



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 422.606 - ES (2017/0280846-2)

RELATOR : MINISTRO RIBEIRO DANTAS
R.P/ACÓRDÃO : MINISTRO FELIX FISCHER
AGRAVANTE : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
AGRAVADO : DIEGO DE OLIVEIRA ALVES
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO

EMENTA

AGRAVO REGIMENTAL NO **HABEAS CORPUS**. EXECUÇÃO PENAL. RECONHECIMENTO DA REINCIDÊNCIA PELO JUÍZO DA EXECUÇÃO CRIMINAL. POSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO À COISA JULGADA. CIRCUNSTÂNCIA PESSOAL QUE INTERFERE NA EXECUÇÃO COMO UM TODO. CASO CONCRETO. REINCIDÊNCIA CONSIDERADA NA PRIMEIRA FASE DA DOSIMETRIA. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. RECURSO PROVIDO.

I - 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**.

II - A jurisprudência desta Corte Superior de Justiça assentou o entendimento de que *"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 1.237.581/MS, **Sexta Turma**, Rel. Min. **Rogério Schietti Cruz**, DJe 1º/8/2018).

III - **In casu**, afasta-se a configuração de constrangimento ilegal, ademais, porque a reincidência foi apontada no título executivo, porém aplicada na primeira fase da dosimetria, como maus antecedentes, de modo que, ainda com mais razão, deve refletir na execução penal. **Precedentes**.

Agravo regimental provido.

ACÓRDÃO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, prosseguindo no julgamento, por maioria, dar provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do Sr. Ministro Felix Fischer, que lavrará o acórdão.

Votaram com o Sr. Ministro Felix Fischer os Srs. Ministros Joel Ilan Paciornik e Jorge Mussi.

Votaram vencidos os Srs. Ministros Ribeiro Dantas e Reynaldo Soares da Fonseca.

Brasília (DF), 13 de dezembro de 2018 (Data do Julgamento)

Ministro Felix Fischer

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 422.606 - ES (2017/0280846-2)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
AGRAVANTE : **MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL**
AGRAVADO : **DIEGO DE OLIVEIRA ALVES**
ADVOGADO : **DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO**

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO RIBEIRO DANTAS (Relator):

Trata-se de Agravo Regimental interposto pelo **MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL** no *habeas corpus* impetrado em favor de DIEGO DE OLIVEIRA ALVES, contra decisão que não conheceu do *habeas corpus*, mas concedeu a ordem, de ofício, "para cassar o acórdão impugnado e determinar ao Juízo da Execução que retifique a guia de execução penal, com a exclusão de anotação de reincidência para as GEs 148050, 133590, 133980, 135521 e 128675 e reaprecie imediatamente o pedido de indulto, com base no Decreto n. 8.172/2013, exigindo do paciente o cumprimento de pena na fração de 1/6 (um sexto)". (e-STJ, fls. 66-72).

O agravante sustenta que "a declaração da reincidência do paciente não se deu nos autos da execução penal, senão na própria sentença condenatória, para extrair do fato as consequências jurídicas que entendeu adequadas ao caso, a saber, o aumento da pena-base, a título de maus antecedentes, ao invés da agravante prevista no art.61, I, do Código Penal" (e-STJ, fl. 77). Destaca ainda "é evidente que ao juízo da execução é vedado reconhecer a reincidência não apontada na ação penal condenatória, mas não é esse, insista-se, o ponto em discussão. O que se disse é que, se o fato jurídico conceituável como reincidência foi reconhecido no processo penal para determinado fim previsto em lei, sobre o qual teve o paciente o direito de defender-se, ele não pode ser posteriormente desconsiderado, apenas porque a sentença não o utilizou para um outro efeito que a lei também vincula a esse mesmo fato. Argumente-se, inclusive, que, sendo apenas uma a reincidência, sequer se admite a sua utilização para ambos os mencionados efeitos, sob pena de *bis in idem*" (e-STJ, fl. 77).

Requer, ao final, "seja o presente agravo regimental submetido ao Ministro Relator para o juízo de retratação ou, caso assim não entenda, à Egrégia Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, para a reforma da decisão agravada" (e-STJ, fls. 75-78).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 422.606 - ES (2017/0280846-2)

RELATOR : MINISTRO RIBEIRO DANTAS
AGRAVANTE : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
AGRAVADO : DIEGO DE OLIVEIRA ALVES
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO

EMENTA

AGRAVO REGIMENTAL NO *HABEAS CORPUS*. EXECUÇÃO PENAL. REINCIDÊNCIA NÃO EXPRESSAMENTE RECONHECIDA NO ÉDITO CONDENATÓRIO. JUÍZO DA EXECUÇÃO RECONHECE. VIOLAÇÃO À COISA JULGADA. *REFORMATIO IN PEJUS*. CORREÇÃO DE LACUNAS NO TÍTULO JUDICIAL. ÔNUS DA ACUSAÇÃO E ANTES DO TRÂNSITO EM JULGADO. CORREÇÃO EM FASE DE EXECUÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. AGRAVO DESPROVIDO.

