



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 169.881 - SP (2010/0072445-0)

RELATOR : MINISTRO NEWTON TRISOTTO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SC)
IMPETRANTE : OTONIEL KATUMI KIKUTI - DEFENSOR PÚBLICO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : MAXSUÊNIO VIRGINO GOMES

EMENTA

CONSTITUCIONAL. *HABEAS CORPUS* IMPETRADO EM SUBSTITUIÇÃO A RECURSO PRÓPRIO. TRÁFICO DE DROGAS. REINCIDÊNCIA. UTILIZAÇÃO COMO CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL E PARA VEDAR A APLICAÇÃO DE CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA (LEI N. 11.343/2006, ART. 33, § 4º). *BIS IN IDEM*. NÃO OCORRÊNCIA. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO.

01. As Turmas que compõem a Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça firmaram o entendimento de não ser admissível *habeas corpus* impetrado em substituição a recurso especial, a recurso ordinário ou a revisão criminal previstos, respectivamente, na alínea "e" do inciso I, na alínea "a" do inciso II e no inciso III do art. 105 da Constituição da República (T-5, HC n. 277.152, Rel. Min. Jorge Mussi; HC n. 239.999, Min. Laurita Vaz; T-6, HC n. 275.352, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura). Porém, por força do disposto no inciso LXVIII do art. 5º da Constituição da República, e no § 2º do art. 654 do Código de Processo Penal, cumpre ao Tribunal "*expedir de ofício ordem de habeas corpus, quando no curso de processo verificarem que alguém sofre ou está na iminência de sofrer coação ilegal*".

02. "*Não há falar em bis in idem em razão utilização da reincidência como agravante genérica e para afastar o reconhecimento da causa especial de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da Lei n.º 11.343/06, porquanto é possível que um mesmo instituto jurídico seja apreciado em fases distintas na dosimetria da pena, gerando efeitos diversos, conforme previsão legal específica*" (HC 287.904/SP, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, julgado em 6.5.2014, DJe 15.5.2014).

03. *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, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, não conhecer do pedido. Os Srs. Ministros Felix Fischer, Gilson Dipp, Jorge Mussi e Gurgel de Faria votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília, 18 de setembro de 2014(data do julgamento).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

MINISTRO NEWTON TRISOTTO
(DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SC)
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 169.881 - SP (2010/0072445-0)

IMPETRANTE : OTONIEL KATUMI KIKUTI - DEFENSOR PÚBLICO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : MAXSUÊNIO VIRGINO GOMES

RELATÓRIO

MINISTRO NEWTON TRISOTTO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SC):

A Defensoria Pública do Estado de São Paulo impetrou *habeas corpus* em favor de **MAXSUÊNIO VIRGINO GOMES**.

O paciente foi condenado às penas de 06 (seis) anos de reclusão e 600 (seiscentos) dias-multa como incurso no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006. Da sentença transcrevo excertos relacionados à dosimetria da pena:

"O acusado ostenta uma condenação criminal anterior por crime da mesma natureza. Apreciando, assim, os parâmetros legais ditados pelo art. 59 do Código Penal, em razão da reincidência reconhecida, demonstrando a personalidade voltada para a prática do crime da mesma natureza, fixo a pena base 1/5 acima do mínimo legal, em 6 anos de reclusão e 600 dias-multa.

Deixo de aumentar a pena pela reincidência, por já haver considerado o antecedente certificado nos autos para exasperação da pena base em 1/5.

Porque reincidente, o acusado não faz jus à causa de diminuição da pena prevista no parágrafo 4º do art. 33" (fls. 12/13).

Pelas razões a seguir reproduzidas, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, apontado como autoridade coatora, deu provimento parcial ao recurso interposto pelo apenado tão somente "*para o fim de reduzir suas penas a 05 anos e 10 meses de reclusão e 583 dias-multa*":

"Não se há falar em 'bis in idem', pois a r. sentença considerou a reincidência tão-só por ocasião da análise das circunstâncias do artigo 59 do Código Penal, para, na sequência, atendendo aos requisitos previstos na Lei n. 11.343/06, obstar a aplicação de qualquer de suas benesses àquele que faz da traficância seu modo habitual de vida.

