



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 478.757 - SP (2018/0301015-8)

RELATOR : **MINISTRO FELIX FISCHER**
IMPETRANTE : BRUNO FELIX DE PAULA E OUTRO
ADVOGADOS : BRUNO FÉLIX DE PAULA - SP375946
RAFAEL NONAKA DA SILVA - SP377457
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : FRANCISCO DE ASSIS VASQUES NETO

EMENTA

PENAL. PROCESSUAL PENAL. **HABEAS CORPUS** SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. FURTO QUALIFICADO. DOSIMETRIA. CONDENAÇÃO ANTERIOR PELO CRIME DO ARTIGO 28 DA LEI DE DROGAS. REINCIDÊNCIA. DESPROPORCIONALIDADE. PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS. REGIME ABERTO E SUBSTITUIÇÃO DA PENA. VIABILIDADE. PENA INFERIOR A 4 ANOS E CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. **HABEAS CORPUS** NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

I - A Terceira Seção desta Corte, seguindo entendimento firmado pela Primeira Turma do col. Pretório Excelso, firmou orientação no sentido de não admitir a impetração de **habeas corpus** em substituição ao recurso adequado, situação que implica o não-conhecimento da impetração, ressalvados casos excepcionais em que, configurada flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, seja recomendável a concessão da ordem de ofício.

II - Consoante o posicionamento firmado pela Suprema Corte, na questão de ordem no RE n. 430.105/RJ, a conduta de porte de substância entorpecente para consumo próprio, prevista no art. 28 da Lei n. 11.343/2006, foi apenas despenalizada pela nova Lei de Drogas, mas não descriminalizada, vale dizer, não houve **abolitio criminis**. Desse modo, tratando-se de conduta que caracteriza ilícito penal, a condenação anterior pelo crime de porte de entorpecente para uso próprio **pode configurar a reincidência e também macular os antecedentes do acusado**.

III - **De outro lado**, a Sexta Turma deste Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do REsp n. 1.672.654/SP, consignou que *"se a contravenção penal, punível com pena de prisão simples, não configura reincidência, resta inequivocamente desproporcional a consideração, para fins de reincidência, da posse de droga para consumo próprio, que conquanto seja crime, é punida apenas com "advertência sobre os efeitos das drogas", "prestação de serviços à comunidade" e "medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo"*.

IV - Na hipótese, considerando a reincidência genérica do paciente, referente à condenação pelo delito do artigo 28 da Lei de Drogas, o qual sequer é punido com pena privativa de liberdade, forçoso concluir que faz **jus** ao regime **aberto**, para início de cumprimento da pena, **ex vi** do art. 33, § 2º, alínea c, e § 3º, do Estatuto Penal, bem como de acordo com o entendimento constante das Súmulas n. 718 e n. 719 do



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Supremo Tribunal Federal e da Súmula n. 440 desta Corte Superior.

V - Preenchidos os requisitos do art. 44, parágrafo 3º do Código Penal, quais sejam, pena não superior à 4 (quatro) anos, o crime não foi cometido com violência ou grave ameaça à pessoa, réu não reincidente específico e circunstâncias judiciais favoráveis, o paciente faz jus à substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

Habeas Corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício, para substituir a pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, a ser estabelecida pelo Juízo **a quo**.

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 e conceder "Habeas Corpus" de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Jorge Mussi, Reynaldo Soares da Fonseca, Ribeiro Dantas e Joel Ilan Paciornik votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 05 de fevereiro de 2019(Data do Julgamento)

Ministro Felix Fischer

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 478.757 - SP (2018/0301015-8)

IMPETRANTE : BRUNO FELIX DE PAULA E OUTRO
ADVOGADOS : BRUNO FÉLIX DE PAULA - SP375946
RAFAEL NONAKA DA SILVA - SP377457
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : FRANCISCO DE ASSIS VASQUES NETO

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO FELIX FISCHER: Trata-se de **habeas corpus**, com pedido liminar, impetrado em favor de **FRANCISCO DE ASSIS VASQUES NETO** contra acórdão prolatado pelo **Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo**.

Depreende-se dos autos que o paciente foi condenado pela prática do delito previsto no artigo 155, parágrafo 1º e parágrafo 4º, inciso IV, às penas de 2 (dois) anos e 8 (oito) meses de reclusão e 26 dias-multa, e em 1 (um) mês e 5 (cinco) dias de detenção, pelo crime tipificado no art. 340 do Código Penal, sendo a pena privativa de liberdade substituída por restritivas de direitos.

