990) (60%)
Crime 02: Crime Comum	Furto Simples	4 anos Regime Fechado (somatório de penas)	$\frac{1}{5}$ da pena (antiga redação do art. 112, <i>caput</i> , da LEP)
Cálculo			
Lapso a ser cumprido pelo Estupro de vulnerável: $\frac{3}{5}$ de 8 anos = 4 anos, 9 meses e 18 dias			
Lapso a ser cumprido pelo Furto simples: $\frac{1}{5}$ de 4 anos = 8 meses			
Total de pena a ser cumprida para progressão: 4 anos, 9 meses e 18 dias + 8 meses = 5 anos, 5 meses e 18 dias de cumprimento da pena			

Cenário II			
Após a vigência da Lei 13.964/2019 – 1ª Interpretação			
Compreende-se e pela não exigência de reincidência específica para progredir			
Natureza do Crime	Tipo Penal	Pena Imposta	Requisito Objetivo
Crime 01: Crime Hediondo	Estupro de Vulnerável (art. 217-A, <i>caput</i> , do CP)	8 anos Regime Fechado	60% da pena referente ao art. 217-A ($\frac{3}{5}$)
Crime 02: Crime Comum	Furto Simples	4 anos Regime Fechado (somatório de penas)	20% da pena referente e ao furto ($\frac{1}{5}$)
Cálculo			
Lapso a ser cumprido pelo Estupro de vulnerável: 60% de 8 anos = 4 anos, 9 meses e 18 dias			
Lapso a ser cumprido pelo Furto simples: 20% de 4 anos = 9 meses e 18 dias			
Total de pena a ser cumprida para progressão: 5 anos, 7 meses e 6 dias			

Cenário III			
Após a vigência da Lei 13.964/2019 – 2ª Interpretação			
Compreende-se e pela exigência de reincidência específica para progredir			
Natureza do Crime	Tipo Penal	Pena Imposta	Requisito Objetivo
Crime 01: Crime Hediondo	Estupro de Vulnerável (art. 217-A, <i>caput</i> , do CP)	8 anos Regime Fechado	40% da pena imposta (aplicação do lapso mais favorável ao apenado, Regra da Primariedade – art. 112, inc. V, da LEP)
Crime 02: Crime Comum	Furto Simples	4 anos Regime Fechado (somaatório de penas)	16% da pena (aplicação do lapso mais favorável ao apenado, Regra da Primariedade – art. 112, inc. I, da LEP)
Cálculo			
Lapso a ser cumprido pelo Estupro de vulnerável: 40% de 8 anos = 3 anos, 2 meses e 12 dias			
Lapso a ser cumprido pelo Furto simples: 16% de 4 anos = 8 meses			
Total de pena a ser cumprida para progressão: 3 anos, 2 meses e 12 dias + 8 meses = 3 anos, 10 meses e 12 dias de cumprimento de pena			

Ao menos numa primeira aproximação, portanto, interpretar-se como *específica* a natureza da reincidência prevista no art. 112 levaria a conclusões distintas daquelas que tinham permeado os debates legislativos realizados a respeito do tema. Debates nos quais tinha ficado evidente que o interesse do legislador se voltava à criação de um *escalonamento do requisito temporal para aquisição do benefício da progressão de regime*.

Afinal, tratava-se de interpretação que, em última análise, faria com que *condenados por crimes hediondos*, ainda que também condenados por crimes comuns, fossem tratados como *primários*.

2.2 Do tratamento dado à execução de pena nos crimes hediondos e equiparados

Uma segunda ordem de argumentos que devia ser considerada dizia respeito ao tratamento que, ao longo dos anos, vinha sendo buscado pelo legislador com a Lei 8.072/1990.

Neste aspecto, mostrava-se válido recordar que, em sua redação original, a Lei 8.072/1990 não previa frações distintas para a progressão de regime de crimes hediondos e equiparados. Referia-se apenas que o *cumprimento integral da pena seria realizado em regime fechado*, num intento de vedar a progressão para esses casos.

Em 2006, o regime integralmente fechado foi considerado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, sob o argumento da violação à individualização da pena, proporcionalidade e dignidade da pessoa humana²³.

Só com o advento da Lei 11.464/2007 é que surgiram as balizas que passariam a vigorar até o ingresso em nosso ordenamento das alterações promovidas pelo Pacote Anticrime.

De fato, desde 2007, a progressão de regime envolvendo crimes hediondos passou a estar condicionada ao cumprimento de 2/5 da pena, se o apenado fosse primário, e de 3/5, se reincidente.

