



## Bheron Rocha: Desrespeito à coisa julgada no processo fast food

O Superior Tribunal de Justiça, no AgRg no REsp 1.748.600/TO, consignou, por meio do voto da lavra do ministro Sebastião Reis Júnior, que o juiz da execução penal pode reconhecer a reincidência não considerada na sentença condenatória, e que assim procedendo não estaria a afrontar a coisa julgada e não configuraria *reformatio in pejus*.

O posicionamento do STJ alerta que “o juízo da execução deve se ater ao teor do *decisum* condenatório, no tocante ao *quantum* de pena, ao regime inicial, bem como ao fato de ter sido a pena privativa de liberdade substituída ou não por restritivas de direitos”.

Inegavelmente, embora não reconhecido pelo STJ, há aí inescandível mácula à coisa julgada material, bem assim ao princípio da individualização da pena, que, não obstante também seja atribuído parcela de sua concreção ao juiz da execução, este deve respeitar os limites de sua própria atividade.

A individualização é atividade complexa, que engloba muitos atos, cuja repartição de tarefas tem previsão jurídico-constitucional<sup>[1]</sup> e se destina aos titulares do Poder Legislativo, ao Poder Judiciário e, excepcionalmente, ao Poder Executivo.

O legislador se incumba da elaboração, discussão, votação e aprovação das normas. Ao juiz do processo cabe a instrução criminal, análise das provas e prolação da sentença eventualmente condenatória. O juiz da execução penal é responsável pelo cumprimento da pena, da análise dos incidentes desta, as progressões e regressões de regime e o reconhecimento de sua extinção, seja pelo cumprimento, seja por outra causa legalmente prevista, além da aplicação da reabilitação.

A individualização da pena é realizada pelo legislador levando em consideração o grau e a intensidade da lesão, a qualidade do bem jurídico protegido, o necessário efeito de proteção, entre outros elementos ínsitos à fixação dos parâmetros da reprimenda, ou seja, para a construção da moldura (*in abstracto*) da pena. Estabelece-se um grau mínimo, aquém do qual se diafanaria a dignidade de utilização do Direito Penal, e um grau máximo, além do qual a pena teria cariz de crueldade.

O juiz da ação penal realiza sua parcela da repartição de tarefas quando, na apuração da pena, leva em consideração todos os fatos e circunstâncias necessários à sua fixação dentro dos parâmetros “pré-postos” pelo legislador, não cabendo decisões discricionárias (estranhas à lei e ao processo).

Excepcionalmente, o Chefe do Executivo atua na individualização da pena, quando decreta, por exemplo, o indulto ou a graça.

Na execução da pena, o Estado deve ater-se aos limites das penas impostas no decreto condenatório, não podendo ultrapassar o máximo da reprimenda fixado nem lhe agravar de outro modo o cumprimento, como a alteração do regime penitenciário ou com obstaculização de benefícios, devendo observar a forma menos gravosa de executar a sanção penal.

Não é por outra razão que o Supremo Tribunal Federal entendeu que, não existindo estabelecimentos aptos ao cumprimento da pena de prisão em determinado tipo de regime, é direito do apenado seguir



para o regime mais brando<sup>[2]</sup>, jamais podendo ser mantido pelo juiz da execução no regime mais gravoso ou para ele transferido.

Pois bem.

Ao decidir que o juiz da execução penal pode reconhecer a reincidência não considerada no título condenatório fixado pelo juiz da ação penal, o STJ possibilita (em lista meramente exemplificativa):

- 1) que o benefício da saída temporária dos condenados que cumprem pena em regime semiaberto, concedido para visita à família, frequência à atividade de estudos ou outra atividade destinada ao retorno ao convívio social, só poderá ser autorizado se cumprido um mínimo 1/4 da pena, em vez de 1/6 quando o condenado é primário (artigo 122, LEP);
- 2) que seja negado o direito do condenado à suspensão condicional da pena (artigo 77, I);
- 3) que possa se exigir um tempo ampliado de cumprimento mínimo da pena para obtenção do livramento condicional (artigo 83, II, CP) podendo ser exigido até 3/5 da pena, quando a condenação for por crime hediondo (artigo 2º, parágrafo 2º, Lei 8.072/90);
- 4) que não seja concedido o livramento condicional se reconhecida a reincidência específica em alguns tipos penais de tráfico de drogas (artigo 44, Lei 11.343/2006);
- 5) a revogação da reabilitação de ofício (artigo 93, CP);
- 6) a ampliação em 1/3 do prazo prescricional (artigo 110, CP);
- 7) o reconhecimento da interrupção do prazo prescricional (artigo 117, CP).

