AgRg no RECURSO EM HABEAS CORPUS Nº 183484 - SP (2023/0233181-8)

RELATORA	**:**	**MINISTRA DANIELA TEIXEIRA**
AGRAVANTE	:	LUCIANO CEZAR SCALON (PRESO)
ADVOGADOS	:	JOSÉ MARQUES - SP080704
		RENATO FLÁVIO MARCÃO - SP096754
AGRAVADO	:	MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

EMENTA

DIREITO PROCESSUAL PENAL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO RECEBIDOS COMO AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO EM *HABEAS CORPUS*. PECULATO. SUBSTITUTIVO DE REVISÃO CRIMINAL. NÃO CABIMENTO. FLAGRANTE ILEGALIDADE RECONHECIDA DE OFÍCIO. AFASTAMENTO DA REINCIDÊNCIA. FATO ANTERIOR COM TRÂNSITO EM JULGADO POSTERIOR AO CRIME OBJETO DESTE PROCESSO. NÃO CABIMENTO. AGRAVANTE AFASTADA. REDIMENSIONADA A PENA E FIXADO O REGIME SEMIABERTO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO RECEBIDOS COMO AGRAVO REGIMENTAL AO QUAL SE DÁ PROVIMENTO PARCIAL.

I. CASO EM EXAME

1. Agravo regimental interposto contra decisão que rejeitou recurso em *habeas corpus* utilizado como substitutivo de recurso próprio para afastar a condenação transitada em julgado. O recorrente busca a desconsideração da reincidência e a revisão de atos processuais alegadamente mal conduzidos na fase criminal.

II. QUESTÃO EM DISCUSSÃO

2. Há duas questões em discussão: (i) definir se o recurso em *habeas corpus* pode ser utilizado para reanálise de provas ou desconstituição de coisa julgada; (ii) determinar se o reconhecimento da reincidência, com base em condenação cujo trânsito em julgado foi posterior ao fato criminoso, é válido.

III. RAZÕES DE DECIDIR

3. O *habeas corpus,* por sua natureza célere e sumária, não é via adequada para análise de provas ou para reverter sentença com trânsito em julgado, devendo ser reservado para a proteção da liberdade de locomoção diante de ilegalidades flagrantes.

4. A jurisprudência consolidada do STJ e do STF estabelece que

Documento eletrônico VDA45051211 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): DANIELA RODRIGUES TEIXEIRA Assinado em: 19/12/2024 11:46:12
Publicação no DJEN/CNJ de 23/12/2024. Código de Controle do Documento: 9fb038d5-5028-420d-97c0-553508ca3460

o habeas corpus não pode ser utilizado como substitutivo de recurso próprio ou revisão criminal, salvo em casos de flagrante ilegalidade.

5. A reincidência não pode ser reconhecida quando a condenação utilizada como fundamento transitou em julgado após a data do fato criminoso em julgamento. No entanto, tal condenação pode caracterizar maus antecedentes, os quais influenciam na fixação da pena-base.

6. A revisão da dosimetria da pena, no âmbito do *habeas corpus,* é admitida apenas em casos excepcionais de flagrante ilegalidade, sendo esse o caso ao se verificar que a condenação anterior não configura reincidência, mas pode ensejar maus antecedentes.

7. Pena redimensionada para 2 anos e 4 meses de reclusão e 11 dias-multa, com a fixação do regime semiaberto para o cumprimento da pena.

IV. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO RECEBIDOS COMO AGRAVO REGIMENTAL AO QUAL SE DÁ PARCIAL PROVIMENTO PARA AFASTAR A AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA E REDIMENSIONAR A PENA DO RECORRENTE.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da QUINTA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, Prosseguindo no julgamento, por unanimidade, receberos embargos de declaração como agravo regimental, ao qual se dar parcial provimento, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora".

Os Srs. Ministros Reynaldo Soares da Fonseca, Ribeiro Dantas, Joel Ilan Paciornik (voto-vista) e Messod Azulay Neto votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Brasília, 19 de dezembro de 2024.

