



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 378.985 - ES (2016/0301657-7)

RELATORA : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
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 : LEANDRO MARTINS ASSAD TAVARES

EMENTA

HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. EXECUÇÃO PENAL. PROGRESSÃO DE REGIME. LAPSO TEMPORAL (3/5). APLICADO. CRIME EQUIPARADO A HEDIONDO E PACIENTE REINCENTE. SENTENÇA CONDENATÓRIA. RECONHECIMENTO DE DUAS CONDENAÇÃO ANTERIORES. REVELADORAS DE REINCENTE. UTILIZADAS PARA EXASPERAR A PENA NA PRIMEIRA FASE DA DOSIMETRIA (MAUS ANTECEDENTES). CONSIDERAÇÃO DO PACIENTE COMO REINCENTE NA EXECUÇÃO PENAL. PARA FINS DE PROGRESSÃO. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. ORDEM DENEGADA.

1. A execução penal possui como pressuposto a existência de um título condenatório ou uma sentença absolutória imprópria, tendo como objetivo "fazer cumprir o comando emergente da sentença" (MARCÃO, Renato. Curso de execução penal. 13ª ed. rev. ampl. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 31) ou decisão criminal, conforme dispõe o art. 1º da Lei de Execução Penal.

2. Tratando-se 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).

3. "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" (BARROS, Carmen Silvia de Moraes. A Individualização da Pena na Execução Penal. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 23).

4. 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).

5. *In casu*, não se verifica constrangimento ilegal. Asseverado pelo magistrado, na sentença condenatória, que o ora paciente possui duas condenações anteriores transitadas em julgado (período depurador não foi alcançado), as quais foram utilizadas para exasperar a pena na primeira fase da dosimetria, não há ilegalidade, quanto à consideração do Juiz da execução,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

no sentido de ser o paciente reincidente, para fins de progressão de regime.
6. Ordem denegada.

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: A Sexta Turma, por unanimidade, denegou a ordem, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Os Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior, Rogerio Schietti Cruz, Nefi Cordeiro e Antonio Saldanha Palheiro votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Brasília, 16 de fevereiro de 2017(Data do Julgamento)

Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 378.985 - ES (2016/0301657-7)

RELATORA : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
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 : LEANDRO MARTINS ASSAD TAVARES

RELATÓRIO

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA (Relatora):

Trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso especial, com pedido liminar, impetrado em favor de LEANDRO MARTINS ASSAD TAVARES, apontando como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo (Agravio em Execução n.º 0021497-44.2015.8.08.0035).

Consta dos autos que o paciente foi condenado, em primeira instância, à pena de 9 anos e 4 meses de reclusão, em regime inicial fechado, bem como ao pagamento de 933 dias-multa, por infração ao art. 33, *caput*, c.c art. 40, VI, da Lei n.º 11.343/06, nos seguintes termos:

(...)

Realmente, os informes prestados pelos policiais que procederam à prisão em flagrante dos réus e a apreensão do entorpecente, acrescidos do auto de apreensão e do laudo de exame químico toxicológico, a confissão do acusado Acácio de Jesus Augustinho, não deixam dúvida de que ocorreu tráfico, servindo como prova cabal da materialidade delitiva e também se constituindo em importantes elementos de prova para a definição da autoria e formação do juízo de culpabilidade.

No presente caso, ressalte-se que não há que se falar em desconsideração do depoimento prestado pelos policiais como testemunha. Ademais, nossa jurisprudência pátria já tem se posicionado no sentido de defender a idoneidade da prova testemunhal produzida por depoimentos de integrantes da polícia, até porque muitas vezes em que se efetiva o flagrante, os policiais são as únicas testemunhas possíveis de ser inquiridas.

(...)

É imperioso observar, ainda, que o crime de tráfico de drogas, além de ser de mera conduta, é de ação múltipla e conteúdo variado, não havendo que se falar na prática de atos de mercancia para a sua configuração.

Nessa conjuntura, é bem de ver que o desfecho condenatório é mesmo de rigor, já que a quantidade de entorpecente apreendida e as circunstâncias da apreensão, bem esclarecidas nos depoimentos dos policiais militares, não deixam dúvida de que os acusados praticavam o tráfico ilícito de entorpecentes.

Aliás, tudo leva a crer que, não fosse à bem sucedida intervenção dos policiais, eles continuariam com o nefasto comércio, fornecendo e vendendo drogas a infelizes usuários e dependentes químicos da região.

