



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 202.163 - SP (2011/0071298-0)

RELATOR : MINISTRO MARCO AURÉLIO BELLIZZE
IMPETRANTE : FABIO PEREZ FERNANDEZ - DEFENSOR PÚBLICO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : EVERALDO DA SILVA (PRESO)

EMENTA

HABEAS CORPUS IMPETRADO EM SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO PREVISTO NO ORDENAMENTO JURÍDICO. **1. NÃO CABIMENTO. MODIFICAÇÃO DE ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL. EXAME EXCEPCIONAL QUE VISA PRIVILEGIAR A AMPLA DEFESA E O DEVIDO PROCESSO LEGAL. 2. TRÁFICO E USO DE DOCUMENTO FALSO. UTILIZAÇÃO DA REINCIDÊNCIA PARA AGRAVAR A PENA, NA SEGUNDA FASE, E AFASTAR O REDUTOR DO § 4º DO ART. 33 DA LEI Nº 11.343/2006. ALEGAÇÃO DE **BIS IN IDEM**. NÃO OCORRÊNCIA. 3. COMPENSAÇÃO DA AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA COM A ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA. POSSIBILIDADE. ILEGALIDADE PATENTE. 4. ORDEM NÃO CONHECIDA. **HABEAS CORPUS** CONCEDIDO DE OFÍCIO.**

1. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, buscando a racionalidade do ordenamento jurídico e a funcionalidade do sistema recursal, vinha se firmando no sentido de ser imperiosa a restrição do cabimento do remédio constitucional às hipóteses previstas na Constituição Federal e no Código de Processo Penal. Nessa linha de evolução hermenêutica, o Supremo Tribunal Federal passou a não mais admitir **habeas corpus** que tenha por objetivo substituir o recurso ordinariamente cabível para a espécie. Precedentes. Contudo, devem ser analisadas as questões suscitadas na inicial, no afã de verificar a existência de constrangimento ilegal evidente, a ser sanado mediante a concessão de **habeas corpus** de ofício, evitando-se, assim, prejuízos à ampla defesa e ao devido processo legal.

2. Não há que se falar em **bis in idem** na utilização da reincidência para agravar a pena e para afastar a aplicação da minorante contida no § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/2006, visto que, consoante a uníssona jurisprudência desta Corte, é possível que um mesmo instituto jurídico incida em momentos distintos da dosimetria da pena, desde que haja comando legal específico nesse sentido. Precedentes.

3. A Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento dos Embargos de Divergência n.º 1.154.752/RS, assentou a compreensão de que é possível a compensação entre a agravante da reincidência e a atenuante da confissão espontânea.

4. Ordem não conhecida. **Habeas corpus** concedido de ofício a fim de, compensada a agravante da reincidência com a atenuante da confissão espontânea, reduzir as penas referentes ao delito de uso de documento falso, na ação penal de que se cuida, para 2 (dois) anos de reclusão e 10 (dez) dias-multa.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, não conhecer do pedido e conceder **habeas corpus** de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Campos Marques (Desembargador convocado do TJ/PR), Laurita Vaz e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, a Sra. Ministra Marilza Maynard (Desembargadora convocada do TJ/SE).

Brasília (DF), 16 de abril de 2013 (data do julgamento).

MINISTRO MARCO AURÉLIO BELLIZZE, Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 202.163 - SP (2011/0071298-0)

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO BELLIZZE:

Trata-se de **habeas corpus** impetrado em favor de Everaldo da Silva, apontando-se como autoridade coatora o Tribunal de Justiça de São Paulo.

Consta dos autos ter sido o paciente condenado às penas de 9 (nove) anos, 1 (um) mês e 20 (vinte) dias de reclusão e ao pagamento de 691 (seiscentos e noventa e um) dias-multa, pela prática dos crimes previstos no art. 33, **caput**, c/c o art. 40, VI, ambos da Lei nº 11.343/2006, e no art. 304 c/c o art. 297, ambos do Código Penal, fixado o regime fechado para o início de cumprimento da pena referente ao tráfico e o regime semiaberto quanto ao delito de uso de documento falso.

