

- de Direitos Humanos e sua aplicação no tribunal do júri. *Revista de Direito da Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro*, DPGE-RJ, v. 26. n. 27, p. 191-214, dez. 2017.
- (7) ROCHA, Amélia Soares da. *Defensoria pública: fundamentos, organização e funcionamento*. São Paulo: Atlas, 2013. p. 40-44.
- (8) A Resolução AG/RES. 2656 (XLI-0/11) consagrou-se como o primeiro documento normativo específico sobre o acesso à Justiça no âmbito da OEA. O tema vem sendo reafirmado no âmbito assemblear da OEA anualmente: Resolução AG/RES. 2656 (XLI-0/11), Resolução AG/RES. 2714 (XLII-0/12), Resolução AG/RES. 2801 (XLIII-0/13), Resolução AG/RES. 2821 (XLIV-0/14), Resolução AG/RES. 2887 (XLVI-0/16), Resolução AG/RES. 5580 (XLVII-0/17), Resolução AG/RES. 2928 (XLVIII-0/18).
- (9) CorteIDH. Caso Ruano Torres vs. El Salvador. Mérito, Reparações e Custas. Série C n. 303, 2015, par.158.
- (10) Original em espanhol: “*La defensa penal efectiva requiere que una persona sospechosa o acusada sea capaz de participar en los procesos que le conciernan, entienda lo que se le dice y que otros la entiendan, reciba información relativa al supuesto delito o la supuesta acusación, sea informada sobre las razones de las decisiones que se toman, tenga acceso a la carpeta del caso o a las pruebas, disponga de tiempo y recursos que le permitan responder a las acusaciones y prepararse para el juicio, sea capaz de presentar información y pruebas a su favor, sea tratada de tal forma que no se le ponga en situación de desventaja y pueda apelar las decisiones relevantes que se tomen en contra de sus intereses.*”. BINDER, Alberto M; CAPE, Ed; NAMORADZE, Zaza. *Defensa penal efectiva en América Latina*. Colombia: Ediciones Antropos Ltda., jun. 2015. p. 9.
- (11) CorteIDH. Caso Cabrera García y Montiel Flores. Mérito, Reparações e Custas. Série C n. 220, 2010, par.154.
- (12) CorteIDH. Caso Ruano Torres vs. El Salvador. Mérito, Reparações e Custas. Série C n. 303, 2015, par.153.
- (13) CorteIDH. Caso Ruano Torres vs. El Salvador. Mérito, Reparações e Custas. Série C n. 303, 2015, par.163.
- (14) CorteIDH. Caso Ruano Torres vs. El Salvador. Mérito, Reparações e Custas. Série C n. 303, 2015, par.163.
- (15) No caso do Brasil, por exemplo, isso é percebido pelo número reduzido e proporcionalmente desigual de defensores públicos estaduais (6.013em comparação com o número de juizes estaduais (cerca de 11.807) e promotores estaduais (10.874).
- (16) CorteIDH. Caso Ruano Torres vs. El Salvador. Mérito, Reparações e Custas. Série C n. 303, 2015, par.157. Ver também: CorteIDH. Caso Cabrera García y Montiel Flores. Mérito, Reparações e Custas. Série C n. 220, 2010, par.155.
- (17) SILVA, Franklyn Roger; ESTEVES, Diogo. A responsabilidade internacional pelas deficiências da Defensoria. *Conjur*, 18 set. 2018. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-set-18/responsabilidade-internacional-pelas-deficiencias-defensoria>>. Acesso em: 14 jun. 2019.
- (18) COSTA, Renata Tavares da. Os direitos humanos como limite ético na defesa dos acusados de feminicídio no tribunal do júri. In: CONGRESSO NACIONAL DE DEFENSORES PÚBLICOS, XII, 2015, Paraná. *Livro de teses e práticas exitosas: Defensoria como metagarantia: transformando promessas constitucionais em efetividade*. Paraná: 04-07 Nov. 2015, p. 201-208. Disponível em: <[https://www.anadep.org.br/wtksite/XII\\_CONADEP\\_P\\_GINA\\_DUPLA.pdf](https://www.anadep.org.br/wtksite/XII_CONADEP_P_GINA_DUPLA.pdf)>. Acesso em: 13 jun. 2019.
- (19) Original em espanhol: “*comenzar a discutir su permanente ampliación, con base en una aplicación progresiva de los derechos humanos es, sin duda, una de las grandes tareas que tenemos por delante.*” BINDER, Alberto M; CAPE, Ed; NAMORADZE, Zaza. *Defensa penal efectiva en América Latina*. Colombia: Ediciones Antropos Ltda., jun. 2015. p. 95.

**Rivana Barreto Ricarte de Oliveira**

Doutora em Direitos Humanos pela USP.

Defensora Pública do Estado do Acre – atualmente exerce o mandato de Defensora Pública Interamericana.

