



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 1.789.297 - ES (2018/0344285-8)

RELATOR : MINISTRO NEFI CORDEIRO
AGRAVANTE : FRAN CARLOS DO O SANTOS (PRESO)
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO

EMENTA

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO PENAL. REINCIDÊNCIA NÃO RECONHECIDA NA CONDENAÇÃO. CIRCUNSTÂNCIA CONSIDERADA PELO JUIZ DA EXECUÇÃO PARA BENEFÍCIOS EXECUTÓRIOS. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE. AGRAVO IMPROVIDO.

1. O reconhecimento da reincidência nas fases de conhecimento e de execução penal produz efeitos diversos, de modo que sua inexistência na primeira etapa não impede a incidência na fase executória.
2. Não viola o princípio da *ne reformatio in pejus* a decisão do Juízo da execução que utiliza a reincidência, ainda que não reconhecida na sentença condenatória, para fins de benefícios executórios. Precedentes.
3. Agravo regimental improvido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, negar provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Antonio Saldanha Palheiro, Laurita Vaz, Sebastião Reis Júnior e Rogerio Schietti Cruz votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 20 de agosto de 2019 (Data do Julgamento)

MINISTRO NEFI CORDEIRO
Presidente e Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 1.789.297 - ES (2018/0344285-8)

RELATOR : **MINISTRO NEFI CORDEIRO**
AGRAVANTE : **FRAN CARLOS DO O SANTOS (PRESO)**
ADVOGADO : **DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO**
AGRAVADO : **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO**

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO NEFI CORDEIRO (Relator):

Trata-se de agravo regimental interposto contra decisão que deu provimento ao recurso especial para, reconhecida a reincidência, restabelecer a decisão do Juízo das Execuções Penais.

Sustenta a defesa, em síntese, que *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, sob pena de violação à coisa julgada e ao princípio da non reformatio in pejus* (fl. 148).

Salienta, ainda, que, *ao reconhecer a reincidência e determinar a incidência dos reflexos desse instituto em sede de cumprimento da reprimenda imposta, maculou a coisa julgada, ressuscitando (em prejuízo do apenado) matéria já decidida pelo juízo do conhecimento e protegida pela garantia constitucional da imutabilidade das decisões já transitadas em julgado* (fl. 149).

Pugna, ao final, pela reconsideração da decisão agravada ou pela submissão do feito à apreciação da Turma.

O Ministério Público Federal opina pelo improvimento do agravo.

Impugnação apresentada às fls. 162-165.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 1.789.297 - ES (2018/0344285-8)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO NEFI CORDEIRO (Relator):

A decisão agravada está fundamentada nos seguintes termos:

Trata-se de recurso especial interposto em face de acórdão que deu provimento ao agravo em execução defensivo.

Nas razões recursais, aponta o Ministério Público, além de divergência jurisprudencial, violação dos arts. 1º e 106, IV, ambos da Lei 7.210/84 e 2º, § 2º, da Lei 8.072/90.

Menciona que, na espécie, *além da reincidência ser circunstância pessoal que deve acompanhar o condenado no transcorrer da execução penal, a reincidência do recorrido fora reconhecida na sentença condenatória que gerou a Guia de Execução nº 183696, todavia, tal se deu na primeira fase da dosimetria da pena e não na segunda, tendo o magistrado sentenciante justificado o afastamento de sua valoração, na segunda fase, em razão dos ditames da Súmula nº 241 do Superior Tribunal de Justiça (fl. 80).*

Ressalta que *não há se falar em analogia in malam partem, reformado in pejus, ou afronta à coisa julgada, quando a condenação com trânsito em julgado ostentada pelo réu, embora tenha sido usada pelo juiz sentenciante para agravamento da pena-base a título de Maus antecedentes, foi utilizada pelo juízo da execução penal para fins de progressão de regime (fl. 82).*

Requer o provimento do recurso, reformando-se o acórdão recorrido, para *considerar no cumprimento de pena a condição de "reincidente" do recorrido, reconhecida na primeira fase da dosimetria da pena da sentença que o condenou pela prática do crime de tráfico de drogas e que gerou a Guia de Execução nº 183696 (fl. 94).*

Contrarrazoado e admitido na origem, manifestou-se o Ministério Público Federal pelo provimento do recurso.

É o relatório.

DECIDO.

A controvérsia posta em debate cinge-se em torno da possibilidade de reconhecimento da reincidência em execução penal se não reconhecida, como tal, pelo magistrado sentenciante.