Igualmente, verifico que o Ministério Público imputou aos denunciados a prática do art. 35 da Lei 11.343/2006, vejamos os comentários de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Damásio de Jesus sobre o delito em debate: “Para que alguém responda pelo crime do art. 35 há necessidade dos seguintes elementos: 1º) duas ou mais pessoas; 2º) acordo dos parceiros; 3º) vínculo associativo; e 4º) finalidade de praticar os crimes previstos nos arts. 33, caput e § 1º, 34 e 36 desta lei [...]”.(JESUS, Damásio de. Lei antidrogas anotada: comentários a lei nº 11.343/2006. Damásio de Jesus. 9ª.ed.rev. E atual._ São Paulo: Saraiva, 2009, p.159).

No caso em tela, entendo que referido crime não restou configurado, vez que não ficaram demonstrados o concurso de duas ou mais pessoas, o acordo entre eles e, por fim, o vínculo associativo. Assim, de rigor a não configuração do crime previsto no art. 35 da Lei 11.343/2006.

(...)

Verifico, também, que o Ministério Público imputou ao acusado Leandro Martins Assad o artigo 244-B da Lei n. 8069/90, diante do envolvimento de adolescentes na empreitada criminosa.

Com efeito, afasto a condenação pelo crime previsto no art. 244-B do ECA, aplicando-se, em contrapartida, a causa especial de aumento prevista no art. 40, inciso VI, da Lei n. 11.343/06 aos acusados, em razão do princípio da especialidade, explico.

Cumprir destacar, nesse contexto, que a majorante em epígrafe – seguindo a mesma linha de raciocínio do delito autônomo de corrupção de menores –, independe da comprovação de efetiva e posterior corrupção dos menores. É irrelevante, assim, aferir se o adolescente foi corrompido ou teve facilitada sua corrupção em razão da prática do crime.

Portanto, basta a participação de menor de 18 (dezoito) anos na prática de crime, na companhia de imputável para a caracterização da causa de aumento, o que verifico na espécie, sendo de rigor o afastamento da imputação do crime previsto no artigo 244-B da Lei n. 8.069/90, para não caracterizar *bis in idem*.

Portanto, de rigor o reconhecimento da causa de aumento prevista no artigo 40, inciso VI, da Lei n. 11.343/06, fixando no patamar mínimo de 1/6.

Quanto à causa de diminuição prevista no art. 33, §4º, da Lei 11.343/2006, entendo não estarem cumpridos os requisitos legais, vez que foi apreendido grande quantidade de droga, conforme auto de apreensão, portanto, de rigor o afastamento da causa de diminuição, já que é uníssono o entendimento dos Tribunais Superiores nesse sentido.

(...)

Inexistem causas que excluam o crime ou isente o réu de pena, uma vez que o *dominus littis* demonstrou de forma clara a imputação inicial.

Diante do exposto, e inexistindo causas que excluam ou isentem de pena o réu, JULGO PARCIALMENTE PROCEDENTE a pretensão punitiva estatal e, por conseguinte, CONDENO os réus ACÁCIO DE JESUS AUGUSTINHO e LEANDRO MARTINS ASSAD, como incurso nas sanções do artigo 33, *caput*, c/c com artigo 40, inciso VI, da Lei nº 11.343/06 e, por conseguinte, ABSOLVO os acusados da imputação prevista no art. 35 da Lei n. 11.343/06, tudo com base no art. 386, incisos VI e VII, do Código de Processo Penal, passo à dosimetria da pena.

Em obediência ao Princípio Constitucional da Individualização das Penas, passo à dosimetria, atento às diretrizes estabelecidas nos artigos 59 e 68 do Código Penal Pátrio, que adotou o método trifásico, segundo a orientação de Nelson Hungria.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

(...)

Quanto ao crime previsto no artigo 33 da Lei n. 11.343/06 em relação ao réu LEANDRO MARTINS ASSAD.

O réu agiu com culpabilidade normal à espécie. Tem maus antecedentes (Processo n. 024.02.006.763-4 e 024.07.032.324-1). Quanto à personalidade e a conduta social, poucos elementos foram trazidos aos autos, razão pela qual deixo de valorá-las. Os motivos, ou a mola propulsora para a ocorrência do delito, são injustificáveis. As circunstâncias do crime encontram-se relatadas nos autos, nada tendo a se valorar, a não ser a quantidade de droga apreendida que pesa em relação aos réus. As consequências “extrapenais” são próprias do crime. O comportamento da vítima não deve ser considerado.

Assim, com base no art. 42 da Lei 11.343/2006, estabeleço como necessária e suficiente para a reprovação e prevenção do crime a pena-base de 08 (oito) anos de reclusão, diante da quantidade de droga apreendida e antecedentes criminais configurados.