Sob certos aspectos, merece ser beneficiado o recorrente.

A reincidência certificada a fls. 42 pode servir de esteio à majoração da pena-base, com fundamento no artigo 59 do Código Penal, mostrando-se, contudo, mais consentâneo o acréscimo de 1/6, alçadas as penas a 05 anos e 10 meses de reclusão e 583 dias-multa, tornadas definitivas, o que impede a aplicação de qualquer benesse da Lei de Drogas" (fls. 19/20).

No *writ* em exame, a impetrante sustenta, em síntese, que não "*se pode*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

concluir que a aplicação da reincidência, por duas vezes, é simplesmente efeito lógico, legalmente previsto, em etapas diferentes da fixação da pena. Aliás, ao assim se concluir, está se aceitando que o mesmo fato, ou seja, condenação anterior por sentença transitada em julgado antes da prática de um crime, seja aplicada duas vezes na fixação da pena. Logo, não há como deixar de concluir que na medida em que tal fato está sendo duplamente valorado, patente se encontra o 'bis in idem', proibido pela legislação pátria" (fls. 01/05).

O então Relator, Ministro Felix Fischer, indeferiu a liminar (fl. 28).

O Ministério Público Federal manifestou-se pela denegação da ordem (fls. 55/62).

É o relatório.

HABEAS CORPUS Nº 169.881 - SP (2010/0072445-0)

RELATOR : MINISTRO NEWTON TRISOTTO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SC)
IMPETRANTE : OTONIEL KATUMI KIKUTI - DEFENSOR PÚBLICO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : MAXSUÊNIO VIRGINO GOMES

VOTO

MINISTRO NEWTON TRISOTTO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SC) (Relator):

01. Na parte relacionada com o caso em análise, no art. 105, a Constituição da República dispõe que compete ao Superior Tribunal de Justiça:

"II - julgar, em recurso ordinário:

a) os habeas-corpus decididos em única ou última instância pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando a decisão for denegatória;

b) os mandados de segurança decididos em única instância pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando denegatória a decisão;

[...]

III - julgar, em recurso especial, as causas decididas, em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando a decisão recorrida:

a) contrariar tratado ou lei federal, ou negar-lhes vigência;

b) julgar válido ato de governo local contestado em face de lei federal;

c) der à lei federal interpretação divergente da que lhe haja atribuído outro tribunal".



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

A Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal e a Quinta e Sexta Turmas do Superior Tribunal de Justiça têm proclamado que não pode ser admitido *habeas corpus* como substitutivo de recurso ordinário expressamente previsto na Constituição da República. Esta, porém, no Título que trata “**DOS DIREITOS E GARANTIAS INDIVIDUAIS**”, mais precisamente no art. 5º, estatui que:

- “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal” (inc. LIV);
- “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes” (inc. LV);
- “ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança” (inc. LXVI);
- “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” (inc. LXVIII).

À luz desses princípios, é forçoso concluir que, conquanto não admitido o *habeas corpus* porque interposto em substituição a recurso ordinário, recurso especial ou revisão criminal, deverá ser concedido de ofício se presentes os pressupostos constitucionais (CR, art. 5º, inc. LXVIII). Vale dizer: se comprovado que o paciente sofre constrangimento ou ameaça de constrangimento à sua liberdade de locomoção em decorrência de ilegalidade ou abuso de poder.

É o que também se infere do § 2º do art. 654 do Código de Processo Penal: “*os juízes e os tribunais têm competência para expedir de ofício ordem de habeas corpus, quando no curso do processo verificarem que alguém sofre ou está na iminência de sofrer coação ilegal*”.

Transcrevo, parcialmente, ementas de acórdãos que respaldam as teses perfilhadas:

“[...]”

1. A Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, buscando dar efetividade às normas previstas na Constituição Federal e na Lei 8.038/1990, passou a não mais admitir o manejo do habeas corpus originário em substituição ao recurso ordinário cabível, entendimento que deve ser adotado por este Superior Tribunal de Justiça, a fim de que seja restabelecida a organicidade da prestação jurisdicional que envolve a tutela do direito de locomoção.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

2. O constrangimento apontado na inicial será analisado, a fim de que se verifique a existência de flagrante ilegalidade que justifique a atuação de ofício por este Superior Tribunal de Justiça.

[...]" (HC 277152/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 04/09/2014, DJe 10/09/2014).

"*HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. DIREITO PENAL. TRÁFICO TRANSNACIONAL DE DROGAS, PORTE ILEGAL DE ARMA E RECEPÇÃO. PENAL. CONFISSÃO ESPONTÂNEA. REDUÇÃO DA PENA ABAIXO DO MÍNIMO LEGAL. IMPOSSIBILIDADE. MINORANTE PREVISTA NO § 4.º DO ART. 33 DA NOVA LEI DE TÓXICOS. RÉU QUE SE DEDICA À ATIVIDADE CRIMINOSA. DESCABIMENTO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA. SANÇÃO MAIOR QUE QUATRO ANOS. FIXAÇÃO DO REGIME SEMIABERTO. RÉU PRIMÁRIO E SEM MAUS ANTECEDENTES. ADEQUAÇÃO. ORDEM DE *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDA. *HABEAS CORPUS* CONCEDIDO DE OFÍCIO.

1. A Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal e ambas as Turmas desta Corte, após evolução jurisprudencial, passaram a não mais admitir a impetração de habeas corpus em substituição ao recurso ordinário, nas hipóteses em que esse último é cabível, em razão da competência do Pretório Excelso e deste Superior Tribunal tratar-se de matéria de direito estrito, prevista taxativamente na Constituição da República.

2. Esse entendimento tem sido adotado pela Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça também nos casos de utilização do habeas corpus em substituição ao recurso especial, com a ressalva da posição pessoal desta Relatora, sem prejuízo de, eventualmente, se for o caso, deferir-se a ordem de ofício, em caso de flagrante ilegalidade.

[...]

9. Ordem de *habeas corpus* não conhecida. Ordem de *habeas corpus* concedida, de ofício, para, mantida a condenação, fixar o regime inicial semiaberto para o cumprimento da pena reclusiva imposta ao Paciente. (HC 239.999/MS, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 05/08/2014, DJe 21/08/2014).

"[...]

1. É imperiosa a necessidade de racionalização do emprego do habeas corpus, em prestígio ao âmbito de cognição da garantia constitucional e em louvor à lógica do sistema recursal. *In casu*, foi impetrada indevidamente a ordem como substitutiva de recurso ordinário.

[...]

5. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, a fim de que o paciente possa aguardar em liberdade o trânsito em julgado da ação penal, se por outro motivo não estiver preso, sem prejuízo de que o Juízo a quo, de maneira fundamentada, examine se é caso de aplicar uma das medidas cautelares implementadas pela Lei n.º 12.403/11, ressalvada, inclusive, a possibilidade de decretação de nova prisão, caso demonstrada sua necessidade" (HC 275352/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 19/08/2014, DJe 02/09/2014).

"AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. DECISÃO AGRAVADA QUE ESTÁ ALINHADA COM A ORIENTAÇÃO DA PRIMEIRA TURMA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RECURSO A QUE SE NEGA PROVIMENTO. 1. **A ação de**



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

habeas corpus não pode ser utilizada em substituição ao recurso ordinário previsto na Constituição Federal. Precedentes. 2. A possibilidade concreta de reiteração delitiva é fundamento idôneo para a custódia cautelar. Precedentes. 3. No caso, a prisão preventiva do agravante, acusado da prática de homicídio qualificado, foi determinada após a constatação de que ele teria, no gozo do benefício de liberdade provisória, cometido diversos delitos. 4. Agravo regimental a que se nega provimento" (HC 122820 AgR, Rel. Ministro ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, julgado em 19/08/2014, DJe 11/09/2014).

No presente caso, não há como conhecer do *habeas corpus* porque impetrado em substituição a recurso expressamente previsto na Constituição da República para a hipótese.

Considerando, no entanto, que na petição inicial é afirmado que o paciente sofre constrangimento em sua liberdade de locomoção, será possível, em tese, a concessão do *habeas corpus* de ofício. Destarte, impõe-se seja examinada a pretensão.

02. A controvérsia está relacionada com a possibilidade de utilização da reincidência em dois momentos distintos da dosimetria da pena: 1) para majorar a pena-base; 2) para impedir a aplicação da causa de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006.

Está inscrito na sentença:

"O acusado ostenta uma condenação criminal anterior por crime da mesma natureza. Apreciando, assim, os parâmetros legais ditados pelo art. 59 do Código Penal, em razão da reincidência reconhecida, demonstrando a personalidade voltada para a prática do crime da mesma natureza, fixo a pena base 1/5 acima do mínimo legal, em 6 anos de reclusão e 600 dias-multa.

Deixo de aumentar a pena pela reincidência, por já haver considerado o antecedente certificado nos autos para exasperação da pena base em 1/5.

Porque reincidente, o acusado não faz jus à causa de diminuição da pena prevista no § 4º do art. 33" (fls. 12/13).

Por seu turno, decidiram os integrantes da Décima Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo:

"Não se há falar em 'bis in idem', pois a r. sentença considerou a reincidência tão-só por ocasião da análise das circunstâncias do artigo 59 do Código Penal, para, na sequência, atendendo aos requisitos previstos na Lei n. 11.343/06, obstar a aplicação de qualquer de suas benesses àquele que faz da traficância seu modo habitual de vida" (fl. 19).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Assevera a impetrante que é abusiva a utilização da reincidência em duas etapas da fixação da pena.

Rejeito a tese valendo-me dos fundamentos dos votos insertos nos acórdãos cujas ementas – que são autoexplicativas – passo a reproduzir:

"É possível, na individualização da pena, a utilização de uma mesma circunstância pessoal em campos diversos e para finalidades diferentes, p. ex., a utilização da reincidência para aumentar a pena e para impedir a concessão da causa de diminuição de pena do § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006" (HC 285.106/SP, Rel. Ministra MARILZA MAYNARD (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/SE), SEXTA TURMA, julgado em 19/08/2014, DJe 02/09/2014).

"Não há falar em *bis in idem* em razão utilização da reincidência como agravante genérica e para afastar o reconhecimento da causa especial de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da Lei n.º 11.343/06, porquanto é possível que um mesmo instituto jurídico seja apreciado em fases distintas na dosimetria da pena, gerando efeitos diversos, conforme previsão legal específica" (HC 287.904/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 06/05/2014, DJe 15/05/2014).

"A reincidência, específica ou não, não se compatibiliza com a causa especial de diminuição de pena prevista § 4.º do art. 33 da Lei n.º 11.343/2006, dado que necessário, dentre outros requisitos, seja o agente primário. Tal óbice e a exasperação da pena, em razão da reincidência, não importam em *bis in idem*, mas em consequências jurídico-legais distintas de um mesmo instituto" (HC 237.729/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 24/04/2014, DJe 08/05/2014).

"Não há 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 não se fez incidir a causa especial de diminuição da pena inserta no § 4.º do art. 33 da Lei n.º 11.343/2006, em razão da não primariedade do paciente" (HC 222.993/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 17/10/2013, DJe 23/10/2013).

03. À vista do exposto, **não conheço** do *habeas corpus*.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2010/0072445-0

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 169.881 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 50080345395

6562008

990091703168

EM MESA

JULGADO: 18/09/2014

Relator

Exmo. Sr. Ministro **NEWTON TRISOTTO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SC)**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **JORGE MUSSI**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **ANTÔNIO AUGUSTO BRANDÃO DE ARAS**

Secretário

Bel. **MARCELO PEREIRA CRUVINEL**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : OTONIEL KATUMI KIKUTI - DEFENSOR PÚBLICO

IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

PACIENTE : MAXSUÊNIO VIRGINO GOMES

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."

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