

OBS: Na jurisprudência citada, sempre que não houver indicação do tribunal, entenda-se que é do Superior Tribunal de Justiça.

Índices
Ementas – ordem alfabética
Ementas – ordem numérica
Índice do “CD”

### **Tese 534**

REINCIDÊNCIA. RECONHECIMENTO EM SEDE DE EXECUÇÃO PENAL. POSSIBILIDADE. Para efeito de cálculo de pena para o fim de concessão de benefícios, o Juízo das Execuções Penais pode reconhecer a reincidência, ainda que ela não tenha sido declarada na sentença penal condenatória.

**EXCELENTÍSSIMO SENHOR DOUTOR DESEMBARGADOR  
PRESIDENTE DA EGRÉGIA SEÇÃO CRIMINAL DO TRIBUNAL DE  
JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO**

O **Ministério Público do Estado de São Paulo** nos autos do **Agravo de Execução Penal nº 9000040-57.2020.8.26.0637**, da Comarca de Tupã, em que é agravante **ANTONIO FERREIRA DE OLIVEIRA**, vem perante Vossa Excelência, com fundamento no art. 105, inciso III, **alíneas "a" e "c"**, da Constituição Federal, art. 255, § 1º, do RISTJ e art. 1.029, *caput*, e § 1º, do Código de Processo Civil, interpor **RECURSO ESPECIAL** para o Colendo **SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA**, contra o v. acórdão da 12ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, pelos motivos adiante aduzidos:

**1. HIPÓTESE EM EXAME**

**ANTONIO FERREIRA DE OLIVEIRA** cumpre pena de 20 anos, 07 meses e 26 dias de reclusão, por crime hediondo (Execução 6). Na elaboração do cálculo de cumprimento de pena, foi considerada a reincidência do condenado e fixado o lapso de 3/5 da pena para o cumprimento do requisito objetivo para progressão (fls. 20/21).

O Juízo das Execuções Criminais homologou o cálculo sustentando que, embora no processo de conhecimento não tenha sido reconhecida a reincidência, é cabível o seu reconhecimento em

sede de execução penal para efeito de cálculo de benefícios (decisão de fls. 33).

Não conformado com a decisão, o sentenciado interpôs agravo, sustentando que a reincidência não fora reconhecida no processo de conhecimento, e por isso, o Juízo das Execuções não poderia fazê-lo sob pena violação ao devido processo legal e ofensa à coisa julgada.

Processado o recurso, com manutenção da decisão agravada (fls. 40), a D. Procuradoria de Justiça manifestou-se pelo seu desprovimento (fls. 46/47).

A C. 12ª Câmara de Direito Criminal do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, todavia, em votação unânime, deu provimento ao agravo para afastar o reconhecimento da reincidência em relação à 6ª Execução, anular a decisão recorrida e determinar a retificação do cálculo de liquidação de penas do agravante, considerando-o como primário, com o fundamento de que ***“a reincidência não foi reconhecida no processo de conhecimento, defeso o seu reconhecimento na fase executória, porquanto implicaria em verdadeira reformatio in pejus e ofensa à coisa julgada”***.

### **Eis a íntegra do acórdão:**

#### ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Execução Penal nº 9000040-57.2020.8.26.0637, da Comarca de Tupã, em que é agravante ANTONIO FERREIRA DE OLIVEIRA, é agravado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 12ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Deram provimento ao Agravo de Execução para, afastando-se o reconhecimento da reincidência em relação à 6ª Execução, anular a decisão recorrida, determinando seja retificado o cálculo de liquidação de penas do agravante, considerando-o como primário. V.U., de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores PAULO ROSSI (Presidente), AMABLE LOPEZ SOTO E VICO MAÑAS.

São Paulo, 11 de setembro de 2020.

PAULO ROSSI

Relator

Assinatura Eletrônica

Agravo em Execução nº 9000040-57.2020.8.26.0637 – Comarca de Tupã –  
Vara das Execuções Criminais

Agravante: Antonio Ferreira de Oliveira

Agravado: Ministério Público do Estado de São Paulo

TJSP 12ª CÂMARA DE DIREITO CRIMINAL

VOTO Nº 36.408

**AGRAVO EM EXECUÇÃO. OREINCIDÊNCIA. INSURGÊNCIA DEFENSIVA.** Pleito de afastamento da reincidência pelo Juízo da Execução. A despeito da reincidência do agravante, esta não foi reconhecida no processo de conhecimento, de forma que não pode agora o Juiz da Execução fazê-lo, sob pena de violação ao devido processo legal e ofensa à coisa julgada **NÃO VERIFICADA** A reincidência não foi reconhecida no processo de conhecimento, defeso o seu reconhecimento na fase executória, porquanto implicaria em verdadeira reformatio in pejus e ofensa à coisa julgada. De rigor a anulação da decisão recorrida, afastando-se a reincidência do agravante. Agravo provido.

Vistos.

Trata-se de Agravo em Execução Penal interposto pela Defensoria Pública em benefício de Antonio Ferreira de Oliveira, contra a decisão de fls. 33 que, nos autos da Execução Penal nº 199.193, homologou o cálculo de penas em que consta o agravante como reincidente. Pretende-se com a presente interposição, a reforma da r. decisão recorrida, sustentando a Defesa, em síntese, que a despeito da reincidência do agravante, esta não foi reconhecida no processo de conhecimento, de forma que não pode agora o Juiz da Execução fazê-lo, sob pena de violação ao devido processo legal e ofensa à coisa julgada

Ressalta ainda que o reconhecimento da reincidência em condenação posterior também não pode surtir efeitos nas penas anteriormente aplicadas, pois que indevida a extensão dos efeitos da reincidência a fatos praticados preteritamente, pois vige o direito penal do fato e o ordenamento veda o direito penal do autor. Requer seja reformada a decisão singular para que seja retificado o cálculo de liquidação de penas do agravante para considerá-lo como primário (fls. 02/04versos)

.Processado e contraminutado o agravo (fls. 35/39), e mantida a respeitável decisão recorrida (fls. 40), manifestou-se a Douta Procuradoria Geral de Justiça, em r. parecer da lavra da Dra. Andrea De Cicco, pelo improvimento do recurso (fls. 46/47).