1. A jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça é cediça no sentido de que a reincidência não expressamente reconhecida na sentença condenatória não pode ser proclamada pelo juiz da execução, ainda que com a justificativa de corrigir erro material, sob pena de violação à coisa julgada e ao princípio da *non reformatio in pejus*.

2. A diligência para correção tempestiva de lacunas relevantes no título judicial é ônus da acusação, com o emprego dos meios de impugnação cabíveis e antes do trânsito em julgado da condenação. Não pode ser alterado em fase de execução, quando agravar a situação do apenado, ainda que - como foi dito acima - a pretexto de correção de erro material ou nulidade absoluta.

3. No caso, reconhecendo-se condenação transitada em julgado como circunstância judicial desfavorável, e não agravante, não pode tal fato ser corrigido pelo juiz da execução a título de erro material, sob pena de violação à coisa julgada e ao princípio da *non reformatio in pejus*, motivo pelo qual deve ser aplicado o entendimento mais favorável ao sentenciado e excluída a anotação de reincidência criminal de sua guia de execução penal.

4. Agravo regimental não provido.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO RIBEIRO DANTAS (Relator):

Não obstante os argumentos expendidos pelo agravante, estes não têm o condão de infirmar os fundamentos insertos na decisão agravada.

Consoante anteriormente decidido, constatou-se o flagrante constrangimento ilegal no agravamento da situação do paciente em violação à coisa julgada, impondo-se então a concessão da ordem, de ofício.

Inicialmente, cumpre destacar que no caso, o pedido de indulto da pena está fundamentado no Decreto n. 8.172/2013, que assim dispõe, no que interessa:

"Art. 1º Concede-se o indulto coletivo às pessoas, nacionais e estrangeiras:
[...]

XVI - condenadas por crime contra o patrimônio cometido sem grave ameaça ou violência à pessoa, desde que tenham cumprido um sexto da pena, se não reincidente, ou um quarto, se reincidente, e reparado o dano até 25 de dezembro de 2013, salvo inoccorrência de dano ou incapacidade econômica de repará-lo;
[...]"

O Juízo da 2ª Vara Criminal – Execuções Penais da Comarca de Viana/ES indeferiu o pleito de indulto, com base no Decreto n. 8.172/2013, por ausência de requisito objetivo.

Eis o teor do *decisum*:

"[...]

Assim, quando o Juiz da Execução verificar que, ao analisar a circunstância judicial dos antecedentes, o juízo da condenação considerou que o acusado possui maus antecedentes, e for possível verificar, através das diversas guias de execução, que tramitam em desfavor do réu ou outro documento juntado aos autos, que o mesmo é reincidente, conforme entendimento jurisprudencial, terá a progressão dificultada, senão vejamos:

[...]

Assim, em razão da reincidência reconhecida, deve o resumo ser modificado.

DO INDULTO

[...]

Verifica-se que, mesmo que ficasse comprovada a impossibilidade do reeducando em reparar o dano, o mesmo não preenche o requisito objetivo, pois vejamos:

Total das penas: 21 A 4M

1/4 da pena (reincidente): 5 A 4M

Pena cumprida até 25/12/2013: 2A 8M 27D

Desta feita, constata-se que não estão satisfeitos os requisitos exigidos pelo supracitado dispositivo legal, vez que o reeducando não cumpriu o requisito temporal necessário à concessão do indulto.

[...]" (e-STJ, fls. 14-15).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

O Tribunal de origem, por sua vez, ratificou a decisão de primeiro grau, pelos seguintes fundamentos:

"[...]

Em suas razões recursais, às fls. 02/07, aduz o recorrente, em síntese, que a reincidência não pode ser matéria abordada pelo Juízo da Execução, pleiteando assim, que seja a decisão modificada para determinar a incidência da fração de 1/6, e a consequente concessão do indulto.

Compulsando os autos, constato que o agravado, quando de sua condenação nas ações penais, referentes às GE's nº 148050, 133590, 133980, 135521 e 128675, já possuía condenação penal transitada em julgado.

Pois bem, inicio por destacar que, de fato, o agravado é comprovadamente reincidente, sendo que não há na legislação de regência norma jurídica que exija que a reincidência tenha sido atestada em sentença, nem proibição expressa do reconhecimento do aludido fato decorrer da execução da pena. Sucede, no entanto, que a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é no sentido de que o 'Decreto condenatório transitado em julgado não pode ser alterado pelo juízo da execução, à título de ocorrência de erro material, para reconhecimento de reincidência não verificada no título executivo' (STJ, HC 267.656/GO, Min. Moura Ribeiro, 07/03/2014), posicionamento que vem sendo seguido por este E. Tribunal de Justiça (TJES, AgrExP 100140046143, Des. Sérgio Luiz Teixeira Gama, 26/01/2015) e diversas Cortes do país (cito, como exemplo, TJDF, 20140020061545RAG, Des. Souza e Avila, 29/04/2014 e TJMG, AgExP 1.0231.07.085905-4/002; Re1. Des. Nelson Missias de Moraes, 19/02/2015).