Acerca da questão, o juízo da execução indeferiu o pleito da defesa, utilizando-se dos seguintes argumentos (fl. 13):

1. Verifico que o magistrado que proferiu a sentença condenatória da GE 183696, **deixou clara a reincidência do apenado ao dizer: "o réu possui antecedentes criminais, conforme se verifica no Sistema SIEP-TJ-ES (Guia de Execução nº 0027515-81.2015.8.08.0035), cujo trânsito em julgado da sentença condenatória ocorreu em 11/06/2015)".** Neste Sentido, indefiro o pedido da Defensoria Pública formulado às fls. 18, item 03.

O Tribunal *a quo*, por sua vez, reformou a decisão de 1ª instância nos seguintes termos (fls. 55-61):

A discussão cinge-se à possibilidade de reconhecimento da reincidência em sede de execução penal, quando esta for tratada pelo magistrado sentenciante como



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

circunstância judicial (maus antecedentes) em vez de ser aplicada como agravante na 2ª fase da dosimetria.

A meu ver, a reincidência é matéria relativa ao mérito da ação penal originária, não sendo passível de análise em execução penal, de modo que entendo assistir razão à defesa.

Isso porque, ainda que a reincidência seja comprovada por meio de documentos, geralmente através da Certidão de Antecedentes Criminais, o momento para apresentação da prova e reconhecimento da agravante é o do processo penal originário, sendo esta a fase em que as partes produzem as provas que entendem necessárias e que digam respeito às circunstâncias do delito que sejam penalmente relevantes.

Especificamente no caso dos autos, a sentença valorou de forma negativa os antecedentes do agravante de modo que este possuía antecedentes maculados. Entretanto, na segunda fase, o d. Magistrado afirmou: "deixo de reconhecer a agravante prevista no art. 61, inciso I, do Código Penal, tendo em vista o teor da Súmula 241 do STJ".

Dessa forma, se o juiz sentenciante aplicou a reincidência como maus antecedentes, entendo que a aludida agravante não pode ser reconhecida pelo juízo da execução, sob pena de ofensa à coisa julgada em prejuízo do réu, o que não é permitido em nosso ordenamento jurídico.

Ademais, segundo dispõe o artigo 1º da Lei de Execuções Penais, a execução penal tem por objetivo efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado, de modo que deve ser respeitada na execução a opção do magistrado sentenciante em considerar a condenação transitada em julgado do agravante como antecedentes criminais e não como reincidência.

Entendimento diverso representaria verdadeira reformatio in pejus, pois o reconhecimento da circunstância agravante da reincidência em sede de execução, embora não signifique majoração da reprimenda, enseja, obviamente, prejuízo ao reeducando, pois este necessitará cumprir maior fração da pena para obter benefícios na fase de execução penal.

Dessa forma, **não coaduno com o entendimento de que se a reincidência foi utilizada na 1ª fase ou na 2ª fase da dosimetria da pena estará o Juízo da Execução autorizado a reconhecê-la, pois há nítida diferenciação entre as duas hipóteses.**

Isso porque o reconhecimento de ação transitada em julgado na 1ª fase da dosimetria revela a opção do magistrado do processo originário por tratá-la como maus antecedentes para agravar a pena-base, não cabendo ao Juízo da Execução tratá-la de modo diverso, pois está adstrito às disposições da sentença.

Aliás, segundo doutrinadores, a aplicação da agravante da reincidência não pode ser tratada como um imperativo, pois entendê-la como tal implicaria afronta ao princípio da individualização da pena:

[...] Tal entendimento endossa a tese aqui defendida no sentido de que o reconhecimento de condenação anterior transitada em julgado como maus antecedentes (1ª fase da dosimetria) ou como reincidência propriamente dita (2ª fase da dosimetria), possui consequências jurídicas diversas, apesar de estar relacionada ao mesmo fato gerador (condenação transitada em julgado anterior).

Ora, uma vez compreendendo-se que a reincidência não é circunstância agravante imperativa, seu reconhecimento pelo magistrado a quo como maus antecedentes



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

revela sua opção por não considerar seus malfadados efeitos, após individualizar a pena do réu. Essa opção, por sua vez, decorre de um juízo crítico do magistrado sobre as circunstâncias do crime e das condições pessoais do réu que deve ser refletida na execução penal.

Nesse contexto, o reconhecimento dos efeitos da reincidência pelo juízo da execução desrespeita a individualização da pena realizada pelo magistrado sentenciante, ripristinando efeitos que pretendiam ser afastados pela sentença condenatória.

Após todo esse discurso argumentativo, poder-se-ia indagar se a consideração da condenação anterior do réu como Maus antecedentes foi, na realidade, uma impropriedade do magistrado, já que poderia aplicá-la como agravante da pena na 2ª fase da dosimetria.

Para aqueles que defendem a natureza objetiva da reincidência, a conclusão somente poderia ser no sentido de que o magistrado afastou-se da técnica não reconhecendo a agravante no momento oportuno e, a par do reconhecimento da reincidência como circunstância judicial em detrimento de sua análise como agravante, cumpria ao Ministério Público impugná-la mediante a interposição de recurso de apelação para que surtisse o efeito desejado na execução penal, providência esta que não foi adotada e não pode ser reinterpretada pelo Juízo da Execução em prejuízo do réu.

E se de fato houve um equívoco do magistrado, em vez de uma opção deliberada por não aplicar os efeitos da reincidência, deve-se prestigiar a solução mais favorável ao réu, em vez de se criar-se justificativas para complementar a sentença condenatória fazendo-a dizer o que não disse.

Antes de finalizar, julgo de grande relevância para esta Corte a reflexão de pensamentos vanguardistas sobre a temática da reincidência que revelam a ideologia predominantemente retributiva e estigmatizante da política criminal brasileira:

[...] Como se vê, algumas legislações estrangeiras já aboliram a utilização da reincidência, de modo que tais exemplos trazem relevância para presente discussão.

Por fim, registro julgados do Superior Tribunal de Justiça e desta Corte referentes à **impossibilidade de reconhecimento da reincidência em sede de execução penal se esta não foi expressamente reconhecida pelo magistrado sentenciante:**

[...] Por todo o exposto, CONHEÇO do recurso para DAR-LHE PROVIMENTO, com o objetivo de afastar a reincidência do registro de cumprimento de pena relativo à GE nº 183696 e, por conseguinte, determinar a alteração do quantum de cumprimento de pena de 3/5 para 2/5 quanto a GE Nº 183696, para fins de concessão de benefícios executórios.

É como voto.

O acórdão recorrido destoa da jurisprudência desta Corte Superior no sentido de que 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 reconhecida pelo sentenciante.

A propósito:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO PENAL. REINCIDÊNCIA NÃO CONSIDERADA NA SENTENÇA. POSSIBILIDADE DE RECONHECIMENTO PELO JUÍZO DA EXECUÇÃO. ACÓRDÃO DO TRIBUNAL ESTADUAL EM DISSONÂNCIA COM PRECEDENTES DA TERCEIRA SEÇÃO DESTE TRIBUNAL SUPERIOR. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. Não cabe ao Juiz da Execução rever a pena e o regime aplicados no



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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, relator Ministro Rogério Schietti Cruz, Sexta Turma, DJe 1º/8/2018).

2. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no REsp 1789290/ES, Rel. Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 09/04/2019, DJe 24/04/2019)

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO. REINCIDÊNCIA NÃO RECONHECIDA NA SENTENÇA CONDENATÓRIA. CIRCUNSTÂNCIA CONSIDERADA PELO JUÍZO DA EXECUÇÃO. NÃO OCORRÊNCIA DE AFRONTA À COISA JULGADA. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE.

1. **A jurisprudência desta Corte Superior no sentido de que 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** (AgRg no AREsp 1341499/MG, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 16/10/2018, DJe 22/10/2018).

2. Agravo regimental não provido.

(AgRg no REsp 1776466/MG, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 26/02/2019, DJe 15/03/2019)

Ante o exposto, dou provimento ao recurso especial para restabelecer a decisão do Juízo das Execuções Penais.

Conforme consignado na decisão agravada, o reconhecimento da reincidência nas fases de conhecimento e de execução penal produz efeitos diversos, de modo que sua inexistência na primeira etapa não impede a incidência na fase executória, notadamente porque, em um primeiro momento, essa condição pessoal conduz ao agravamento da reprimenda, sendo que, na execução, aplicam-se ao reincidente regras específicas ao cumprimento da sanção, motivo pelo qual não há falar em ofensa à coisa julgada.

Assim, não prospera a tese de violação do princípio da *ne reformatio in pejus*, pois, sendo condição pessoal do recorrente, que o acompanha durante toda a execução pena, prescinde de reconhecimento pelo Juízo da condenação, na primeira fase da dosimetria da pena, como circunstância judicial, ou, na segunda fase, como agravante da pena. Nesse sentido, destaco os recentes julgados desta Corte Superior:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO CRIMINAL. REINCIDÊNCIA RECONHECIDA PELO JUÍZO DA CONDENACÃO NA PRIMEIRA FASE DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA REPRIMENDA. POSSIBILIDADE DE SUA CONSIDERAÇÃO PELO JUÍZO DA EXECUÇÃO, SEM OFENSA À COISA JULGADA. DECISÃO EM ABSOLUTA CONVERGÊNCIA COM A JURISPRUDÊNCIA DESTA CORTE.