É o relatório.

Verte da r. decisão agravada datada de 07/11/2019, in verbis: “Inicialmente ressalto que, embora a reincidência não tenha sido reconhecida nos autos do processo da 6ª execução, não há óbice para que este Juízo, ao analisar o processo de execução como um todo, a reconheça.

Vejamos: Os delitos objetos da 6ª execução, cometidos pelo sentenciado por diversas vezes e de forma continuada, iniciaram-se no ano de 1996 e perduraram até aproximadamente agosto de 2011. Conforme se verifica da FA juntada a fls. 2/10, quando o sentenciado iniciou o cometimento dos delitos objeto da 6ª execução, em 1996, já havia sido definitivamente condenado nos processos da 3ª, 4ª e 5ª execução, sendo que o término do cumprimento das penas estava previsto para 02/08/1996. Ou seja, ao confrontar os trânsitos em julgado das condenações da 3ª, 4ª e 5ª execução e o término das penas com a data do início dos fatos da 6ª execução, verifica-se que o sentenciado é reincidente.

Desta maneira, homologo o cálculo de penas para que produza seus efeitos legais.” (fls. 33).

Em que pesem entendimentos em contrário, o que se verifica é que a respeitável decisão recorrida comporta provimento.

A despeito da reincidência do agravante, conforme consignado na r. decisão agravada, esta não foi reconhecida nos autos da condenação objeto da 6ª Execução, não havendo recurso ministerial.

Segundo preleciona Damásio Evangelista de Jesus, ao tratar da reincidência no cálculo da prescrição da pretensão executória: "O aumento do prazo prescricional pressupõe que a sentença condenatória tenha reconhecido a reincidência"(Prescrição Penal.São Paulo: Saraiva, 19ª Ed. 2010).

"A execução penal submete-se ao princípio da legalidade, de maneira que todos os atos que a envolvem devem obediência aos limites do título executivo judicial decorrente da sentença penal condenatória ou de absolvição imprópria, observadas as disposições normativas que a informam". (MARCÃO. Renato Fávio. Lei de Execução Penal Anotada e Interpretada. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2009).

A pena a ser considerada, para efeito de determinação do lapso para a concessão de progressão de regime e livramento condicional, é aquela constante do título executivo, ou seja, da sentença penal condenatória, e não uma pena hipotética, considerada mais justa ou correta em face de fatos novos, ainda que verdadeiros, apurados posteriormente. O entendimento diverso, sustentado pelo nobre Julgador a quo, importaria em verdadeira reformatio in pejus, hipótese inaceitável consoante pacífico entendimento jurisprudencial:

"Se a sentença exequenda, transitada em julgado, proclamou a primariedade do réu sem apontar eventual reincidência, vindo esta a ser reconhecida somente na fase da execução da pena, é irrelevante para o efeito de aumento do lapso prescricional" (STJ RT 747/626).

Ainda:

"(...) Todavia, como bem observado pelo recorrente, a agravante da reincidência não foi reconhecida pelo Magistrado sentenciante (fls. 21/26), como também não se há notícia de que tal omissão tenha recorrido o Órgão Ministerial. Forçoso então concluir que, transitada em julgado a segunda condenação, a pena do recorrente pela prática do segundo delito não pode mais ser sobejada sob alegação de reincidência, porquanto operada a preclusão" (TJSP, Agravo em Execução nº 990.10.084596-6 16ª Câmara Criminal Rel. Des. Almeida Toledo - j. 29.06.2010)."

(...) No entanto, como muito bem colocado pelo ilustre Procurador de Justiça, em seu parecer, não houve o reconhecimento da reincidência: "... ocorre que não houve o reconhecimento judicial da reincidência na sentença condenatória prolatada no processo nº 791/07,cuja execução é objeto desse Agravo, não podendo, agora, ser revelada para efeito de execução penal, conforme a Guia de Recolhimento Provisória de fls. 59, demonstrando o trânsito em julgado da sentença de fl. 60 para o Ministério Público. A omissão da sentença tinha que ter sido enfrentada pelo Ministério Público no juízo de conhecimento ou em grau de apelação, estando a questão sepultada sob o manto da coisa julgada'(cf. fls. 78)" (TJSP, Agravo em Execução nº 990.10.391739-1 1ª Câmara Criminal Rel. Des. Péricles Piza - j. 13.12.2010).

Ainda:

"EXECUÇÃO PENAL. RECURSO DE AGRAVO.REINCIDÊNCIA NÃO RECONHECIDA NA SENTENÇA EXEQUENDA. INDULTO E LIVRAMENTO CONDICIONAL. Descabe a cassação de benefício concedido ao condenado pelo juízo da execução penal, em face de reincidência não reconhecida expressamente na sentença condenatória exequenda. Precedentes. Recurso de agravo desprovido."(20080020037502RAG, TJDF Relator Mario Machado, 1ª Turma Criminal, julgado em 12/06/2008).