No que concerne à pena de multa, considerando as circunstâncias judiciais aferidas, em especial, a situação econômica do réu, que considero precária, na forma do art. 60, do Estatuto Repressivo Básico, fixo em 800 (oitocentos) dias multa, valorado em um trigésimo do salário mínimo vigente à época dos fatos.

Não há atenuante, tampouco agravante na espécie.

Não incide causa de diminuição na espécie.

Não incide qualquer causa de diminuição, contudo, presente a causa de aumento previsto no artigo 40, inciso VI, da lei 11.343/06, razão pela qual aumento a pena base aplicada em 1/6 (um sexto) e, diante da inexistência de outras minorantes ou majorantes, fixo como DEFINITIVA, a pena de 09 (nove) anos e 04 (quatro) meses de reclusão e 933 (novecentos e trinta e três) dias-multa, valorado-o em um trigésimo do salário mínimo vigente à época dos fatos.

Para fins do §2º do artigo 387, percebo que o réu está preso desde 06 de maio de 2013, portanto, deve para tanto, a pena privativa de liberdade ser cumprida inicialmente em regime prisional FECHADO. (Art. 33 do CP).

Para efeitos do art. 15, III, da Constituição Federal, remeta-se cópia desta sentença ao Tribunal Regional Eleitoral do Estado onde os acusados são inscritos como eleitores.

Na forma do artigo 58, § 1º, da Lei de Drogas, determino que se proceda na forma do artigo 32, § 1º da mesma lei. Quanto os bens apreendidos decreto o perdimento em favor da União, nos termos do art. 63 da Lei 11.343/2006.

Procedam-se às comunicações de estilo (fls. 61/69).

Formulado, em favor do paciente, pedido de afastamento do reconhecimento da reincidência, foi indeferido pelo Juízo das Execuções, nos seguintes termos:

DA REINCIDÊNCIA DO REEDUCANDO

Trata-se de pleito da Defensoria Pública, requerendo o não reconhecimento da reincidência em relação a GE Nº 160765, por entender que não houve a reincidência específica, para que seja utilizada a fração de 3/5, entendendo que esta, só deverá ser utilizada quando reconhecida em sentença condenatória e configurada a reincidência específica em crime



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

hediondo ou a ele equiparado.

A defesa ainda, se equivocou quando alegou que, na sentença condenatória foi reconhecida a diminuição de pena prevista no artigo 33, da Lei 11343/06 em seu § 4º, vez que a referida sentença, não houve atenuantes nem agravantes, tão pouco causa diminuição de pena, tendo causa de aumento, conforme previsto no artigo 40, inciso IV da mesma Lei.

Passando a analisar os autos, verifico que o apenado possui outras 02 guias, a GE 91346, pelo crime previsto no artigo 157, §2º, I, II e V c/c artigo 14 e artigo 65, I, do CP, com trânsito em julgado no dia 05/01/2005 e a GE 109959, pelo crime previsto no artigo 28 da Lei 11.343/06, com trânsito em julgado no dia 25/06/2009.

Já na GE 160765, que é o objeto em questão, o apenado praticou a conduta ilícita prevista no artigo 33 da Lei 11.343/06, no dia 06/05/2013, sendo condenado no dia 04/08/2014, estando em fase de apelação.

Portanto, com elementos idôneos de que ao tempo do cometimento do crime que gerou a GE 160765, o reeducando estava em cumprimento de outras penas que lhe foram impostas, observados os termos dos arts. 63 e 64 do CP, entendo que o mesmo é reincidente, fato inclusive, incontroverso.

Vale ressaltar que, apesar de saber da existência de forte corrente no sentido de que a reincidência não pode ser considerada para fins de execução de pena caso não conste expressamente na sentença, entendo em sentido contrário.

No momento de ser proferida sentença condenatória, a reincidência serve para agravamento da pena, nos termos do artigo 61, I, do Código Penal. Certamente que não cabe ao juízo da execução rever a pena aplicada neste ponto alterando o quantum da reprimenda.

Entretanto, em fase de execução da pena, a reincidência tem outros efeitos que estes sim, cabem ao juiz da competente sua verificação, vez que se trata de requisito objetivo, que deve ser aferido, repito, pelo juízo da execução.

Ao contrário do juiz sentenciante da ação penal, o magistrado competente para a execução não tem como base apenas os elementos constantes em um único processo, mas em todas as penas aplicadas ao reeducando.

Inclusive, nos crimes de competência do Tribunal do Júri, a reincidência somente é reconhecida em sentença para agravamento da pena caso tenha sido alegada nos debates. Ou seja, mesmo se estiver patente nos autos, não poderá o juiz presidente reconhecê-la se o responsável pela acusação não a alegar.

