



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 376.180 - SP (2016/0281215-2)

RELATOR : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
IMPETRANTE : ADALBERTO DOS SANTOS
ADVOGADO : ADALBERTO DOS SANTOS - SP059105
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : ADRIANO DE OLIVEIRA NETO

EMENTA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. ESTELIONATOS EM CONTINUIDADE DELITIVA E FALSIFICAÇÃO DE DOCUMENTO PÚBLICO. REINCIDÊNCIA. ALEGADO DECURSO DO PRAZO DE 5 ANOS PREVISTO NO ART. 64, I, DO CP. NÃO OCORRÊNCIA. AGRAVANTE MANTIDA. REGIME INICIAL FECHADO. PEDIDO DE ABRANDAMENTO. IMPOSSIBILIDADE. CONDENAÇÃO MANTIDA EM PATAMAR SUPERIOR A 4 ANOS DE RECLUSÃO E REINCIDÊNCIA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO CONFIGURADO. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO.

1. 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.
2. A existência de condenação anterior transitada em julgado, sem o transcurso de prazo superior a 5 anos entre o cumprimento ou extinção da pena e a nova prática delitiva, configura reincidência.
3. Mantida a condenação do paciente em patamar superior a 4 anos de reclusão, bem como a sua condição de reincidente, fica prejudicado o pleito de abrandamento do regime prisional.
4. *Habeas corpus* não conhecido.

ACÓRDÃO

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. Os Srs. Ministros Ribeiro Dantas, Joel Ilan Paciornik, Felix Fischer e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 14 de março de 2017(Data do Julgamento)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 376.180 - SP (2016/0281215-2)

RELATOR : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
IMPETRANTE : ADALBERTO DOS SANTOS
ADVOGADO : ADALBERTO DOS SANTOS - SP059105
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : ADRIANO DE OLIVEIRA NETO

RELATÓRIO

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

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de ADRIANO DE OLIVEIRA NETO contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (Apelação n. 0061673-03.2009.8.26.0576).

Consta dos autos que o paciente foi condenado, em primeiro grau de jurisdição, à pena de 4 anos, 10 meses e 20 dias de reclusão, em regime inicial fechado, e multa, pela prática dos crimes previstos nos arts. 171, *caput*, do Código Penal, por quatro vezes, em continuidade delitiva, e 297, *caput*, do mesmo estatuto, em concurso material (e-STJ fls. 17/19).

Irresignada, a defesa interpôs recurso de apelação, o qual foi parcialmente provido para afastar a exasperação das penas-base dos crimes de estelionato, afastar uma das duas condenações utilizadas para a configuração da reincidência, com reflexo na dosimetria de todos os delitos, além de reduzir a multa, razão pela qual a pena do paciente foi redimensionada para 4 anos e 1 mês de reclusão e multa, mantido o regime inicial fechado (e-STJ fls. 24/36). Segue a ementa do acórdão:

Apelação - Estelionatos em continuidade delitiva e falsificação de documento público (art. 171, 'caput', c/c art. 71 (sete vezes), e art. 297, 'caput', na forma do art. 69, todos do Código Penal) - Recurso defensivo - Absolvição da falsificação de documento público - Falsidade grosseira - Descabimento - Documentos apreendidos aptos a enganarem o homem médio - Absolvição dos estelionatos por insuficiência de provas - Improcedência - Depoimentos da vítima e testemunhas, aliados à prova documental, suficientes para evidenciar a responsabilidade penal do acusado - Condenação de rigor.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Dosimetria - Forçosa a redução da pena do crime de falsificação de documento público, compensando-se a reincidência com a confissão - Necessária, também, a redução da pena relativa aos estelionatos, afastando-se o aumento da pena-base e diminuindo a fração da reincidência - Regime fechado socialmente recomendável ao caso - Recurso defensivo parcialmente provido.

Em consulta ao Sistema Justiça, verifico que o recurso especial interposto pela defesa do paciente não foi admitido na origem, sobrevivendo agravo em recurso especial, o qual não foi conhecido no âmbito desta Corte (AREsp 846.635/SP).

No presente *mandamus* (e-STJ fls. 1/14), o impetrante sustenta que o acórdão impugnado impôs constrangimento ilegal ao paciente, pois a condenação definitiva remanescente, que foi utilizada para manter a agravante da reincidência, não se presta para tal, em virtude da expiração do período depurador de 5 anos, previsto no art. 64, inciso I, do Código Penal. Em consequência, aduz ser necessário o redimensionamento das penas do paciente e o estabelecimento do regime aberto.