Irresignada, a defesa interpôs recurso de apelação, ao qual o Tribunal de origem deu parcial provimento tão somente a fim de, afastada a majorante do art. 40, VI, da Lei nº 11.343/2006, reduzir as reprimendas do tráfico de entorpecentes para 5 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão e ao pagamento de 583 (quinhentos e oitenta e três) dias-multa.

No presente **writ**, sustenta o impetrante a ocorrência de **bis in idem** no fato de a reincidência do paciente ter sido utilizada tanto para agravar a pena, na segunda fase, quanto para afastar a aplicação da minorante do art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006.

Afirma que, tendo o paciente confessado espontaneamente a autoria do delito de uso de documento falso, a atenuante da confissão deveria ter sido reconhecida e compensada com a agravante da reincidência.

Alega, por fim, inexistir motivação idônea para a imposição do regime semiaberto no caso do crime contido no art. 304 c/c o art. 297, ambos do Código Penal.

Busca, assim, seja reduzida a pena com base no § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/2006 ou, afastado o aumento decorrente da reincidência, seja compensada a agravante da reincidência com a atenuante da confissão espontânea, bem como fixado o



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

regime prisional aberto no tocante ao crime de uso de documento falso.

Liminar indeferida à fl. 54.

Prestadas as informações, o Ministério Público Federal, ao se manifestar (fls. 102/104), opinou pela denegação da ordem.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 202.163 - SP (2011/0071298-0)

VOTO

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO BELLIZZE (RELATOR):

O remédio constitucional do **habeas corpus** nasceu historicamente como uma necessidade de contenção do poder e do arbítrio do Estado. A Carta Magna de 1988 manteve a garantia constitucional, prevista, sabemos todos, desde a Constituição Republicana, destacando-se no inciso LXVIII do art. 5º que "conceder-se-á **habeas corpus** sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder". O Código de Processo Penal, no mesmo diapasão, dispõe no art. 647, que "dar-se-á **habeas corpus** sempre que alguém sofrer ou se achar na iminência de sofrer violência ou coação ilegal na sua liberdade de ir e vir, salvo nos casos de punição disciplinar".

Enquanto não encontre eu, nos dispositivos mencionados acima, argumentos para elastecer o cabimento do remédio constitucional a questões que não envolvem diretamente o direito de ir, vir e ficar do indivíduo, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, talvez como reflexo da redemocratização do país depois de mais de vinte anos de ditadura militar, na intenção de proteger o cidadão, foi ampliando, aos poucos, o cabimento do **habeas corpus** a fim de salvaguardar direitos que apenas indiretamente poderiam refletir na liberdade de locomoção.

No entanto, parece-me que se foi além da meta – proteção do direito fundamental à liberdade de locomoção –, quem sabe se não se tomou a nuvem por Juno. Passou-se a admitir, fora das hipóteses de cabimento previstas na Constituição Federal e no Código de Processo Penal, a impetração de **habeas corpus** como meio ordinário de impugnação, ainda que ausente ameaça concreta e imediata ao direito de ir, ficar e vir, inviabilizando, conseqüentemente, a proteção judicial efetiva, tendo em vista que a duração indefinida do processo compromete de modo decisivo a proteção da dignidade da pessoa



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

humana, "na medida em que permite a transformação do ser humano em objeto dos processos estatais". (MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*. 2ª Edição. São Paulo. Saraiva. 2008. p. 100.)

Em razão disso, consolidou-se, por meio de reiteradas decisões do Superior Tribunal de Justiça, a tendência de se atenuar as hipóteses de cabimento do remédio constitucional, destacando-se que o **habeas corpus** é antídoto de prescrição restrita, que se presta a reparar constrangimento ilegal evidente, incontroverso, indisfarçável e que, portanto, se mostra de plano comprovável e perceptível ao julgador. Logo, não se destina à correção de equívocos ou situações as quais, ainda que eventualmente existentes, demandam, para sua identificação e correção, o exame de matéria de fato ou da prova que sustentou o ato ou a decisão impugnada.

