



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 339.592 - SP (2015/0268907-7)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : DANIELLY SALVIANO PEREIRA SILVA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : GABRIELA REGINA DO ROSARIO (PRESO)

EMENTA

PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. CONDENAÇÃO ANTERIOR PELO DELITO TIPIFICADO DO ART. 28 DA LEI N. 11.343/2006. REINCIDÊNCIA. CARACTERIZAÇÃO. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006. AFASTAMENTO. REGIME PRISIONAL FECHADO. RÉ REINCIDENTE. SUBSTITUIÇÃO DA PENA CORPORAL POR RESTRITIVA DE DIREITOS. FALTA DE PREENCHIMENTO DE REQUISITO OBJETIVO. AUSÊNCIA DE MANIFESTA ILEGALIDADE. *WRIT* NÃO CONHECIDO.

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. A condenação definitiva anterior pela prática da conduta prevista no art. 28, *caput*, da Lei de Drogas é circunstância apta a autorizar a majoração da pena, pela incidência da agravante da reincidência, e para impedir a aplicação do redutor do art. 33, § 4º, da referida Lei, uma vez que, segundo entendimento firmado nesta Corte, não houve a descriminalização do porte de substâncias entorpecentes para uso próprio, com a entrada em vigor da Lei n. 11.343/2006, mas apenas a despenalização.

3. O regime inicial fechado (mais grave segundo o *quantum* da sanção aplicada) é o adequado para o cumprimento da pena reclusiva (5 anos e 10 meses), tendo em vista a reincidência da paciente, consoante as diretrizes do art. 33, § 2º, "b", do CP. Precedentes.

4. Estabelecido o *quantum* da pena em patamar superior a 4 (quatro) anos, é incabível a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, pela falta do preenchimento do requisito objetivo (art. 44, I, do Código Penal).

5. *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 Joel Ilan Paciornik, Felix Fischer, Jorge Mussi e Reynaldo Soares da Fonseca votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 07 de abril de 2016(Data do Julgamento)

Ministro RIBEIRO DANTAS



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 339.592 - SP (2015/0268907-7)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : DANIELLY SALVIANO PEREIRA SILVA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : GABRIELA REGINA DO ROSARIO (PRESO)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO RIBEIRO DANTAS (Relator):

Trata-se de *habeas corpus*, substitutivo de recurso próprio, impetrado em favor de **GABRIELA REGINA DO ROSÁRIO**, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Consta dos autos que a paciente foi condenada à pena de 7 anos de reclusão, inicialmente em regime fechado, e ao pagamento de 700 dias-multa, como incursa no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006 (e-STJ, fls. 19-41).

A Defesa interpôs apelação, que foi parcialmente provida para reduzir a pena para 5 anos e 10 meses de reclusão, mantido o regime fechado, mais 583 dias-multa.

Nesta Corte, a impetrante alega que a condenação anterior pela prática do crime previsto no art. 28 da Lei de Drogas não gera reincidência, tampouco pode ser considerada como mau antecedente, para afastar a aplicação do redutor previsto no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006. Afirmar, ainda, que foi utilizado fundamento inválido para fixar o regime mais gravoso, violando o que dispõe as Súmulas n. 718 e 719 do STF e 440 do STJ (e-STJ, fls. 1-14).

Requer, assim, a concessão da ordem, para que seja afastada a reincidência, aplicada a minorante do tráfico privilegiado e, ao final, fixado regime mais brando com a substituição da pena corporal por restritivas de direitos.

A liminar foi indeferida (e-STJ, fl. 55).

Prestadas as informações (e-STJ, fls. 64-76), manifestou-se o Ministério Público Federal pela denegação da ordem (e-STJ, fls. 81-87).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 339.592 - SP (2015/0268907-7)

RELATOR : MINISTRO RIBEIRO DANTAS
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : DANIELLY SALVIANO PEREIRA SILVA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : GABRIELA REGINA DO ROSARIO (PRESO)

EMENTA

PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. CONDENAÇÃO ANTERIOR PELO DELITO TIPIFICADO DO ART. 28 DA LEI N. 11.343/2006. REINCIDÊNCIA. CARACTERIZAÇÃO. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006. AFASTAMENTO. REGIME PRISIONAL FECHADO. RÉ REINCENTE. SUBSTITUIÇÃO DA PENA CORPORAL POR RESTRITIVA DE DIREITOS. FALTA DE PREENCHIMENTO DE REQUISITO OBJETIVO. AUSÊNCIA DE MANIFESTA ILEGALIDADE. *WRIT* NÃO CONHECIDO.