Ministra Daniela Teixeira
Relatora

Documento eletrônico VDA45051211 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): DANIELA RODRIGUES TEIXEIRA Assinado em: 19/12/2024 11:46:12
Publicação no DJEN/CNJ de 23/12/2024. Código de Controle do Documento: 9fb038d5-5028-420d-97c0-553508ca3460

CERTIDÃO DE JULGAMENTO
QUINTA TURMA

Número Registro: 2023/0233181-8 **PROCESSO ELETRÔNICO** **EDcl no RHC 183.484 / SP**
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00020774920178260369 20230000068892 20230000320928
20774920178260369 22832755720228260000 228327557202282600005000O

EM MESA JULGADO: 15/10/2024

Relatora
Exma. Sra. Ministra **DANIELA TEIXEIRA**

Presidente da Sessão
Exmo. Sr. Ministro MESSOD AZULAY NETO

Subprocurador-Geral da República
Exmo. Sr. Dr. ROBERTO DOS SANTOS FERREIRA

Secretário
Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

RECORRENTE	:	LUCIANO CEZAR SCALON (PRESO)
ADVOGADOS	:	JOSÉ MARQUES - SP080704
		RENATO FLÁVIO MARCÃO - SP096754
RECORRIDO	:	MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes Praticados por Funcionários Públicos Contra a Administração em Geral - Peculato

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO

EMBARGANTE	:	LUCIANO CEZAR SCALON (PRESO)
ADVOGADOS	:	JOSÉ MARQUES - SP080704
		RENATO FLÁVIO MARCÃO - SP096754
EMBARGADO	:	MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

CERTIDÃO

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

"Após o voto da Sra. Ministra Relatora, pediu vista o Sr. Ministro Joel Ilan Paciornik."

Aguardam os Srs. Ministros Reynaldo Soares da Fonseca, Ribeiro Dantas e Messod Azulay Neto.

Documento eletrônico VDA44001975 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): MARCELO PEREIRA CRUVINEL, QUINTA TURMA Assinado em: 16/10/2024 17:35:59
Código de Controle do Documento: 9D13E9AC-4474-42C5-9F19-D6B03E9473DC

AgRg no RECURSO EM HABEAS CORPUS Nº 183484 - SP (2023/0233181-8)

RELATORA	**:**	**MINISTRA DANIELA TEIXEIRA**
AGRAVANTE	:	LUCIANO CEZAR SCALON (PRESO)
ADVOGADOS	:	JOSÉ MARQUES - SP080704
		RENATO FLÁVIO MARCÃO - SP096754
AGRAVADO	:	MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

EMENTA

DIREITO PROCESSUAL PENAL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO RECEBIDOS COMO AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO EM *HABEAS CORPUS*. PECULATO. SUBSTITUTIVO DE REVISÃO CRIMINAL. NÃO CABIMENTO. FLAGRANTE ILEGALIDADE RECONHECIDA DE OFÍCIO. AFASTAMENTO DA REINCIDÊNCIA. FATO ANTERIOR COM TRÂNSITO EM JULGADO POSTERIOR AO CRIME OBJETO DESTE PROCESSO. NÃO CABIMENTO. AGRAVANTE AFASTADA. REDIMENSIONADA A PENA E FIXADO O REGIME SEMIABERTO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO RECEBIDOS COMO AGRAVO REGIMENTAL AO QUAL SE DÁ PROVIMENTO PARCIAL.

I. CASO EM EXAME

1. Agravo regimental interposto contra decisão que rejeitou recurso em *habeas corpus* utilizado como substitutivo de recurso próprio para afastar a condenação transitada em julgado. O recorrente busca a desconsideração da reincidência e a revisão de atos processuais alegadamente mal conduzidos na fase criminal.

II. QUESTÃO EM DISCUSSÃO

2. Há duas questões em discussão: (i) definir se o recurso em *habeas corpus* pode ser utilizado para reanálise de provas ou desconstituição de coisa julgada; (ii) determinar se o reconhecimento da reincidência, com base em condenação cujo trânsito em julgado foi posterior ao fato criminoso, é válido.

III. RAZÕES DE DECIDIR

3. O *habeas corpus,* por sua natureza célere e sumária, não é via adequada para análise de provas ou para reverter sentença com trânsito em julgado, devendo ser reservado para a proteção da liberdade de locomoção diante de ilegalidades flagrantes.

4. A jurisprudência consolidada do STJ e do STF estabelece que

Documento eletrônico VDA45051255 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): DANIELA RODRIGUES TEIXEIRA Assinado em: 19/12/2024 11:48:44
Código de Controle do Documento: 0dad6d55-bb06-4a6e-949c-33e87693078e

o habeas corpus não pode ser utilizado como substitutivo de recurso próprio ou revisão criminal, salvo em casos de flagrante ilegalidade.
5. A reincidência não pode ser reconhecida quando a condenação utilizada como fundamento transitou em julgado após a data do fato criminoso em julgamento. No entanto, tal condenação pode caracterizar maus antecedentes, os quais influenciam na fixação da pena-base.
6. A revisão da dosimetria da pena, no âmbito do *habeas corpus,* é admitida apenas em casos excepcionais de flagrante ilegalidade, sendo esse o caso ao se verificar que a condenação anterior não configura reincidência, mas pode ensejar maus antecedentes.
7. Pena redimensionada para 2 anos e 4 meses de reclusão e 11 dias-multa, com a fixação do regime semiaberto para o cumprimento da pena.
IV. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO RECEBIDOS COMO AGRAVO REGIMENTAL AO QUAL SE DÁ PARCIAL PROVIMENTO PARA AFASTAR A AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA E REDIMENSIONAR A PENA DO RECORRENTE.

RELATÓRIO

Tendo em vista as orientações e valores destacados no Pacto Nacional do Judiciário pela Linguagem Simples, o qual está pautado em instrumentos internacionais de direitos humanos e de acesso à Justiça, adoto o último relatório contido nos autos (e-STJ, fls. 340-341):

> *Adoto, em parte, o relatório do i. Parecer Ministerial de fls. 324-328, que transcrevo:*
>
> *"Trata-se de recurso ordinário em habeas corpus, interposto por LUCIANOCEZAR SCALON contra acórdão proferido pelo e. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo assim ementado (e-STJ, fl. 236):HABEAS CORPUS nulidade decreto de revelia paciente que fora intimado no endereço que constava dos autos em data anterior e disse que seu advogado iria comunicar ao juízo seu novo endereço não comunicação desentendimento da localização do paciente defensor na audiência que manifesta o prosseguimento pela não ocorrência de prejuízo instrumento processual que por não realizar cognição exauriente, mas sim secundum eventum probationis, não gera coisa julgada material, permitindo a reiteração de pedido, ainda que pelo mesmo fundamento necessidade, entretanto, de novos elementos probatórios para o conhecimento mera reiteração indeferimento de plano Precedentes das Cortes Superiores. HABEAS CORPUS remédio heroico que não se presta reparo na sentença sem interposição de recurso ocorrência de trânsito em julgado que não pode apreciar o mérito, aprofundando o acerto ou desacerto da sentença questão a ser discutida em meio processual próprio - indefere-se o processamento.*
>
> *O recorrente sustenta, nesta sede, a ocorrência de nulidade decorrente da deficiência de defesa técnica, ou a necessidade de se*

Documento eletrônico VDA45051255 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): DANIELA RODRIGUES TEIXEIRA Assinado em: 19/12/2024 11:48:44
Código de Controle do Documento: 0dad6d55-bb06-4a6e-949c-33e87693078e

afastar a agravante da reincidência da segunda fase da dosimetria, por se tratar de réu primário. Requer, assim, a anulação do processo desde o oferecimento da resposta preliminar, ou da audiência de instrução, e, de modo alternativo, o afastamento da reincidência dos termos da condenação, com o redimensionamento da pena e do regime. (e-STJ Fl. 270)."