Destarte, considerando que a reincidência não restou reconhecida pelo Juízo de conhecimento, na sentença condenatória objeto da 6ª Execução, é defeso o seu reconhecimento na fase executória, porquanto implicaria em verdadeira reformatio in pejus, portanto, a reincidência, não admitida no título executivo judicial, não pode ser levada a efeito no momento da execução da pena.

Além disso, entendo que não é possível o reconhecimento da reincidência em sede de execução penal, se não declarada na sentença condenatória, sob pena de ofensa à coisa julgada. Com efeito, ao Juízo da Execução nada mais cabe senão o cumprimento das disposições constantes do título executório penal, formado com estrita observância do devido processo legal e amplo debate, pelas partes, sobre as circunstâncias e consequências decorrentes da prática do delito.

Por isso, ressalvadas as matérias expressamente contempladas na Lei de Execução Penal (alteração de regime por efeito de progressão ou regressão; aplicação retroativa de nova lei mais benéfica, etc.), reputa-se ilegítima qualquer inovação feita no título executório. Destarte, não configurada a reincidência, presume-se o agravante primário.

Ante o exposto, dá-se provimento ao Agravo de Execução para, afastando-se o reconhecimento da reincidência em relação à 6ª Execução, anular a decisão recorrida, determinando seja retificado o cálculo de liquidação de penas do agravante, considerando-o como primário.

PAULO ANTONIO ROSSI  
RELATOR

Com a devida vênia, ao reconhecer a reincidência do sentenciado, mas acolher o recurso defensivo para excluí-la dos cálculos de cumprimento de pena, sob o fundamento de que o Juízo das Execuções Criminais não pode reconhecê-la por que não considerada no processo de conhecimento, a douta 12ª Câmara Criminal do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, acabou por contrariar o disposto nos **artigos 1º, 5º, 66, III e 84, § 3º, II, e 111, parágrafo único, todos da Lei de Execuções Penais**, bem como dissentiu da consolidada jurisprudência do C. Superior Tribunal de Justiça legitimando, dessarte, a interposição do presente recurso especial, pelas **alíneas "a" e "c"**, do art. 105, III, da Carta Magna, com a seguinte tese jurídica:

**Execução. Reincidência. Reconhecimento. Possibilidade. Para efeito de cálculo de pena para o fim de concessão de benefícios, o Juízo das Execuções Penais pode reconhecer a reincidência, ainda que ela não tenha sido reconhecida na sentença condenatória.**

## 2. PREQUESTIONAMENTO

Embora os citados preceitos legais não tenham sido mencionados no v. acórdão recorrido, o tema central do presente recurso é a possibilidade de o Juiz das Execuções Penais reconhecer, no cálculo de cumprimento de pena, condições pessoais do sentenciado (como a reincidência), mesmo que não tenham sido consideradas no título penal executório, desde que não haja aumento da pena ou agravamento do regime prisional, tema esse amplamente debatido no v. acórdão, o que é suficiente para configurar o prequestionamento.

Nesse sentido:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. DIREITO PENAL MILITAR E PROCESSO PENAL MILITAR. PRELIMINAR DE INADMISSIBILIDADE POR FALTA DE PREQUESTIONAMENTO. ALEGADA AUSÊNCIA DE MANIFESTAÇÃO EXPRESSA QUANTO AO ART. 54 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL MILITAR - CPPM. INOCORRÊNCIA. PREQUESTIONAMENTO IMPLÍCITO. POSSIBILIDADE. SUPOSTO CRIME DOLOSO CONTRA A VIDA DE CIVIL PRATICADO POR POLICIAL MILITAR. EXCLUDENTES DE ILICITUDE: LEGÍTIMA DEFESA DE TERCEIROS E ESTRITO CUMPRIMENTO DO DEVER LEGAL. INQUÉRITO POLICIAL MILITAR. ARQUIVAMENTO DE OFÍCIO PELA JUSTIÇA CASTRENSE. IMPOSSIBILIDADE. COMPETÊNCIA DO TRIBUNAL DO JÚRI PARA JULGAMENTO DA CAUSA. REMESSA À JUSTIÇA COMUM. JURISPRUDÊNCIA PACÍFICA DESTA CORTE. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. **1. A jurisprudência desta Corte admite o chamado prequestionamento implícito, ou seja, aquele que ocorre quando há o efetivo debate da matéria, embora não haja expressa menção aos dispositivos legais apontados como violados...** (AgRg no REsp 1830756/SP Relator Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, Julgamento 23/06/2020, DJe 29/06/2020).

**“Esta Corte Superior admite o chamado prequestionamento implícito, que ocorre quando o Tribunal a quo delibera sobre os temas abordados nas razões recursais, ainda que sem apontar os dispositivos legais tidos por violados...”** (AgRg nos EDcl no AREsp 1226589/SC, Relator Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, Julgamento 15/10/2019, DJe 25/10/2019) .

### **3. CONTEXTUALIZAÇÃO**

No presente recurso, pleiteia-se o reconhecimento pela Corte Superior, da possibilidade de o Juiz das Execuções Penais reconhecer condições pessoais, como a reincidência, no cálculo de cumprimento de pena para a obtenção de benefícios, mesmo que essas condições não tenham sido reconhecidas na sentença condenatória.

Assim, a pretensão passa pela análise de preceitos da Lei de Execução Penal que permitem ao Juiz, na individualização executória da pena, reconhecer condições pessoais sem, contudo, aumentar a pena ou agravar o regime.