Irresignados, a defesa e a acusação interpuseram recurso de apelação ao Tribunal de origem, que deu parcial provimento aos apelos, para reduzir a pena do crime de furto ao patamar de **2 (dois) anos e 4 (quatro) meses de reclusão e 11 (onze) dias-multa, bem como afastar a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos e fixar o regime semiaberto, para o início de cumprimento da pena**, nos termos do acórdão juntado às fls. 74-84.

No presente **writ**, o impetrante sustenta que: *"o d.Tribunal de Justiça utilizou como fundamento para a modificação da r.sentença a existência de reincidência em crime doloso não específica, além disso, é oriunda de uma antiga condenação em crime de posse de drogas para o consumo próprio, o que é incapaz de ser entendida como reincidência em crime doloso. De início, torna-se necessário discutir acerca da antiga condenação (reincidência) utilizada como fundamento para cercear a liberdade do paciente, fundamento este que é a espinha dorsal dos motivos ensejadores da modificação da r.sentença em desfavor do paciente."*

Requer, ao final, a concessão da ordem, para afastar a agravante referente à reincidência, bem como fixar o regime aberto, e substituir a pena privativa de liberdade por



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

restritivas de direitos (fls. 3-17).

O pedido liminar foi deferido (fls. 89-91).

As informações foram prestadas às fls. 97-122 e 125-149.

O Ministério Público Federal, às fls. 152-154, manifestou-se pela concessão da ordem de ofício, nos termos da seguinte ementa:

"HABEAS CORPUS. APELAÇÃO. FURTO QUALIFICADO. COMUNICAÇÃO FALSA DE CRIME. REGIME PRISIONAL. - A consideração de condenação com fundamento no art. 28 da Lei n. 11.343/06 para fins de reincidência viola o princípio da proporcionalidade. Pelo não conhecimento do habeas corpus, mas pela concessão da ordem, de ofício, para fixar o regime aberto e substituir a pena privativa de liberdade por restritivas de direitos."

É relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 478.757 - SP (2018/0301015-8)

RELATOR : **MINISTRO FELIX FISCHER**
IMPETRANTE : BRUNO FELIX DE PAULA E OUTRO
ADVOGADOS : BRUNO FÉLIX DE PAULA - SP375946
RAFAEL NONAKA DA SILVA - SP377457
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : FRANCISCO DE ASSIS VASQUES NETO

EMENTA

PENAL. PROCESSUAL PENAL. **HABEAS CORPUS** SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. FURTO QUALIFICADO. DOSIMETRIA. CONDENAÇÃO ANTERIOR PELO CRIME DO ARTIGO 28 DA LEI DE DROGAS. REINCIDÊNCIA. DESPROPORCIONALIDADE. PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS. REGIME ABERTO E SUBSTITUIÇÃO DA PENA. VIABILIDADE. PENA INFERIOR A 4 ANOS E CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. **HABEAS CORPUS** NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

I - A Terceira Seção desta Corte, seguindo entendimento firmado pela Primeira Turma do col. Pretório Excelso, firmou orientação no sentido de não admitir a impetração de **habeas corpus** em substituição ao recurso adequado, situação que implica o não-conhecimento da impetração, ressalvados casos excepcionais em que, configurada flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, seja recomendável a concessão da ordem de ofício.

II - Consoante o posicionamento firmado pela Suprema Corte, na questão de ordem no RE n. 430.105/RJ, a conduta de porte de substância entorpecente para consumo próprio, prevista no art. 28 da Lei n. 11.343/2006, foi apenas despenalizada pela nova Lei de Drogas, mas não descriminalizada, vale dizer, não houve **abolitio criminis**. Desse modo, tratando-se de conduta que caracteriza ilícito penal, a condenação anterior pelo crime de porte de entorpecente para uso próprio **pode configurar a reincidência e também macular os antecedentes do acusado**.

III - De outro lado, a Sexta Turma deste



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do REsp n. 1.672.654/SP, consignou que *"se a contravenção penal, punível com pena de prisão simples, não configura reincidência, resta inequivocamente desproporcional a consideração, para fins de reincidência, da posse de droga para consumo próprio, que conquanto seja crime, é punida apenas com "advertência sobre os efeitos das drogas", "prestação de serviços à comunidade" e "medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo"*.