No caso em apreço, verifico situação diferente, pois, ainda que a reincidência não tenha agravado a pena, foi considerada na fixação das circunstâncias judiciais.

Nas sentenças condenatórias de fls. 46/117, foram consideradas as reincidências pelos Juízes ao analisarem as operadoras do artigo 59 do Código Penal no julgamento da ação penal. Os magistrados 'a quo' são textuais nesse ponto, ao consignarem que o réu tem 'antecedentes criminais maculados'.

Assim, embora na forma dos artigos 63 e 64 do Código Penal, a condenação anterior fosse apta a atrair a incidência da circunstância agravante genérica da reincidência, entenderam os juízos da condenação por valorá-la como maus antecedentes, majorando, via de consequência, a pena-base então fixada.

Ademais, restaria inviável, segundo entendimento jurisprudencial dominante, a aplicação da reincidência como circunstância judicial e também como agravante genérica, haja vista o flagrante *bis in idem*.

Em verdade, pouco importa se o fato jurídico reincidência foi considerado na primeira fase, como maus antecedentes, ou na segunda fase, como circunstância agravante. O que releva saber é se a condenação anterior com trânsito julgado antes da prática do crime em questão foi reconhecida na condenação, como efetivamente ocorreu *in casu*.

[...]

Assim, entendo que a alegação da douta Defensoria não merece prosperar, uma vez que constatada e reconhecida na sentença a reincidência, necessário se faz o cumprimento de 1/4 (um quarto) da pena para ser



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

beneficiado com o indulto, requisito este não cumprido até o presente momento.

[...]" (e-STJ, fls. 32-35)

A impetrante sustenta que:

"em momento algum a decisão de primeira instância mencionou a existência de uma condenação anterior em desfavor do paciente, com trânsito em julgado, apta a gerar a reincidência, se limitando a afirmar a existência de antecedentes criminais maculados [...] o próprio quadro-resumo constante na decisão mostra expressamente que, nos processos que deram origem às guias de execução para as quais se requer a declaração do indulto, as condenações transitadas em julgado anteriores foram reconhecidas como circunstância judicial desfavorável, e não como reincidência [...] Apesar de a reincidência e os maus antecedentes serem institutos jurídicos, não raras vezes, confundidos, é certo que não se tratam da mesma coisa. Seguindo o entendimento deste E. Superior Tribunal de Justiça, enquanto a reincidência significa voltar a praticar um delito após ter sido condenado definitivamente por outro, e é circunstância agravante analisada na segunda fase da aplicação da pena, os maus antecedentes são aquilo que remanesce da reincidência, ou seja, as condenações transitadas em julgado que superam o período depurador de 5 anos, e são considerados circunstância judicial, a ser analisada na primeira fase da aplicação da pena. Logo, sendo a reincidência circunstância agravante de aplicação obrigatória, o reconhecimento das condenações anteriores transitadas em julgado como circunstância judicial desfavorável conduz à conclusão de que essas não eram aptas a gerar reincidência, e, ainda que fossem, não poderiam ser consideradas, simultaneamente, como circunstância judicial e como circunstância agravante, por expressa vedação do enunciado sumular n. 241 deste Superior Tribunal de Justiça. Além disso, ao juízo da execução cabe apenas efetivar as disposições da sentença criminal, dela não podendo se distanciar, sob pena de ofender o título executivo obtido por força da coisa julgada, de modo que o reconhecimento de reincidência que não foi reconhecida na sentença condenatória ofende a coisa julgada e o princípio da *non reformatio in pejus*".

Assiste razão à defesa.

Primeiramente, cabe destacar que a jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça é cediça no sentido de que **a reincidência não expressamente reconhecida na sentença condenatória não pode ser proclamada pelo juiz da execução**, ainda que com a justificativa de corrigir erro material, sob pena de violação à coisa julgada e ao princípio da *non reformatio in pejus*.

Ademais, **a diligência para correção tempestiva de lacunas relevantes no título judicial é ônus da acusação, com o emprego dos meios de impugnação cabíveis e antes do trânsito em julgado da condenação, que não pode ser alterado em fase de execução para agravar a situação do apenado**, ainda que - como foi dito acima - a pretexto de correção de erro material ou nulidade absoluta.