### **4. NEGATIVA DE VIGÊNCIA DE LEI FEDERAL**

O v. acórdão recorrido deixou assentado que o título penal condenatório é imutável, não podendo o Juiz das Execuções Criminais reconhecer condições pessoais para fins de cálculo de benefícios quando não mencionadas na sentença condenatória, sob pena de ofensa à coisa julgada.

É certo que na execução da pena o Juiz não pode reconhecer a reincidência para agravar a pena do réu na segunda fase da dosimetria, ou para fixar regime inicial mais gravoso do que estabelecidos na sentença condenatória. Nessa hipótese, de fato, estaria ocorrendo a *reformatio in pejus*.

Entretanto, a Lei de Execução Penal, em vários artigos, atribui ao Juiz a competência para fazer alterações no título penal executório para o adequado cumprimento da pena e da legislação de regência.



Com efeito, dispõem os artigos 1º, 5º, 66, 84, § 3º, II e 111, parágrafo único, da Lei de Execuções Penais:

**Art. 1º 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.**

**Art. 5º Os condenados serão classificados, segundo os seus antecedentes e personalidade, para orientar a individualização da execução penal.**

[...]

**Art. 66. Compete ao Juiz da execução:**  
[...]

**III - decidir sobre:**

- a) soma ou unificação de penas;**
- b) progressão ou regressão nos regimes;**
- c) detração e remição da pena;**
- d) suspensão condicional da pena;**
- e) livramento condicional;**
- f) incidentes da execução.**

**Art. 84. O preso provisório ficará separado do condenado por sentença transitada em julgado.**

[...]

**§ 3º Os presos condenados ficarão separados de acordo com os seguintes critérios:**

[...] **(Incluído pela Lei nº 13.167, de 2015)**

**II - reincidentes condenados pela prática de crimes cometidos com violência ou grave ameaça à pessoa;** **(Incluído pela Lei nº 13.167, de 2015)**

**Art. 111. Quando houver condenação por mais de um crime, no mesmo processo ou em processos distintos, a determinação do regime de cumprimento será feita pelo resultado da soma ou unificação das penas, observada, quando for o caso, a detração ou remição.**

**Parágrafo único. Sobrevindo condenação no curso da execução, somar-se-á a pena ao restante da que está sendo cumprida, para determinação do regime.**

Assim, na individualização executória da pena, para início de cumprimento da sanção penal imposta no processo de conhecimento, compete ao Juiz das Execuções Penais fazer a classificação de acordo com os antecedentes (art. 5º), separar os presos reincidentes (art. 84, § 3º, II), somar penas e agravar o regime por conta da unificação (arts. 66, III, "a" e 111, parágrafo único).

Esses preceitos demonstram que o título penal executório **não é imutável**, pois até mesmo o regime prisional, em caso de unificação, pode ser agravado.

Comentando o artigo 1º, da LEP, preleciona GUILHERME DE SOUZA NUCCI:

*"Quanto à individualização da pena, sabe-se que há três aspectos a considerar [...] c) individualização executória: a terceira etapa da individualização da pena se desenvolve no estágio da execução penal. A sentença condenatória não é estática, mas dinâmica. **Um título executivo judicial, na órbita penal, é mutável.** Um réu condenado ao cumprimento da pena de reclusão de doze anos, em regime inicial fechado, pode cumpri-la exatamente em doze anos, no regime fechado (basta ter péssimo comportamento carcerário, recusar-se a trabalhar etc.) ou cumpri-la em menor tempo, valendo-se de benefícios específicos (remição, comutação, progressão de regime, livramento condicional etc.)"* (Leis Penais e Processuais Penais Comentadas, v. 2, 10ª ed., GEN/Forense, 2017, p. 186, destaquei).

E, no tocante ao artigo 5º, da LEP:

"Classificação e individualização executória da pena: classificar, em sentido amplo, significa distribuir em grupos ou classes, conforme determinados critérios. **No caso da Lei de Execução Penal, torna-se fundamental separar os presos, determinando o melhor lugar para que cumpram suas penas, de modo a evitar o contato negativo entre reincidentes e primários, pessoas com elevadas penas e outros com penas brandas, dentre outros fatores.** Em suma, não se deve mesclar, num mesmo espaço, condenados diferenciados. A individualização da pena é preceito constitucional (art. 5º, XLVI, CF) e vale tanto para o momento em que o magistrado condena o réu, aplicando a pena concreta, quanto para a fase de execução da sanção" (ob. cit., p. 96, destaquei).

Por fim, em relação ao artigo 84, § 3º, da LEP, ensina:

"Regras de separação de presos: sempre defendemos que o disposto no art. 84 desta Lei é não somente sensato como imprescindível para a devida ressocialização de cada preso, tornando o processo de individualização executória da pena uma realidade. Não se pode conceber que condenados definitivos compartilhem espaços conjuntos com presos provisórios [...] Sob outra ótica, também não tem o menor cabimento a mistura, na mesma cela, ou nas mesmas atividades, do condenado primário com o reincidente..." (ob. cit., p. 300).

Dessarte, esses preceitos legais autorizam o Juiz das Execuções Penais, no mister de individualizar o cumprimento da pena, aferir as condições pessoais do sentenciado, como a reincidência sem que isso configure *reformatio in pejus*.

Além disso, relevante ressaltar 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.