A situação do apenado se agrava drasticamente para além dos delineamentos realizados pelo juiz do processo e fixados na exposição das consequências jurídicas do delito plasmados no dispositivo da sentença penal condenatória

Por outro lado, o reconhecimento da reincidência não é tarefa assim tão fácil, é necessária uma certidão detalhada, em que se indique, expressamente, não apenas a data do trânsito em julgado da condenação e da extinção da pena, mas se houve ou não perdão judicial; se houve ou não prescrição da pretensão punitiva; se houve ou não suspensão condicional da pena ou livramento condicional, o período de prova e eventual revogação ou não do benefício, e, ainda, se houve ou não anistia.

O juiz da execução deve “efetivar as disposições de sentença” (artigo 1º da LEP), em reconhecendo ele mesmo a reincidência, está inovando neste título, o que lhe é vedado.

Mas o STJ pretende criar um *suprajuiz*.

Explica-se. O próprio STF ou STJ, ou, ainda, qualquer tribunal, não poderia de ofício reconhecer a reincidência, caso estivessem julgando recursos exclusivos da defesa ou em que o Ministério Público, apesar de recorrer, não tenha levantado essa tese.



Ademais, transitada em julgado a sentença condenatória, não poderia o Ministério Público mover revisão criminal a fim de ver reconhecida a reincidência, eis que vedada a *reformatio in pejus*.

Mas o suprajuiz da execução pode.

E veja que interessante: o reconhecimento da reincidência por revisão criminal da sentença X seria considerada *reformatio in pejus*, mas o reconhecimento da mesma reincidência via juízo de execução, no cumprimento da mesmíssima sentença X, não.

Pergunta-se: onde fica a integridade e coerência do ordenamento jurídico?

Aliás, sob esta perspectiva argumentativa do STJ de que as “condições pessoais do paciente, da qual é exemplo a reincidência, devem ser observadas na execução da pena”, abriria espaço para que outras condições pessoais também possam ser avaliadas sob o mesmo fundamento. O juiz da execução poderia, independentemente do posicionamento do juiz da ação penal, que pode ter silenciado sobre o assunto, entender que a existência de processos em curso ou de inquéritos configuram maus antecedentes e negar a suspensão condicional da pena (artigo 77, II) ou ampliar o prazo para a obtenção do livramento condicional (artigo 83, I) ou, ainda, usá-los como parâmetro para fixar fração mais elevada de exacerbação no reconhecimento da continuidade delitiva, quando da junção das penas (artigo 71, parágrafo único, CP)[3].

O contrário — quando o juiz da ação penal se imiscui na parcela de competência do juiz da execução — também é deletério ao sistema de repartição de tarefas da individualização.

É o caso do juiz de primeiro grau que desborda de sua esfera de poder para se substituir ao juiz da execução, promovendo a unificação das penas, a dispensa da completa reparação dos danos e a fixação de tempo menor do que a lei determina como condições para a progressão de regime[4].

Em verdade, a afronta ao sentido e à importância do instituto do trânsito em julgado grassa em todo o Judiciário, iniciando pelo próprio STF, guardião da Constituição e, por conseguinte, da garantia do respeito à coisa julgada, que empresta efeitos que lhes são próprios quando este ainda sequer se aperfeiçoou, vide HC 126.292 e a famigerada execução provisória da pena, debatida em alguns importantes artigos[5].

A partir destes parâmetros, não há se falar mais em sentença transitada em julgado, mas em sentença *drive thru*, aquela a que ainda podem ser aportados novos elementos indefinidamente, à medida que vai circulando pelo imenso pátio do processo *fast food*[6].

[1] DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito penal português: as consequências jurídicas do crime**. Coimbra: Coimbra, 2005, p. 193.

[2] STF, Habeas Corpus 113.334, red. min. Dias Toffoli. 26/11/2013.

[3] STF HC 81. 134.

[4] 13ª Vara Federal de Curitiba, sentença da Ação Penal 5046512-94.2016.4.04.7000, julgada em 12 de



julho de 2017, juiz Sérgio Fernando Moro.

[5] Bheron Rocha e Rômulo de Andrade: <https://emporiododireito.com.br/leitura/supremo-de-guardiao-a-carcereiro-da-constituicao>. Bruno Torrano: <https://www.conjur.com.br/2016-mar-08/bruno-torrano-stf-nao-fez-leitura-honesta-cf-antecipar-pena>. Mais recentemente, Lenio Luiz Streck: <https://www.conjur.com.br/2019-abr-04/senso-incomum-presuncao-ainda-estivesse-certo-barroso-estaria-errado>.

[6] No ponto, importante a leitura de Alexandre Moraes da Rosa: <https://www.conjur.com.br/2013-out-19/diario-classe-mcdonaldizacao-processo-penal-analfabetos-funcionais>.

**Date Created**

11/04/2019