Nesse sentido:

"EXECUÇÃO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM *HABEAS CORPUS*.
GUIA DE EXECUÇÃO PENAL DO SENTENCIADO COM ANOTAÇÃO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

DE REINCIDÊNCIA CRIMINAL. REINCIDÊNCIA NÃO EXPRESSAMENTE RECONHECIDA NO ÉDITO CONDENATÓRIO. CASO EM QUE O JUIZ DA EXECUÇÃO NÃO PODE PROCLAMAR A REINCIDÊNCIA SOB PENA DE *REFORMATIO IN PEJUS*. ÔNUS DA ACUSAÇÃO DE DILIGENCIAR PARA CORRIGIR LACUNAS NO TÍTULO JUDICIAL, ANTES DO TRÂNSITO EM JULGADO DA CONDENAÇÃO. AGRAVO DESPROVIDO.

I - Constitui ônus da acusação diligenciar, com o emprego dos meios de impugnação cabíveis e antes do trânsito em julgado da condenação, para a correção tempestiva de lacunas relevantes no título judicial, que não pode ser alterado em fase de execução para agravar a situação do apenado, ainda que sob a justificativa de correção de erro material ou nulidade absoluta (precedentes).

II - *In casu*, reconhecendo-se condenação transitada em julgado como circunstância judicial desfavorável, e não agravante, não pode tal fato ser corrigido pelo juiz da execução, à título de correção de erro material e sob pena de violação à coisa julgada e ao princípio da *non reformatio in pejus*, motivo pelo qual deve ser aplicado o entendimento mais favorável ao sentenciado e excluída a anotação de reincidência criminal de sua guia de execução penal.

Agravo regimental desprovido."(AgRg no HC n. 368765/SP, QUINTA TURMA, Rel. Min. FELIX FISCHER, DJe de 05/04/2017).

"HABEAS CORPUS. VIA INDEVIDAMENTE UTILIZADA EM SUBSTITUIÇÃO A RECURSO ESPECIAL. CONDENAÇÃO. APELAÇÃO. ERRO MATERIAL REFERENTE AO QUANTUM DEFINITIVO DE PENA. CORREÇÃO PELO JUÍZO DA EXECUÇÃO PENAL DE OFÍCIO. *REFORMATIO IN PEJUS*. OCORRÊNCIA. ILEGALIDADE MANIFESTA. NÃO CONHECIMENTO. ORDEM DE OFÍCIO.

[...]

2. Por conta do princípio da *non reformatio in pejus*, em sede processual penal, no caso de recurso exclusivo da defesa e, de ofício, em sede de execução penal, não se admite a reforma do julgado impugnado para agravar a situação do réu, nem mesmo para corrigir erro material.

3. *In casu*, o Juízo da execução penal, de ofício, corrigiu erro material ocorrido no acórdão de apelação, o que repercutiu na modificação do quantum definitivo das penas de 10 (dez) anos para 10 (dez) anos e 8 (oito) meses de reclusão, em afronta ao princípio da *non reformatio in pejus*.

4. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para restabelecer o *quantum* definitivo das penas (10 anos de reclusão, mais 1599 dias-multa) fixado pelo Tribunal de origem, em sede do Recurso de Apelação nº 0498634-20.2010.8.26.0000" (HC n. 338.906/SP, SEXTA TURMA, Relª. Minª. MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, DJe de 1º/2/2016).

"PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE ORDINÁRIO. PROCESSUAL PENAL. CONDENAÇÃO. PRETENSÃO DE PROGRESSÃO DE REGIME PRISIONAL. AGRAVO EM EXECUÇÃO IMPROVIDO. RECONHECIMENTO DE OFÍCIO DE ERRO MATERIAL EM DECRETO CONDENATÓRIO JÁ TRANSITADO EM JULGADO. AGRAVAMENTO POSTERIOR DA SITUAÇÃO DO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CONDENADO SEM MANIFESTAÇÃO TEMPESTIVA E FORMAL DA ACUSAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. INCIDÊNCIA DO PRINCÍPIO DA *NON REFORMATIO IN PEJUS*. OFENSA À COISA JULGADA. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. Decreto condenatório transitado em julgado não pode ser alterado pelo Juízo da Execução, à título de ocorrência de erro material, para reconhecimento de reincidência não verificada no título executivo, sob pena de ofensa à coisa julgada.
2. O princípio da *non reformatio in pejus* veda o agravamento da situação do condenado sem uma manifestação tempestiva e formal da acusação nesse sentido. Precedentes.
3. Ordem concedida de ofício" (HC n. 267.656/GO, QUINTA TURMA, Rel. Min. MOURA RIBEIRO, DJe de 7/3/2014).

"*HABEAS CORPUS*. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. SENTENÇA CONDENATÓRIA COM TRÂNSITO EM JULGADO. ERRO MATERIAL CORRIGIDO QUANDO DA EXPEDIÇÃO DA CARTA DE GUIA. IMPOSSIBILIDADE. INDEVIDA REVISÃO CRIMINAL *PRO SOCIETATE*. ORDEM CONCEDIDA.