Nesse sentido a jurisprudência das **duas Turmas** criminais do Superior Tribunal de Justiça:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO. REINCIDÊNCIA NÃO RECONHECIDA NA SENTENÇA CONDENATÓRIA. CIRCUNSTÂNCIA CONSIDERADA PELO JUIZ DA EXECUÇÃO. NÃO OCORRÊNCIA DE AFRONTA À COISA JULGADA. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE. RESSALVA DO ENTENDIMENTO DO RELATOR EM SENTIDO DIVERSO. **1. Predomina, na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, a orientação 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.** Ressalva do entendimento do Relator em sentido diverso. **2.** Precedentes recentíssimos: AgRg no AREsp n. 1.471.125/MG, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, Sexta Turma, julgado em 13/8/2019, DJe 29/8/2019; AgRg no REsp n. 1.819.736/MG, Rel. Ministro JORGE MUSSI, Quinta Turma, julgado em 6/8/2019, DJe 13/8/2019; AgRg no AREsp n. 1.237.581/MS, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, Sexta Turma, julgado em 21/6/2018, DJe 1º/8/2018; AgRg no REsp n. 1.802.099/MG, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, Quinta Turma, julgado em 25/6/2019, DJe 5/8/2019; AgRg no REsp n. 1.818.339/MG, desta relatoria, Quinta Turma, julgado em 15/8/2019, DJe 30/8/2019; e AgRg no REsp n. 1.790.637/ES, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, Sexta Turma, julgado em 14/5/2019, DJe 23/5/2019. **3. Nessa linha de raciocínio, a reincidência deve ser considerada como um fato relacionado à condição pessoal do condenado que não pode ser simplesmente desconsiderado pelo Juízo da execução** (AgRg no HC n. 510.572/MG, Rel. Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, Sexta Turma, julgado em 6/8/2019, DJe 13/8/2019). Assim, as condições pessoais do apenado, tal como a reincidência, ainda que não sejam reconhecidas na condenação, devem ser observadas pelo Juízo das execuções para concessão de benefícios, já que tal proceder encontra-se na sua esfera de competências, definida no art. 66 da LEP, descabendo falar-se em reformatio in pejus ou em violação da coisa julgada material, mas em individualização da pena relativa

à apreciação de institutos próprios da execução penal (AgRg no HC n. 511.766/MG, Rel. Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, Sexta Turma, julgado em 18/6/2019, DJe 27/6/2019). **4. Em suma: a) o entendimento desta Corte Superior é no sentido de que compete ao Juízo das Execuções Penais aferir todos os elementos necessários à correta e individualizada execução da pena, razão pela qual lhe é permitido decidir acerca da existência de condições pessoais que interessem à fase executiva, como é o caso da reincidência, ainda que esta circunstância não tenha sido reconhecida no título condenatório;** b) não importa que o Apenado tenha sido considerado primário no édito condenatório, 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 (AgRg no HC 493.043/MG, Rel. Ministra LAURITA VAZ, Sexta Turma, julgado em 6/8/2019, DJe 19/8/2019). 5. Agravo regimental não provido (AgRg no REsp 1828477 / MG Relator Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, Julgamento 19/09/2019, DJe 27/09/2019).

AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO PENAL. REINCIDÊNCIA NÃO RECONHECIDA NA SENTENÇA CONDENATÓRIA. CIRCUNSTÂNCIA SOPESADA NA EXECUÇÃO. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES DESTA CORTE. **1. A orientação jurisprudencial desta Corte é de que o Juízo da execução deve considerar as condições pessoais do apenado, inclusive a reincidência, para fins de concessão dos benefícios da execução, ainda que não reconhecidas pelo Juízo da condenação.** 2. Agravo regimental improvido (AgRg no AREsp 1471125/MG, Relator Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, Julgamento 13/08/2019, DJe 29/08/2019).

No mesmo sentido a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal:

*"...O reconhecimento da circunstância legal agravante da reincidência (art. 61, I, do Código Penal), para fins de agravamento da pena do réu, incumbe ao juiz natural do processo de conhecimento. De outro lado, a aferição*

***dessa condição pessoal para fins de concessão de benefícios da execução penal compete ao Juiz da Vara das Execuções Penais. Trata-se, portanto, de tarefas distintas. Nada obsta a ponderação da reincidência no âmbito da execução penal do reeducando, ainda que não lhe tenha sido agravada a pena por esse fundamento, quando da prolação da sentença condenatória*** (RHC 144602-ES, Relator: Min. DIAS TOFFOLI, Julgamento: 18/06/2018, Publicação: 21/06/2018)

Assim, ao decidir que o Juízo das Execuções Penais não pode reconhecer as condições pessoais do condenado, porque não reconhecidas no processo de conhecimento, o v. acórdão violou citados preceitos legais.

## **5. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL**

O C. Superior Tribunal de Justiça tem jurisprudência consolidada no sentido de que a reincidência é condição pessoal do sentenciado que pode ser reconhecida em sede de execução penal, ainda que não tenha sido reconhecida no processo de conhecimento.

Nesse sentido:

AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. 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. [...] 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". (AgRg no HC 498.546/MS, Rel. Ministra LAURITA VAZ, SEXTA TURMA, julgado em 30/05/2019, DJe 11/06/2019). 2. Agravo regimental desprovido (AgRg no REsp 1819736 / MG Relator Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, Julgamento 06/08/2019, DJe 13/08/2019).

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, Relator Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, Julgamento 21/06/2018, DJe 01/08/2018).