Mais que isso, observou a jurisprudência desta Corte ser o **habeas corpus** remédio constitucional voltado ao combate de constrangimento ilegal específico, de ato ou decisão que afete, potencial ou efetivamente, direito líquido e certo do cidadão, com reflexo direto em sua liberdade. Assim, não se presta à correção de decisão sujeita a recurso próprio, previsto no sistema processual penal, não sendo, pois, substituto de recursos ordinários, especial ou extraordinário (AgRg no HC n.º 239.957/TO, Relatora a Ministra Maria Thereza de Assis Moura, DJe de 11/6/2011 e HC n.º 201.483/SP, Relator o Ministro Gilson Dipp, DJe de 27/10/2011).

O Supremo Tribunal Federal, nessa linha de evolução hermenêutica, passou a não mais admitir **habeas corpus** que tenha por objetivo substituir o recurso ordinário constitucional. A mudança jurisprudencial consolidou-se a partir dos seguintes julgamentos: **Habeas Corpus** n.º 109.956/PR, Relator o Ministro Marco Aurélio; **Habeas Corpus** n.º 104.045/RJ, Relatora a Ministra Rosa Weber; **Habeas Corpus** n.º 114.550/AC, Relator o Ministro Luiz Fux e **Habeas Corpus** n.º 114.924/RJ, Relator o Ministro Dias Toffoli.

Entendo que boa razão têm os Ministros do Supremo Tribunal Federal quando restringem o cabimento do remédio constitucional às hipóteses previstas na Constituição Federal e no Código de Processo Penal. É que as vias recursais ordinárias passaram a ser atravessadas por incontáveis possibilidades de dedução de insurgências pela impetração do **writ**, cujas origens me parece terem sido esquecidas,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

sobrecarregando os tribunais, desvirtuando a racionalidade do ordenamento jurídico e a funcionalidade do sistema recursal. Calhou bem a mudança da orientação jurisprudencial, tanto que eu, de igual modo, dela passo a me valer com o objetivo de viabilizar o exercício pleno, pelo Superior Tribunal de Justiça, da nobre função de uniformizar a interpretação da legislação federal brasileira.

Entretanto, apesar de não se ter utilizado, na espécie, do recurso previsto na legislação ordinária para a impugnação da decisão, em homenagem à garantia constitucional constante do art. 5º, inciso LXVIII, passo à análise das questões suscitadas na inicial, no afã de verificar a existência de constrangimento ilegal evidente, a ser sanado mediante a concessão de **habeas corpus** de ofício, evitando-se, assim, prejuízos à ampla defesa e ao devido processo legal.

De início, não há que se falar em **bis in idem** na utilização da reincidência para agravar a pena e para afastar a aplicação da minorante contida no § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/2006, visto que, consoante a uníssona jurisprudência desta Corte, "é possível que um mesmo instituto jurídico seja apreciado em fases distintas na dosimetria da pena, gerando efeitos diversos, conforme previsão legal específica" (HC 209.818/SP, Relatora a Ministra Maria Thereza de Assis Moura, DJe de 27/02/2013).

Confira-se, ainda, o seguinte precedente:

(...)

TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI 11.343/2006. PRETENDIDA APLICAÇÃO. AGENTE REINCIDENTE. AUSÊNCIA DE PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS LEGALMENTE EXIGIDOS. ALEGAÇÃO DE DUPLA PUNIÇÃO PELO MESMO FATO. INOCORRÊNCIA. CUMPRIMENTO DOS EFEITOS PRÓPRIOS DO INSTITUTO DA REINCIDÊNCIA. COAÇÃO ILEGAL INEXISTENTE.

1. Constatando-se a ocorrência da reincidência, ausente ilegalidade na não aplicação da causa especial de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/06, haja vista o não preenchimento de exigência determinada nesta regra, qual seja, ser o agente primário.