1. Tratando-se, como se trata, de Direito Penal adjetivo, não se pode falar em correção *ex officio* de 'erro material', mormente em detrimento do réu.
2. Na esfera penal prevalece o princípio do *non reformatio in pejus* que impede o agravamento da situação do réu sem uma manifestação formal e tempestiva da acusação nesse sentido. Inteligência do enunciado n.º 160 da Súmula do STF.
3. 'Trata-se da cabal confirmação do entendimento de que, neste, como noutros temas, o processo penal não é estruturado por princípios comuns ao processo civil, senão por regras próprias, em razão da prevalência dos interesses públicos que constituem a substância e o objeto permanente do conflito jurídico típico que se presta a decidir e, sobretudo, por força do valor supremo do *jus libertatis*, do qual o processo é concebido e disciplinado como instrumento de tutela'. (STF, HC 83.545/SP, Rel. Ministro CESAR PELUSO, Primeira Turma, DJ 3.6.2006.)

4. Nesse viés, seja por nulidade absoluta, seja por erro material, não se pode agravar (quantitativamente ou qualitativamente) a situação do réu sem recurso próprio do acusador, sob pena de configurar indevida revisão criminal pro societate. Precedentes do STJ.

5. Ordem concedida para que no cumprimento da reprimenda imposta ao paciente seja observado o *quantum* de 4 (quatro) anos e 2 (dois) meses de reclusão constante da parte dispositiva da sentença condenatória" (HC n. 162.063/PE, QUINTA TURMA, Rel. Min. JORGE MUSSI, DJe de 29/3/2012).

"PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS*. HOMICÍDIO. PENA. APLICAÇÃO. ERRO MATERIAL. TRÂNSITO EM JULGADO PARA A ACUSAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE DE ALTERAÇÃO POSTERIOR EM DESFAVOR DO CONDENADO. OFENSA À COISA JULGADA. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. Apesar de restar claramente comprovada a ocorrência de erro material na soma das penas aplicadas ao paciente, tal equívoco não pode ser corrigido em desfavor do réu quando ocorrido o trânsito em julgado da



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

sentença para a acusação.

2. Ordem concedida, de ofício, para restabelecer a sentença que condenou o paciente a 14 anos de reclusão, em regime inicial fechado" (HC n. 123.335/MS, QUINTA TURMA, Rel. Min. ARNALDO ESTEVES LIMA, DJe de 1º/2/2010).

Assim, não assiste razão ao agravante, motivo pelo qual a decisão impugnada merece ser mantida por seus próprios fundamentos.

Ante o exposto, **nego provimento** ao agravo regimental.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2017/0280846-2 **PROCESSO ELETRÔNICO** **AgRg no**
HC 422.606 / ES
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00000282320178080050 222201106506 282320178080050

EM MESA

JULGADO: 27/11/2018

Relator

Exmo. Sr. Ministro **RIBEIRO DANTAS**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. LUIZA CRISTINA FONSECA FRISCHEISEN

Secretário

Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
PACIENTE : DIEGO DE OLIVEIRA ALVES

ASSUNTO: DIREITO PROCESSUAL PENAL - Execução Penal

AGRAVO REGIMENTAL

AGRAVANTE : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
AGRAVADO : DIEGO DE OLIVEIRA ALVES
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia QUINTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

"Após o voto do Sr. Ministro Relator negando provimento ao agravo regimental, pediu vista, antecipadamente, o Sr. Ministro Felix Fischer."

Aguardam os Srs. Ministros Joel Ilan Paciornik, Jorge Mussi e Reynaldo Soares da Fonseca.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 422.606 - ES (2017/0280846-2)

RELATOR : MINISTRO RIBEIRO DANTAS
AGRAVANTE : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
AGRAVADO : DIEGO DE OLIVEIRA ALVES
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO

VOTO-VISTA

O EXMO. SR. MINISTRO FELIX FISCHER: Trata-se de **agravo regimental** interposto pelo **MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL**, em face de decisão que não conheceu do presente **habeas corpus**, mas concedeu a ordem de ofício, para afastar a reincidência reconhecida pelo Juízo da Execução, por entender que **a reincidência não expressamente declarada no édito condenatório não pode ser reconhecida pelo d. Juízo da Execução**, sob pena de **violação à coisa julgada e reformatio in pejus**.

No presente recurso, o **MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL** sustenta, resumidamente, que **a reincidência do agravado teria sido reconhecida no título executivo**, mas **utilizada na primeira fase da dosimetria**, como circunstância judicial dos maus antecedentes. Dessa forma, entende que **não se pode falar em modificação do título executivo**, mas em mera *"reafirmação de um fato que fora apontado nas ações penais condenatórias, agora com o propósito de avaliar o preenchimento de requisitos objetivos necessários à obtenção do indulto"* (fl. 78).

Requer seja a decisão retratada. Alternativamente, pede que o feito seja apreciado pelo Colegiado, para reforma da decisão agravada.

O Senhor Ministro Relator **negou provimento ao agravo regimental**, mantendo a decisão vergastada.