Acrescento que o representante do Ministério Público Federal opinou pelo desprovimento do recurso, ao argumento de que não há falar-se em nulidade da defesa técnica, na medida em que foi realizada de forma adequada durante o processo.

Assevera ainda que as questões relativas a omissão na indicação de testemunhas, ausência de indicação do novo endereço do réu, falta de interposição de recurso e apontamento quanto aos vícios da sentença proferida na instância singela, não foram devolvidos à instância revisora, razão porque não podem ser aqui debatidos, sob pena de supressão de instância.

Ao final, aponta ainda ausência de prova pré-constituída acerca dos antecedentes do recorrente, o que corrobora a incompatibilidade de análise da matéria relacionada ao equívoco no reconhecimento da reincidência em sede de Recurso em Habeas Corpus.

É a síntese do necessário.

Decido.

A parte embargante busca "sanar omissão tão somente em relação aos fundamentos utilizados na r. decisão monocrática para negar provimento ao pedido de afastamento da reincidência" (e-STJ fl. 348).

Aduz que "Ao contrário do que consta na r. decisão embargada, com a impetração o embargante juntou as certidões de antecedentes criminais que provam sua primariedade, conforme se verifica nos autos" (e-STJ fl. 349).

Requer a supressão de vícios processuais, para que, assim, ocorra a reforma da decisão embargada.

É o relatório.

VOTO

Nos termos do artigo 1.024, § 3º, do CPC, recebo os embargos de declaração como agravo regimental, pois o pedido formulado traduz mero inconformismo com o resultado do julgamento.

Passo à análise do recurso interno.

O agravo regimental é tempestivo e indicou os fundamentos da decisão recorrida, razão pela qual deve ser conhecido.

Documento eletrônico VDA45051255 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): DANIELA RODRIGUES TEIXEIRA Assinado em: 19/12/2024 11:48:44
Código de Controle do Documento: 0dad6d55-bb06-4a6e-949c-33e87693078e

No entanto, não verifico elementos suficientes para reconsiderar a decisão proferida, cuja conclusão mantenho pelos seus próprios fundamentos (e-STJ, fls. 340-342):

> *É de se ressaltar, inicialmente, que o habeas corpus não é instrumento adequado para trazer a Corte Superior a análise dos fatos e revolvimento do conjunto probatório cujo em debate realizado na 1ª Instância, como pretende o impetrante.*
>
> *O recorrente fala em questões relacionadas aos atos processuais e pedidos que deixaram de ser realizados pelo causídico que representava o ora recorrente, para abrigar pretensão de desfazimento da coisa julgada. Claramente busca reagitar o contexto fático-probatório que foi discutido na ação criminal cuja sentença transitou em julgado.*
>
> *Não há flagrante ilegalidade a ser reparada no v. acórdão vergastado, e a análise aprofundada das questões não debatidas durante o curso do processo penal é incompatível com o rito do writ, o qual é ação constitucional utilizada para garantir o direito de ir e vir contra abusos de poder, criada como uma forma de proteger a liberdade individual em face de detenções injustas pelo Estado. Todavia, com limitações claras, especialmente quando se trata de questões probatórias no processo penal.*
>
> *Isso porque a natureza do HC é de mecanismo rápido e urgente focado na proteção da liberdade de locomoção. Sua finalidade é resolver rapidamente situações em que a liberdade está ameaçada ou já foi restringida.*
>
> *A discussão sobre produção de provas ou realização de ato processuais em ações criminais atingidas pela coisa julgada requer desconstituição de efeitos incompatível com a presente ação, exigindo o ajuizamento de revisão criminal. A avaliação das provas muitas vezes envolve perícias técnicas, depoimentos de testemunhas e outras diligências incompatíveis com a agilidade e simplicidade do rito do HC.*
>
> *Mesmo nos sistemas jurídicos diferentes do brasileiro, de common law anglo-saxão, por exemplo, a função do habeas corpus é semelhante ao que temos no Brasil: proteger a liberdade individual contra detenções ilegais ou arbitrárias, sem entrar na discussão sobre a validade ou produção de provas. Nos sistemas legais em geral, o habeas corpus é usado para questionar a legalidade da detenção, mas não para debater questões probatórias que devem ser tratadas no decorrer do processo criminal regular.*
>
> *No Brasil não é diferente: seguimos a mesma linha de pensamento ao manter a coerência e eficácia do habeas corpus com limitação de seu uso às questões de legalidade da prisão e do processo.*
>
> *Mesmo que se possa afirmar que exista atualmente uma banalização da ação constitucional, se permitirmos que o HC seja usado para discutir provas ou desconstituir coisa julgada formal e material como muitos impetrantes pretendem, poderíamos sobrecarregar ainda mais o sistema judicial com questões que deveriam ser tratadas no curso normal do processo penal, onde há espaço e tempo adequados para uma ampla produção e análise das provas, em cognição ampla e exauriente.*
>
> *É possível concluir então que o habeas corpus não deve ultrapassar sua finalidade precípua e ser utilizado para debater as provas que são apresentadas no processo criminal ou desfazer a coisa julgada, por sua natureza sumária e urgente que não comporta a complexidade das*