Ao final, formula pedido liminar para aguardar em regime aberto o julgamento definitivo deste *writ* e, no mérito, pede a concessão da ordem para que a pena aplicada ao paciente seja reduzida, além da alteração do regime prisional para o aberto.

O pedido liminar foi indeferido (e-STJ fls. 56/58).

O Ministério Público Federal, por meio do parecer exarado às e-STJ fls. 65/70, opinou pelo não conhecimento do *writ*, conforme a seguinte ementa:

PENAL. HABEAS CORPUS IMPETRADO COMO SUBSTITUTIVO DE REVISÃO CRIMINAL. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. ESTELIONATO. DOSIMETRIA. REINCIDÊNCIA DELITIVA. ART. 61, I, DO CP. REGIME PRISIONAL. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. REINCIDÊNCIA ESPECÍFICA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO.

1. O *habeas corpus*, impetrado como substitutivo de revisão criminal, revela sua utilização indevida e deve ser combatido.

2. No caso em tela, os crimes praticados pelo paciente ocorreram “no período de 25 de março de 2009 a 05 de maio de 2009” (e-STJ fl. 17), sendo que, em 15/09/2006 (e-STJ fl. 48), iniciara o cumprimento da sua pena de 02 anos e 08 meses pela prática de crime pretérito, com término em 14/05/2009, não havendo dúvidas,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

portanto, quanto à reincidência delitiva, ex vi do art. 64, I, do CP.

3. “O reconhecimento da reincidência, aliada aos maus antecedentes - circunstância que justificou a exasperação da pena-base - autorizam a fixação do regime inicial fechado, a despeito do montante final da pena não ultrapassar quatro anos de reclusão (precedentes). Habeas corpus não conhecido.” (STJ, HC 364.550/DF, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 27/09/2016, DJe 26/10/2016).

4. Parecer pelo não conhecimento do habeas corpus.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 376.180 - SP (2016/0281215-2)

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, em síntese, o afastamento da reincidência do paciente e consequente redução da pena e estabelecimento do regime prisional aberto.

No caso, o Juízo sentenciante entendeu que o acusado era duplamente reincidente, com amparo nas certidões de e-STJ fls. 50/51, conforme segue (e-STJ fl. 19 -



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

grifei):

O réu é dulpamente reincidente (fls. 124/125), razão pela qual elevo as penas dos crimes de estelionato para um ano, cinco meses e quinze dias de reclusão e quinze dias-multa e a pena do crime de falsificação, em relação ao qual também concorre a circunstância atenuante da confissão espontânea, para dois anos, oito meses e vinte dias de reclusão e catorze dias-multa (neste caso a atenuante foi considerada e o aumento pela circunstância preponderante - dupla reincidência - foi proporcionalmente menor que o aumento das penas dos estelionatos).

Em sede de apelação, o Tribunal *a quo* entendeu que umas das condenações utilizadas para efeito de reincidência não se presta para tal (e-STJ fl. 51), pois não havia registro do respectivo trânsito em julgado, de forma que remanesceu apenas a condenação certificada à e-STJ fl. 50 para tal fim, reduzindo as penas aplicadas ao paciente, conforme segue (e-STJ fls. 32/34 - grifei):

Quanto ao crime de falsificação de documento público [...].

[...]

Na fase seguinte, em que pese à reincidência do agente (fls. 124), tal agravante deve ser compensada com a atenuante da confissão, pois, segundo a jurisprudência, essa atenuante também é considerada como circunstância preponderante.

Nesse sentido:

[...]

Ao contrário do alegado na sentença, o réu não é duplamente reincidente, porque a certidão de fls. 125 não registra condenação transitada em julgado.

Desse modo, compensando-se a agravante da reincidência com a atenuante da confissão, fixa-se ao réu a pena de 02 (dois) anos e 04 (quatro) meses de reclusão, mais ao pagamento de 11 (onze) dias-multa, no piso.

Em relação aos crimes de estelionato [...].

[...]

Na fase seguinte, como já visto, o réu não é duplamente reincidente, eis que a certidão de fls. 125 não possui condenação com trânsito em julgado, devendo ser valorada apenas a condenação registrada às fls. 124. Por isso, o aumento da reprimenda pela reincidência deve ficar limitado a 1/6 (um sexto), resultando em 01 (um) ano e 02 (dois) meses de reclusão, mais pagamento de 11 (onze) dias-multa,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

no piso. Anota-se que, em relação aos estelionatos, não houve confissão pelo increpado.

