

Superior Tribunal de Justiça

HABEAS CORPUS Nº 530.956 - MG (2019/0262032-8)

RELATOR : MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MINAS GERAIS
ADVOGADOS : NÁDIA DE SOUZA CAMPOS - MG059101
DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MINAS GERAIS
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS
PACIENTE : DIEGO JÚNIOR RODRIGUES SANTOS (PRESO)
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de DIEGO JÚNIOR RODRIGUES SANTOS contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais.

Consta da inicial que o Juízo da execução considerou o paciente reincidente. Insatisfeita, a defesa teria ingressado com agravo em execução perante a Corte estadual, pedindo a retificação do atestado de pena para afastar a reincidência (e-STJ fl. 3). No entanto, o Tribunal, por maioria, negou provimento ao recurso, conforme transcrição da ementa na exordial (e-STJ fl. 4):

AGRAVO EM EXECUÇÃO - PEDIDO DE RETIFICAÇÃO DO ATESTADO DE PENA - DESCONSIDERAÇÃO DA REINCIDÊNCIA - IMPROCEDÊNCIA - REINCIDÊNCIA RECONHECIDA EXPRESSAMENTE NA SENTENÇA CONDENATÓRIA - ERRO MATERIAL QUE NÃO ELIDE TAL RECONHECIMENTO - RECURSO DESPROVIDO. (TJMG - Agravo em Execução Penal 1.0474.18.003275-4/001, Relator(a): Des.(a) Márcia Milanez, 6ª CAMARA CRIMINAL, julgamento em 13/08/0019, publicação da súmula em 22/08/2019).

Nesta oportunidade, a Defensoria Pública alega que o Juízo das Execuções Criminais não pode reconhecer a reincidência, e sim deve observar os limites das condenações, principalmente se houver prejuízo para o executado, sob pena de constituir supressão de instância (incompetência da execução), ofensa à coisa julgada e revisão criminal *pro societatis* (uma vez

Superior Tribunal de Justiça

que o Ministério Público não pleiteou a reincidência anteriormente).

Dessa forma, pretende, em liminar e no mérito, o afastamento da condição de reincidente da ficha do paciente.

Liminar indeferida (e-STJ fls. 17/18).

Informações prestadas pelo TJMG (e-STJ fls. 22/26 e 82/86) e pelo Juízo da 2ª Vara Criminal, de Precatórios Criminais e Execução Penal da Comarca de Sete Lagoas/MG (e-STJ fls. 33/76).

O Ministério Público Federal opina pelo não conhecimento do *habeas corpus* (e-STJ fls. 91/95).

É o relatório. **Decido.**

O Supremo Tribunal Federal, por sua Primeira Turma, e a Terceira Seção deste Superior Tribunal de Justiça, diante da utilização crescente e sucessiva do *habeas corpus*, passaram a restringir a sua admissibilidade quando o ato ilegal for passível de impugnação pela via recursal própria, sem olvidar a possibilidade de concessão da ordem, de ofício, nos casos de flagrante ilegalidade. Esse entendimento objetivou preservar a utilidade e a eficácia do *mandamus*, que é o instrumento constitucional mais importante de proteção à liberdade individual do cidadão ameaçada por ato ilegal ou abuso de poder, garantindo a celeridade que o seu julgamento requer. Nesse sentido, confirmam-se os seguintes julgados, exemplificativos dessa nova orientação das Cortes Superiores do País:

PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. NÃO CABIMENTO. ROUBO EM CONCURSO DE PESSOAS E COM EMPREGO DE ARMA DE FOGO. PRISÃO EM FLAGRANTE CONVERTIDA EM PREVENTIVA. ALEGADA AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO DO DECRETO PRISIONAL. INOCORRÊNCIA. SEGREGAÇÃO CAUTELAR DEVIDAMENTE FUNDAMENTADA NA GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. PERICULOSIDADE CONCRETA DO PACIENTE. MODUS OPERANDI. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

Superior Tribunal de Justiça

I - A Primeira Turma do col. Pretório Excelso firmou orientação no sentido de não admitir a impetração de habeas corpus substitutivo ante a previsão legal de cabimento de recurso ordinário (v.g.: HC 109.956/PR, Rel. Min. Marco Aurélio, DJe de 11/9/2012; RHC 121.399/SP, Rel. Min. Dias Toffoli, DJe de 1º/8/2014 e RHC 117.268/SP, Rel. Min. Rosa Weber, DJe de 13/5/2014). As Turmas que integram a Terceira Seção desta Corte alinham-se a esta dicção, e, desse modo, também passaram a repudiar a utilização desmedida do writ substitutivo em detrimento do recurso adequado (v.g.: HC 284.176/RJ, Quinta Turma, Rel. Min. Laurita Vaz, DJe de 2/9/2014; HC 297.931/MG, Quinta Turma, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, DJe de 28/8/2014; HC 293.528/SP, Sexta Turma, Rel. Min. Nefi Cordeiro, DJe de 4/9/2014 e HC 253.802/MG, Sexta Turma, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, DJe de 4/6/2014). II - Portanto, não se admite mais, perfilhando esse entendimento, a 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. (...). Habeas corpus não conhecido. (HC 320.818/SP, Rel. Min. FELIX FISCHER, Quinta Turma, julgado em 21/5/2015, DJe 27/5/2015).

