



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 381.789 - MG (2016/0323187-6)

RELATOR : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
IMPETRANTE : **VALERIANO MARCOS MIRANDA**
ADVOGADO : **VALERIANO MARCOS MIRANDA - MG088954**
IMPETRADO : **TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS**
PACIENTE : **GUILHERME TEIXEIRA LEO (PRESO)**

EMENTA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. AFASTAMENTO DA AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA. IMPOSSIBILIDADE. CONDENAÇÃO ANTERIOR COM TRÂNSITO EM JULGADO. PLEITO DE RECONHECIMENTO DA FIGURA DO TRÁFICO PRIVILEGIADO. INVIABILIDADE. NÃO PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS. SUBSTITUIÇÃO DA PENA. INVIABILIDADE. PENA SUPERIOR A 4 ANOS. REGIME PRISIONAL FECHADO. PENA SUPERIOR A 4 ANOS E PACIENTE REINCIDENTE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO VERIFICADO. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO.

– O Superior Tribunal de Justiça, seguindo entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal, passou a não admitir o conhecimento de *habeas corpus* substitutivo de recurso previsto para a espécie. No entanto, deve-se analisar o pedido formulado na inicial, tendo em vista a possibilidade de se conceder a ordem de ofício, em razão da existência de eventual coação ilegal.

- Nos termos do art. 63 do Código Penal, somente se verifica a reincidência quando o agente comete novo crime depois de transitar em julgado a sentença que o tenha condenado por crime anterior.

- Analisando as informações trazidas nos autos, verifico que o paciente possui uma condenação com trânsito em julgado ocorrido em 9/4/2012. Tendo em vista que o fato ora imputado ao paciente ocorreu em 25/2/2015, após o trânsito em julgado da condenação anterior, não há ilegalidade no reconhecimento da agravante da reincidência.

- Não há se falar em aplicação da redutora do art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, porquanto um dos requisitos necessários para a sua aplicação é o acusado ser primário, o que não se verifica nos autos.

- Em relação ao regime, tendo em vista a reincidência do paciente e a pena ter ficado no patamar acima de 4 anos, nos termos do art. 33, §



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

2º, alínea "b", do Código Penal, deve ser mantido o fechado.

- Não há se falar em substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, em razão do *quantum* da pena, superior a 4 anos.

- *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), 21 de fevereiro de 2017(Data do Julgamento)

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 381.789 - MG (2016/0323187-6)

RELATOR : MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA
IMPETRANTE : VALERIANO MARCOS MIRANDA
ADVOGADO : VALERIANO MARCOS MIRANDA - MG088954
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS
PACIENTE : GUILHERME TEIXEIRA LEAO (PRESO)

RELATÓRIO

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

Trata-se de *habeas corpus*, substitutivo de recurso próprio, com pedido liminar, impetrado em favor de GUILHERME TEIXEIRA LEÃO contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais no julgamento da Apelação n. 1.0226.15.006891-2/001.

Consta dos autos que o paciente foi condenado pela prática do delito previsto no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006 às penas de 5 anos de reclusão, em regime inicial fechado, e 500 dias-multa (fls. 21/27).

Inconformada, a defesa interpôs apelação e o Tribunal de origem negou provimento ao recurso defensivo, conforme acórdão de fls. 13/20.

Na presente impetração, a defesa sustenta haver constrangimento ilegal na aplicação da agravante de reincidência, ao fundamento de que *a condenação que até então havia transitado em julgado ocorrera posteriormente ao crime que originara a apelação*, de forma que *não existia qualquer condenação com trânsito em julgado em seu desfavor* (fl. 2).

Diante disso, requer o afastamento da apontada reincidência do paciente, a fim de permitir a aplicação do redutor de pena previsto no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, a fixação de regime inicial mais brando e a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

O pedido liminar foi indeferido às fls. 30/31.

O Ministério Público Federal opinou, às fls. 64/68, pela denegação da ordem:



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. PLEITO DE AFASTAMENTO DA AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA. DESCABIMENTO. EXISTÊNCIA DE CONDENAÇÃO TRANSITADA EM JULGADO, CONFORME CERTIDÃO DE ANTECEDENTES CRIMINAIS. INTERPOSIÇÃO DE RECURSO ESPECIAL PELO MINISTÉRIO PÚBLICO QUE NÃO OBSTA O TRÂNSITO EM JULGADO. APELO QUE VISA APENAS AO AUMENTO DA PENA. PRIMARIEDADE AFASTADA. NÃO PREENCHIDOS OS REQUISITOS NECESSÁRIOS À CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO ART. 33, §4º, DA LEI N. 11.343/2006. PARECER PELO NÃO CONHECIMENTO DO WRIT, E, CASO CONHECIDO, PELA DENEGAÇÃO DA ORDEM.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 381.789 - MG (2016/0323187-6)

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, 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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 configuração da agravante da reincidência, sob o argumento de que o processo que fundamentou a agravante só transitou em julgado posteriormente ao crime em análise.

Contudo, analisando as informações trazidas nos autos, verifico nas folhas de antecedentes do paciente (fl. 49) que este possui uma condenação com trânsito em julgado ocorrido em 9/4/2012. Tendo em vista que o fato ora imputado ao paciente ocorreu em



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

25/2/2015, após o trânsito em julgado da condenação anterior, não há ilegalidade no reconhecimento da agravante da reincidência, consoante prescreve o art 63 do Código Penal.

Nesse sentido:

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. CONDENAÇÃO. RECONHECIMENTO DA REINCIDÊNCIA. TRÂNSITO EM JULGADO PARA A DEFESA. NÃO OCORRÊNCIA. AFASTAMENTO DA AGRAVANTE. NECESSIDADE. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação no sentido de que não cabe habeas corpus substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado.

2. Nos termos do art. 63 do Código Penal, somente se verifica a reincidência quando o agente comete novo crime depois de transitar em julgado a sentença que o tenha condenado por crime anterior.

3. Hipótese em que o paciente foi condenado pela prática do delito previsto no art. 157, § 2º, do Código Penal (Processo Criminal n.º 60.722/2005), com trânsito em julgado para a acusação em 01/03/2006, sem dados acerca do trânsito em julgado para a defesa.

4. Não há que se falar em reincidência se não houve trânsito em julgado para a defesa.

5. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício para determinar que o Juízo de primeiro grau proceda à nova dosimetria da pena. (HC 369.678/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 25/10/2016, DJe 09/11/2016).

Dessa forma, não havendo ilegalidade no reconhecimento da reincidência, não há se falar em aplicação da redutora do art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, porquanto um dos requisitos necessários para a sua aplicação é o acusado ser primário, o que não se verifica nos autos.

Em relação ao regime, tendo em vista a reincidência do paciente e a fixação da pena em patamar acima de 4 anos, deve ser mantido o fechado, nos termos do art. 33, § 2º, alínea "b".



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Por fim, não há se falar em substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, em razão do *quantum* da pena, superior a 4 anos.

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: 2016/0323187-6

HC 381.789 / MG
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 0223150068912 10223150068912001 223150068912

EM MESA

JULGADO: 21/02/2017

Relator

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

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. **ELIZETA MARIA DE PAIVA RAMOS**

Secretário

Me. **MARCELO PEREIRA CRUVINEL**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : VALERIANO MARCOS MIRANDA
ADVOGADO : VALERIANO MARCOS MIRANDA - MG088954
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS
PACIENTE : GUILHERME TEIXEIRA LEO (PRESO)

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

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.