



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 338.171 - RJ (2015/0253352-0)

RELATOR : MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PACIENTE : FILIPE ALVES DE ALMEIDA

EMENTA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO NA VIA ELEITA. TRÁFICO DE DROGAS. ART. 63 DO CÓDIGO PENAL. REINCIDÊNCIA. SENTENÇA QUE CONDENOU O PACIENTE POR OUTRO CRIME. TRÂNSITO EM JULGADO SOMENTE NO CURSO DA NOVA AÇÃO PENAL. AFASTAMENTO DA AGRAVANTE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL VERIFICADO. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

- O Supremo Tribunal Federal, por sua Primeira Turma, e a Terceira Seção deste Superior Tribunal de Justiça, diante da utilização crescente e sucessiva de *habeas corpus*, passaram a restringir 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.

- Segundo dispõe o art. 63 do Código Penal, a reincidência é verificada quando o agente comete novo crime depois de transitar em julgado a sentença que o tenha condenado por crime anterior. Contudo, no presente caso não foi o que ocorreu.

- Observa-se nos autos que o delito foi praticado pelo paciente em 29/3/2013 (e-STJ fl. 8) e, segundo a FAC do paciente, o trânsito em julgado do processo utilizado para fins de reincidência ocorreu apenas em 17/3/2014 (e-STJ fl. 45), ou seja, só transitou em julgado no curso da nova ação penal. Dessa forma, não há se falar em reincidência, devendo a agravante ser afastada.

- *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para afastar a agravante da reincidência e determinar que o Juízo das Execuções Criminais promova o redimensionamento da pena do paciente.

ACÓRDÃO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, não conhecer do pedido e conceder "Habeas Corpus" de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Ribeiro Dantas, Felix Fischer, Jorge Mussi e Gurgel de Faria votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 17 de dezembro de 2015 (Data do Julgamento).

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 338.171 - RJ (2015/0253352-0)

RELATOR : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PACIENTE : FILIPE ALVES DE ALMEIDA

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA(Relator):

Trata-se de *habeas corpus*, substitutivo de recurso próprio, com pedido de liminar, impetrado em favor de FILIPE ALVES DE ALMEIDA, no qual se aponta como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (Apelação Criminal n. 0009792-77.2013.8.19.0014).

Consta dos autos que o paciente foi condenado, como incurso no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006, e no art. 16, parágrafo único, inciso IV, da Lei n. 10.826/2003, n/f do art. 69, à pena total de 9 (nove) anos de reclusão, em regime fechado.

Inconformados, defesa e acusação interpuseram apelação, sendo provido parcialmente o reclamo do paciente, para considerar o porte de arma como majorante do crime de tráfico. Dessarte, foi desclassificada a imputação para o tipo do art. 33, *caput*, c/c o art. 40, inciso IV, da Lei n. 11.343/2006, sendo a pena redimensionada para 6 (seis) anos, 7 (sete) meses e 5 (cinco) dias de reclusão, em regime fechado.

No presente *writ*, a impetrante alega que o paciente está sofrendo constrangimento ilegal, tendo em vista que a agravante da pena pela reincidência não poderia ter ocorrido, porquanto o paciente é tecnicamente primário. Esclarece que o delito imputado ao paciente ocorreu em 29/3/2013 e que a condenação utilizada como reincidência transitou em julgado apenas em 17/3/2014.

Dessa forma, pugna pelo afastamento da reincidência e, conseqüentemente, pelo redimensionamento da pena.

O pedido liminar foi indeferido às e-STJ fls. 70/71.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

O Ministério Público Federal opinou, às e-STJ fls. 107/112, pela concessão da ordem:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO. DIREITO PENAL E LEGISLAÇÃO ESPECIAL. TRÁFICO. DOSIMETRIA. PENA-BASE. REINCIDÊNCIA. NÃO CONHECIMENTO. 1. Necessidade de racionalização do emprego do habeas corpus em substituição ao recurso constitucional cabível. Precedentes. Não conhecimento. 2. Paciente condenado à pena de 6 anos, 7 meses e 5 dias de reclusão, pela prática do crime de tráfico qualificado (art. 33, caput, c/c o art. 40, inciso IV, ambos da Lei n.º 11.343/2006). 3. Pretende o reconhecimento de constrangimento ilegal pelo fato de ter sido considerada como reincidência a condenação transitada em julgado no curso da ação penal. 4. Constrangimento ilegal caracterizado. 5. Parecer pelo não conhecimento do writ e, diante da ilegalidade, pela concessão da ordem de ofício.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 338.171 - RJ (2015/0253352-0)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA(Relator):

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.