Pedi vista dos autos para melhor examinar a questão.

Eis, em síntese, o relatório. Passo ao exame da insurgência.

Inicialmente, cumpre salientar de fato, esta Corte, em decisões anteriores, **se posicionava no mesmo sentido da decisão agravada**, ou seja, que **o reconhecimento, pelo d. Juízo da Execução Penal, de reincidência não indicada no título executivo**,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

configuraria ofensa à coisa julgada e reformatio in pejus.

Exemplificativamente:

"EXECUÇÃO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. AGRAVO EM EXECUÇÃO. PRETENSÃO DE RECONHECIMENTO DA REINCIDÊNCIA NA FASE DE EXECUÇÃO DE PENA. AGRAVAMENTO POSTERIOR DA SITUAÇÃO DO CONDENADO. IMPOSSIBILIDADE. COISA JULGADA. INCIDÊNCIA DO PRINCÍPIO DA NON REFORMATIO IN PEJUS. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é firme no sentido de que a reincidência que não esteja expressamente reconhecida no édito condenatório não pode ser proclamada pelo juiz da execução, mesmo que seja com a justificativa de estar corrigindo erro material ou sanando omissão, sob pena de violação à coisa julgada e ao princípio da non reformatio in pejus.

*Agravo regimental desprovido." (AgRg no REsp 1719791/MG, **Quinta Turma, de minha relatoria**, DJe 25/05/2018)*

"AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO PENAL. REINCIDÊNCIA NÃO RECONHECIDA EM SENTENÇA CONDENATÓRIA. IMPOSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DOS CONSECUTÓRIOS DA REINCIDÊNCIA NO ÂMBITO DA FASE EXECUTIVA DA REPRIMENDA. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.

1. A jurisprudência desta Corte Superior é iterativa no sentido de que o julgamento colegiado do recurso pelo órgão competente supera eventual mácula da decisão monocrática do relator.

2. "A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é firme no sentido de que a reincidência que não esteja expressamente reconhecida no édito condenatório não pode ser proclamada pelo juiz da execução, sob pena de violação à coisa julgada e ao princípio da non reformatio in pejus" (AgRg no HC 380.172/ES, Rel. Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, julgado em 28/3/2017, DJe 25/4/2017).

*3. Agravo regimental improvido." (AgRg no REsp 1725082/MG, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Ribeiro Dantas**, DJe 30/05/2018)*

Ocorre que **esta Quinta Turma modificou seu posicionamento**, para **admitir que a reincidência seja reconhecida pelo Juízo das Execuções Penais**, por se tratar de **circunstância pessoal que acompanha o condenado durante toda a execução criminal**.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Firmou este Colegiado a compreensão de que **o Juízo da Execução não pode modificar o título judicial para rever a pena e o regime aplicados**, mas é de sua competência, ao proceder a unificação das penas, analisar a natureza dos crimes e a circunstância pessoal do apenado, para fins de cálculo dos benefícios da Lei de Execuções Penais.

Confira-se:

"AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO PENAL. RECONHECIMENTO DA REINCIDÊNCIA PELO JUÍZO DA EXECUÇÃO CRIMINAL PARA FINS DE PROGRESSÃO DE REGIME. POSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO À COISA JULGADA.

I - A reincidência do acusado constitui circunstância pessoal que acompanha o condenado durante toda a execução criminal, podendo ser reconhecida pelo Juízo da execução que supervisiona o cumprimento da pena, ainda que não reconhecida pelo Juízo que prolatou a sentença condenatória. Precedentes.

II - Portanto, é firme a jurisprudência desta Corte Superior de Justiça no sentido de que "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, Sexta Turma, Rel. Min. Rogério Schietti Cruz, DJe de 1º/8/2018).

Agravo regimental desprovido." (AgRg no REsp 1744550/MT, Quinta Turma, de minha relatoria, DJe 17/09/2018)

"HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. DESCABIMENTO. EXECUÇÃO PENAL. PROGRESSÃO. FRAÇÃO DE 3/5. REINCIDÊNCIA NÃO RECONHECIDA PELO JUÍZO DE CONHECIMENTO. POSSIBILIDADE DE RECONHECIMENTO PELO JUÍZO DA EXECUÇÃO. INEXISTÊNCIA DE REFORMATIO IN PEJUS E OFENSA À COISA JULGADA. WRIT NÃO CONHECIDO.

1. Em consonância com a orientação jurisprudencial da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal - STF, esta Corte não admite habeas corpus substitutivo de recurso próprio, sem prejuízo da concessão da ordem, de ofício, se existir flagrante ilegalidade na liberdade de locomoção do paciente.

2. "A reincidência do acusado constitui circunstância pessoal que acompanha o condenado durante toda a execução criminal,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

podendo ser reconhecida pelo Juízo da execução que supervisiona o cumprimento da pena, ainda que não reconhecida pelo Juízo que prolatou a sentença condenatória" (AgRg no REsp 1744550/MT, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 11/09/2018, DJe 17/09/2018).