1. **A decisão agravada não destoou da massiva jurisprudência desta Corte,**



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

construída no sentido de que a reincidência, por ser circunstância pessoal, deve acompanhar o condenado durante toda a execução criminal, podendo ser considerada pelo Juízo da execução, ainda que não levada em conta pelo Juízo da condenação na segunda fase da individualização da pena, sem implicar ofensa à coisa julgada material.

2. Assim, a decisão agravada deve ser mantida intacta pelos seus próprios termos, que ora são postos à apreciação e ratificação deste colegiado.

3. Agravo regimental desprovido. (AgRg no REsp 1720727/ES, Rel. Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 3/5/2018, DJe 15/5/2018).

AGRAVO REGIMENTAL. HABEAS CORPUS. REINICIDÊNCIA. RECONHECIMENTO PELO JUÍZO DA EXECUÇÃO. AFRONTA AO PRINCÍPIO DA NON REFORMATIO IN PEJUS. INOCORRÊNCIA. INEXISTÊNCIA DE NOVOS FUNDAMENTOS CAPAZES DE MODIFICAR O ACÓRDÃO IMPUGNADO. AGRAVO IMPROVIDO.

1. Segundo o entendimento vigente neste Superior Tribunal de Justiça, a modificação de decisão por meio de agravo regimental requer a apresentação de novos fundamentos capazes de alterar o posicionamento anteriormente firmado.

2. Hipótese em que a agravante insurge-se contra decisão proferida por esta relatoria, no julgamento monocrático de habeas corpus impetrado nesta Corte Superior, a qual reconheceu a ausência de constrangimento ilegal passível de ser sanado.

3. **Nos termos da jurisprudência vigente neste Superior Tribunal de Justiça, a reincidência, por ser circunstância de caráter pessoal, acompanha o condenado durante todo o cumprimento da pena.**

4. **Esta Corte Superior entende ser possível o reconhecimento pelo Juízo da Execução da reincidência para fins de análise do critério subjetivo exigido pela lei para a concessão dos benefícios executórios, inexistindo violação ao princípio da non reformatio in pejus.** Precedentes.

5. Agravo improvido. (AgRg no HC 370.735/ES, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 5/12/2017, DJe 13/12/2017).

AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO PENAL. REINICIDÊNCIA. RECONHECIMENTO PELO JUÍZO DA EXECUÇÃO. POSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. PRECEDENTES.

1. **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 (HC n. 378.985/ES, Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, DJe 24/2/2017).**

2. Agravo regimental improvido. (AgRg no HC 385.043/ES, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 7/11/2017, DJe 21/11/2017).

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. REINICIDÊNCIA NÃO RECONHECIDA NA SENTENÇA CONDENATÓRIA. CIRCUNSTÂNCIA CONSIDERADA PARA FINS DE PROGRESSÃO DE REGIME PELO JUÍZO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

DA EXECUÇÃO. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE. DECISÃO MANTIDA. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

1. O Juízo da execução penal não está adstrito ao emprego dado pelo Juízo do conhecimento aos registros criminais que ensejariam a reincidência do apenado, de modo que, a despeito do emprego de tais anotações somente na primeira fase da dosimetria da pena, nada impede seu uso para avaliação das condições pessoais do sentenciado no que tange à concessão de benefícios executórios.

2. Agravo regimental não provido. (AgRg no HC 402.824/MS, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, **SEXTA TURMA**, julgado em 8/8/2017, DJe 17/8/2017).

Dessa forma, por estar em harmonia com a jurisprudência desta Corte Superior, a decisão agravada deve ser mantida por seus próprios fundamentos.

Ante o exposto, voto por negar provimento ao agravo regimental.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2018/0344285-8

AgRg no
REsp 1.789.297 / ES
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00246127320158080035 00275158120158080035 00369111420178080035 100180024711
100180024711201801431085 369111420178080035

PAUTA: 20/08/2019

JULGADO: 20/08/2019

Relator

Exmo. Sr. Ministro **NEFI CORDEIRO**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **NEFI CORDEIRO**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **MÁRIO FERREIRA LEITE**

Secretário

Bel. **ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA**

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
RECORRIDO : FRAN CARLOS DO O SANTOS (PRESO)
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO

ASSUNTO: DIREITO PROCESSUAL PENAL - Execução Penal

AGRAVO REGIMENTAL

AGRAVANTE : FRAN CARLOS DO O SANTOS (PRESO)
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO

CERTIDÃO

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

A Sexta Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Antonio Saldanha Palheiro, Laurita Vaz, Sebastião Reis Júnior e Rogerio Schietti Cruz votaram com o Sr. Ministro Relator.