Desde então, pacificou-se que **a exigência do cumprimento do lapso de 3/5 não dependeria da natureza desta reincidência**, assim incidindo tanto nos casos da chamada reincidência genérica quanto específica. Ademais, passou a entender-se que não seria relevante sequer a diferenciação entre delitos dolosos ou culposos para tais fins. Enfim, presente a reincidência, a fração a ser cumprida na

²³ PENA – REGIME DE CUMPRIMENTO - PROGRESSÃO - RAZÃO DE SER. A progressão no regime de cumprimento da pena, nas espécies fechado, semi-aberto e aberto, tem como razão maior a ressocialização do preso que, mais dia ou menos dia, voltará ao convívio social. PENA - CRIMES HEDIONDOS - REGIME DE CUMPRIMENTO - PROGRESSÃO - ÓBICE - ARTIGO 2º, § 1º, DA LEI Nº 8.072/90 - INCONSTITUCIONALIDADE - EVOLUÇÃO JURISPRUDENCIAL. Conflita com a garantia da individualização da pena - artigo 5º, inciso XLVI, da Constituição Federal - a imposição, mediante norma, do cumprimento da pena em regime integralmente fechado. Nova inteligência do princípio da individualização da pena, em evolução jurisprudencial, assentada a inconstitucionalidade do artigo 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90. (STF - HC: 82959 SP, Relator: MARCO AURÉLIO, Data de Julgamento: 23/02/2006, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJ 01-09-2006 PP-00018 EMENT VOL-02245-03 PP-00510).

execução de um crime hediondo sempre seria de 3/5 da pena aplicada²⁴.

Da mesma forma, vinha sendo uniforme o entendimento nos Tribunais Superiores de que a reincidência deveria impactar no somatório das penas, ainda que atingisse pena imposta ao réu enquanto primário, sendo inviável, para concessão dos benefícios penais previstos na LEP, a análise individualizada e, conseqüentemente, a aplicação concomitante de frações distintas²⁵.

Em síntese, até a entrada em vigor da Lei Anticrime, o sentenciado por crime hediondo considerado reincidente teria que cumprir 3/5 de sua pena para progredir a um regime mais brando.

Um tal cenário, neste sentido, não parecia se coadunar com a conclusão de que as frações mais gravosas exigidas pela Lei n. 13.964/2019 para fins de progressão dependeria do reconhecimento de reincidência “específica”. É que essa interpretação representaria um evidente abrandamento no cumprimento de pena dos condenados por crimes hediondos, fugindo do escalonamento que o art. 112 tinha procurado criar.

Afinal, a ser assim interpretado, ao menos em tese, seria possível supor que muitos condenados que, até o advento da alteração, precisavam ter cumprido 3/5 da pena, passariam a ter como lapso para cumprimento a nova fração de 2/5, como se primário fossem, acarretando um evidente tratamento mais brando. Aliás, mais brando inclusive do que aquele previsto para casos de condenados por crimes hediondos com resultado morte.

²⁴ AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO PENAL. PROGRESSÃO DE REGIME. RECONHECIMENTO DA REINCIDÊNCIA PELO JUÍZO DA EXECUÇÃO CRIMINAL. POSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO À COISA JULGADA. CIRCUNSTÂNCIA PESSOAL QUE INTERFERE NA EXECUÇÃO COMO UM TODO. APLICAÇÃO DA FRAÇÃO DE 3/5 APENAS AO REINCIDENTE ESPECÍFICO. IMPOSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL. 1. A reincidência do acusado constitui circunstância pessoal que acompanha o condenado durante toda a execução, podendo ser reconhecida pelo Juízo que supervisiona o cumprimento da pena, ainda que não declarada pelo Juízo que prolatou a sentença condenatória. Precedentes. 2. De outra parte, firmou-se nesta Superior Corte de Justiça entendimento no sentido de que, nos termos da legislação de regência, mostra-se irrelevante que a reincidência seja específica em crime hediondo para a aplicação da fração de 3/5 na progressão de regime, pois não deve haver distinção entre as condenações anteriores (se por crime comum ou por delito hediondo).3. Agravo regimental não provido. (AgRg no HC 494.404/MS, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 07/05/2019, DJe 20/05/2019). Sem destaques no original.

²⁵ AgRg no HC 494.404/MS, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 07/05/2019, DJe 20/05/2019.

2.3 Da sistemática adotada pela nova redação do art. 112 da LEP

Pois bem, assumidas essas premissas, sempre nos pareceu relevante referir à necessidade de realizar uma análise global do cenário trazido pela nova redação do art. 112 da LEP, em especial sob a perspectiva do seu impacto no ordenamento pátrio.

É que, segundo ressaltávamos, ao menos numa primeira aproximação, a adoção da interpretação de que a reincidência exigida pelo legislador seria de natureza “específica” tendia a gerar um conflito insolúvel no próprio sistema progressivo criado.

Neste sentido, bastaria efetuar uma confrontação exclusiva com os dispositivos trazidos pelo art. 112 que se referem à reincidência. Nos referíamos, então, aos incisos II, IV, VII e VIII:

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

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

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

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

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

A realização deste recorte legislativo nos levava a indagar até que ponto seria possível, tecnicamente, considerar que a interpretação de que a previsão trazida pelo legislador tinha sido de que a *reincidência específica* recaia apenas nos incisos VII e VIII? Ou seja, até que ponto não se estaria diante de uma exigência que também haveria de incidir nas demais hipóteses que refere à figura da reincidência? Quais seriam os consectários daí decorrentes?

Tomando-se como ponto de partida o entendimento que vinha prevalecendo em ambas as Turmas que compõem a 3ª Seção do Superior Tribunal de Justiça²⁶, essas indagações faziam com que a interpretação mais branda não parecesse poder prosperar.

