



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 380.357 - ES (2016/0312589-9)

RELATOR : **MINISTRO JORGE MUSSI**
AGRAVANTE : NICANOR ANGRA NETTO
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
AGRAVADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO

EMENTA

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.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, negar provimento ao agravo regimental. Os Srs. Ministros Reynaldo Soares da Fonseca, Ribeiro Dantas, Joel Ilan Paciornik e Felix Fischer votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 27 de fevereiro de 2018(Data do Julgamento)

MINISTRO JORGE MUSSI
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 380.357 - ES (2016/0312589-9)

RELATOR : **MINISTRO JORGE MUSSI**
AGRAVANTE : NICANOR ANGRA NETTO
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
AGRAVADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO JORGE MUSSI: Trata-se de agravo regimental interposto por NICANOR ANGRA NETTO contra decisão monocrática, desta relatoria, que, nos termos do art. 34, inciso XVIII, do Regimento Interno deste Tribunal, não conheceu do *habeas corpus*.

Relata o recorrente que, no caso, *"em linhas gerais, questiona-se a possibilidade de o juiz de execução reconhecer a reincidência sem que tal agravante tenha sido aplicada pelo juízo sentenciante"* (e-STJ fl. 352).

Defende, para tanto, que *"os antecedentes são circunstâncias judiciais que devem ser analisadas na primeira fase da dosimetria. Já a reincidência possui natureza jurídica de agravante, devendo ser reconhecida na segunda fase de aplicação da pena"* (e-STJ fl. 353).

Sustenta, ainda, que a reincidência não reconhecida no édito condenatório não poderia ser proclamada pelo Juiz da Execução, ainda que com a justificativa de corrigir erro material.

Por fim, conclui que *"o juízo de execução, 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 discutida pelo juízo do conhecimento e protegida pela garantia constitucional da imutabilidade das decisões já transitadas em julgado"* (e-STJ fl. 354).

Diante disso, requer o provimento do reclamo, para reformar a decisão monocrática ora combatida.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 380.357 - ES (2016/0312589-9)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO JORGE MUSSI: Inicialmente, tendo em vista que a decisão agravada foi publicada aos **9/3/2017** (e-STJ fl. 347), cumpre atestar a tempestividade da presente insurgência, interposta em **20/3/2017**, dentro do prazo previsto no art. 258, *caput*, do Regimento Interno deste Superior Tribunal de Justiça.

Passando ao exame dos elementos carreados aos autos, infere-se que o agravante cumpre pena decorrente de três condenações, sendo duas por infração ao art. 33 da Lei de Drogas e uma por descumprimento dos arts. 14 e 16 da Lei n. 10.826/2003.

Consta ainda que o Juízo da Execução determinou o cumprimento de 3/5 (três quintos) das penas unificadas para deferimento do benefício da progressão de regime, considerando, para tanto, a reincidência do apenado.

Irresignada, a defesa interpôs Agravo em Execução perante o Tribunal de origem, que negou provimento ao recurso, ao fundamento de que, não obstante a reincidência não ter agravado a pena, *"foi considerada na fixação das circunstâncias judiciais"* (e-STJ fl. 256).

Contra o mencionado acórdão, a Defensoria Pública estadual impetrou o *habeas corpus* que ora se examina nestes autos.

Alegou a então impetrante a ocorrência de constrangimento ilegal, sustentando que o processo de execução está vinculado ao título executivo (sentença penal condenatória) e ressaltando que no processo penal a desconstituição da coisa julgada é possível somente em favor do condenado. Assim, não tendo o Juiz de primeiro grau reconhecido a agravante da reincidência, não poderia o Magistrado, no processo de execução, fazê-lo, sob pena de ofensa à coisa julgada.

O Ministério Público opinou pela concessão da ordem.

O *mandamus* teve seguimento negado monocraticamente, em decisão de fls. 342-344 (e-STJ). Na ocasião, consignou-se que *"não merece prosperar o argumento apresentado pelo impetrante de que o juízo da execução violou a coisa*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

julgada e o princípio da vedação a reformatio in pejus, pois, conforme atestado pelo aresto recorrido, a reincidência foi devidamente reconhecida na terceira sentença condenatória" (e-STJ fl. 343).

Daí a apresentação deste recurso, onde busca o agravante a reforma da decisão combatida, para determinar ao Juízo das Execuções que deixe de reconhecer a reincidência para fins de agravamento da fração de cumprimento da pena para progressão de regime.

O recurso não merece provimento.

Delienado o contexto fático-processual, quanto ao reconhecimento da agravante da reincidência, assim dispôs o Tribunal de origem:

*"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 jurídico no decorrer da execução da pena.*

[...]

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

*No caso focado, **a sentença condenatória do dia 03 de dezembro de 2012, foi considerada a reincidência pelo Juiz ao analisar as operadoras do artigo 59 do Código Penal no julgamento da ação penal. O magistrado 'a quo' é textual nesse ponto, ao consignar que o réu tem 'antecedentes criminais'.***

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, entendeu o juízo da condenação por valorá-la como maus antecedentes, majorando, via de consequência, a pena-base então fixada.

[...]

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 reconhecido na condenação, como efetivamente ocorreu in casu" (e-STJ fl. 256-258).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Do excerto acima transcrito, verifica-se que a **reincidência foi devidamente reconhecida na terceira sentença condenatória**, muito embora o Magistrado sentenciante a tenha **utilizado na primeira fase da dosimetria da pena**, como maus antecedentes. Importante registrar, ainda, que nada há nos autos a afastar o contexto fático-probatório delineado pelo Colegiado estadual.