[rivanaricarte@gmail.com](mailto:rivanaricarte@gmail.com)

## JURISPRUDÊNCIA ANOTADA

# Superior Tribunal de Justiça

**Agravo regimental em habeas corpus indeferido liminarmente. Execução penal. Reincidência não considerada na sentença. Possibilidade de reconhecimento pelo juízo da execução. Não ocorrência de afronta à coisa julgada. Inexistência de reformatio in pejus. Acórdão do tribunal estadual em consonância com precedentes da sexta turma. Inevitância de constrangimento ilegal.**

1. A Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça entende que, em se tratando de sentença penal condenatória, o juízo da execução deve se ater ao teor do referido decisum, 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. Todavia, as condições pessoais do paciente, da qual é exemplo a reincidência, devem ser observadas pelo juízo da execução para concessão de benefícios (progressão de regime, livramento condicional etc). Com efeito, “a individualização da pena no processo de conhecimento visa aferir e quantificar a culpa exteriorizada no fato passado. A individualização no processo de execução visa propiciar oportunidade para o livre desenvolvimento presente e efetivar a mínima dessocialização possível. Daí caber à autoridade judicial adequar a pena às condições pessoais do sentenciado” [...]. Não prospera, nessa perspectiva, o argumento de que a consideração da reincidência, apenas na fase de execução penal, revelaria o inaceitável reformatio in pejus, tendo em vista que não há falar em agravamento da reprimenda, mas apenas em individualização da pena, que na esfera de competência do juízo da execução se relaciona com institutos próprios (progressão de regime, livramento condicional etc) - (Ag.Rg. no REsp n. 1.642.746/ES, Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta

Turma, DJe 14/8/2017). 2. As condições pessoais do paciente, da qual é exemplo a reincidência, devem ser observadas na execução da pena, independente de tal condição ter sido considerada na sentença condenatória, eis que também é atribuição do juízo da execução individualizar a pena (AgRg no HC n. 385.043/ES, de minha relatoria, Sexta Turma, DJe 21/11/2017). 3. Em outras palavras, esta Corte já manifestou o entendimento de que, em caso de duas ou mais execuções penais, a reincidência do apenado deve ser levada em consideração, depois da unificação das penas, para a análise dos benefícios executórios, ainda que a sentença seja omissa nesse ponto. 3. Não cabe ao Juiz da Execução rever a pena e o regime aplicados no título judicial a cumprir. Contudo, é de sua competência realizar o somatório das condenações (unificação das penas), analisar a natureza dos crimes (hediondo ou a ele equiparados) e a circunstância pessoal do reeducando (primariedade ou reincidência) para fins de fruição de benefícios da LEP (AgRg no AREsp n. 1.237.581/MS, Ministro Rogério Schietti Cruz, Sexta Turma, DJe 1º/8/2018). 4. Nessa perspectiva, inexistente constrangimento ilegal a ser reparado por meio de habeas corpus, se, como na espécie, o Tribunal estadual decidiu nos termos da jurisprudência desta Corte, afirmando que a não incidência da reincidência na fase de conhecimento não impede o reconhecimento dos seus efeitos na fase executória; não havendo falar em ofensa aos limites da coisa, julgada ou ao princípio da non reformatio in pejus. 5. Agravo regimental improvido. (STJ – 6.ª T. – Ag.Rg. HC 451.341/ES – rel. **Sebastião Reis Júnior** – j. 06.12.2018 – public. 01.02.2019 – **Cadastro IBCCRIM 6059**)

Anotação

## Comentários ao ven. acórdão do Ag.Rg. no Habeas Corpus 451.341/ES

Éric Lavoura

### 1 Introdução

Este artigo objetiva analisar a matéria de fundo tratada no Agravo Regimental em *Habeas Corpus* 451.341/ES (2018/0122268-3), do Superior Tribunal de Justiça, da Relatoria do Ministro Sebastião Reis Júnior, cuja ementa é:

“AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS INDEFERIDO LIMINARMENTE. EXECUÇÃO PENAL. REINCIDÊNCIA NÃO CONSIDERADA NA SENTENÇA. POSSIBILIDADE DE RECONHECIMENTO PELO JUÍZO DA EXECUÇÃO. NÃO OCORRÊNCIA DE AFRONTA À COISA JULGADA. INEXISTÊNCIA DE REFORMATIO IN PEJUS. ACÓRDÃO DO TRIBUNAL ESTADUAL EM CONSONÂNCIA COM PRECEDENTES DA SEXTA TURMA. INEVIDÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL”.<sup>(1)</sup>

Suscitou-se, em essência, a seguinte questão: *poderia o juízo da execução, quando da análise de benefícios pertinentes àquela fase, considerar a circunstância pessoal da reincidência, mesmo quando não reconhecida pelo juízo de conhecimento ao tempo da prolação da sentença condenatória (ora irrecorrível), sem importar reformatio in pejus?*

A resposta passará por três assuntos principais: (a) o complexo processo de individualização da pena; (b) a fase de cognição judicial e a formação da coisa julgada penal (especialmente quanto à sentença condenatória); e, (c) a execução penal e o acórdão-paradigma.