Habeas corpus não conhecido." (HC 434.933/PE, Quinta Turma, Rel. Min. Joel Ilan Paciornik, DJe 19/10/2018, grifei)

Igualmente vem decidindo a Sexta Turma desta Corte, nos termos dos julgados que trago à colação:

"AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO PENAL. REINCIDÊNCIA. CIRCUNSTÂNCIA CONSIDERADA PELO JUIZ DA EXECUÇÃO. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE. DECISÃO MANTIDA. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.

1. A reincidência é circunstância pessoal que interfere na execução como um todo (HC n. 307.180/RS, Ministro Felix Fisher, Quinta Turma, DJe 13/5/2015).

2. Nos termos da orientação jurisprudencial desta Corte, se o sentenciado passou a ostentar a condição de reincidente, no curso da execução, o cálculo do lapso temporal para a obtenção dos futuros benefícios será realizado sobre o total das penas, considerando-se a fração determinada pela lei para os réus reincidentes, sendo irrelevante a existência de condenação anterior em que foi reconhecida a primariedade.

3. Agravo regimental improvido." (AgRg no HC 450.475/ES, Sexta Turma, Rel. Min. Nefi Cordeiro, DJe 21/11/2018)

"AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO PENAL. REINCIDÊNCIA. RECONHECIMENTO PELO JUÍZO DA EXECUÇÃO. UNIFICAÇÃO DE PENAS. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES. AGRAVO DESPROVIDO.

1. A jurisprudência dessa Corte Superior é firme no sentido de que, se houver novas condenações no curso da execução penal, a reincidência do Apenado deve ser reconhecida no momento da unificação das penas, se estendendo sobre a totalidade das reprimendas somadas e repercutindo na concessão dos benefícios executórios.

2. Não importa, portanto, que o Apenado tenha sido considerado primário na condenação anterior, tendo em vista que a análise das circunstâncias pessoais (reincidência ou primariedade) é de competência do juízo da execução no momento do deferimento, ou não, dos benefícios.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

3. *Agravo regimental desprovido.*" (AgRg no HC 456.805/MG, **Sexta Turma**, Rel. Min. **Laurita Vaz**, DJe 10/10/2018, grifei)

"AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO. UNIFICAÇÃO. RECONHECIMENTO DA REINCIDÊNCIA SOBRE A TOTALIDADE DAS PENAS, PARA FINS DE LIVRAMENTO CONDICIONAL. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE. DECISÃO MANTIDA. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

1. *Não há ofensa ao princípio da colegialidade diante da existência de previsão legal e regimental para que o relator julgue, monocraticamente, o agravo em recurso especial quando constatar óbices de admissibilidade ou se fundamentar na jurisprudência dominante desta Corte Superior.*

2. *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.*

4. *Agravo regimental não provido.*" (AgRg no AREsp 1237581/MS, **Sexta Turma**, Rel. Min. **Rogério Schietti Cruz**, DJe 01/08/2018, grifei)

Ademais, verifica-se que no caso dos autos ficou assentado no v. acórdão vergastado que a existência de sentença penal condenatória configuradora de reincidência foi reconhecida no título executivo, mas que optou o d. Sentenciante em utilizar tal circunstância para majorar a pena na primeira fase, a título de maus antecedentes.

Desta forma, tendo o Juízo natural reconhecido a reincidência, ainda que aplicando-a na primeira fase da dosimetria da pena, afasta-se a alegada ofensa à coisa julgada ou **reformatio in pejus** na decisão do Juízo da Execução que reconhece a circunstância pessoal para fins de verificar os lapsos dos benefícios dispostos na Lei n. 7.210/84

Sobre a questão também já se manifestou esta Corte, nos termos dos julgados que passo a colacionar:



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

"AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO. REINCIDÊNCIA NÃO RECONHECIDA NA SENTENÇA CONDENATÓRIA. CIRCUNSTÂNCIA CONSIDERADA PELO JUIZ DA EXECUÇÃO PARA PROGRESSÃO DE REGIME. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE. SÚMULA 568/STJ. RECURSO NÃO PROVIDO.

1. "O reconhecimento, na sentença, da existência de uma condenação anterior, apta a caracterizar a reincidência, ainda que utilizada na primeira fase da dosimetria da pena, pode ser considerada pelo juízo da execução no cálculo dos lapsos temporais necessários à obtenção dos benefícios" (ut, AgRg no HC 390.704/ES, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, Sexta Turma, DJe 14/08/2017).

2. Incidência da Súmula 568/STJ: "O relator, monocraticamente e no Superior Tribunal de Justiça, poderá dar ou negar provimento ao recurso quando houver entendimento dominante acerca do tema".