Assim, observa-se, *ab initio*, que, diferentemente do argumentado pelo *Parquet* federal, os maus antecedentes e a reincidência não foram considerados como sinônimos pela Corte de origem, mas apenas houve uma atecnia no posicionamento da agravante que, segundo a melhor doutrina, deve incidir na fase intermediária da dosimetria da pena, salvo quando se reconhece a existência de mais de uma condenação apta a gerar a reincidência, situação que autoriza a utilização de uma delas como maus antecedentes.

Noutro giro, importante consignar oportunamente que a reincidência constitui circunstância pessoal que acompanha o condenado durante toda a execução da reprimenda.

A propósito, o seguinte julgado:

EXECUÇÃO PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. LIVRAMENTO CONDICIONAL. REINCIDÊNCIA. INCIDÊNCIA SOBRE A TOTALIDADE DAS PENAS UNIFICADAS. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

I - A Primeira Turma do col. Pretório Excelso firmou orientação no sentido de não admitir a impetração de habeas corpus substitutivo ante a previsão legal de cabimento de recurso ordinário (v.g.: HC 109.956/PR, Rel. Min. Marco Aurélio, DJe de 11/9/2012; RHC 121.399/SP, Rel. Min. Dias Toffoli, DJe de 1º/8/2014 e RHC 117.268/SP, Rel. Min. Rosa Weber, DJe de 13/5/2014). As Turmas que integram a Terceira Seção desta Corte alinharam-se a esta dicção, e, desse modo, também passaram a repudiar a utilização desmedida do writ substitutivo em detrimento do recurso adequado (v.g.: HC 284.176/RJ, Quinta Turma, Rel. Min. Laurita Vaz, DJe de 2/9/2014; HC 297.931/MG, Quinta Turma, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, DJe de 28/8/2014; HC 293.528/SP, Sexta Turma, Rel. Min. Nefi Cordeiro, DJe de 4/9/2014 e HC 253.802/MG, Sexta Turma, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, DJe de 4/6/2014).

II - Portanto, não se admite mais, perfilhando esse entendimento, a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

utilização de habeas corpus substitutivo quando cabível o recurso próprio, situação que implica o não-conhecimento da impetração. Contudo, no caso de se verificar configurada flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, recomenda a jurisprudência a concessão da ordem de ofício.

III - A condição de reincidente, uma vez adquirida pelo sentenciado, estende-se sobre a totalidade das penas somadas, não se justificando a consideração isolada de cada condenação e tampouco a aplicação de percentuais diferentes para cada uma das reprimendas (precedentes).

Habeas Corpus não conhecido.

(HC 307.180/RS, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 16/04/2015, DJe 13/05/2015, grifamos)

E, sendo assim, a jurisprudência desta Corte caminha no sentido de que é prescindível que a condenação penal anterior à data dos fatos, com trânsito em julgado, tenha sido utilizada para a aplicação da circunstância agravante da reincidência. A opção por utilizá-la, como no caso em exame, na primeira fase dosimétrica, como maus antecedentes, não impede o reconhecimento dos seus efeitos na fase executória, não havendo se falar, com isso, em ofensa aos limites da coisa julgada ou ao princípio da *non reformatio in pejus*, como defende o agravante, uma vez que, os efeitos da decisão exarada pelo Juiz da Execução irradiam apenas e unicamente no processo de execução, em nada interferido no cálculo do *quantum* da pena, fase já esgotada com o trânsito de condenação.

Nesse sentido:

**HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO.
INADMISSIBILIDADE. EXECUÇÃO PENAL.
RECONHECIMENTO DA REINCIDÊNCIA PELO JUÍZO
DA EXECUÇÃO. AFRONTA A COISA JULGADA.
INOCORRÊNCIA. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO
ILEGAL. PARECER ACOLHIDO.**

1. O Superior Tribunal de Justiça, em recentes decisões, não tem mais admitido a utilização do habeas corpus como sucedâneo do meio processual adequado, seja o recurso ou a revisão criminal, salvo em situações excepcionais.

2. 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).

3. Não há que se falar em constrangimento ilegal quando a condenação com trânsito em julgado, que o réu possui, embora tenha sido usada pelo Juiz sentenciante para



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

agravar a pena-base a título de maus antecedentes, foi utilizada pelo Juízo da Execução Penal para fins de progressão de regime. Inexiste, no caso, reformatio in pejus ou afronta à coisa julgada.

4. Habeas corpus não conhecido.

(HC 357.357/ES, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 14/02/2017, DJe 23/02/2017)

Assim, não há que se falar em constrangimento ilegal passível de ser sanado por esta Corte quando a condenação com trânsito em julgado que o réu possui, embora tenha sido usada pelo Juiz sentenciante para agravar a pena a título de maus antecedentes, foi utilizada pelo Juízo da Execução Penal para fins de progressão de regime. Inexiste, no caso, qualquer afronta à coisa julgada.

Diante do exposto, **nega-se provimento** ao agravo regimental.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2016/0312589-9 **PROCESSO ELETRÔNICO** **AgRg no HC 380.357 / ES**
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00255584520158080035 035080001783 222200706668 255584520158080035
35080001783

EM MESA

JULGADO: 27/02/2018

Relator

Exmo. Sr. Ministro **JORGE MUSSI**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. MÔNICA NICIDA GARCIA

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 : NICANOR ANGRA NETTO

ASSUNTO: DIREITO PROCESSUAL PENAL - Execução Penal

AGRAVO REGIMENTAL

AGRAVANTE : NICANOR ANGRA NETTO
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
AGRAVADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA 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:

"A Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo regimental."

Os Srs. Ministros Reynaldo Soares da Fonseca, Ribeiro Dantas, Joel Ilan Paciornik e Felix Fischer votaram com o Sr. Ministro Relator.