## 5.1. ACÓRDÃO PARADIGMA

No julgamento do **ERESP n. 1738.968/MG**, relatora Ministra LAURITA VAZ, Terceira Seção, j. 27.11.2019, DJe 17.12.2019, o C. Superior Tribunal de Justiça, assim decidiu:

### EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RESP N° 1.738.968 - MG (20180104698-0)

**RELATORA** : MINISTRA LAURITA VAZ  
**EMBARGANTE** : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL  
**EMBARGADO** : PAULO HENRIQUE DAMACENO FRANCO  
**ADVOGADO** : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MINAS GERAIS  
**INTERES.** : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS

#### EMENTA

EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA NO AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO PENAL. AUSÊNCIA DE RECONHECIMENTO DA REINCIDÊNCIA PELO JUÍZO SENTENCIANTE. PROCLAMAÇÃO PELO JUÍZO DA EXECUÇÃO. POSSIBILIDADE. INEXISTÊNCIA DE *REFORMATIO IN PEJUS*. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA ACOLHIDOS.

1. A individualização da pena se realiza, essencialmente, em três momentos: na cominação da pena em abstrato ao tipo legal, pelo Legislador; na sentença penal condenatória, pelo Juízo de conhecimento; e na execução penal, pelo Juízo das Execuções.
2. A intangibilidade da sentença penal condenatória transitada em julgado não retira do Juízo das Execuções Penais o dever de adequar o cumprimento da sanção penal às condições pessoais do réu.
3. *'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)'* (AgRg no REsp 1.642.746/ES, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 03/08/2017, DJe 1408/2017).
4. Embargos de divergência acolhidos para, cassando o acórdão embargado, dar provimento ao agravo regimental, para dar provimento ao recurso especial e, assim, também cassar o acórdão recorrido e a decisão de primeiro grau, devendo o Juízo das Execuções promover a retificação do atestado de pena para constar a reincidência, com todos os consectários daí decorrentes.

### ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, retomado o julgamento, após o voto-vista do Sr. Ministro Jorge Mussi acompanhando a Relatora, e as retificações de votos dos Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior e Reynaldo Soares da Fonseca, para acompanhar a divergência, por maioria, acolher os embargos de divergência, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora.

Vencidos os Srs. Ministros Ribeiro Dantas (voto-vista), Sebastião Reis Júnior e Reynaldo Soares da Fonseca, que rejeitavam os embargos de divergência. Os Srs. Ministros Jorge Mussi (voto-vista), Nefi Cordeiro, Antonio Saldanha Palheiro, Joel Ilan Paciornik (declarou-se apto a votar) e Leopoldo de Arruda Raposo (Desembargador convocado do TJPE, que declarou-se apto a votar) votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Rogerio Schietti Cruz.

Brasília (DF), 27 de novembro de 2019(Data do Julgamento)

MINISTRA LAURITA VAZ

Relatora

### RELATÓRIO

#### **A EXMA. SRA. MINISTRA LAURITA VAZ:**

Trata-se de embargos de divergência opostos pelo MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL contra acórdão da QUINTA TURMA, relatado pelo Ministro Ribeiro Dantas, ementado nos seguintes termos:

**"AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO PENAL. AUSÊNCIA DE RECONHECIMENTO DA REINCIDÊNCIA PELO JUÍZO SENTENCIANTE. PROCLAMAÇÃO PELO JUÍZO DA EXECUÇÃO. AGRAVO IMPROVIDO. IMPOSSIBILIDADE. AGRAVO NÃO PROVIDO.**

1. "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 28/03/2017, DJe 25/04/2017).

2. *Agravo regimental não provido.*"

Alega o *Parquet* Federal que o acórdão embargado diverge do entendimento consignado no paradigma da SEXTA TURMA, cuja ementa é a que se segue:

**"PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. VIOLAÇÃO AOS ARTS. 59 E 68, AMBOS DO CP. SENTENÇA CONDENATÓRIA. UTILIZAÇÃO DE CONDENAÇÃO ANTERIOR NA PRIMEIRA FASE DA DOSIMETRIA COMO MAUS ANTECEDENTES. RECONHECIMENTO DA REINCIDÊNCIA PELO JUÍZO DA EXECUÇÃO PARA FINS DE PROGRESSÃO DE REGIME. REFORMATIO IN PEJUS OU AFRONTA À COISA JULGADA. INOCORRÊNCIA. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.**



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, asseverado pelo magistrado, na sentença condenatória, que o ora recorrente possuía condenação anterior transitada em julgado (período depurador não foi alcançado), a qual foi utilizadas para exasperar a pena na primeira fase da dosimetria, não há violação à coisa julgada ou reformatio in pejus quanto à consideração do Juiz da execução, no sentido de ser o recorrente reincidente para fins de progressão de regime.
6. Agravo regimental não provido." (AgRg no REsp 1.642.746/ES, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 03/08/2017, DJe 14/08/2017; grifos no original.)

Argumenta o Embargante que:

"No presente caso, a Quinta Turma dessa Eg. Corte Superior decidiu que a situação fática acima descrita não admite o reconhecimento da reincidência pelo juízo da execução, ante a ausência de menção expressa à circunstância agravante pelo juízo sentenciante, sob pena de violação à coisa julgada e ao princípio da non reformatio in pejus.

No julgado paradigma, contudo, a Sexta Turma dessa Eg. Corte Superior decidiu que o reconhecimento da reincidência, mesmo que seja apenas na fase de execução penal, não constitui reformatio in pejus, haja vista que a agravante da reincidência configura circunstância de caráter pessoal e acompanha o condenado durante todo o cumprimento da pena, para fins de progressão de regime, livramento condicional e outros benefícios, devendo ser considerada pelo juízo da execução, em nome do princípio constitucional da individualização da pena." (fl. 216)

Pede, assim, o acolhimento dos embargos, "para, em uniformização de entendimento do tema discutido pela Terceira Seção desse Egrégio Tribunal Superior, reformar o acórdão embargado, no sentido do acórdão paradigma da Sexta Turma e reconhecer a ofensa do acórdão regional aos arts. 61, I, 63 e 64, todos do Código Penal, e art. 66 da Lei 7.210/84, dando-se provimento ao recurso especial interposto pelo Ministério Público do Estado de Minas Gerais" (fl. 218).