²⁶ STJ - AgRg no AgRg no AREsp: 1276547 RS 2018/0083214-1, Relator: Ministro RIBEIRO DANTAS, Data de Julgamento: 20/09/2018, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 26/09/2018.

Afinal, segundo pacificado naquele Tribunal, a reincidência específica se caracterizava pela prática de dois ou mais crimes da mesma espécie, **assim considerados aqueles delitos que tutelam o mesmo bem jurídico**, independentemente de constarem ou não no mesmo tipo penal.

Por isto, mencionava-se que bastariam alguns exemplos para que se percebesse o impacto que a interpretação levantada poderia ocasionar²⁷:

Exemplo 1: A interpretação de que a reincidência deveria ser “específica” leva ao seguinte cenário			
Natureza do Crime	Tipo Penal	Pena Imposta	Requisito Objetivo
Crime 01: Crime sem Violência	Furto Simples	4 anos Regime Fechado (somatório de penas)	16% da pena (aplicação do lapso mais favorável ao apenado, Regra da Primariedade – art. 112, inc. I, da LEP)
Crime 02: Crime com Violência	Roubo	5 anos Regime Fechado (somatório de penas)	25% da pena (aplicação do lapso mais favorável ao apenado, Regra da Primariedade – art. 112, inc. III, da LEP)
Crime 03: Crime Hediondo	Estupro de Vulnerável (art. 217-A, <i>caput</i> , do CP)	8 anos Regime Fechado	40% da pena imposta (aplicação do lapso mais favorável ao apenado, Regra da Primariedade – art. 112, inc. V, da LEP)
Crime 04: Crime Hediondo com Resultado Morte	Homicídio Qualificado (art. 121, §2º, inc. I, do CP)	14 anos Regime Fechado	50% da pena imposta (aplicação do lapso mais favorável ao apenado, Regra da Primariedade – art. 112, inc. VI, 'a', da LEP)
Cálculo			

²⁷ Os cálculos apresentados foram elaborados atendendo o quanto já se encontra sedimentado na jurisprudência, no sentido de que seja respeitado o percentual de cada delito nos casos em que exista somatório de pena entre crimes de natureza diversa, o que a jurisprudência intitula de *cálculo diferenciado*, buscando-se, dessa forma, resguardar o princípio da individualização da pena e da proporcionalidade. v.g TJPR - 3ª C.Criminal - 0020375-47.2019.8.16.0030 - Foz do Iguaçu - Rel.: Desembargador Paulo Roberto Vasconcelos - J. 11.11.2019.

Furto simples: 16% de 4 anos = 8 meses
Roubo: 25% de 5 anos = 1 ano e 3 meses
Estupro de vulnerável: 40% de 8 anos = 3 anos, 2 meses e 12 dias
Homicídio Qualificado: 50% de 14 anos = 7 anos
Total de pena para progressão: 8 meses = 1 ano e 3 meses = 3 anos, 2 meses e 12 dias = 7 anos = 12 anos, 1 mês e 12 dias de cumprimento de pena

Imaginando-se que todos os crimes acima referidos teriam sido praticados no lapso temporal exigido para caracterizar a incidência da reincidência, o que se notava era que, segundo os cálculos apresentados, em todos os delitos, o condenado seria tratado como *primário* **caso se exigisse reincidência específica para a incidência das regras mais gravosas.**

Afinal, não existiria nenhum novo dispositivo trazido pelo legislador que abrangia fração de cumprimento diferenciado para as situações em que a pessoa seja condenada por crime comum e hediondo. Isto acarretaria uma inversão de toda lógica escalonada idealizada pelo legislador na obtenção dos lapsos para fins de progressão de regime.

Além disso, no Exemplo 1, especificamente em relação ao crime hediondo (*estupro de vulnerável*) e o crime hediondo com resultado morte (*homicídio qualificado*), tampouco incidiria a regra da reincidência, tendo em vista tratarem-se de bens jurídicos diversos.

E é, justamente, nesse aspecto que o sistema progressivo previsto no art. 112 perderia toda sua coerência. Afinal, seria intuitivo nos indagarmos:

a) qual seria a *ratio* de, ante um condenado que comete dois crimes de furto, exigir-se o prazo previsto para os reincidentes (i.e., ser necessário 20% para progredir de regime), se daquele que comete um crime furto e um estupro persistiria se exigindo o prazo dos primários (16%, pelo furto + 40%, pelo estupro)?

b) qual seria a coerência de considerar-se que ao condenado por tráfico e por estupro de vulnerável seja aplicado o lapso dos primários (40% para progredir de regime)?