HABEAS CORPUS. SUBSTITUTIVO DO RECURSO CONSTITUCIONAL. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO INTERNACIONAL DE DROGAS. DOSIMETRIA. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. REGIME INICIAL FECHADO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. CIRCUNSTÂNCIAS DESFAVORÁVEIS.

1. O habeas corpus tem uma rica história, constituindo garantia fundamental do cidadão. Ação constitucional que é, não pode ser o writ amesquinhado, mas também não é passível de vulgarização, sob pena de restar descaracterizado como remédio heroico. Contra a denegação de habeas corpus por Tribunal Superior prevê a Constituição Federal remédio jurídico expresso, o recurso ordinário. Diante da dicção do art. 102, II, a, da Constituição da República, a impetração de novo habeas corpus em caráter substitutivo escamoteia o instituto recursal próprio, em manifesta burla do preceito constitucional. Igualmente, contra o improvimento de recurso ordinário contra a denegação do habeas corpus pelo Superior Tribunal de Justiça, não cabe novo writ ao Supremo Tribunal Federal, o que implicaria retorno à fase anterior. Precedente da Primeira Turma desta Suprema Corte. [...]. (STF, HC n. 113890, Rel.

Superior Tribunal de Justiça

Min. ROSA WEBER, Primeira Turma, julg. em 3/12/2013, DJ 28/2/2014).

Assim, de início, incabível o presente *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio. Todavia, em homenagem ao princípio da ampla defesa, passa-se ao exame da insurgência, para verificar a existência de eventual constrangimento ilegal passível de ser sanado pela concessão da ordem de ofício.

Sobre a controvérsia estabelecida nos autos, verifica-se que, tanto na Quinta Turma quanto na Sexta Turma desta Corte, existem precedentes recentíssimos 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.

Nesse sentido, colaciono os seguintes precedentes:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO PENAL. REINCIDÊNCIA NÃO RECONHECIDA NA SENTENÇA CONDENATÓRIA. POSSIBILIDADE DE RECONHECIMENTO PELO JUÍZO DA EXECUÇÃO. REFORMATIO IN PEJUS E OFENSA À COISA JULGADA NÃO CONFIGURADOS. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

1. É cediço na jurisprudência desta Corte Superior de Justiça o entendimento no sentido de que "a reincidência do acusado constitui circunstância pessoal que acompanha o condenado durante toda a execução criminal, podendo ser reconhecida pelo Juízo da execução que supervisiona o cumprimento da pena, ainda que não reconhecida pelo Juízo que prolatou a sentença condenatória" (AgRg no AREsp 1341499/MG, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 16/10/2018, DJe 22/10/2018).

2. Outrossim, o fato de a reincidência não ter incidido na fase de conhecimento não obsta o reconhecimento dos seus consectários legais na fase executória, para fins de concessão de benefícios ao apenado, não havendo se falar em ofensa à coisa julgada e ao princípio da non reformatio in pejus. Precedente: AgRg no HC 451.341/ES, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR,

Superior Tribunal de Justiça

SEXTA TURMA, julgado em 6/12/2018, DJe 1º/2/2019.

3. Agravo regimental não provido.

(AgRg no REsp 1818339/MG, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 15/08/2019, DJe 30/08/2019.)

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, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 13/08/2019, DJe 29/08/2019.)

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, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 06/08/2019, DJe 13/08/2019.)

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. AGRAVO EM EXECUÇÃO. REINCIDÊNCIA

Superior Tribunal de Justiça

RECONHECIDA PELO JUÍZO DAS EXECUÇÕES. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. Esta Corte Superior possui firme entendimento no sentido de que "Não cabe ao Juiz da Execução rever a pena e o regime aplicados no título judicial a cumprir. Contudo, é de sua competência realizar o somatório das condenações (unificação das penas), analisar a natureza dos crimes (hediondo ou a ele equiparados) e a circunstância pessoal do reeducando (primariedade ou reincidência) para fins de fruição de benefícios da LEP" (AgRg no AREsp 1237581/MS, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, DJe 1/8/2018).

2. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no REsp 1802099/MG, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 25/06/2019, DJe 05/08/2019.)

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, Rel. Ministro ROGÉRIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 21/06/2018, DJe 01/08/2018.)

Superior Tribunal de Justiça

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO PENAL. REINCIDÊNCIA NÃO RECONHECIDA NA SENTENÇA CONDENATÓRIA. CIRCUNSTÂNCIA CONSIDERADA PELO JUIZ DA EXECUÇÃO PARA PROGRESSÃO DE REGIME. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE. AGRAVO IMPROVIDO.

1. O reconhecimento da reincidência nas fases de conhecimento e de execução penal produz efeitos diversos, de modo que sua inexistência na primeira etapa não impede a incidência na fase executória.

2. Não viola o princípio da non reformatio in pejus a decisão do Juízo das execuções que utiliza a reincidência, ainda que não reconhecida na sentença condenatória, para fins de progressão de regime. Precedentes.

3. Agravo regimental improvido.

(AgRg no REsp 1790637/ES, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 14/05/2019, DJe 23/05/2019.)

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:

Confira-se:

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. REINCIDÊNCIA. NÃO CONSIDERAÇÃO NA SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA. OBSERVÂNCIA PELO JUÍZO DA EXECUÇÃO. POSSIBILIDADE. INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA. REINCIDÊNCIA COMO FATO. CIRCUNSTÂNCIA PESSOAL QUE INTERFERE NA EXECUÇÃO DA PENA.

1. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça posiciona-se no sentido de que a reincidência do acusado constitui circunstância pessoal que acompanha o condenado durante toda a execução criminal, podendo ser reconhecida pelo Juízo da execução que supervisiona o cumprimento da pena, ainda que não reconhecida pelo juízo que prolatou a sentença condenatória (AgRg no AREsp n. 1341499/MG, relator Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 16/10/2018, DJe 22/10/2018).

2. A Lei de Execução Penal, em seu art. 1º, estabelece como objetivo da execução penal, "efetivar as disposições da sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica

Superior Tribunal de Justiça

integração social do condenado e do internado".

3. O mencionado dispositivo legal é claro e não limita a atuação do juízo executório ao mero cumprimento automático da sentença condenatória.

4. O Juízo da execução deve obediência ao comando exarado da sentença penal condenatória, no que diz respeito ao quantum da pena, ao regime inicial fixado para o seu cumprimento e à eventual substituição da pena corporal por restritiva de direitos.

5. As condições pessoais do condenado, a qual a reincidência se encaixa, devem ser observadas durante a execução penal, independente de tal condição ter sido objeto de consideração na sentença penal condenatória, uma vez que também é atribuição do juízo da execução penal a individualização da pena.

6. A reincidência deve ser considerada como um fato relacionado à condição pessoal do condenado que não pode ser simplesmente desconsiderado pelo juízo da execução. É circunstância pessoal que interfere na execução como um todo.

7. Agravo regimental não provido.

(AgRg no HC 510.572/MG, Rel. Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 06/08/2019, DJe 13/08/2019.)

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).

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*

Superior Tribunal de Justiça

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 n. 493.043/MG, Rel. Ministra LAURITA VAZ, Sexta Turma, julgado em 6/8/2019, DJe 19/8/2019).

Ressalvo, portanto, meu entendimento pessoal em sentido diverso, para acompanhar a jurisprudência acima indicada.

Impende registrar, por fim, que, no caso concreto, conforme ressaltado pela Corte de origem, "Ao proceder à dosimetria da pena, o juiz sentenciante expressa e nitidamente reconheceu que Lucas era reincidente: na fixação da pena-base, ao valorar os antecedentes, o magistrado chegou a explicitar qual a condenação anterior de Lucas seria considerada como reincidência; depois, ao estipular o regime fechado, novamente expôs a consideração da reincidência do acusado. (...) Portanto, resta inequívoco que, ao mencionar a inexistência de agravantes, houve mero erro material da sentença, o qual não autoriza o deferimento do pleito recursal defensivo, visto que Lucas foi considerado na sentença condenatória em execução como reincidente" (e-STJ fl. 25).

Tal contexto reforça, ainda mais, o reconhecimento da reincidência pelo Juízo da execução, haja vista que tal instituto foi reconhecido na sentença condenatória, não tendo sido declarada explicitamente por mero erro material.

Diante do exposto, com fundamento no art. 34, XX, do RISTJ, **nego seguimento** ao *habeas corpus*.

Intimem-se.

Sem recurso, arquivem-se os autos.

Superior Tribunal de Justiça

Brasília (DF), 08 de outubro de 2019.

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator