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. A condenação definitiva anterior pela prática da conduta prevista no art. 28, *caput*, da Lei de Drogas é circunstância apta a autorizar a majoração da pena, pela incidência da agravante da reincidência, e para impedir a aplicação do redutor do art. 33, § 4º, da referida Lei, uma vez que, segundo entendimento firmado nesta Corte, não houve a descriminalização do porte de substâncias entorpecentes para uso próprio, com a entrada em vigor da Lei n. 11.343/2006, mas apenas a despenalização.

3. O regime inicial fechado (mais grave segundo o *quantum* da sanção aplicada) é o adequado para o cumprimento da pena reclusiva (5 anos e 10 meses), tendo em vista a reincidência da paciente, consoante as diretrizes do art. 33, § 2º, "b", do CP. Precedentes.

4. Estabelecido o *quantum* da pena em patamar superior a 4 (quatro) anos, é incabível a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, pela falta do preenchimento do requisito objetivo (art. 44, I, do Código Penal).

5. *Habeas Corpus* não conhecido.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO RIBEIRO DANTAS (Relator):

Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação 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.

Nesse contexto, passo ao exame das supostas ilegalidades apontadas pela defesa. O Tribunal de origem procedeu a readequação da pena da paciente, nos seguinte

termos:



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

"Na primeira fase da dosimetria, o MM. Juiz *a quo*, atento às disposições estabelecidas no artigo 59 do Código Penal, fixou as penas-base das apelantes acima do mínimo legal, em razão dos maus antecedentes (Andréa, fls. 104, 107 e 141 e Gabriela, fls. 112/13).

Verifica-se que o Juízo considerou condenações que se passaram mais de 05 anos desde a extinção das penas aplicadas nesses feitos para com eles subsidiar os maus antecedentes. Assim, se passado o prazo depurador, a condenação anterior não pode ser considerada para fins de reincidência. Porém, com mais razão também não pode ser utilizada para justificar o aumento da pena na primeira fase da dosimetria, em razão dos maus antecedentes. Caso contrário, estar-se-iam eternizando os efeitos da condenação, mesmo porque se o período depurador tem, aos olhos da lei, o condão de afastar a reincidência, sabidamente mais gravosa, por corolário lógico também o terá para afastar os maus antecedentes.

Dessa forma, parto, para ambas, da pena-base mínima de 05 anos de reclusão e 500 dias-multa, no valor unitário mínimo legal.

Na segunda fase, procedo ao aumento de 1/6, em vista da reincidência de Andréa (certidão de fls. 144) e Gabriela (certidão de fls. 139), totalizando 05 anos e 10 meses de reclusão e 583 dias-multa, no valor unitário mínimo legal, o que se torna definitivo porque inexistentes outras agravantes ou atenuantes ou, afinal, causas de diminuição ou de aumento.

Em especial cabe ressaltar que o fato da ré Gabriela já ter sofrido condenação pelo artigo 28 da Lei Antidrogas em nada afasta o instituto da reincidência. Referido artigo não descriminalizou a conduta do usuário de drogas, apenas e tão somente a despenalizou parcialmente, não impondo penas privativas de liberdade, mas sim outras, de caráter mais ameno, como advertência sobre os efeitos das drogas, prestação de serviços à comunidade e medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo. Contudo, frise-se, não deixaram de ser penas.

Por outro lado, inviável a aplicação da redução disposta no § 4º do artigo 33 da Lei n. 11.343/2006, em face da reincidência das apelantes. Não é a hipótese de se falar em *bis in idem* entre o reconhecimento da reincidência e a negativa do redutor, pois o citado benefício só atinge os agentes que sejam primários, de bons antecedentes e não se dediquem às atividades criminosas nem integrem organização criminosa.