### 2 O complexo processo de individualização da pena

A Carta Republicana de 1988, seguindo tradição inaugurada pela Constituição de 1946,<sup>(2)</sup> consagrou, na categoria dos *direitos e garantias individuais*, a *individualização da pena* (artigo 5º, inciso XLVI).

Cumprindo tal comando, e no desempenho de competência legislativa privativa (artigo 22, inciso I, CR/88), o legislador federal elaborou o Código Penal, instituindo ali um complexo sistema de individualização das penas, prevenindo:

(a) na *Parte Geral do Código Penal*, a forma de cálculo da reprimenda a ser adotada pelo julgador (e, em se tratando de sanção privativa de liberdade, os regimes prisionais representativos da intensidade da restrição ambulatorial); e,

(b) na *Parte Especial*, juntamente às condutas tipificadas, a modalidade de sanção cabível, com limites de apenação mínimo e máximo (*preceito secundário da norma penal incriminatória*).

**Roberto Lyra**<sup>(3)</sup> anota que a atuação dos magistrados ao tempo da Revolução Francesa permitiu que o arbítrio da fria e inflexível norma legal (com sanções fixas, invariáveis e, assim, definidoras da pior das iniquidades), então vigente, fosse temperado, humanizado, mediante considerações a respeito da vida e da personalidade de cada homem.

Salienta que *três etapas de individualização da pena*

passaram a ser vislumbradas: (a) a *legislativa*; (b) a *judicial*; e, (c) a *administrativa/executória* (sob prévio controle judicial).

O mesmo doutrinador<sup>(4)</sup> explica que o Código Penal de 1940, inovando quanto às experiências imperial e republicana anteriores, instituiu um *regime de cominação relativamente determinada*, estabelecendo limites de *quantidade e qualidade*<sup>(5)</sup> entre os quais o juiz poderia operar.

Também nos *Comentários ao Código Penal de 1940*, **Nelson Hungria**<sup>(6)</sup> já observava que o sistema daquele *Codex* pretendia superar as mazelas do vetusto Talião<sup>(7)</sup> e dos modelos das Escolas Clássica<sup>(8)</sup> e Positiva,<sup>(9)</sup> criando um arbítrio judicial temperado, limitado, controlado, para ensejar a adequação da punição ao crime e à personalidade do criminoso. Proscrescia-se o arbítrio puro do juiz ou do legislador, permitindo-se a aplicação da justiça ao caso concreto.

A *Reforma da Parte Geral do Código Penal*, empreendida pela Lei 7.209, de 11 de julho de 1984, como denotam os itens 49 a 61 de sua Exposição de Motivos (de nº 211, de 9 de maio de 1983), buscou aprimorar o inovador sistema de 1940 – sem, contudo, alterar-lhe os alicerces.<sup>(10)</sup>

Melhor especificando o procedimento da dosimetria das penas, consagrou o *sistema trifásico* (artigo 68), deixando claro, no que importa ao presente estudo, que a análise dos *antecedentes* do condenado pertenceria à *primeira fase* do cálculo da sanção (artigo 59, 2ª figura); e o exame da *reincidência*, na qualidade de circunstância agravante genérica (artigo 61, inciso I), à *segunda fase*.

### 3 A fase de cognição judicial e a formação da coisa julgada penal (especialmente quanto à sentença condenatória)

A *segunda etapa da individualização da pena* está a cargo do julgador.

No evoluir da História, a entidade coordenadora da vida em coletividade (atualmente denominada *Estado*) passou a concentrar em si a *jurisdição*, poder de julgar os conflitos havidos por socialmente relevantes.<sup>(11)</sup>

Esta *jurisdição*, no âmbito processual penal atual, *será* prestada após o regular exercício da ação penal (pública ou privada), por meio de um procedimento legalmente instituído, em que se colherão elementos informativos com a participação tanto do agente social provocador (acusador) quanto daquele que foi referido na peça de provocação (acusado, acompanhado de seu defensor), ao cabo do qual o julgador externará um provimento, denominado *sentença*.<sup>(12)</sup>

#### 3.1 Do dispositivo da sentença penal e sua complexidade

A sentença criminal, a seu turno, vê-se composta por *três* elementos lógico-formais:

(1) *relatório*: narrativa da questão penal trazida à resolução do Estado-jurisdição; nele, o juiz evidencia, às partes e à coletividade, ter domínio da causa penal, que está madura para ser decidida; (2) *motivação* (ou *fundamentação*): exame crítico dos fatos envolvidos e da parte do ordenamento jurídico que ostenta relevo à resolução da questão (penal ou processual penal), expondo seus raciocínios e conclusões, construídos com lastro nas provas colhidas ao longo da dialética processual e mediante a análise das regras jurídicas aplicáveis;<sup>(13)</sup> e, (3) *dispositivo* (ou *decisório*): síntese das conclusões extraídas quando desse referido exame, contendo o substrato das decisões tomadas e os efeitos a serem produzidos.