2. Não há o que se falar em bis in idem, mas sim em cumprimento dos efeitos lógicos, legalmente previstos, decorrentes de um mesmo instituto jurídico - a reincidência - quando foi agravada a sanção do paciente na segunda etapa da dosimetria, dado o reconhecimento da agravante do art. 61 do CP, e deixou-se de fazer incidir a causa especial de diminuição



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

da pena inserta no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006, em razão da não primariedade do paciente.

(...)

(HC 249.371/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 06/12/2012, DJe 01/02/2013)

Por outro vértice, no tocante ao delito de uso de documento falso, imperiosa a compensação da agravante da reincidência com a atenuante da confissão espontânea.

O entendimento da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça era no sentido de que a reincidência, como preponderante, deveria prevalecer sobre a atenuante da confissão espontânea, a teor do art. 67 do Código Penal, não sendo admissível a compensação.

Entretanto, a partir do julgamento dos EREsp n.1.154.752-RS, Relator o Ministro Sebastião Reis Júnior, julgado em 23/5/2012, a matéria foi submetida a apreciação da Terceira Seção, prevalecendo o entendimento de que é possível a compensação entre a agravante da reincidência com a atenuante da confissão espontânea. Confira-se:

EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL. PENAL. NOTÓRIO DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL. MITIGAÇÃO DOS REQUISITOS FORMAIS DE ADMISSIBILIDADE. ROUBO. CÁLCULO DA PENA. COMPENSAÇÃO DA REINCIDÊNCIA COM A ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA.

1. Quando se trata de notório dissídio jurisprudencial, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça diz que devem ser mitigados os requisitos formais de admissibilidade concernentes aos embargos de divergência. Precedentes.

2. É possível, na segunda fase do cálculo da pena, a compensação da agravante da reincidência com a atenuante da confissão espontânea, por serem igualmente preponderantes, de acordo com o art. 67 do Código Penal.

3. Embargos de divergência acolhidos para restabelecer, no ponto, o acórdão proferido pelo Tribunal local.

*(EREsp 1154752/RS, Relator o Ministro **SEBASTIÃO REIS JÚNIOR**, DJe de 04/09/2012)*

Assim, o referido entendimento passou a ser aplicado pelas duas Turmas da Seção.

No caso, embora o magistrado tenha se utilizado da confissão do paciente na sentença, não efetuou a devida compensação com a agravante da reincidência, providência mantida pelo Tribunal **a quo**, o que ocasionou um aumento de pena, na segunda fase da dosimetria, de 4 (quatro) meses de reclusão e 1 (um) dia-multa.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Dessa forma, efetuo a pertinente compensação e estabeleço as penas definitivamente em 2 (dois) anos de reclusão e 10 (dez) dias-multa.

Fica mantido, contudo, o regime prisional semiaberto, haja vista que a quantidade de pena estipulada, somada à reincidência, não permitem a imposição de outro regime que não o intermediário, nos termos do que preconiza o art. 33, § 2º, do Código Penal.

Ante o exposto, não conheço do presente **writ**.

Contudo, concedo **habeas corpus** de ofício a fim de, compensada a agravante da reincidência com a atenuante da confissão espontânea, reduzir as penas referentes ao delito de uso de documento falso, na ação penal de que se cuida, para 2 (dois) anos de reclusão e 10 (dez) dias-multa.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2011/0071298-0

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 202.163 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 1752008 50080080197 990081095440

EM MESA

JULGADO: 16/04/2013

Relator

Exmo. Sr. Ministro **MARCO AURÉLIO BELLIZZE**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **MARCO AURÉLIO BELLIZZE**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **ODIM BRANDÃO FERREIRA**

Secretário

Bel. **LAURO ROCHA REIS**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : FABIO PEREZ FERNANDEZ - DEFENSOR PÚBLICO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : EVERALDO DA SILVA (PRESO)
CORRÉU : SAVIO LUIS ZANCAN

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 Campos Marques (Desembargador convocado do TJ/PR), Laurita Vaz e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, a Sra. Ministra Marilza Maynard (Desembargadora convocada do TJ/SE).