Proferi a decisão de fls. 232-234, admitindo o processamento dos embargos.

A Defensoria Pública do Estado de Minas Gerais ofereceu impugnação às fls. 246-259, pugnando pela rejeição dos embargos.

É o relatório.

## VOTO

### A EXMA. SRA. MINISTRA LAURITA VAZ (RELATORA):

Decidiu o **acórdão embargado** 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, 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 28/03/2017,

DJe 25/04/2017)" (AgRg no REsp 1.725.082/MG, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 22/05/2018, DJe 30/05/2018).

Já o **acórdão paradigma** entendeu que:

*"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)" (AgRg no REsp 1.642.746/ES, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 03/08/2017, DJe 14/08/2017).*

Tendo sido demonstrado o dissídio jurisprudencial pelo MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL, ora Embargante, conheço dos embargos de divergência e passo à análise do mérito.

Com a devida vênia dos entendimentos contrários, a meu sentir, deve prevalecer a tese consagrada no acórdão paradigma, de onde se extraem os seguintes fundamentos:

"[...]

*De fato, no que tange à aventada ofensa aos artigos 59 e 68, ambos do Código Penal, sob o argumento de que o reconhecimento da reincidência pelo juiz da execução penal viola a coisa julgada e afronta o princípio da non reformatio in pejus, observa-se que quanto à matéria o acórdão recorrido está em consonância com a jurisprudência desta Corte Superior de Justiça, em especial com o entendimento que vem sendo firmado por esta Sexta Turma.*

*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, 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 recorrente, 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, § 3.º, 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.*

*Nessa perspectiva, não prospera o argumento de que a consideração da reincidência, apenas na fase de execução penal, revelaria o inaceitável reformatio in pejus ou afronta à coisa julgada, 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 recorrente em cumprimento da pena e sobrevivendo 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).*

[...]

*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."*

*Por fim, diante do elucidado, verifica-se que, in casu, não há qualquer ilegalidade a ser sanada pela via especial, quanto à consideração do Juiz da execução, no sentido de ser o recorrente reincidente, para fins de progressão de regime, até porque, consoante, asseverado nas instâncias ordinárias, o ora recorrente, ao tempo da sentença condenatória, possuía uma condenação anterior transitada em julgado (período depurador não foi alcançado), sendo irrelevante o fato de ter sido utilizada para exasperar a pena na primeira fase da dosimetria.*

*Nesse sentido, os recentes julgados:*

**"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, DJe 23/03/2017)."*

**"HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. EXECUÇÃO PENAL. PROGRESSÃO DE REGIME. LAPSO TEMPORAL (3/5). APLICADO. CRIME EQUIPARADO A HEDIONDO E PACIENTE REINCIDENTE. 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 REINCIDENTE 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.*" (HC 378.985/ES, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, DJe 24/02/2017)

**"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 17/8/2014 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 29/2014; 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, perfílhando esse entendimento, a 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 Félix Fischer, Quinta Turma, DJe 13/05/2015) [...]."

Como se sabe, a individualização da pena se realiza, essencialmente, em três momentos: na cominação da pena em abstrato ao tipo legal, pelo Legislador; na sentença penal condenatória, pelo Juízo de conhecimento; e na execução penal, pelo Juízo das Execuções.

A intangibilidade da sentença penal condenatória transitada em julgado não retira do Juízo das Execuções Penais o dever de adequar o cumprimento da sanção penal às condições pessoais do réu.

Esse entendimento, a propósito, tem sido convalidado pela Supremo Tribunal Federal, por meio de decisões monocrática de alguns de seus ministros, v.g.: RHC 144602/ES, Relator Min. DIAS TOFFOLI, DJe-123 DIVULG 2006/2018 PUBLIC 21/06/2018, de onde se extrai o seguinte esclarecimento:

*"O reconhecimento da circunstância legal agravante da **reincidência** (art. 61, I, do Código Penal), para fins de agravamento da pena do réu, incumbe ao juiz natural do processo de conhecimento. De outro lado, a aferição dessa condição pessoal para fins de concessão de benefícios da execução penal compete ao Juiz da Vara das Execuções Penais. Trata-se, portanto, de tarefas distintas. Nada obsta a ponderação da **reincidência** no âmbito da execução penal do reeducando, ainda que não lhe tenha sido agravada a pena por esse fundamento, quando da prolação da sentença condenatória."*

Ante o exposto, ACOLHO os embargos de divergência para, cassando o acórdão embargado, DAR PROVIMENTO ao agravo regimental, para DAR PROVIMENTO ao recurso especial e, assim, também

cassar o acórdão recorrido e a decisão de primeiro grau, devendo o Juízo das Execuções promover a retificação do atestado de pena para constar a reincidência, com todos os consectários daí decorrentes. É o voto.

## **5.2. COTEJO ANALÍTICO DE SEMELHANÇA**

Nos dois acórdãos foi discutido se é possível o Juízo das Execuções Criminais reconhecer a reincidência do sentenciado para fins de cálculo de benefícios quando essa circunstância não tenha sido reconhecida no processo de conhecimento. Distintas, porém, as soluções:

### **Para o v. acórdão recorrido:**

“A despeito da reincidência do agravante, conforme consignado na r. decisão agravada, esta não foi reconhecida nos autos da condenação objeto da 6ª Execução, não havendo recurso ministerial.