IV - Na hipótese, considerando a reincidência genérica do paciente, referente à condenação pelo delito do artigo 28 da Lei de Drogas, o qual sequer é punido com pena privativa de liberdade, forçoso concluir que faz **jus** ao regime **aberto**, para início de cumprimento da pena, **ex vi** do art. 33, § 2º, alínea c, e § 3º, do Estatuto Penal, bem como de acordo com o entendimento constante das Súmulas n. 718 e n. 719 do Supremo Tribunal Federal e da Súmula n. 440 desta Corte Superior.

V - **Preenchidos os requisitos do art. 44, parágrafo 3º do Código Penal**, quais sejam, pena não superior à 4 (quatro) anos, o crime não foi cometido com violência ou grave ameaça à pessoa, réu não reincidente específico e circunstâncias judiciais favoráveis, o paciente faz jus à substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

Habeas Corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício, para substituir a pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, a ser estabelecida pelo Juízo **a quo**.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO FELIX FISCHER: A Terceira Seção desta Corte, seguindo entendimento firmado pela Primeira Turma do col. Pretório Excelso, firmou orientação no sentido de não admitir a impetração de **habeas corpus** em substituição ao recurso adequado, situação que implica o não conhecimento da impetração, ressalvados casos



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

excepcionais em que, configurada flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, seja possível a concessão da ordem de ofício.

Dessarte, passo ao exame das razões veiculadas no **mandamus**.

O impetrante sustenta que o *Tribunal de Justiça* utilizou como fundamento para a modificação da r.sentença a existência de reincidência em crime doloso não específica, além disso, é oriunda de uma antiga condenação em crime de posse de drogas para o consumo próprio, o que é incapaz de ser entendida como reincidência em crime doloso.

A Corte **a quo**, no **punctum saliens**, quando do julgamento do recurso de apelação, assim se pronunciou, **in verbis**:

"No caso sub examine, apesar da reincidência do réu não ser específica (fls. 132), o acusado, que fora anteriormente condenado por crime doloso de posse de entorpecente para uso próprio, voltou a delinquir na prática de dois crimes dolosos, um contra o patrimônio e outro contra a administração pública, não deu mostra de sincero arrependimento (sequer admitiu o erro) e sequer reparou O prejuízo causado (a vítima informou que teve prejuízo de R\$ 6.000,00 referentes aos sacos de alho subtraídos não recuperados). Acresça-se haver notícia nos autos de que o réu foi preso em flagrante (pelo crime de tráfico de drogas) menos de um mês após comparecer à audiência de instrução deste processo (fls. 194). Portanto, a personalidade e a conduta social reveladas pelo condenado não autorizam a conclusão de que a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos seja suficiente para que a sanção penal alcance seus fins."

Consoante o posicionamento firmado pela Suprema Corte, na questão de ordem no RE n. 430.105/RJ, a conduta de porte de substância entorpecente para consumo próprio, prevista no art. 28 da Lei n. 11.343/2006, foi apenas despenalizada pela nova Lei de Drogas, mas não descriminalizada, vale dizer, não houve **abolitio criminis**.

Desse modo, tratando-se de conduta que caracteriza ilícito penal, a condenação anterior pelo crime de porte de entorpecente para uso próprio **pode configurar a reincidência e também macular os antecedentes do acusado**.

De outro lado, a Sexta Turma deste Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do REsp n. 1.672.654/SP, estabeleceu que *"se a contravenção penal, punível com pena de prisão simples, não configura reincidência, resta inequivocamente*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

desproporcional a consideração, para fins de reincidência, da posse de droga para consumo próprio, que conquanto seja crime, é punida apenas com "advertência sobre os efeitos das drogas", "prestação de serviços à comunidade" e "medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo".

Sobre o tema:

"HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. ABSOLVIÇÃO OU DESCLASSIFICAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. EXAME DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO INCABÍVEL NA VIA ELEITA. CONDENAÇÃO ANTERIOR PELO CRIME DO ARTIGO 28 DA LEI DE DROGAS. REINCIDÊNCIA. DESPROPORCIONALIDADE. PEDIDO DE APLICAÇÃO DA MINORANTE PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI 11.343/2006. POSSIBILIDADE. PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS. REGIME ABERTO E SUBSTITUIÇÃO DA PENA. VIABILIDADE. PENA INFERIOR A 4 ANOS E CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. 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.

2. As pretensões de absolvição por insuficiência de provas e de desclassificação do delito de tráfico para o delito do art. 28 da Lei n. 11.340/2006, não podem ser apreciadas por esta Corte Superior de Justiça, na via estreita do habeas corpus, por demandar o exame aprofundado do conjunto fático-probatório dos autos. Precedentes.

3. Consoante o posicionamento firmado pela Suprema Corte, na questão de ordem no RE n. 430.105/RJ, a conduta de porte de substância entorpecente para consumo próprio, prevista no art. 28 da Lei n.11.343/2006, foi apenas despenalizada pela nova Lei de Drogas, mas não descriminalizada, em outras palavras, não houve abolitio criminis. Desse modo, tratando-se de conduta que caracteriza ilícito penal, a condenação anterior pelo crime de porte de entorpecente para uso próprio pode configurar, em tese, reincidência.

4. Contudo, as condenações anteriores por contravenções penais não são aptas a gerar reincidência, tendo em vista o que dispõe o art.63 do Código Penal, que apenas se refere a crimes anteriores. E, se as contravenções penais, puníveis com pena de prisão simples, não geram reincidência, mostra-se desproporcional o delito do art. 28 da Lei n.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

11.343/2006 configurar reincidência, tendo em vista que nem é punível com pena privativa de liberdade.

5. Nesse sentido, a Sexta Turma deste Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do REsp n. 1.672.654/SP, da relatoria da Ministra MARIA THEREZA, julgado em 21/8/2018, proferiu julgado considerando desproporcional o reconhecimento da reincidência por condenação pelo delito anterior do art. 28 da Lei n. 11.343/2006.

6. Para aplicação da causa de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei n.11.343/2006, o condenado deve preencher, cumulativamente, todos os requisitos legais, quais sejam, ser primário, de bons antecedentes, não se dedicar a atividades criminosas nem integrar organização criminosa, podendo a reprimenda ser reduzida de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços), a depender das circunstâncias do caso concreto. No caso, tendo em vista que a reincidência foi o único fundamento para não aplicar a benesse e tendo sido afastada a agravante, de rigor a aplicação da redutora.

7. Quanto ao regime e a substituição, tratando-se de réu primário, condenado à pena privativa de liberdade inferior a 4 anos de reclusão, com a análise favorável das circunstâncias judiciais, além da não expressiva quantidade de droga - 7,2 g de crack -, o paciente faz jus ao regime aberto, a teor do disposto no art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal, assim como resulta cabível a conversão da pena privativa de liberdade por medidas restritivas de direitos, a serem definidas pelo Juízo das Execuções Criminais.

8. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para conceder a ordem para redimensionar a pena do paciente, fixar o regime aberto e substituir a pena privativa de liberdade por restritiva de direitos" (HC n. 453.437/SP, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Reynaldo Soares da Fonseca**, DJe de 15/10/2018).

Na hipótese, considerando a reincidência genérica do paciente, referente à condenação pelo delito do artigo 28 da Lei de Drogas, o qual sequer é punido com pena privativa de liberdade, forçoso concluir que faz **jus** ao regime **aberto**, para início de cumprimento de pena, **ex vi** do art. 33, § 2º, alínea c, e § 3º, do Estatuto Penal, bem como de acordo com o entendimento constante das Súmulas n. 718 e n. 719 do Supremo Tribunal Federal e da Súmula n. 440 desta Corte Superior.

Ainda, preenchidos os requisitos do art. 44, parágrafo 3º do Código Penal, quais sejam, pena não superior à 4 (quatro) anos, o crime não foi cometido com violência ou grave ameaça à pessoa, réu não reincidente específico e circunstâncias judiciais favoráveis, o paciente faz jus à substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Ante o exposto, **não conheço** do **writ**. Todavia, **concedo a ordem** de ofício, para substituir a pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, a ser estabelecida pelo Juízo **a quo**.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2018/0301015-8

HC 478.757 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00052147620168260077 13592016 20180000794746 52147620168260077

EM MESA

JULGADO: 05/02/2019

Relator

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. ELIZETA MARIA DE PAIVA RAMOS

Secretário

Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	: BRUNO FELIX DE PAULA E OUTRO
ADVOGADOS	: BRUNO FÉLIX DE PAULA - SP375946 RAFAEL NONAKA DA SILVA - SP377457
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	: FRANCISCO DE ASSIS VASQUES NETO

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes contra o Patrimônio - Furto Qualificado

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 Jorge Mussi, Reynaldo Soares da Fonseca, Ribeiro Dantas e Joel Ilan Paciornik votaram com o Sr. Ministro Relator.