Ressaltava-se, ainda, como este cenário mudava a partir do demonstrativo que partisse da mera exigência da reincidência genérica para fins de consideração das frações mais gravosas:

Exemplo 2:			
A interpretação de que a reincidência deveria ser “genérica” leva ao seguinte cenário			
Natureza do Crime	Tipo Penal	Pena Imposta	Requisito Objetivo
Crime 01: Crime sem Violência	Furto Simples	4 anos Regime Fechado (somatório de penas)	20% da pena imposta (Regra da Reincidência – art. 112, II, LEP)
Crime 02: Crime com Violência	Roubo	5 anos Regime Fechado (somatório de penas)	30% da pena imposta (Regra da Reincidência – art. 112, IV, LEP)
Crime 03: Crime Hediondo	Estupro de Vulnerável (art. 217-A, <i>caput</i> , do CP)	8 anos Regime Fechado	60% da pena imposta (Regra da Reincidência – art. 112, VII, LEP)
Crime 04: Crime Hediondo com Resultado Morte	Homicídio Qualificado (art. 121, §2º, inc. I, do CP)	14 anos Regime Fechado	70% da pena imposta (Regra da Reincidência – art. 112, VIII, LEP)
Cálculo			
Furto simples: 20% de 4 anos = 9 meses e 18 dias			
Roubo: 30% de 5 anos = 1 ano e 6 meses			
Estupro de vulnerável: 60% de 8 anos = 3 anos, 2 meses e 12 dias			
Homicídio Qualificado: 70% de 14 anos = 9 anos, 9 meses e 18 dias			
Total de pena para progressão: 9 meses e 18 dias = 1 ano e 6 meses = 3 anos, 2 meses e 12 dias =			

15 anos, 3 meses e 18 dias de cumprimento de pena

Não por outra razão, Renato Brasileiro de Lima já explicava que quando a lei deseja se referir à reincidência específica o fazia de maneira expressa²⁸:

Referindo-se o art. 2º, § 2º, da Lei n. 8.072/90, ao cumprimento de 2/5 (dois quintos) da pena, se o apenado for primário, e de 3/5 (três quintos), se reincidente, sem fazer qualquer ressalva quanto à espécie de reincidência, conclui-se que o legislador se refere à reincidência genérica do art. 63 do Código Penal. Afinal, quando a lei deseja se referir à reincidência específica, o faz de maneira expressa. A propósito, basta ver o exemplo do art. 83, inciso V, do CP, aí incluído por força da Lei n. 8.072/90, que expressamente faz menção aos condenados reincidentes específicos em crime de natureza hedionda e equiparada. Na mesma linha, ao tratar da substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, o art. 44, § 3º, in fine, do CP, faz menção expressa à reincidência operada em virtude da prática do mesmo crime. Destarte, diante do silêncio da Lei – o art. 2º, § 2º, da Lei n. 8.072/90 refere-se genericamente à reincidência – não é dado ao intérprete incluir requisitos diversos, sob pena de violação ao princípio da legalidade. Logo, se alguém cometer crime hediondo ou equiparado, depois de já ter sido condenado irrecorrivelmente por outro crime, hediondo ou não, nos últimos cinco anos, poderá progredir apenas depois de cumprir 3/5 (três quintos) da pena no regime anterior”

Até porque, não parecia que a própria literalidade das expressões – “reincidente na prática de crime hediondo ou equiparado” e “reincidente em crime hediondo ou equiparado com resultado morte” – dariam ensejo, por si só, à hipótese que admita a interpretação de que se estaria diante de reincidência *específica*, já que ambas expressões poderiam, sem prejuízo, serem entendidas para referir-se ao condenado que se tornou reincidente por *praticar crime hediondo ou equiparado ou por praticar um crime com resultado morte*.

²⁸ LIMA, Renato Brasileiro de. Legislação criminal especial comentada: volume único. 7. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: Juspodivm, 2019. p. 256.

3. OS RECURSOS ESPECIAIS Nº 1.910.240/MG E 1.918.338/MT DO STJ E O TEMA Nº 1169 DO STF

Tal qual historiamos na parte introdutória deste estudo, em 23/03/2021, os Recursos Especiais nº. 1.910.240/MG²⁹ e nº 1.918.338/MT³⁰ seriam afetados a fim de que os seus julgamentos fossem submetidos ao rito dos recursos repetitivos, o que ocorreria em 26/05/2021.

Esta afetação, deu ensejo ao **Tema 1084**, que submeteu a seguinte questão a julgamento:

Reconhecimento da retroatividade das alterações promovidas pela Lei n. 13.964/2019 nos lapsos para progressão de regime, previstos na Lei de Execução Penal, dada a decorrente necessidade de avaliação da hediondez do delito, bem como da ocorrência ou não do resultado morte e a primariedade, a reincidência genérica ou, ainda, a reincidência específica do apenado.

A partir deste julgamento³¹, o STJ firmaria a tese no sentido de reconhecer a retroatividade do patamar estabelecido no art. 112, V, da Lei n. 13.964/2019, àqueles apenados que, embora tenham cometido crime hediondo ou equiparado sem resultado morte, não sejam reincidentes em delito de natureza semelhante.

Sem embargo do quanto referido, existem certos aspectos deste julgamento que merecem atenção.

3.1 A discussão relacionada à lacuna legal

Ambos os recursos contaram com a relatoria do Ministro Rogério Schietti Cruz, cujo voto foi estruturado da seguinte maneira: *i) contextualização do caso; ii) considerações acerca da alteração legislativa; iii) lacuna legal; iv) retroatividade da lei mais benéfica; v) dispositivo.*

Os casos levados à apreciação – apresentados pelos Ministérios Públicos do Estado de Minas Gerais e do Mato Grosso – pugnavam pelo

²⁹ [Decisão de afetação](#). Acesso em 15/07/21.