Similar é o reconhecimento da hediondez do crime, que é de competência do juiz da execução, não necessitando estar declarada na sentença condenatória. Basta ao juízo da execução verificar se o tipo penal do delito pelo qual foi o apenado condenado se enquadra em algum dos descritos na lei 8072/90.

Da mesma forma, cabe ao juiz de execução verificar a reincidência e, com base na mesma lei, em caso de crime hediondo, a fração de pena a ser cumprida para progressão de regime.

(...)

Ressalto, ainda, que este entendimento também pode e deve ser adotado em caso de benefício ao apenado, vez que existe a possibilidade de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

reconhecimento indevido de reincidência pelo juiz sentenciante para agravamento da pena, que não será considerado pelo juízo da execução para determinação das frações para benefícios.

Sendo assim, DECLARO REMIDOS 19 (dezenove) dias da pena do reeducando LEANDRO MARTINS ASSAD TAVARES, remanescendo 01 (um) dia de trabalho para eventuais análise de cálculo, ficando desde já cientificado da possibilidade da revogação de parte do benefício, se for punido por falta grave, nos termos do artigo 127 da Lei de Execução Penal.

INDEFIRO, o pedido formulado pela Defensoria Pública para retirar do resumo de situação processual a condição de reincidente, pelas razões acima expostas, permanecendo a fração de 3/5 (fls. 31/33).

Inconformada, a Defesa interpôs agravo em execução perante o Tribunal de origem, que negou provimento ao recurso, em acórdão assim ementado:

AGRAVO EM EXECUÇÃO PENAL TRÁFICO DE DROGAS - PROGRESSÃO DE REGIME REINCIDÊNCIA RECONHECIDA NA CONDENAÇÃO - FRAÇÃO DE 2/5 (DOIS QUINTOS) - IMPOSSIBILIDADE - NECESSIDADE DE CUMPRIMENTO DE 3/5 (TRÊS QUINTOS) DA PENA PARA FINS DE PROGRESSÃO DE REGIME. RECURSO IMPROVIDO.

Embora, na forma dos artigos 63 e 64 do Código Penal, a condenação anterior fosse apta à incidência da circunstância agravante da reincidência, entendeu o juízo da condenação por valorá-la como maus antecedentes, majorando, via de consequência, a pena-base então fixada. Assim, não importa se a reincidência foi utilizada na primeira fase, como maus antecedentes, ou na segunda fase, como circunstância agravante. O que importa é se o fato condenação com trânsito julgado foi reconhecido na condenação, como efetivamente ocorreu in casu . Recurso improvido (fl. 108).

No presente *mandamus*, alega o impetrante, em síntese, que deve ser afastada a reincidência do paciente, ante a impossibilidade de reconhecimento da referida agravante pelo juízo da execução penal, defendendo que a identificação da reincidência deve ser realizada durante a sentença condenatória.

Sustenta que "o Processo de Execução é vinculado ao que se estabeleceu na sentença penal condenatória e adstrito aos termos reconhecidos naquela decisão proveniente da ação penal", de modo que, "se uma agravante ou causa de aumento não foi reconhecida em sentença penal condenatória, seus efeitos não podem se fazer na execução desta sentença" (fl. 3).

Aponta ocorrência de violação à coisa julgada e *reformatio in pejus*.

Requer, liminarmente e no mérito, seja cassada "a decisão que aplicou e manteve os efeitos da reincidência em sede de execução penal, sem o anterior reconhecimento pela sentença condenatória" (fl. 7).

O pedido liminar foi indeferido às fls. 127-132.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

As informações foram juntadas às fls. 141-163 e 165-177.

O Ministério Público Federal apresentou parecer, fls. 181-183, opinando pela denegação da ordem.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 378.985 - ES (2016/0301657-7)

EMENTA

HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. EXECUÇÃO PENAL. PROGRESSÃO DE REGIME. LAPSO TEMPORAL (3/5). APLICADO. CRIME EQUIPARADO A HEDIONDO E PACIENTE REINCENTE. SENTENÇA CONDENATÓRIA. RECONHECIMENTO DE DUAS CONDENAÇÃO ANTERIORES. REVELADORAS DE REINCIDÊNCIA. UTILIZADAS PARA EXASPERAR A PENA NA PRIMEIRA FASE DA DOSIMETRIA (MAUS ANTECEDENTES). CONSIDERAÇÃO DO PACIENTE COMO REINCENTE NA EXECUÇÃO PENAL. PARA FINS DE PROGRESSÃO. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. ORDEM DENEGADA.