Documento eletrônico VDA45051255 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): DANIELA RODRIGUES TEIXEIRA Assinado em: 19/12/2024 11:48:44
Código de Controle do Documento: 0dad6d55-bb06-4a6e-949c-33e87693078e

questões probatórias, devendo-se manter o instrumento como uma salvaguarda da liberdade individual, sem transformá-lo em um meio de discussões processuais mais abrangentes que se enquadram no domínio do processo penal comum ou da revisão criminal.

No que se refere ao pedido relativo ao afastamento da reincidência, nota-se que a prova pré-constituída, a qual é uma exigência do rito do HC, deixou de ser produzida pelo impetrante/recorrente, inviabilizando a análise do pleito.

Não observo a ilegalidade apontada pelo recorrente.

Ante o exposto, nego provimento ao recurso.

Publique-se.

Intime-se.

Razão assiste ao agravante.

A Terceira Seção desta Corte, seguindo entendimento firmado pela Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, sedimentou orientação no sentido de não admitir habeas corpus em substituição a recurso próprio ou a revisão criminal, situação que impede o conhecimento da impetração, ressalvados casos excepcionais em que se verifica flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal. Veja-se:

"O habeas corpus não pode ser utilizado como substitutivo de recurso próprio, a fim de que não se desvirtue a finalidade dessa garantia constitucional, com a exceção de quando a ilegalidade apontada é flagrante, hipótese em que se concede a ordem de ofício" (AgRg no HC n. 895.777/PR, Relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 2/4/2024, DJe de 8/4/2024).

"De acordo com a jurisprudência do STJ, não é cabível o uso de habeas corpus como sucedâneo de revisão criminal, notadamente quando não há indicação de incidência de alguma das hipóteses previstas no art. 621 do CPP. Precedentes" (AgRg no HC n. 864.465/SC, Relator Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 18/3/2024, DJe de 20/3/2024).

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é no mesmo sentido:

"Do ponto de vista processual, o caso é de habeas corpus substitutivo de agravo regimental (cabível na origem). Nessas condições, tendo em vista a jurisprudência da Primeira Turma desta Corte, entendo que o processo deve ser extinto sem resolução de mérito, por inadequação da via eleita (HC 115.659, Rel. Min. Luiz Fux) (...) A orientação jurisprudencial deste Tribunal é no sentido de que o "habeas corpus não se revela instrumento idôneo para impugnar decreto condenatório transitado em julgado" (HC 118.292-AgR, Rel. Min. Luiz Fux). 4. O caso atrai o entendimento desta Corte no sentido de que não cabe habeas corpus para reexaminar os pressupostos de admissibilidade de recurso interposto perante outros Tribunais (HC 146.113-AgR, Rel. Min. Luiz Fux; e HC 110.420, Rel. Min. Luiz Fux). (...) (HC 225896 AgR, Relator Ministro Luís Roberto Barroso, Primeira

Documento eletrônico VDA45051255 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): DANIELA RODRIGUES TEIXEIRA Assinado em: 19/12/2024 11:48:44
Código de Controle do Documento: 0dad6d55-bb06-4a6e-949c-33e87693078e

Turma, julgado em 15/5/2023, DJe de 17/5/2023).