Afeiçoa-se correta, assim, a constatação de **Fernanda Gomes Camacho**<sup>(14)</sup> de que o dispositivo da sentença penal, diversamente de seu correlato civil, encerrará um *duplo conteúdo*: (a) *conteúdo primário* ou *declaratório*: declarará, sem tecer qualquer juízo valorativo, os termos, objetivos e subjetivos, em que se deu a conduta rotulada, na imputação penal, como típica, antijurídica e culpável;<sup>(15)</sup> e, (b) *conteúdo secundário*: imporá ao suposto praticante da conduta uma consequência jurídico-penal, que poderá ser, respectivamente: (b.1) sua *absolvição* (*conteúdo secundário absolutório*); ou, (b.2) sua *condenação*, com a especificação sancionatória (*conteúdo secundário sancionatório*).

Essa especificação, por força do artigo 68 do Código Penal, será feita conforme o *sistema trifásico de dosimetria das sanções penais*.

A primeira fase (*fixação da pena base*) será orientada pelo artigo 59 do Código Penal. Tal dispositivo arrola determinadas circunstâncias fáticas que deverão ser analisadas pelo juiz quando do estabelecimento da sanção-referência de seu raciocínio quantitativo penal – a oscilar dentro dos limites penais mínimo e máximo abstratamente cominados no *preceito secundário da norma incriminatória*. Dentre estas, estão os *maus antecedentes*.

Definida a *pena base*, parte-se para o exame de *circunstâncias atenuantes ou agravantes* – genericamente previstas no Código Penal (respectivamente, nos seus artigos 65 a 67; e 61 e 62) e, especificamente cominadas, na legislação especial (como, por exemplo, as agravantes contidas no artigo 15 da Lei 9.605/98, e as atenuantes do artigo 14 do mesmo texto normativo). Desponta, dentre as agravantes, a *reincidência* (artigo 61, inciso I, do Código Penal).

No terceiro instante da dosimetria, incidem as *causas de aumento ou diminuição de pena*, as quais, em regra, foram instituídas juntamente com os tipos penais ou, ainda, no final dos capítulos em que estes estão inseridos.

Entretanto, na Parte Geral do Código Penal também estão descritas *causas gerais* de aumento e diminuição de reprimendas, como as derivadas do concurso formal,<sup>(16)</sup> do crime continuado<sup>(17)</sup> e da tentativa.<sup>(18)</sup>

Atingido o montante final das penas e atento às circunstâncias em que se praticou a conduta, caberá ao magistrado *definir o regime prisional* a ser aplicado,<sup>(19)</sup> a *possibilidade de concessão do sursis*<sup>(20)</sup> ou de *substituição da sanção privativa de liberdade por outra(s) restritiva(s) de direitos ou por multa*.<sup>(21)</sup>

Essa *dualidade de conteúdo do dispositivo da sentença penal* (conteúdo primário + conteúdo secundário) encontra-se em *estrita correlação* com a própria complexidade do *objeto da atividade processual penal* (imputação + consequências jurídico-penais).

É, pois, no *dispositivo penal* que se encontra a equalização do *objeto processual* promovida pelo exercício do poder jurisdicional, bem como é dali que irradiará a eficácia do *ato decisório penal de mérito* (a ser acobertada pela *coisa julgada penal*).

### 3.2 Da coisa julgada penal: origem da ideia, modalidades, funções e limites

No final no século XIX, **Pietro Cogliolo**<sup>(22)</sup> já advertia que, no princípio de toda sociedade humana viável, existe a inexorável necessidade de uma *noção* de coisa julgada – compreendida como *certeza e estabilidade do Direito*, precedendo o próprio surgimento do instituto e de toda a sua teoria.

Na tradição do direito continental, o instituto da coisa julgada remonta a Roma Antiga.

**Pietro Cogliolo**<sup>(23)</sup> fala da existência de uma suposta *Lex Antigua*, obstativa de segunda persecução em juízo da mesma ação, que teria dado azo até mesmo a uma expressão popular corriqueira na vida romana (*actum agam* – um agir em vão, inútil), usada anteriormente à “Lei das XII Tábuas”.

**Arturo Rocco**<sup>(24)</sup> afirma que a maioria dos cultores clássicos entende ser tal diploma legal o primeiro a expressamente consagrar a regra da coisa julgada (*ne bis in idem*). E apenas para *proteção do procedimento* quanto a futuras tentativas de infirmação de suas manifestações decisórias, ocasionadas por desavisadas ou maliciosas repropósitos do caso à cognição.

Apenas em data recente, com o desenvolvimento da *Teoria dos Direitos Humanos* e do *Direito Internacional*,<sup>(25)</sup> passou a receber um significado também de *garantia à pessoa acusada*, impedindo sua submissão a novo julgamento pelo mesmo fato por que já tenha sido processado pelo Estado-jurisdição.

Na contemporaneidade, a *coisa julgada penal* encontra duas principais acepções: *formal* e *material*.