1. A execução penal possui como pressuposto a existência de um título condenatório ou uma sentença absolutória imprópria, tendo como objetivo "fazer cumprir o comando emergente da sentença" (MARCÃO, Renato. Curso de execução penal. 13ª ed. rev. ampl. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 31) ou decisão criminal, conforme dispõe o art. 1º da Lei de Execução Penal.
2. Tratando-se 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).
3. "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" (BARROS, Carmen Silvia de Moraes. A Individualização da Pena na Execução Penal. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 23).
4. 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).
5. *In casu*, não se verifica constrangimento ilegal. Asseverado pelo magistrado, na sentença condenatória, que o ora paciente possui duas condenações anteriores transitadas em julgado (período depurador não foi alcançado), as quais foram utilizadas para exasperar a pena na primeira fase da dosimetria, não há ilegalidade, quanto à consideração do Juiz da execução, no sentido de ser o paciente reincidente, para fins de progressão de regime.
6. Ordem denegada.

VOTO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA (Relatora):

Busca-se o impetrante seja afastado o reconhecimento da reincidência, na fase de execução penal, para fins de progressão de regime.

Para o melhor deslinde da questão (consideração da reincidência em sede de execução penal), impende registrar o teor do *decisum* do Juiz da execução, que considerou o paciente reincidente para fins de progressão de regime:

DA REINCIDÊNCIA DO REEDUCANDO

Trata-se de pleito da Defensoria Pública, requerendo o não reconhecimento da reincidência em relação a GE Nº 160765, por entender que não houve a reincidência específica, para que seja utilizada a fração de 3/5, entendendo que esta, só deverá ser utilizada quando reconhecida em sentença condenatória e configurada a reincidência específica em crime hediondo ou a ele equiparado.

A defesa ainda, se equivocou quando alegou que, na sentença condenatória foi reconhecida a diminuição de pena prevista no artigo 33, da Lei 11343/06 em seu § 4º, vez que a referida sentença, não houve atenuantes nem agravantes, tão pouco causa diminuição de pena, tendo causa de aumento, conforme previsto no artigo 40, inciso IV da mesma Lei.

Passando a analisar os autos, verifico que o apenado possui outras 02 guias, a GE 91346, pelo crime previsto no artigo 157, §2º, I, II e V c/c artigo 14 e artigo 65, I, do CP, com trânsito em julgado no dia 05/01/2005 e a GE 109959, pelo crime previsto no artigo 28 da Lei 11.343/06, com trânsito em julgado no dia 25/06/2009.

Já na GE 160765, que é o objeto em questão, o apenado praticou a conduta ilícita prevista no artigo 33 da Lei 11.343/06, no dia 06/05/2013, sendo condenado no dia 04/08/2014, estando em fase de apelação.

Portanto, com elementos idôneos de que ao tempo do cometimento do crime que gerou a GE 160765, o reeducando estava em cumprimento de outras penas que lhe foram impostas, observados os termos dos arts. 63 e 64 do CP, entendo que o mesmo é reincidente, fato inclusive, incontroverso.

Vale ressaltar que, apesar de saber da existência de forte corrente no sentido de que a reincidência não pode ser considerada para fins de execução de pena caso não conste expressamente na sentença, entendo em sentido contrário.

No momento de ser proferida sentença condenatória, a reincidência serve para agravamento da pena, nos termos do artigo 61, I, do Código Penal. Certamente que não cabe ao juízo da execução rever a pena aplicada neste ponto alterando o quantum da reprimenda.

Entretanto, em fase de execução da pena, a reincidência tem outros efeitos que estes sim, cabem ao juiz da competente sua verificação, vez que se trata de requisito objetivo, que deve ser aferido, repito, pelo juízo da execução.

Ao contrário do juiz sentenciante da ação penal, o magistrado competente para a execução não tem como base apenas os elementos constantes em um único processo, mas em todas as penas aplicadas ao



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

reeducando.

Inclusive, nos crimes de competência do Tribunal do Júri, a reincidência somente é reconhecida em sentença para agravamento da pena caso tenha sido alegada nos debates. Ou seja, mesmo se estiver patente nos autos, não poderá o juiz presidente reconhecê-la se o responsável pela acusação não a alegar.

Similar é o reconhecimento da hediondez do crime, que é de competência do juiz da execução, não necessitando estar declarada na sentença condenatória. Basta ao juízo da execução verificar se o tipo penal do delito pelo qual foi o apenado condenado se enquadra em algum dos descritos na lei 8072/90.

Da mesma forma, cabe ao juiz de execução verificar a reincidência e, com base na mesma lei, em caso de crime hediondo, a fração de pena a ser cumprida para progressão de regime.

(...)

Ressalto, ainda, que este entendimento também pode e deve ser adotado em caso de benefício ao apenado, vez que existe a possibilidade de reconhecimento indevido de reincidência pelo juiz sentenciante para agravamento da pena, que não será considerado pelo juízo da execução para determinação das frações para benefícios.

Sendo assim, DECLARO REMIDOS 19 (dezenove) dias da pena do reeducando LEANDRO MARTINS ASSAD TAVARES, remanescendo 01 (um) dia de trabalho para eventuais análise de cálculo, ficando desde já cientificado da possibilidade da revogação de parte do benefício, se for punido por falta grave, nos termos do artigo 127 da Lei de Execução Penal.

INDEFIRO, o pedido formulado pela Defensoria Pública para retirar do resumo de situação processual a condição de reincidente, pelas razões acima expostas, permanecendo a fração de 3/5 (fls. 31/33).

Colhe-se do aresto impugnado:

Obviamente, é possível a correção de erros materiais na execução da pena que impliquem no cumprimento da sentença condenatória. Entretanto, modificá-la de forma a reconhecer como reincidente indivíduo que em juízo sentenciante foi reconhecido primário, constituiria clara ofensa à coisa julgada em prejuízo do agravante, o que é vedado pelo nosso ordenamento jurídico.

No caso dos autos, agiu com acerto o ilustre magistrado *a quo* ao indeferir o pedido formulado pela defesa e verificar a ocorrência da reincidência do reeducando com a conseqüente aplicação da fração de 3/5 para o crime hediondo praticado pelo agravante.

Sem muito delongar o assunto, relembro que o artigo 63 do Código Penal dispõe que "verifica-se a reincidência quando o agente comete novo crime, depois de transitar em julgado a sentença que, no País ou no estrangeiro, o tenha condenado por crime anterior."

A partir da compreensão lógica do supramencionado dispositivo de lei, denota-se que o agente será considerado reincidente quando ele cometer novo crime depois de transitar em julgado sentença penal que o condenou por outro crime.

Ademais, dispõe o artigo 64 do Código Penal, *in verbis*:

Art. 64 - Para efeito de reincidência:



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

I - não prevalece a condenação anterior, se entre a data do cumprimento ou extinção da pena e a infração posterior tiver decorrido período de tempo superior a 5 (cinco) anos, computado o período de prova da suspensão ou do livramento condicional, se não ocorrer revogação;

II - não se consideram os crimes militares próprios e políticos.

No caso em tela, verifica-se que na data do fato que originou a Guia de Execução Penal nº 160765, o acusado já ostentava duas condenações transitadas em julgado, sendo estas reconhecidas pelo magistrado como maus antecedentes e não como agravante, conforme se verifica na cópia da sentença penal condenatória à fl. 32.

Ou seja, embora, por força dos artigos 63 e 64 do Código Penal acima transcritos, a condenação anterior fosse apta à incidência da circunstância agravante da reincidência, entendeu o juízo da condenação por valorá-la como maus antecedentes, majorando, via de consequência, a sanção básica então fixada.

Isso quer dizer que o fato, qual seja, a condenação com trânsito em julgado cujo período depurador não se ultrapassou, foi reconhecido e debatido durante a fase de conhecimento, com respeito ao contraditório e à ampla defesa.

Assim, não importa se a reincidência foi utilizada na primeira fase, como maus antecedentes, ou na segunda fase, como circunstância agravante. O que importa é se o fato - a condenação com trânsito julgado sem o decurso do período depurador - foi reconhecido na condenação, como efetivamente ocorreu *in casu*.

(...)

De mais a mais, como dito, o réu ostenta duas condenações transitadas em julgado, todas passíveis de configurar a reincidência, ocasião em que se utilizou o Juízo a quo, para a caracterização dessa agravante, das duas condenações para à avaliação desfavorável da circunstância judicial dos maus antecedentes. Contudo, sendo dois, o número de processos amantados pela coisa julgada, um poderia recheiar o sopeso desfavorável, do referenciado vetor judicial, ao passo que do remanescente poderia se valer o douto Juiz singular à caracterização da reincidência na fase da dosimetria da pena, não se havendo falar, à obviada, em *bis in idem*, tampouco em ofensa ao preceito contido na Súmula 241 do egrégio Superior Tribunal de Justiça, cujo enunciado é: "a reincidência penal não pode ser considerada como circunstância agravante e, simultaneamente, como circunstância judicial, porquanto se tratam de condenações distintas".

(...)