Segundo preleciona Damásio Evangelista de Jesus, ao tratar da reincidência no cálculo da prescrição da pretensão executória: "O aumento do prazo prescricional pressupõe que a sentença condenatória tenha reconhecido a reincidência" (Prescrição Penal. São Paulo: Saraiva, 19ª Ed. 2010).

"A execução penal submete-se ao princípio da legalidade, de maneira que todos os atos que a envolvem devem obediência aos limites do título executivo judicial decorrente da sentença penal condenatória ou de absolvição imprópria, observadas as disposições normativas que a informam". (MARCÃO. Renato Fávio. Lei de Execução Penal Anotada e Interpretada. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2009).

A pena a ser considerada, para efeito de determinação do lapso para a concessão de progressão de regime e livramento condicional, é aquela constante do título executivo, ou seja, da sentença penal condenatória, e não uma pena hipotética, considerada mais justa ou correta em face de fatos novos, ainda que verdadeiros, apurados posteriormente. O entendimento diverso, sustentado pelo nobre Julgador a quo, importaria em verdadeira reformatio in pejus, hipótese inaceitável consoante pacífico entendimento jurisprudencial:

[...]

Destarte, considerando que a reincidência não restou reconhecida pelo Juízo de conhecimento, na sentença condenatória objeto da 6ª Execução, é defeso o seu reconhecimento na fase executória, porquanto implicaria em verdadeira reformatio in pejus, portanto, a reincidência, não admitida no título executivo judicial, não pode ser levada a efeito no momento da execução da pena.

Além disso, entendo que não é possível o reconhecimento da reincidência em sede de execução penal, se não declarada na sentença condenatória, sob pena de ofensa à coisa julgada. Com efeito, ao Juízo da Execução nada mais cabe senão o cumprimento das disposições constantes do título executório penal, formado com estrita observância do devido processo legal e amplo debate, pelas partes, sobre as circunstâncias e consequências decorrentes da prática do delito.

Por isso, ressalvadas as matérias expressamente contempladas na Lei de Execução Penal (alteração de regime por efeito de progressão ou regressão; aplicação retroativa de nova lei mais benéfica, etc.), reputa-se ilegítima qualquer inovação feita no título executório. Destarte, não configurada a reincidência, presume-se o agravante primário.

## **Já para o v. aresto paradigma:**

*"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 recorrente, 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, § 3.º, 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.*

*Nessa perspectiva, não prospera o argumento de que **a consideração da reincidência**, apenas na fase de execução penal, revelaria o inaceitável reformatio in pejus ou afronta à coisa julgada, 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 recorrente em cumprimento da pena e sobrevivendo 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).*

[...]

*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."*

*Por fim, diante do elucidado, verifica-se que, in casu, não há qualquer ilegalidade a ser sanada pela via especial, quanto à consideração do Juiz da execução, no sentido de ser o recorrente reincidente, para fins de progressão de regime, até porque, consoante, asseverado nas instâncias ordinárias, o ora recorrente, ao tempo da sentença condenatória, possuía uma condenação anterior transitada em julgado (período depurador não foi alcançado), sendo irrelevante o fato de ter sido utilizada para exasperar a pena na primeira fase da dosimetria.*

[...]

Como se sabe, a individualização da pena se realiza, essencialmente, em três momentos: na cominação da pena em abstrato ao tipo legal, pelo Legislador; na sentença penal condenatória, pelo Juízo de conhecimento; e na execução penal, pelo Juízo das Execuções.

A intangibilidade da sentença penal condenatória transitada em julgado não retira do Juízo das Execuções Penais o dever de adequar o cumprimento da sanção penal às condições pessoais do réu.

### **Em síntese, enquanto para o acórdão recorrido:**

*"A despeito da reincidência do agravante, conforme consignado na r. decisão agravada, esta não foi reconhecida nos autos da condenação objeto da 6ª Execução, não havendo recurso ministerial.*

[...]

*Destarte, considerando que a reincidência não restou reconhecida pelo Juízo de conhecimento, na sentença condenatória objeto da 6ª Execução, é defeso o seu reconhecimento na fase executória, porquanto implicaria em verdadeira reformatio in pejus, portanto, a reincidência, não admitida no título executivo judicial, não pode ser levada a efeito no momento da execução da pena".*

### **Para o v. aresto paradigma:**

*"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.*

*Nessa perspectiva, não prospera o argumento de que **a consideração da reincidência**, apenas na fase de execução penal, revelaria o inaceitável reformatio in pejus ou afronta à coisa julgada, 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.”*

Melhor solução, *data venia*, é a adotada pelo C. Superior Tribunal de Justiça.

## **6. DO PEDIDO DA REFORMA.**

Ante todo o exposto, demonstrados a violação a preceitos legais e o dissídio jurisprudencial, aguarda o **Ministério Público do Estado de São Paulo** seja **admitido** o processamento do presente **Recurso Especial** por essa Egrégia Presidência, bem como seja ele oportunamente **conhecido** e **provido** pelo Colendo Superior Tribunal de Justiça, a fim de cassar o v. acórdão recorrido, restabelecendo-se a decisão prolatada pelo Juízo de primeiro grau que reconheceu a reincidência do acusado para o fim de cálculo de benefícios durante o cumprimento da pena.

São Paulo, 28 de fevereiro de 2021

**Jairo José Gênova**



Promotor de Justiça

(Designado em 2ª Instância-Portaria 795/2014, DOESP 01.02.2014)