Por *coisa julgada penal formal* entende-se a qualidade que adere à decisão judicial meritória, quando cessadas as vias de impugnação (por seu não uso ou pelo exaurimento), de modo a garantir que não poderá mais ser modificado dentro do procedimento no qual foi exarada.<sup>(26)</sup>

No caso da *sentença penal condenatória*, tal qual no acórdão-paradigma, a *coisa julgada penal formal* servirá como: (1) *marco de cessação do estado de inocência do acusado* (a partir dela, torna-se *culpado*);<sup>(27)</sup> (2) *estabilizador da sentença condenatória dentro do procedimento*; (3) *base para o surgimento do título executivo judicial (definitivo)*, elemento-chave para a *terceira etapa da individualização da pena* (tema do tópico “4” deste estudo); e, (4) *elementar do conceito (normativo) de reincidência* (artigo 63 do Código Penal).

Já a *coisa julgada penal material* consiste na qualidade de imutabilidade do *dispositivo* da sentença penal, que, ao reforçar-lhe a estabilidade, impede que o fato ali elucidado seja alçado à condição de objeto de persecução penal posterior.<sup>(28)</sup>

Formada a *coisa julgada penal material*, passam a operar suas *funções*: (a) *negativa* (ou *ne bis in idem*): a genuína *objeção de coisa julgada*,<sup>(29)</sup> estatuída nos artigos 95, inciso V, c.c. 110, ambos do Código de Processo Penal. Não mais se poderá exercer jurisdição penal quanto àquele *mesmo acusado* (*eadem reo*) em relação ao *mesmo fato irrogado* na peça acusatória formal anterior (*eadem facto*). Em termos mais simples: *veda-se a reapresentação judicial da mesma imputação* (*eadem imputatio*).<sup>(30)</sup> (b) *positiva*: obrigação do julgador de um processo futuro uniformizar-se ao conteúdo afirmado em decisão de mérito precedente não recorrida.

Vislumbra-se sua ocorrência quanto à *interrelação entre os juízos criminal e cível*, disciplinada pelos artigos 63 e seguintes do Código de Processo Penal.

### 3.3 Da formação da coisa julgada penal sobre a sentença penal condenatória

A *coisa julgada penal material*, ao incidir sobre o *dispositivo*, estabiliza a resposta estatal ali contida e, em se tratando de sentença condenatória (como a versada na espécie): (a) define, vez por todas, o enunciado do fato penalmente relevante, em todas as suas circunstâncias; e, (b) torna certas e exequíveis as

sanções aplicadas ao culpado, delimitando o exercício do poder-dever de punir do Estado (na posterior execução penal).

Quando considerada apenas a *dimensão fato declarado*<sup>(31)</sup>-*sanção aplicada* constante do dispositivo, devidamente transitada em julgado, tem-se a concretização do que doutrinariamente se costuma denominar *limites objetivos da coisa julgada penal*.<sup>(32)</sup>

Mister anotar, nesse particular, que esses *limites objetivos* veem-se protegidos pela *objeção de coisa julgada penal* (artigo 110, § 2º, do Código de Processo Penal) e, ainda, serão referência para a etapa executória.

Por força da proteção do *ne bis in idem*, caso algum elemento da infração penal, por falha da investigação criminal ou do acusador, não tenha sido incorporado ao objeto processual penal já resolvido por ato decisório de mérito transitado em julgado (isto é, ultrapassado o rito do artigo 384 do Código de Processo Penal), não será possível a posterior persecução penal da particularidade faltante, com viés punitivo (e reflexo quantitativo ou qualitativo na pena).

Entretanto, essa imutabilidade formada em torno do *complexo conteúdo do decisório penal condenatório*, diferentemente do que acontece com a sentença extrapenal, nunca terá grau absoluto, basicamente por três fenômenos: (1) a *potencial superveniência de lei penal mais benéfica* (ocasionando *abolitio criminis* ou *novatio legis in melius*), a qual sempre retroagirá para favorecer o condenado; (2) a *aplicação de institutos executórios penais* (tais como a anistia, a graça, o indulto, a comutação, a remição, a unificação de penas e a progressão de regime prisional), reveladores de que, na execução, avança-se no tempo *estimulando* o condenado a *reintegrar-se harmonicamente à sociedade*, uma vez cumprida a sanção que lhe foi imposta (tema do tópico “4”); e, (3) a propositura de *habeas corpus* e/ou revisão criminal, para correção de eventuais *errores in procedendo* (vícios do rito) ou *in iudicando* (erros que podem estar situados no *conteúdo primário* ou *secundário* do decisório da sentença irrecorrível).

Assim, no plano axiológico, os valores *segurança e certeza do Direito* (estruturantes da coisa julgada e de sua imutabilidade) cedem ante a *justiça das decisões penais* e o *estímulo ao progresso na reintegração social na execução penal*.

#### 4 A execução penal e o acórdão-paradigma

Com lastro no conhecimento construído, a resposta à questão de fundo versada no acórdão-paradigma.

O *conteúdo secundário sancionatório da sentença penal condenatória*, após ser imunizado pela *coisa julgada penal*, libera a atuação punitiva estatal. Torna-se, assim, *justo título* para a execução penal, firmando a quantidade da pena a cumprir e o regime prisional a ser inicialmente observado.

Como bem destacara **Roberto Lyra**,<sup>(33)</sup> no Brasil, a coordenação e a gestão do sistema de cumprimento de penas (o intitulado *sistema carcerário*) estão a cargo do Poder Executivo, estadual ou federal. Entretanto, sempre sob controle judicial, quanto à estrutura e aos benefícios em vias de concessão ou meramente pretendidos.

Em cumprimento ao fundamento constitucional da preservação da dignidade da pessoa humana (artigo 1º, inciso III) e às garantias individuais da inexistência de sanções penais atentatórias a tal valor (de morte, cruéis, de caráter forçado, de banimento, de trabalho perpétuo) e de individualização da pena, a Lei 7.210, de 11 de julho de 1984, logo em seu artigo 1º, evidencia que a execução penal brasileira tem por finalidades: (1) *efetivar o conteúdo*

*sancionatório do dispositivo da sentença penal condenatória*; e, (2) *promover a harmônica reinserção do condenado e do internado (“impropriamente absolvido”) à vida social*.

Buscando a melhor efetivação desses objetivos, a Lei de Execução Penal, em seu artigo 5º,<sup>(34)</sup> fala na necessidade de individualização da execução penal de cada condenado, por meio de sua classificação a partir de seus antecedentes e personalidade.

Tal ordenação, a resultar em um *roteiro de cumprimento de penas*, é elaborada por uma Comissão Técnica de Classificação, de caráter multidisciplinar, a qual pode, para conclusão de seus trabalhos, realizar entrevistas, requisitar dados do condenado junto a órgãos públicos e, inclusive, ordenar diligências e exames, dentre os quais, os de classificação e o criminológico (este, obrigatório para apenados ao regime fechado; e facultativo aos sentenciados para regime semiaberto).

Ou seja: ao entrar no sistema carcerário, novamente investigam-se antecedentes e personalidade, de modo a melhor se planejar a “rota” do cumprimento de cada pena.

Essa disciplina legal desvela que a preocupação com a vida criminal progressiva do condenado – mote do questionamento versado no recurso ora objeto de comentário (centrado na reincidência existente, mas não reconhecida quando do apenamento) – *não tem pretensão alguma de alterar o título executivo penal*.

*Não se trata de cognição retrospectiva* (voltada a modificar/ infringir qualquer dos conteúdos do dispositivo da sentença já irrecorrível), como sucederia nas hipóteses de *reformatio in pejus* (para tornar mais gravosa a situação do condenado) ou *reformatio in melius* (para melhorar tal situação).

A pena concretizada na sentença, e apresentada à execução após o trânsito em julgado, *não será sobremaneira atingida*. Inidôneo, portanto, falar-se em *reformatio in pejus* ou, até, em violação ao *ne bis in idem*.

Trata-se, isso sim, de uma genuína *prolepse*, serviente a nova etapa de individualização da pena (a terceira): certificados o passado e a condição atual da pessoa sujeita à execução penal, o Legislador demandou que a tutela estatal melhor se projete a alcançar maior eficácia no objetivo de reintegração social, sempre observando a conduta pessoal do apenado.

Não se deslembre: a execução penal não tem por objetivo apenas a punição (cumprimento da pena imposta), mas também a reabsorção do condenado pelo tecido social.

A pergunta fundamental que se deve fazer (e que até hoje o Estado responde mal e, pior, a sociedade não cobra adequada melhora) é: de que modo se deseja o retorno à real liberdade de quem passou pelo sistema carcerário?

Todo benefício executório penal conta com *requisitos objetivos e subjetivos* específicos; assim, foi instituído, como pedra angular do sistema da execução penal brasileira, o conceito de *mérito* ou merecimento.

Ensina **Sérgio Marcos de Moraes Pitombo**<sup>(35)</sup> que mérito nada mais é do que “o *juízo objetivo*, que se ultima no processo de execução, do *proceder do condenado*; assim *valorando-o*, em base de *vários elementos*, postos em *relacionalidade*, e ostentado em *ato decisório motivado*”.

E a concretização do *mérito*, na execução, dá-se quando do cumprimento dos deveres (artigo 39), do respeito à disciplina dentro do estabelecimento prisional (artigo 44) e, ainda, pela adoção do comportamento compatível com o gozo dos benefícios da execução penal – tais como, o trabalho externo (artigos 36

a 37), as saídas temporárias (artigos 122 a 125), o livramento condicional (artigo 131), a progressão de regime (artigo 112), a anistia e o indulto (artigos 187 a 193). Nessa toada, qualquer crime cometido nesse *iter*, importando reincidência, interessa flagrantemente à execução das sanções, pois desvela *demérito* (ou desvalor de condição subjetiva) de seu autor.

Os benefícios executórios são, em seu âmago, mecanismos que, de modo direto na rotina do sentenciado, prestam-se a estimular, de *modo premial* (abreviação do cumprimento da pena), a constante adoção do comportamento legalmente rotulado, na Lei de Execução Penal e no Código Penal, como eticamente positivo.

Por isso, a resposta conferida no venerando acórdão do Superior Tribunal de Justiça – ao manter a r. decisão monocrática que indeferiu liminarmente a petição inicial do *Habeas Corpus* 451.341/ES, face a seu manifesto descabimento – mostra-se consentânea com o sistema de individualização da pena definido pelo Legislador, com o regime de coisa julgada penal tratado em nossa legislação processual penal e, ainda, com os princípios e normas regentes da execução penal brasileira.

## Notas

- (1) BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no *Habeas Corpus* nº 451.341/ES, da 6ª Turma, Brasília, DF, 6 de dezembro de 2018. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/>. Acesso em: 20.04.2019>.
- (2) Em seu artigo 141, § 29.  
Desde então, tal prática viu-se repetida na Constituição Federal de 1967 (artigo 150, § 13) e na Emenda Constitucional nº 1, de 17 de outubro de 1969 (artigo 153, § 13).
- (3) LYRA, Roberto. *Comentários ao código penal*: decreto nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Vol. II (Arts. 28 a 74). Rio de Janeiro: Forense, 1949. p. 158-160.
- (4) LYRA, *op. cit.*, p. 156-158.
- (5) Modalidade prisional a ser observada para aquele tipo penal. Os artigos 29 a 31 do Código Penal de 1940 esclareciam serem 2 (duas) as hipóteses: *reclusão* e *detenção*. O Decreto-lei 3.688, de 3 de outubro de 1941 (“Lei das Contravenções Penais”), criaria modalidade prisional mais branda: a *prisão simples* (artigo 5º, inciso I).
- (6) HUNGRIA, Néelson. *Comentários ao código penal*: decreto nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. v. I (arts. 1 a 27). Rio de Janeiro: Forense, 1949. p. 85-87.
- (7) Em que a reprimenda era preordenada e de aplicação invariável, sem qualquer consideração de proporcionalidade, independentemente do agente e da forma como o ilícito fosse praticado.  
Paradigma encontra-se no *Código de Hamurabi* (Babilônia, cerca de 1780 a.C.), podendo-se destacar, dentre outras, a seguinte norma: “*Se alguém enganar a outrem, difamando esta pessoa, e este outrem não puder provar, então que aquele que enganou deve ser condenado à morte*”.  
UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO. Biblioteca Virtual de Direitos Humanos. *Código de Hamurabi*. Disponível em: <<http://www.direitos-humanos.usp.br/index.php/Documentos-antigos-a-criação-da-Sociedade-das-Nações-até-1919/codigo-de-hamurabi.html>>. Acesso em: 23 abr. 2019.
- (8) Baseada no subjetivismo, a Escola Clássica tinha por foco o crime, não o criminoso (que, assim, permanecia imerso em um segundo plano de preocupações). À pena atribuía-se a direta conotação de castigo, como mera retribuição pelo mal concretizado na conduta proscrita praticada. HUNGRIA, *op. cit.*, p. 86.
- (9) Lastreada no objetivismo e tendo por norte o positivismo científico, a Escola Positiva compreendia a pena como medida de defesa social, não mais como retribuição do mal pelo mal. Nesse contexto, deveria ser calculada não conforme a gravidade da conduta praticada, mas segundo a temibilidade ou periculosidade do agente criminoso *in se*, apreciada por meio de sua constituição fisiopsicológica e do seu grau de inadaptabilidade à vida social. HUNGRIA, *op. cit.*, p. 85-86.
- (10) BRASIL. Câmara dos Deputados. *Exposição de Motivos nº 211, de 9 de maio de 1983* (Reforma da Parte Geral do Código Penal). Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1940-1949/decreto-lei-2848-7-dezembro-1940-412868-exposicao-demotivos-148972-pe.html>>. Acesso em: 25 abr. 2019.
- (11) Em nosso livro (LAVOURA, Éric. *A coisa julgada penal e seus limites objetivos*. São Paulo: Atlas, 2013. p. 7-34), há uma análise crítica da formação do Poder e do Direito, com ênfase na consolidação do sistema de justiça pública em Roma Antiga.
- (12) Maiores informações sobre o sistema decisório penal serão encontradas em nosso artigo: As decisões processuais penais: análise crítica do sistema atual e tendências da legislação projetada. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 19, n. 90, p. 245-287, mai./jun. 2011.
- (13) A recente edição do Decreto Federal 9.830, de 10 de junho de 2019, ao regulamentar o disposto nos artigos 20 a 30 do Decreto-Lei 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução às normas do Direito brasileiro), trouxe relevantes regras para a motivação das decisões judiciais (artigos 2º a 6º).