Válido registrar também que a pena final fixada ao ora agravante foi de 09 (nove) anos e 04 (quatro) meses de reclusão e 933 (novecentos e trinta e três) dias multa. Entretanto, a despeito do Juiz prolator da sentença ter aplicado a causa de aumento de pena prevista no artigo 40, inciso VI, da Lei nº 11.343/04, tal reprimenda, a meu sentir, foi muito pequena, tendo em vista a quantidade de droga apreendida - 49,9 kg de maconha.

Assim, em desconformidade com o parecer ministerial, NEGOU PROVIMENTO ao recurso de Agravo interposto, confirmando integralmente os termos da decisão de fls. 13/14 e verso. (fls. 112-118).

Com efeito, deve se ter em mente que a execução penal possui como pressuposto a existência de um título condenatório ou uma sentença absolutória imprópria,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

tendo como objetivo "fazer cumprir o comando emergente da sentença" (MARCÃO, Renato. Curso de execução penal. 13ª ed. rev. ampl. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 31) ou decisão criminal, conforme dispõe o art. 1º da Lei de Execução Penal.

Nessa linha de consideração, tratando-se de sentença penal condenatória, o juízo da execução deve se ater ao teor do referido *decisum*, no que diz respeito ao *quantum* de pena, ao regime inicial, bem como ao fato de ter sido a pena privativa de liberdade substituída ou não por restritiva de direitos, fatores que evidenciam justamente o comando emergente da sentença.

Todavia, 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. Nesse passo, ainda que a sentença condenatória trouxesse a informação de reincidência do réu à época, se tal condição não existisse, o juízo da execução não a consideraria para fins de individualização e execução da pena.

Sobre o tema individualização de pena, importante lição traz a doutrina

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. (BARROS, Carmen Silvia de Moraes. A Individualização da Pena na Execução Penal. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 23). (grifo nosso)

Atendendo a essa característica do processo de execução penal, hoje, na maioria dos sistemas penais ocidentais, a quantidade da pena e a forma de cumprimento vêm estabelecidas pela sentença condenatória, com independência de que venha a posterior atuação judicial (ou administrativa) responder às futuras necessidades individualizadoras. (p. 211).

O raciocínio esposado é corroborado pelo disposto no art. 106 da LEP, que exige informações sobre os antecedentes do condenado, não limitando a busca aos termos da sentença condenatória, para elaboração da guia de recolhimento. Não poderia mesmo ser diferente, já que até a alocação do condenado na unidade prisional depende da informação de ser ele reincidente na prática de crime cometido com violência ou grave ameaça (art. 84, § 3º, II, da LEP).

Nesta senda, relevante frisar que a reincidência é um fato, relativo à condição pessoal do condenado, que não pode ser desconsiderado pelo juízo da execução, independente da sua menção na sentença condenatória, pois afetaria exponencialmente o bom desenvolvimento da execução da pena traçado nas normas correspondentes.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Nessa perspectiva, não prospera 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 desrespeito ao comando emergente da sentença, eis que não enseja agravamento do quantum da reprimenda e tampouco a modificação para regime inicial mais severo, o que realmente destoaria dos termos da decisão condenatória, mas apenas individualização da pena, que na esfera de competência do juízo da execução cuida de institutos outros (progressão de regime, livramento condicional etc), que se relacionam diretamente com as condições pessoais do condenado, as quais não estão restritas ao conteúdo do título condenatório.

Portanto, a reincidência no processo de conhecimento possui fins específicos, quais sejam, agravar a pena e trazer mais rigor ao regime prisional inicial, o que não se confunde com os fins próprios da execução penal.

Ademais, estando o paciente em cumprimento da pena e apartando nova condenação, é evidente que o Juiz da execução deve considerar a pena globalmente para saber qual o lapso que o condenado deverá atingir para usufruir dos benefícios da execução (progressão de regime).

No caso em apreço, tal situação emerge de forma clara, já que, existiam duas condenações anteriores, que não só impulsionaram a unificação das penas, bem como demonstraram a reincidência do ora paciente, fator que escorreitamente se levou em conta para determinação do lapso temporal necessário à progressão do regime.

Nesse diapasão, vale repisar as considerações do juiz da execução:

Passando a analisar os autos, verifico que o apenado possui outras 02 guias, a GE 91346, pelo crime previsto no artigo 157, §2º, I, II e V c/c artigo 14 e artigo 65, I, do CP, com trânsito em julgado no dia 05/01/2005 e a GE 109959, pelo crime previsto no artigo 28 da Lei 11.343/06, com trânsito em julgado no dia 25/06/2009.