No caso, trata-se de expressa vedação legal e, em sendo as apelantes reincidentes, não pode ser beneficiadas com a redução da reprimenda.

Não é a hipótese de se falar em *bis in idem* entre o reconhecimento da reincidência e a negativa do redutor, pois o citado benefício só atinge os agentes que sejam primários, de bons antecedentes e não se dediquem às atividades criminosas nem integrem organização criminosa.

No caso, trata-se de expressa vedação legal e, em sendo as apelantes reincidentes, não pode ser beneficiadas com a redução da reprimenda" (e-STJ, fls. 50-51.)

Quanto ao pedido de afastamento da agravante da reincidência e de aplicação da causa de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, não assiste razão à defesa.

Esta Corte Superior possui entendimento de que não houve a descriminalização do porte de drogas para uso próprio com a entrada em vigor da Lei n. 11.343/2006, mas mera despenalização, tendo em vista a previsão de penas alternativas para o infrator.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Desse modo, a condenação definitiva anterior pela prática da conduta prevista no art. 28 da Lei n. 11.343/2006 é circunstância apta a autorizar a majoração da pena, pela incidência da agravante da reincidência, assim como para impedir a aplicação do redutor previsto no art. 33, § 4º, da referida Lei.

Nesse sentido, os seguintes precedentes:

"PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE REVISÃO CRIMINAL. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. REINCIDÊNCIA. CONDENAÇÃO ANTERIOR POR USO DE DROGAS. POSSIBILIDADE. *QUANTUM* DE AUMENTO. LIVRE CONVENCIMENTO MOTIVADO. FUNDAMENTAÇÃO SUFICIENTE. [...]

3. Em relação ao reconhecimento da agravante da reincidência em razão de condenação anterior por uso de droga, prevista no artigo 28 da Lei 11.343/2006, a jurisprudência desta Corte Superior é no sentido de que não houve *abolitio criminis* com o advento da Lei n. 11.343/2006, mas mera 'despenalização' da conduta de porte de drogas. Permanece, portanto, todos os efeitos de condenação daquele tipo penal em relação à reincidência e aos antecedentes do infrator.

[...]

5. *Habeas corpus* não conhecido."

(HC 279.716/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 01/09/2015, DJe 08/09/2015.)

"PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO ANTERIOR POR USO DE DROGAS. REINCIDÊNCIA.

Revela-se adequada a incidência da agravante da reincidência em razão de condenação anterior por uso de droga, prevista no artigo 28 da Lei n. 11.343/2006, pois a jurisprudência deste Tribunal Superior, acompanhando o entendimento do col. Supremo Tribunal Federal, entende que não houve *abolitio criminis* com o advento da Lei n. 11.343/2006, mas mera "despenalização" da conduta de porte de drogas (precedentes).

Agravo regimental desprovido."

(AgRg no REsp 1519540/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 16/02/2016, DJe 24/02/2016).

"PENAL. RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. CONDENAÇÃO ANTERIOR PELO ART. 28 DA LEI N. 11.343/2006. REINCIDÊNCIA. CONFIGURAÇÃO. MINORANTE PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006. AFASTAMENTO. RECURSO PROVIDO.

1. Este Superior Tribunal, alinhando-se ao entendimento firmado pela Corte Suprema (Questão de Ordem no RE n. 430.105-9/RJ), também firmou a orientação de que, com o advento da Lei n. 11.343/2006, não houve descriminalização da conduta de porte de substância entorpecente para uso próprio, mas mera despenalização.

2. Constatada a existência de condenação anterior e definitiva em desfavor do recorrido pela prática da conduta prevista no art. 28 da Lei n. 11.343/2006, fica caracterizada a reincidência e não é possível a aplicação, em seu favor, da causa especial de diminuição de pena prevista no § 4º do



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

art. 33 da Lei n. 11.343/2006, por expressa vedação legal.