- (14) CAMACHO, Fernanda Gomes. *Mutabilidade da sentença penal condenatória: unificação e soma de penas*. 2002. 232f. Dissertação (Mestrado em Direito Processual Penal) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo. p. 44-48.
- (15) Fernanda Gomes Camacho (*op. cit.*, p. 54-55) observa que, nas sentenças penais, tradicionalmente não se confere destaque à reconstrução fática que integra o *conteúdo declaratório do dispositivo*, diferentemente do que ocorre com o *conteúdo sancionatório*. Ao revés, fica relegada a expressões como “condeno” ou “julgo procedente a ação penal para o fim de condenar”.  
Por isso, escreve (p. 55): “[...] muitas vezes [o conteúdo declaratório do dispositivo da sentença] é confundido com a motivação da sentença”.
- (16) Na modalidade concurso formal *perfeito*, ensejará o aumento na pena do crime mais grave de 1/6 (um sexto) à 1/2 (metade) (artigo 70, primeira parte, do Código Penal).
- (17) Na sua espécie simples, acarretará o acréscimo de 1/3 (um terço) a 2/3 (dois terços) à pena do crime mais grave (se idênticas as penas dos ilícitos cometidos em continuidade, qualquer uma delas servirá de referência – artigo 71, *caput*, do Código Penal).
- (18) Redução das penas de 1/3 (um terço) a 2/3 (dois terços), conforme a parcela do *iter criminis* percorrida pelo agente (artigo 14, inciso II e parágrafo único, do Código Penal).
- (19) Artigo 33 do Código Penal.
- (20) Artigos 77 a 80 do Código Penal.
- (21) Modalidades de sanções não prisionais previstas nos artigos 44 a 52 do Código Penal.
- (22) COGLIOLO, Pietro. *Trattato teorico e pratico della eccezione di cosa giudicata secondo il diritto romano e il codice civile italiano*. Torino: Fratelli Bocca, 1883. p. 1-4.
- (23) COGLIOLO, *op. cit.*, p. 4.
- (24) ROCCO, Arturo. Trattato dela cosa giudicata come causa di estinzione dell’azione penale. In: ROCCO, Arturo. *Opere giuridiche*. v. II. Roma: Società Editrice del “Foro Italiano”, 1932. p. 43-45.
- (25) No que importa ao Direito brasileiro, pelo artigo 8º, n. 12, da Convenção Americana de Direitos Humanos (OEA) e pelo artigo 14, n. 7, do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (ONU).
- (26) LAVOURA, *op. cit.*, p. 196-199.  
Da obra conjunta da própria Ada Pellegrini Grinover com Antônio Carlos de Araújo Cintra e Cândido Rangel Dinamarco (*Teoria geral do processo*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 305-306), tem-se que a preclusão é o antecedente lógico da coisa julgada formal.
- (27) Vide artigo 5º, inciso LVII, da Constituição da República.
- (28) LAVOURA, *op. cit.*, p.199-211.
- (29) Não se trata de mera exceção.  
Uma vez que os interesses jurídicos tratados no procedimento penal são objetivos e públicos (e não subjetivos e individuais), toda circunstância capaz de obstar a atividade processual penal ostentará relevância pública e, assim, poderá ser reconhecida independentemente de provocação das partes.  
Hélio Bastos Tornaghi (*Instituições de processo penal*. v. 1. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1977. p. 430), ao invés de valer-se do termo *objeção processual*, prefere a expressão *impedimentos processuais* ao versar sobre qualquer das hipóteses arroladas no artigo 95 do Código de Processo Penal de 1941, reconhecendo-lhes a aptidão do reconhecimento de ofício.
- (30) Considerações históricas e críticas acerca da construção da *Teoria da Tríplice Identidade* (ou dos Três “Eadem” - *eadem pars*, *eadem petitum* e *eadem causa petendi*), bem como sua completa superação no atual processo penal brasileiro, podem ser encontradas em: LAVOURA *op. cit.*, p. 141-144 e 212-213.
- (31) Por fato declarado (ou principal - como rege o artigo 110, § 2º, do Código de Processo Penal), deve-se compreender o evento naturalístico cuja autoria é imputada ao acusado, imerso em todas as suas circunstâncias, pouco importando se estas foram (ou não) deduzidas expressamente quando da formulação da peça acusatória.
- (32) Sobre *limites objetivos da coisa julgada penal*, ver: LAVOURA *op. cit.*, p. 252-256 e 257-308.
- (33) E explicado no item 2.
- (34) “Art. 5º Os condenados serão classificados, segundo os seus antecedentes e personalidade, para orientar a individualização da execução penal”.
- (35) PRTOMBO, Sérgio Marcos de Moraes. Conceito de mérito no andamento dos regimes prisionais. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, a. 5, n. 27, p. 149-158, jul./set. 1999. A citação ora realizada encontra-se lançada à p. 156.

Éric Lavoura  
Mestre em Direito Processual pela USP.  
Assistente Jurídico junto ao Órgão Especial e à Seção de  
Direito Privado (I) do TJSP.  
[eric@ericlavoura.com.br](mailto:eric@ericlavoura.com.br)