Insurge-se o impetrante contra a utilização da condenação remanescente, certificada à e-STJ fl. 50, para o fim de configurar reincidência, pois tal condenação teria sido alcançada pelo decurso do prazo de 5 anos previsto no art. 64, inciso I, do Código Penal.

Entretanto, nos termos do art. 64, inciso I, do Código Penal, "Para efeito de reincidência não prevalece a condenação anterior, se entre a data do cumprimento ou extinção da pena e a infração posterior tiver decorrido período de tempo superior a 5 (cinco) anos, computado o período de prova da suspensão ou do livramento condicional, se não ocorrer revogação".

E, no caso, é possível extrair da folha de antecedentes criminais (e-STJ fl. 48) que a pena decorrente da condenação anterior teve seu cumprimento iniciado em 15/9/2006, com término previsto para 14/5/2009.

Assim, considerando que os crimes ora em exame foram praticados "no período de 25 de março de 2009 a 05 de maio de 2009" (e-STJ fl. 17), inexistiu dúvida quanto à reincidência delitiva, porquanto não decorrido prazo superior a 5 anos entre o término do cumprimento ou extinção da pena e a nova prática delitiva.

Portanto, não há falar em ilegalidade no agravamento da pena pela reincidência, na medida em que a sua incidência observou os critérios previstos nos arts. 63 e 64 do Código Penal.

Em hipóteses análogas, decidiu esta Corte:

PENAL E PROCESSUAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. VIA INADEQUADA. PORTE ILEGAL DE ARMA. ART. 14 DA LEI N. 10.826/2003. DOSIMETRIA. RECONHECIMENTO DA AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA. CONDENAÇÃO ANTERIOR TRANSITADA EM JULGADO EVIDENCIADA. INEXISTÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL.

[...]

3. Evidenciada a existência de condenação anterior transitada em julgado e o cometimento de novo tipo penal ainda no curso do prazo depurador de cinco anos, a aplicação da agravante da reincidência é de rigor, devendo ser afastada a alegação de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

constrangimento ilegal a esse respeito.

4. Mantida a agravante da reincidência, fica prejudicada a análise das demais alegações - referentes à adequação do regime prisional, à substituição da pena privativa de liberdade e à suspensão condicional da pena -, as quais, in casu, dependiam do afastamento daquela.

5. Habeas corpus não conhecido. (HC 231.238/RJ, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, Quinta Turma, DJe 10/11/2015).

PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO PENAL. (1) IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. (2) LIVRAMENTO CONDICIONAL. INAPLICABILIDADE. (3) REINCIDÊNCIA CONFIGURADA. COMETIMENTO DE NOVO DELITO MENOS DE CINCO ANOS APÓS A EXTINÇÃO DA PENA ANTERIOR. ART. 64, I, CP. (4) WRIT NÃO CONHECIDO.

[...]

2. A teor do art. 64, I, do Código Penal, "para efeito de reincidência, não prevalece a condenação anterior, se entre a data do cumprimento ou extinção da pena e a infração posterior tiver decorrido período de tempo superior a 5 (cinco) anos".

3. Se entre a data da extinção da pena pelo crime anterior (11.02.04) e a prática do delito atual (05.02.08) decorreu período inferior a 5 (cinco) anos, não há como afastar a reincidência da condenação do paciente. Irrepreensível, portanto, o acórdão que cassou a aplicação do benefício do livramento condicional.

4. Ordem não conhecida. (HC 249.581/RJ, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, Sexta Turma, DJe 4/8/2014).

Por fim, mantida a condenação do paciente em patamar superior a 4 anos de reclusão, bem como a sua condição de reincidente, fica prejudicado o pleito de abrandamento do regime prisional.

Ante o exposto, **não conheço** do *habeas corpus*.

É como voto.

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2016/0281215-2

HC 376.180 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00616730320098260576 20150000390547 20592009 616730320098260576

EM MESA

JULGADO: 14/03/2017

Relator

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

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **FRANCISCO DE ASSIS VIEIRA SANSEVERINO**

Secretário

Me. **MARCELO PEREIRA CRUVINEL**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : ADALBERTO DOS SANTOS
ADVOGADO : ADALBERTO DOS SANTOS - SP059105
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : ADRIANO DE OLIVEIRA NETO

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes contra o Patrimônio - Estelionato

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."

Os Srs. Ministros Ribeiro Dantas, Joel Ilan Paciornik, Felix Fischer e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.