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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

Assim, de início, incabível o presente *habeas corpus* substitutivo de recurso. 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.

Busca-se na presente oportunidade o reconhecimento de constrangimento ilegal na aplicação da agravante da reincidência e, conseqüentemente, o aumento na segunda fase da dosimetria da pena.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Segundo dispõe o art. 63 do Código Penal, a reincidência é verificada quando o agente comete novo crime depois de transitar em julgado a sentença que o tenha condenado por crime anterior. Nesse sentido:

PENAL E PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. RECEPÇÃO. REGIME MAIS RIGOROSO. SEMIABERTO. NEGATIVA DE SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. RÉU PORTADOR DE MAUS ANTECEDENTES. ALEGAÇÃO DE REFORMATIO IN PEJUS. INOVAÇÃO RECURSAL. AGRAVO NÃO PROVIDO. 1. Embora a pena definitiva tenha sido fixada em patamar inferior a 4 anos de reclusão, os maus antecedentes do agravante configuram fundamento suficiente para a definição do regime mais gravoso do que o legalmente previsto segundo o quantum da reprimenda aplicada (semiaberto), consoante autoriza o art. 33, §§ 2º e 3º, alínea "c", do CP. 2. A substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos também mostra-se insuficiente quando os antecedentes do agravante indicam sua reiterada conduta delitiva (art. 44, III, do CP). 3. A condenação definitiva registrada por crime anterior e com o trânsito em julgado posterior à data do fato apurado na ação penal objeto desse recurso especial, a despeito de não caracterizar a agravante da reincidência, pode ser valorada como maus antecedentes. Precedentes. 4. A suposta alegação de "reformatio in pejus" configura indevida inovação recursal, pois não foi trazida nas razões do recurso especial, o que impede a sua apreciação em sede de regimental. 5. Agravo regimental não provido. (AgRg no REsp 1377632/MG, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, Quinta Turma, julgado em 19/11/2015, DJe 26/11/2015).

Contudo, no presente caso não foi o que ocorreu. Observa-se nos autos que o delito foi praticado pelo paciente em 29/3/2013, conforme e-STJ fl. 8, e, segundo a FAC do paciente, o trânsito em julgado do processo utilizado para fins de reincidência ocorreu apenas em 17/3/2014 (e-STJ fl. 45), ou seja, só transitou em julgado no curso da nova ação penal.

Assim, na espécie, deve a agravante da reincidência ser afastada, redimensionando-se a pena do paciente.

Outrossim, verifico que o afastamento dessa circunstância possui reflexo nas subsequentes fases da dosimetria, bem como no estabelecimento do regime prisional.

Afinal, da leitura dos autos, verifico que a reincidência foi utilizada como



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

fundamentação para a não aplicação da causa especial de diminuição do art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, bem como para fixar o regime mais gravoso.

Portanto, afastada a reincidência, incumbe ao Juízo das Execuções Criminais, em virtude do trânsito em julgado da condenação, promover o redimensionamento da pena do paciente, inclusive no que toca à possibilidade de aplicação do redutor previsto no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006 e ao regime prisional.

Ante o exposto, **não conheço** do *habeas corpus*. Contudo, **concedo a ordem, de ofício**, para afastar a agravante da reincidência e determinar que o Juízo das Execuções criminais promova o redimensionamento da pena do paciente, conforme fundamentação supra.

É o voto.

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2015/0253352-0

HC 338.171 / RJ
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00097927720138190014 12852013 97927720138190014

EM MESA

JULGADO: 17/12/2015

Relator

Exmo. Sr. Ministro **REYNALDO SOARES DA FONSECA**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **MÁRIO JOSÉ GISI**

Secretário

Bel. **MARCELO PEREIRA CRUVINEL**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
ADVOGADO	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PACIENTE	: FILIPE ALVES DE ALMEIDA

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes Previstos na Legislação Extravagante - Crimes de Tráfico Ilícito e
Uso Indevido de Drogas - Tráfico de Drogas e Condutas Afins

CERTIDÃO

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

"A Turma, por unanimidade, não conheceu do pedido e concedeu "Habeas Corpus" de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator."

Os Srs. Ministros Ribeiro Dantas, Felix Fischer, Jorge Mussi e Gurgel de Faria votaram com o Sr. Ministro Relator.