Já na GE 160765, que é o objeto em questão, o apenado praticou a conduta ilícita prevista no artigo 33 da Lei 11.343/06, no dia 06/05/2013, sendo condenado no dia 04/08/2014, estando em fase de apelação.

Portanto, com elementos idôneos de que ao tempo do cometimento do crime que gerou a GE 160765, o reeducando estava em cumprimento de outras penas que lhe foram impostas, observados os termos dos arts. 63 e 64 do CP, entendo que o mesmo é reincidente, fato inclusive, incontroverso.

Vale ressaltar que, apesar de saber da existência de forte corrente no sentido de que a reincidência não pode ser considerada para fins de execução de pena caso não conste expressamente na sentença, entendo em sentido contrário.

No momento de ser proferida sentença condenatória, a reincidência serve para agravamento da pena, nos termos do artigo 61, I, do Código Penal. Certamente que não cabe ao juízo da execução rever a pena aplicada neste ponto alterando o quantum da



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

reprimenda.

Entretanto, em fase de execução da pena, a reincidência tem outros efeitos que estes sim, cabem ao juiz da competente sua verificação, vez que se trata de requisito objetivo, que deve ser aferido, repito, pelo juízo da execução.

Ao contrário do juiz sentenciante da ação penal, o magistrado competente para a execução não tem como base apenas os elementos constantes em um único processo, mas em todas as penas aplicadas ao reeducando.

Inclusive, nos crimes de competência do Tribunal do Júri, a reincidência somente é reconhecida em sentença para agravamento da pena caso tenha sido alegada nos debates. Ou seja, mesmo se estiver patente nos autos, não poderá o juiz presidente reconhecê-la se o responsável pela acusação não a alegar.

Similar é o reconhecimento da hediondez do crime, que é de competência do juiz da execução, não necessitando estar declarada na sentença condenatória. Basta ao juízo da execução verificar se o tipo penal do delito pelo qual foi o apenado condenado se enquadra em algum dos descritos na lei 8072/90.

Da mesma forma, cabe ao juiz de execução verificar a reincidência e, com base na mesma lei, em caso de crime hediondo, a fração de pena a ser cumprida para progressão de regime.

(...)

Ressalto, ainda, que este entendimento também pode e deve ser adotado em caso de benefício ao apenado, vez que existe a possibilidade de reconhecimento indevido de reincidência pelo juiz sentenciante para agravamento da pena, que não será considerado pelo juízo da execução para determinação das frações para benefícios. (fls. 31-32).

Dessarte, o fato da condição de reincidente elevar o patamar de tempo de pena cumprida de 1/6 para 2/5 ou 3/5 (no caso de crimes hediondos ou equiparados), guarda relação com a individualização que se realiza na esfera da execução penal, nos termos expressos no art. 5º da Lei de Execução Penal:

Os condenados serão classificados, segundo os seus antecedentes e personalidade, para orientar a individualização da execução penal.

Ademais, sendo próprios da execução penal os princípios da ampla defesa e do contraditório, visto que a execução penal também está delineada pelo devido processo legal, e possui natureza jurisdicional, embora exista intensa atividade administrativa, está resguardado ao condenado o direito de se opor à reincidência que lhe é imputada.

Por fim, diante do elucidado, verifica-se que, *in casu*, não há constrangimento ilegal, quanto à consideração do Juiz da execução, no sentido de ser o paciente reincidente, para fins de progressão de regime, até porque asseverou o magistrado, na sentença condenatória, que o ora paciente possuía duas condenações anteriores transitadas em julgado (período depurador não foi alcançado), sendo irrelevante o fato de ambas terem sido utilizadas



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

para exasperar a pena na primeira fase da dosimetria.

Nesse sentido, o recente julgado, ainda pendente de publicação:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO. INADMISSIBILIDADE. EXECUÇÃO PENAL. RECONHECIMENTO 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 Fischer, Quinta Turma, DJe 12/5/2015).

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 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, Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, julgado em 14/2/2017).

Ante o exposto, **denego** a ordem.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2016/0301657-7

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 378.985 / ES
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00042108120138080021 00214974420158080035 214974420158080035 222200803259
42108120138080021

EM MESA

JULGADO: 16/02/2017

Relatora

Exma. Sra. Ministra **MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. RAQUEL ELIAS FERREIRA DODGE

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

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	: LEANDRO MARTINS ASSAD TAVARES
CORRÉU	: ACACIO DE JESUS AUGUSTINHO

ASSUNTO: DIREITO PROCESSUAL PENAL - Execução Penal

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, denegou a ordem, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora.

Os Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior, Rogerio Schietti Cruz, Nefi Cordeiro e Antonio Saldanha Palheiro votaram com a Sra. Ministra Relatora.