O entendimento é de elevada importância, devendo ser utilizado para preservar a real utilidade e eficácia da ação constitucional, qual seja, a proteção da liberdade da pessoa, quando ameaçada por ato ilegal ou abuso de poder, garantindo a necessária celeridade no seu julgamento.

A concessão de ofício da ordem, nos termos dos arts. 647-A e 654, § 2º, do Código de Processo Penal, depende da existência de flagrante ilegalidade.

Compulsando detidamente os autos, verifica-se que a parte recorrente acostou aos autos a certidão de antecedentes criminais (fls. 86-97, 101-106 e 155/156 - e-STJ), não sendo o caso, portanto, de instrução deficiente.

Ademais, verifica-se de plano flagrante constrangimento ilegal passível de concessão da ordem de ofício.

No presente agravo regimental, a defesa busca o afastamento da agravante da reincidência, alegando seu indevido reconhecimento, haja vista que os fatos objeto deste processo teriam ocorrido em novembro de 2014 e a condenação que serviu de base para o reconhecimento da alegada reincidência (processo n. 001581- 20.2017.8.26.0369) transitou em julgado para a defesa em 30 de novembro de 2020 (referente a delito ocorrido em 21 de janeiro de 2013), sendo descabido falar em reincidência.

A revisão da dosimetria da pena, na via do *habeas corpus*, somente é possível em situações excepcionais de manifesta ilegalidade ou abuso de poder, cujo reconhecimento ocorra de plano, sem maiores incursões em aspectos circunstanciais ou fáticos e probatórios (HC n. 304.083/PR, Rel. Ministro FELIX FISCHER, Quinta Turma, DJe 12/3/2015).

De fato, analisando a certidão de fl. 155 (e-STJ), verifica-se que a condenação relativa ao processo n. 001581- 20.2017.8.26.0369, que ensejou o reconhecimento da reincidência, diz respeito à fato ocorrido em 21/1/2013, cujo trânsito em julgado se deu em 30/11/2020, ou seja, posteriormente ao fato objeto deste processo, ocorrido em novembro de 2014.

Nos termos da jurisprudência desta Corte de Justiça, a condenação definitiva por fato anterior ao crime descrito na denúncia, com trânsito em julgado posterior à data do ilícito de que ora se cuida, embora não configure a agravante da reincidência, pode caracterizar maus antecedentes e ensejar o acréscimo da pena-base (AgRg no HC n. 607.497/SC, Rel. Ministro

Documento eletrônico VDA45051255 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): DANIELA RODRIGUES TEIXEIRA Assinado em: 19/12/2024 11:48:44
Código de Controle do Documento: 0dad6d55-bb06-4a6e-949c-33e87693078e

ROGÉRIO SCHIETTI CRUZ, Sexta Turma, julgado em 22/9/2020, DJe 30/9/2020). No mesmo sentido:

> *PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO PRIVILEGIADO. INAPLICABILIDADE. CONDENAÇÃO POR CRIME ANTERIOR COM TRÂNSITO EM JULGADO POSTERIOR. CONFIGURAÇÃO DE MAUS ANTECEDENTES. REGIME INICIAL FECHADO ADEQUADO. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. CONCESSÃO DE HABEAS CORPUS DE OFÍCIO.*
>
> ***1. É pacífica a jurisprudência nesta Corte de Justiça que a condenação por crime anterior à prática delitiva, com trânsito em julgado posterior à data do crime sob apuração, malgrado não configure reincidência, enseja a valoração negativa dos antecedentes do agente.***
>
> *2. Na hipótese, o crime de tráfico de drogas foi cometido em 12/11/2018, enquanto o crime de porte ilegal de arma de fogo, em 15/10/2017, com trânsito em julgado em 5/2/2019. Essa condenação anterior, inclusive, já era definitiva no momento da prolação de sentença do presente caso, em 31/5/2021.*
>
> *3. A presença de maus antecedentes obsta a aplicação da minorante prevista no §4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 e autoriza a fixação de regime inicial mais gravoso.*
>
> *4. Constatada flagrante ilegalidade na exasperação da basilar a título de natureza de drogas, tendo em vista a ínfima quantidade apreendida - 2g de cocaína.*
>
> *5. Agravo regimental desprovido. Concessão de habeas corpus de ofício para afastar a negativação da natureza das drogas na primeira fase de dosimetria.*
>
> *(AgRg no HC n. 913.019/PR, relator Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 24/6/2024, DJe de 1/7/2024.)*

Assim, deve-se reconhecer a ilegalidade do acórdão quanto ao ponto, em razão da ausência de fundamentação idônea a legitimar o reconhecimento da agravante da reincidência, porém, deixo de reconhecer os maus antecedentes, por tratar-se de recurso da defesa, para que não incorrer em *reformatio in pejus*.

Passo a redimensionar a pena.

Tem-se que a pena-base ficou estabelecida em 2 anos e 4 meses de reclusão e 11 dias-multa (e-STJ fls. 153). Na segunda fase, afasto a agravante da reincidência, razão pela qual a pena fica estabelecida no mesmo patamar, que torna-se definitiva pela ausência de outras causas modificativas.

Afastada a reincidência, mas mantidos os antecedentes, mostra-se cabível a fixação do regime semiaberto, na forma do art. 33, §§2º e 3º, do Código Penal.

Ante o exposto, **conheço dos embargos de declaração como agravo**

Documento eletrônico VDA45051255 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): DANIELA RODRIGUES TEIXEIRA Assinado em: 19/12/2024 11:48:44
Código de Controle do Documento: 0dad6d55-bb06-4a6e-949c-33e87693078e

regimental e, nesse contexto, **dou parcial provimento** ao recurso, a fim de de afastar a agravante da reincidência e redimensionar a pena do agravante para 2 anos e 4 meses de reclusão e 11 dias-multa, bem como para fixar o regime semiaberto para o cumprimento da pena.

É o voto.

Documento eletrônico VDA45051255 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): DANIELA RODRIGUES TEIXEIRA Assinado em: 19/12/2024 11:48:44
Código de Controle do Documento: 0dad6d55-bb06-4a6e-949c-33e87693078e

CERTIDÃO DE JULGAMENTO
QUINTA TURMA

Número Registro: 2023/0233181-8 **PROCESSO ELETRÔNICO** **AgRg no RHC 183.484 / SP**
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00020774920178260369 20230000068892 20230000320928
20774920178260369 22832755720228260000 228327557202282600005000O

EM MESA JULGADO: 17/12/2024

Relatora
Exma. Sra. Ministra **DANIELA TEIXEIRA**

Presidente da Sessão
Exmo. Sr. Ministro MESSOD AZULAY NETO

Subprocuradora-Geral da República
Exma. Sra. Dra. PAULA BAJER FERNANDES

Secretário
Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

RECORRENTE	:	LUCIANO CEZAR SCALON (PRESO)
ADVOGADOS	:	JOSÉ MARQUES - SP080704
		RENATO FLÁVIO MARCÃO - SP096754
RECORRIDO	:	MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes Praticados por Funcionários Públicos Contra a Administração em Geral - Peculato

AGRAVO REGIMENTAL

AGRAVANTE	:	LUCIANO CEZAR SCALON (PRESO)
ADVOGADOS	:	JOSÉ MARQUES - SP080704
		RENATO FLÁVIO MARCÃO - SP096754
AGRAVADO	:	MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

CERTIDÃO

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

" Prosseguindo no julgamento, a Turma, por unanimidade, recebeu os embargos de declaração como agravo regimental, ao qual se deu parcial provimento, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora".