³⁰ [Decisão de afetação](#). Acesso em 15.07.21.

³¹ Conf. as respectivas decisões em [REsp n. 1.910.240 - MG \(2020/0326002-4\)](#) e [REsp n. 1.918.338 - MT \(2021/0024308-2\)](#)

reconhecimento da exigência do cumprimento do percentual de 60% (ou fração de 3/5) da pena, para fins de progressão de regime, por ser tratarem de reincidentes e de condenados por delito hediondo.

Um primeiro aspecto do julgado que aqui merece atenção diz respeito ao reconhecimento da lacuna legal. Com efeito, ao analisar os lapsos temporais previstos no art. 112 da LEP, o Relator concluiu pela existência de lacuna legal, *realizando seu preenchimento* da seguinte forma:

a) ao sentenciado que cometeu crime **com violência à pessoa ou grave ameaça**, mas **não é reincidente em delito de mesma natureza**, aplicar-se-á o lapso de **25% do cumprimento da pena**, previsto no inciso III do art. 112 da LEP;

b) ao apenado que praticou **crime hediondo ou equiparado**, mas também **não é reincidente em crime de igual natureza**, aplicar-se-á o **patamar de 40%**, estabelecido pelo inciso V do mesmo dispositivo legal;

c) apenado que cometeu **crime hediondo ou equiparado com resultado morte**, mas, igualmente, **é reincidente genérico**, aplicar-se-á o requisito objetivo instituído pelo inciso VI, 'a', do referido artigo de lei, ou seja, **deve cumprir 50% da pena para progredir**.

O quanto decidido, em certa medida, permite concluir que o STJ passou a considerar os seguintes lapsos a título de **requisito objetivo** a ser preenchido para se obter o direito à progressão de regime nas hipóteses aqui tratadas:

STJ Lapsos para Progressão de Regime (para condenação posterior à entrada em vigor da Lei 13.964/2019), a partir do julgamento dos Recursos Especiais mencionados		
Natureza do Crime	Condição do Apenado	Requisito Objetivo
Crimes com violência ou grave ameaça à pessoa	Primário	25%
	Reincidente genérico	25% (Incidência do patamar atribuído ao apenado primário devido à lacuna legal)
	Reincidente específico	30%
Crimes hediondos ou equiparados	Primário	40% = 2/5
	Reincidente genérico	40% (Incidência do patamar

		atribuído ao apenado primário devido à lacuna legal)
	Reincidente específico	60% = 3/5
Crimes hediondos ou equiparados com resultado morte	Primário	50%
	Reincidente genérico	50% (Incidência do patamar atribuído ao apenado primário devido à lacuna legal)
	Reincidente específico	70%

3.2 A discussão relacionada à retroatividade da lei penal mais benéfica

Um segundo ponto central que foi enfrentado pelos julgados referiu-se à aplicação retroativa dos incisos V e VI, 'a', do artigo 112 da LEP. Vejamos cada uma destas hipóteses:

3.2.1 Inciso VI, alínea “a”

Prevê o **inciso VI, alínea “a”, do art. 112 da LEP** que a pena privativa de liberdade será executada em forma progressiva com a transferência para regime menos rigoroso, quando o preso tiver cumprido ao menos, 50% (cinquenta por cento) da pena, se o apenado, for condenado pela prática de crime hediondo ou equiparado, com resultado morte, se for primário.

Segundo o julgado, esta seria uma hipótese de **inadmissibilidade de retroatividade**, por implicar situação mais gravosa ao sentenciado. Argumentou-se que, em que pese o patamar de 3/5 (previsto na legislação anteriormente vigente) fosse superior aos, agora, 50% estabelecidos pelo art. 112, VI, 'a', da LEP, esse mesmo inciso, em sua parte final, *prevê a vedação ao benefício do livramento condicional*. Uma disposição que não existia ao tempo da vigência do art. 2º, § 2º, da Lei n. 8.072/1990.

3.2.2 Inciso V

Prevê o **inciso V do art. 112 da LEP** que a pena privativa de liberdade será executada em forma progressiva com a transferência para regime

menos rigoroso quando o preso tiver cumprido ao menos, 40% (quarenta por cento) da pena, se o apenado for condenado pela prática de crime hediondo ou equiparado, se for primário.

Segundo o julgado, esta seria uma hipótese na qual é **irrefutável a incidência retroativa**. Isto porque a lacuna legal relativa aos apenados condenados por crime hediondo ou equiparado e reincidentes genéricos identificada teria instituído uma conjuntura mais favorável que o anterior lapso de 3/5. Os efeitos do julgado neste ponto, podem ser sumariados nos seguintes termos:

STJ Lapsos para Progressão de Regime (para condenação já em curso quando da entrada em vigor da Lei 13.964/2019), a partir do julgamento dos Recursos Especiais mencionados				
Natureza do Crime	Condição do Apenado	Requisito Objetivo	Dispositivo legal aplicável à condenação já em curso	Retroatividade das novas disposições trazidas
Crimes sem violência ou grave ameaça à pessoa	Primário	1/6	Art. 112, caput, da LEP (Lei 10.792/03)	Não
	Reincidente específico	1/6	Art. 112, caput, da LEP (Lei 10.792/03)	Não
Crimes com violência ou grave ameaça à pessoa	Primário	1/6	Art. 112, caput, da LEP (Lei 10.792/03)	Não
	Reincidente genérico	1/6	Art. 112, caput, da LEP (Lei 10.792/03)	Não
	Reincidente específico	1/6	Art. 112, caput, da LEP (Lei 10.792/03)	Não
Crimes hediondos ou equiparados sem resultado morte	Primário	2/5	Art. 2º, §2º, da Lei 8.072/90	Não
	Reincidente genérico	40%	Art. 112, V, da LEP (Lei 13.964/19)	Sim
	Reincidente específico	3/5	Art. 2º, §2º, da Lei 8.072/90	Não
Crimes	Primário		Art. 2º, §2º, da Lei 8.072/90	Não

hediondos ou equiparados com resultado morte	Reincidente genérico	3/5 ³²	Art. 2º, §2º, da Lei 8.072/90	Não
	Reincidente específico	3/5	Art. 2º, §2º, da Lei 8.072/90	Não

3.3 O tema 1169 do STF e sua repercussão

Tal qual mencionamos, no STJ, a tese jurídica passaria a ser no sentido de reconhecer “a retroatividade do patamar estabelecido no art. 112, V, da Lei n. 13.964/2019, àqueles apenados que, embora tenham cometido crime hediondo ou equiparado, sem resultado morte, não sejam reincidentes em delito de natureza semelhante.”

Este entendimento seria consolidado pelo Plenário Virtual do STF, em 17/09/2021, no **Tema 1169**, ao referir que:

“Tendo em vista a legalidade e a taxatividade da norma penal (art. 5º, XXXIX, CF), a alteração promovida pela Lei 13.964/2019 no art. 112 da LEP não autoriza a incidência do percentual de 60% (inc. VII) aos condenados reincidentes não específicos para o fim de progressão de regime. Diante da omissão legislativa, impõe-se a *analogia in bonam partem*, para aplicação, inclusive retroativa, do inciso V do artigo 112 (lapso temporal de 40%) ao condenado por crime hediondo ou equiparado sem resultado morte reincidente não específico.”

Importante mencionar, por fim, que o quanto decidido pelo STJ, além de balizar referido Tema, persiste sendo levado em conta por distintos julgados mais recentes do Supremo, não parecendo existir voz dissonante até esta data.³³

³² Nos termos da fundamentação do Relator, trata-se de irretroatividade da lei penal posterior, dada a vedação ao livramento condicional, que configuraria situação mais gravosa.

³³ . Cf. [RHC 196810 AgR, Relator\(a\): ROSA WEBER, Primeira Turma, julgado em 21/06/2021, Processo Eletrônico DJe-123 Divulg 24-06-2021 Public 25-06-2021](#); [RHC 198156 AgR, Relator\(a\): ROSA WEBER, Primeira Turma, julgado em 21/06/2021, Processo Eletrônico DJe-123 Divulg 24-06-2021 Public 25-06-2021](#); [RHC 200879, Relator\(a\): EDSON FACHIN, Segunda Turma, julgado em 24/05/2021, Processo Eletrônico DJe-113 Divulg 11-06-2021 Public 14-06-2021](#).

4. RESUMO DO PANORAMA JURISPRUDENCIAL ATUALIZADO

A partir do verificado, o cenário jurisprudencial atualizado pode ser resumido da seguinte maneira:

4.1 Superior Tribunal de Justiça

a) A partir dos julgamentos dos REsp's 1.910.240/MG e 1.918.338/MT, o STJ, ao analisar os lapsos temporais previstos no art. 112, da LEP, concluiu pela *existência de lacuna legal e realizou o seu preenchimento da seguinte forma*:

i) ao sentenciado que cometeu crime **com violência à pessoa ou grave ameaça, mas não é reincidente em delito de mesma natureza, aplicar-se-á o lapso de 25% do cumprimento da pena**, previsto no inciso III do art. 112 da LEP;

ii) ao apenado que praticou **crime hediondo ou equiparado, mas também não é reincidente em crime de igual natureza, aplicar-se-á o patamar de 40%**, estabelecido pelo inciso V do mesmo dispositivo legal;

iii) apenado que cometeu **crime hediondo ou equiparado com resultado morte, mas, igualmente, é reincidente genérico**, aplicar-se-á o requisito objetivo instituído pelo inciso VI, 'a', do referido artigo de lei, ou seja, deve **cumprir 50% da pena para progredir**.

b) Para o STJ, os requisitos objetivos para progressão de regime, no que ora interessa, quando se tratar de condenação posterior à entrada em vigor da Lei n. 13.964/2019, passam a ser escalonados da seguinte maneira:

STJ Lapsos para Progressão de Regime (para condenação posterior à entrada em vigor da Lei 13.964/2019), a partir dos julgados apreciados		
Natureza do Crime	Condição do Apenado	Requisito Objetivo
Crimes sem violência ou grave ameaça à pessoa	Primário	16% = 1/6
	Reincidente específico	20%
Crimes com violência ou grave ameaça à pessoa	Primário	25%
	Reincidente genérico	25% (incidência do patamar atribuído ao apenado primário devido à lacuna legal)
	Reincidente específico	30%
Crimes hediondos ou equiparados sem resultado morte	Primário	40% = 2/5
	Reincidente genérico	40% (incidência do patamar atribuído ao apenado primário devido à lacuna legal)
	Reincidente específico	60% = 3/5
Crimes hediondos ou equiparados com resultado morte	Primário	50%
	Reincidente genérico	50% (incidência do patamar atribuído ao apenado primário devido à lacuna legal)
	Reincidente específico	70%

c) Em relação aos requisitos objetivos para as *condenações em curso quando da entrada em vigor da Lei 13.964/2019*, **salvo quando se tratar de condenado por crime hediondo com resultado morte e não for reincidente em delito de natureza semelhante**, entendeu-se que os requisitos objetivos serão aqueles previstos na legislação anterior, quais sejam, 1/6, 2/5 e 3/5.

d) Na ressalva mencionada acima, fixou-se a tese do reconhecimento da *retroatividade do patamar estabelecido no art. 112, V, da Lei n. 13.964/2019, àqueles apenados que, embora tenham cometido crime hediondo ou equiparado, sem resultado morte, não sejam reincidentes em delito de natureza semelhante.*

4.2 Supremo Tribunal Federal

Desde 17/09/2021, tem se entendido de forma pacífica pela aplicação do Tema 1169, que toma por referência a tese fixada pelo STJ e refere que “tendo em vista a legalidade e a taxatividade da norma penal (art. 5º, XXXIX, CF), a alteração promovida pela Lei 13.964/2019 no art. 112 da LEP não autoriza a incidência do percentual de 60% (inc. VII) aos condenados reincidentes não específicos para o fim de progressão de regime. Diante da omissão legislativa, impõe-se a analogia *in bonam partem*, para aplicação, inclusive retroativa, do inciso V do artigo 112 (lapso temporal de 40%) ao condenado por crime hediondo ou equiparado sem resultado morte reincidente não específico”.

4.3 Tribunal de Justiça do Paraná

a) 1ª Câmara Criminal: tem prevalecido o entendimento firmado pelo STJ;³⁴

b) 2ª Câmara Criminal: tem prevalecido o entendimento firmado pelo STJ;³⁵

c) 3ª Câmara Criminal: tem prevalecido o entendimento firmado pelo STJ;³⁶

d) 4ª Câmara Criminal: Não obstante o entendimento isolado de um de seus julgadores, a Câmara, igualmente, tem adequado o seu entendimento

³⁴ Cf. [1ª C.Criminal - 4000479-12.2021.8.16.0019 - Rel. Desembargador Miguel Kfoury Neto - J. 30.08.2021](#); [1ª C.Criminal - 4000525-65.2021.8.16.0030 - Rel. Desembargador Adalberto Jorge Xisto Pereira - J. 30.08.2021](#).

³⁵ Cf. [TJPR - 2ª C.Criminal - 4000417-36.2021.8.16.0030 - Rel. Desembargador Luis Carlos Xavier - J. 14.06.2021](#); [TJPR - 2ª C.Criminal - 4000410-44.2021.8.16.0030 - Rel. Desembargadora Priscilla Placha Sá - J. 01.06.2021](#).

³⁶ Cf. [TJPR - 3ª C.Criminal - 4000714-43.2021.8.16.0030 - Rel. Desembargador João Domingos Kuster Puppi - J. 10.09.2021](#); [TJPR - 3ª C.Criminal - 4000572-87.2021.8.16.0014 - Rel. Desembargador Mario Nini Azzolini - J. 30.08.2021](#).

à nova jurisprudência do STJ;³⁷

- e) 5ª Câmara Criminal: tem prevalecido o entendimento firmado pelo STJ³⁸.

³⁷ Cf. [TJPR - 4ª C.Criminal - 4001118-60.2021.8.16.0009 - Rel. Desembargador Carvilio da Silveira Filho - J. 06.09.2021](#); [TJPR - 4ª C.Criminal - 4001130-11.2021.8.16.0030 - Rel. Desembargador Celso Jair Mainardi - J. 06.09.2021](#). Especificamente quanto ao posicionamento ainda existente de forma isolada, cf. *AGRAVO EM EXECUÇÃO PENAL – DECISÃO QUE RETIFICOU O PERCENTUAL PARA 40% DE CUMPRIMENTO DA PENA PARA FINS DE PROGRESSÃO DE REGIME – INSURGÊNCIA RECURSAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO- AJUSTE DO CÁLCULO DE LIQUIDAÇÃO DE PENAS, COM REDIMENSIONAMENTO DE PERCENTUAL DE RESGATE PARA FINS DE PROGRESSÃO DE REGIME, FIXADO NOS TERMOS DO ARTIGO 112, INCISO VII DA LEP - AGRAVADO REINCENTE, CONDENADO POR CRIME DE TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES (ARTIGO 33, “CAPUT” DA LEI Nº 11.343/2006) - DELITO EQUIPARADO A HEDIONDO - REINCENTE COMUM OU ESPECÍFICA, QUE IMPÕE O CUMPRIMENTO DE 60% DA PUNIÇÃO CARCERÁRIA – IRRELEVÂNCIA DA NATUREZA DO ILÍCITO PENAL ANTERIOR – “QUANTUM” DE 3/5 (TRÊS QUINTOS) QUE DEVE SER APLICADO - IMPOSSIBILIDADE – ADOÇÃO DO NOVEL ENTENDIMENTO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, NÃO OBSTANTE O ENTENDIMENTO PESSOAL DESTA RELATORIA – OMISSÃO LEGISLATIVA – ANALOGIA “IN BONAM PARTEM” – MANUTENÇÃO DO PERCENTUAL ADOTADO – AGRAVO DESPROVIDO. (TJPR - 4ª C.Criminal - 4001118-60.2021.8.16.0009 - * Não definida - Rel.: DES. CARVILIO DA SILVEIRA FILHO - J. 06.09.2021). Destacou-se.*