3. Agravo regimental não provido." (AgRg no AREsp 1327074/ES, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Reynaldo Soares da Fonseca**, DJe 26/10/2018)

"AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO PENAL. REINCIDÊNCIA CONSIDERADA NA PRIMEIRA FASE DA DOSIMETRIA. RECONHECIMENTO PELO JUÍZO DA EXECUÇÃO. POSSIBILIDADE. AFRONTA À COISA JULGADA. INOCORRÊNCIA. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. A reincidência constitui circunstância pessoal que acompanha o condenado durante toda a execução da reprimenda.

2. Caso em que restou consignado pelo Tribunal de origem que a reincidência foi devidamente reconhecida em sentença condenatória, muito embora a tenha o Magistrado utilizado na primeira fase da dosimetria da pena, como maus antecedentes.

3. A jurisprudência desta Corte caminha no sentido de 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.

4. Agravo regimental desprovido." (AgRg no HC 380.357/ES, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Jorge Mussi**, DJe 07/03/2018)

"AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO PENAL. REINCIDÊNCIA RECONHECIDA NA SENTENÇA CONDENATÓRIA PARA AUMENTAR PENA-BASE. CIRCUNSTÂNCIA CONSIDERADA PELO JUIZ DA EXECUÇÃO PARA PROGRESSÃO DE



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

REGIME. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE. DECISÃO MANTIDA. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.

1. *A reincidência é circunstância pessoal que interfere na execução como um todo (HC n. 307.180/RS, Ministro Felix Fisher, Quinta Turma, DJe 13/5/2015).*

2. *Não viola o princípio da non reformatio in pejus a decisão do Juízo da execução que utiliza a reincidência para fins de progressão de regime, ainda que na sentença condenatória essa condição tenha servido para exasperar a pena-base como maus antecedentes, eis que também é atribuição do juízo da execução individualizar a pena.*

3. *Decisão monocrática mantida por seus próprios fundamentos.*

4. *Agravo regimental improvido." (AgRg no HC 435.173/ES, Sexta Turma, Rel. Min. Nefi Cordeiro, DJe 02/08/2018)*

"AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO PENAL. HABEAS CORPUS. CÁLCULO. BENEFÍCIOS. REINCIDÊNCIA. RECONHECIMENTO. OFENSA À COISA JULGADA. INEXISTÊNCIA. DECISÃO MANTIDA POR SEUS PRÓPRIOS FUNDAMENTOS. RECURSO A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

1. *Ao contrário do que sustenta a defesa, a reincidência foi reconhecida pela sentença, mas o respectivo registro criminal foi utilizado na primeira fase da dosimetria da pena, a título de maus antecedentes.*

2. *O reconhecimento, na sentença, da existência de uma condenação anterior, apta a caracterizar a reincidência, ainda que utilizada na primeira fase da dosimetria da pena, pode ser considerada pelo juízo da execução no cálculo dos lapsos temporais necessários à obtenção dos benefícios. Precedente da Sexta Turma.*

3. *Mantidos os fundamentos da decisão agravada, porquanto não infirmados por razões eficientes, é de ser negada simples pretensão de reforma.*

4. *Agravo regimental a que se nega provimento." (AgRg no HC 390.704/ES, Sexta Turma, Rel^a. Min^a. Maria Thereza de Assis Moura, DJe 14/08/2017)*

No mesmo sentido se posiciona o col. Supremo Tribunal Federal, nos termos das decisões proferidas no **RHC 160620/ES, Rel. Min. Dias Toffoli**, DJe 16/8/2018 e **RHC 156655/ES, Rel. Min. Luiz Fux**, DJe 17/5/2018.

Diante do exposto, ousou divergir do voto proferido pelo nobre Relator, para **dar provimento ao agravo regimental e não conhecer do habeas corpus, mantendo**



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

integralmente a r. decisão do Juízo das Execuções, que reconheceu a reincidência do agravado, para o cálculo do prazo de concessão de indulto.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2017/0280846-2 **PROCESSO ELETRÔNICO** **AgRg no**
HC 422.606 / ES
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00000282320178080050 222201106506 282320178080050

EM MESA

JULGADO: 13/12/2018

Relator

Exmo. Sr. Ministro **RIBEIRO DANTAS**

Relator para Acórdão

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. CÉLIA REGINA SOUZA DELGADO

Secretário

Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
PACIENTE : DIEGO DE OLIVEIRA ALVES

ASSUNTO: DIREITO PROCESSUAL PENAL - Execução Penal

AGRAVO REGIMENTAL

AGRAVANTE : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
AGRAVADO : DIEGO DE OLIVEIRA ALVES
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia QUINTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

"Prosseguindo no julgamento, a Turma, por maioria, deu provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do Sr. Ministro Felix Fischer, que lavrará o acórdão."

Votaram com o Sr. Ministro Felix Fischer os Srs. Ministros Joel Ilan Paciornik e Jorge Mussi.

Votaram vencidos os Srs. Ministros Ribeiro Dantas e Reynaldo Soares da Fonseca.