Os Srs. Ministros Reynaldo Soares da Fonseca, Ribeiro Dantas, Joel Ilan Paciornik (voto-vista) e Messod Azulay Neto votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Documento eletrônico VDA45028545 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): MARCELO PEREIRA CRUVINEL, QUINTA TURMA Assinado em: 18/12/2024 18:24:55
Código de Controle do Documento: CCCACE3A-DF90-466D-920E-81B6E2EEFF56

AgRg no RECURSO EM HABEAS CORPUS Nº 183484 - SP (2023/0233181-8)

RELATORA	**:**	**MINISTRA DANIELA TEIXEIRA**
AGRAVANTE	:	LUCIANO CEZAR SCALON (PRESO)
ADVOGADOS	:	JOSÉ MARQUES - SP080704
		RENATO FLÁVIO MARCÃO - SP096754
AGRAVADO	:	MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

VOTO-VISTA

O EXMO. SR. MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK:

Cuida-se de embargos de declaração recebidos como agravo regimental, interpostos por LUCIANO CEZAR SCAON contra decisão monocrática que rejeitou o recurso em *habeas corpus*, no qual se discutia o reconhecimento da agravante da reincidência, bem como a revisão de atos processuais supostamente conduzidos de forma irregular.

No recurso ordinário em *habeas corpus*, o recorrente buscava afastar a reincidência reconhecida com base em condenação cujo trânsito em julgado ocorreu após os fatos narrados na denúncia. Em primeira instância, a pena foi fixada considerando essa agravante, o que motivou o pleito defensivo de revisão da dosimetria.

Em sessão pretérita desta Quinta Turma, a ilustre Ministra Relatora, Daniela Teixeira, afastou a agravante da reincidência por sua incorreção técnica, redimensionando a pena e fixando o regime semiaberto para o cumprimento da reprimenda. Pedi vista dos autos para melhor analisar as controvérsias.

É o sucinto relatório.

Acompanho integralmente o bem fundamentado voto da em. Relatora e passo a destacar os fundamentos que reforçam essa conclusão:

A jurisprudência consolidada desta Corte estabelece que o *habeas corpus* não pode ser utilizado como sucedâneo de revisão criminal, salvo quando constatada flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal.

A hipótese dos autos restringe-se à revisão da dosimetria da pena em razão da aplicação equivocada da agravante da reincidência, o que configura flagrante ilegalidade, apta à concessão de ordem de ofício.

Nos termos da jurisprudência desta Corte, a reincidência somente se caracteriza quando a condenação definitiva ocorre anteriormente ao fato delituoso objeto da nova ação penal. No caso, a condenação que fundamentou o reconhecimento da agravante transitou em julgado em 30/11/2020, após a prática do crime descrito na denúncia, ocorrido em novembro de 2014.

A Relatora acertadamente concluiu que a condenação anterior não poderia embasar a agravante da reincidência, sendo, no máximo, configuradora de maus antecedentes, desde que devidamente fundamentado pelo magistrado.

Com o afastamento da reincidência, a pena-base de 2 anos e 4 meses de reclusão e 11 dias-multa foi mantida, sem agravantes ou atenuantes. Nesse contexto, a pena definitiva fixa-se no mesmo patamar.

Por outro lado, entendo igualmente acertada a fixação do regime inicial semiaberto, conforme os critérios previstos nos §§ 2º e 3º do art. 33 do Código Penal, considerando a pena definitiva inferior a 4 anos e a ausência de fundamentação idônea para a imposição de regime mais gravoso.

Ante o exposto, acompanho o voto da em. Relatora para afastar a agravante da reincidência e redimensionar as penas para 2 anos e 4 meses de reclusão e 11 dias-multa, fixando-se o regime inicial semiaberto para o cumprimento da reprimenda.

É como voto.