³⁸ Cf. [TJPR - 5ª C.Criminal - 4000976-56.2021.8.16.0009 - Rel. Juíza de Direito Substituto em Segundo Grau Simone Cherem Fabricio de Melo - J. 06.09.2021](#); [TJPR - 5ª C.Criminal - 0023561-03.2021.8.16.0000 - Rel. Desembargadora Maria José de Toledo Marcondes Teixeira - J. 06.09.2021](#).

5. OS REFLEXOS DOS JULGADOS NOS CASOS DE PRIMARIEDADE E REINCIDÊNCIA

Por fim, merece pontual esclarecimento um tema que, igualmente, mostra-se relevante e que já vem sendo objeto de consultas realizadas a este Centro de Apoio.

Diz respeito ao **cálculo de pena que envolve sentenciado em ações penais distintas, que teve sua reincidência reconhecida após a primeira condenação**. A título ilustrativo, imagine-se a seguinte situação:

a) A foi condenado na Ação Penal 1 e na Ação Penal 2 nos seguintes termos:

i) Ação Penal 1 – Crime 1: Condenado primário pelo crime de tráfico de drogas a 6 anos de pena privativa de liberdade.

ii) Ação penal 2 – Crime 2: Condenado reincidente pelo crime de tráfico de drogas a 8 anos de pena privativa de liberdade.

b) Somadas as penas, **A**, agora, possui uma pena total de 14 anos de reclusão e será considerado *reincidente específico em crime hediondo*.

O que se indaga diz respeito a saber como será realizado o cálculo para a progressão de regime? Será considerado *reincidente específico* em ambas as condenações ou somente em uma delas? Qual será a fração exigida para a progressão de regime?

Tal qual mencionado até aqui, vinha sendo uniforme o entendimento nos Tribunais Superiores de que **a reincidência deveria impactar no somatório de ambas as penas**, ainda que atingisse pena imposta ao réu enquanto primário. Naquele contexto, seria inviável, para concessão de benefícios penais, a análise individualizada e, conseqüentemente, a aplicação concomitante de frações distintas³⁹. No exemplo, portanto, o cálculo seria realizado da seguinte maneira:

³⁹ AgRg no HC 494.404/MS, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 07/05/2019, DJe 20/05/2019.

Crime	Total de Pena	Fração para Progressão de Regime
Crime 1 – Tráfico de drogas	14 anos	60%
Crime 1 – Tráfico de drogas		

A dúvida que surge é até que ponto este cálculo se mantém a partir da Tese fixada pelo STJ e pelo Tema do STF.

Pois bem, até onde se nota, ao menos a partir de uma análise da fundamentação dos Recursos Especiais aqui tratados, **não parece ter havido qualquer alteração do entendimento exposto no exemplo trazido.**

Isto porque, não se pode ignorar que o ponto central da discussão nos Recursos Especiais 1.910.240/MG e 1.918.338/MT dizia respeito ao lapso de cumprimento de pena a ser exigido ao condenado por crimes hediondos ou equiparados, sem resultado morte, que seja **reincidente, tanto genérico quanto específico.**

Se estaria diante, portanto, de **temas distintos**, ou seja:

i) de um lado, a discussão em relação à configuração da reincidência *para análise do lapso a ser aplicado quando existir um crime comum e um crime hediondo*;

ii) de outro, a discussão que envolve a configuração da reincidência *para fins de aplicação dos lapsos para progressão de regime quando se tratar de crimes da mesma natureza.*

Esta diferenciação envolve a adoção de cautelas redobradas na prática, pois podem existir casos concretos nos quais se mostrará necessária a demonstração da existência de distinção entre o caso em julgamento e o precedente firmado nos Recursos Especiais n. 1.910.240/MG e n. 1.918.338/MT. E isto, inclusive, diante do quanto no art. 489, § 1º, VI, do Código de Processo Civil⁴⁰.

⁴⁰ CPC - Art. 489. São elementos essenciais da sentença: I - o relatório, que conterà os nomes das partes, a identificação do caso, com a suma do pedido e da contestação, e o registro das principais ocorrências havidas no andamento do processo; II - os fundamentos, em que o juiz analisará as questões de fato e de direito; III - o dispositivo, em que o juiz resolverá as questões principais que as partes lhe submeterem. § 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que: (...) VI - **deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento** ou a superação do entendimento.