3. Recurso provido para restabelecer a agravante da reincidência e afastar a causa de diminuição de pena."

(REsp 1500884/SP, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 24/11/2015, DJe 07/12/2015)

No que se refere ao regime inicial de cumprimento de pena, consta no acórdão impugnado:

"(...) A maior extensão da pena privativa de liberdade aqui aplicada, posto que superior a quatro anos, inviabiliza desde logo sua substituição por penas restritivas de direitos ou suspensão condicional (Código Penal, artigo 44, inciso; artigo 77, *caput*).

Por outro lado, independentemente da quantificação dessa pena, ao menos em princípio outro não há de ser o regime prisional senão o fechado quando, como aqui ocorre, cuida-se de tráfico de natureza mercantil, de cunho mais exponencial e nítido perfil econômico, praticado em favor de consumidores indistintos, com maior ofensa à saúde pública e ao controle sobre o consumo de drogas pela população. O tráfico de drogas, desde que cometido em tons comerciais explícitos, caracteriza-se precisamente por engendrar toda uma economia criminal mais exuberante e complexa, sabidamente de difícil desmonte para o Estado. Trata-se de circunstâncias que, em conjunto, fazem com que regimes prisionais mais amenos se mostrem, ponderada ainda a trajetória do direito brasileiro nesse tema, concretamente insuficientes para a reprovação e prevenção do ilícito. Portanto, no presente caso impõe-se o fechado como regime de seu cumprimento prisional inicial mais adequado para as tarefas de prevenção e repreensão do ilícito (Código Penal, artigo 59, inciso III)." (e-STJ, fl. 51)

Na definição do modo inicial de cumprimento de pena, necessário à prevenção e à reparação da infração penal, o magistrado deve expor **motivadamente** sua escolha, atento às diretrizes do art. 33 do Código Penal e, na hipótese de condenado pelo crime de tráfico de drogas, ao disposto no art. 42 da Lei n. 11.343/2006, segundo o qual serão consideradas com preponderância a natureza e a quantidade da substância entorpecente, a personalidade e a conduta social do agente sobre as demais circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal.

Como se observa, *in casu*, a imposição do regime mais severo está apoiada, unicamente, na gravidade abstrata do delito, o que constitui fundamento inidôneo, segundo reiterada jurisprudência dos Tribunais Superiores.

Entretanto, verificada a reincidência da ré, de fato, o regime inicial fechado (mais grave segundo o *quantum* da sanção aplicada - 5 anos e 10 meses de reclusão) é o adequado para prevenção e reprovação do delito, consoante as diretrizes do art. 33, § 2º, "b", do Código Penal.

Nesse sentido:

"PENAL E PROCESSUAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO DE DROGAS. RECONHECIMENTO DE QUE O ENTORPECENTE SE DESTINA A CONSUMO PRÓPRIO. IMPOSSIBILIDADE. REVOLVIMENTO DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. PENA SUPERIOR A 4 ANOS. REINCIDÊNCIA. REGIME MAIS GRAVOSO JUSTIFICADO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

[...]

3. A teor do disposto no art. 33, § 2º, 'b', do CP, o réu reincidente, condenado a pena superior a 4 anos de reclusão e não excedente a 8 anos, deverá, desde o princípio, cumprir a pena no regime inicial fechado, mesmo se favoráveis as circunstâncias do art. 59 do Código Penal.

4. No caso, embora fixada a sanção em patamar equivalente à aplicação do regime intermediário (5 anos e 10 meses), a adoção do regime fechado para cumprimento inicial da pena justifica-se pela reincidência delitiva.

5. *Habeas corpus* não conhecido."

(HC 304.796/SP, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, QUINTA TURMA, julgado em 09/06/2015, DJe 19/06/2015.)

Por fim, estabelecido o *quantum* da pena em patamar superior a 4 (quatro) anos, é incabível a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, pela falta do preenchimento do requisito objetivo (art. 44, I, do Código Penal).

Diante do exposto, **não conheço** do *habeas corpus*.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2015/0268907-7

HC 339.592 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00020529620128260050 20529620128260050 2142012

EM MESA

JULGADO: 07/04/2016

Relator

Exmo. Sr. Ministro **RIBEIRO DANTAS**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **CARLOS EDUARDO DE OLIVEIRA VASCONCELOS**

Secretário

Bel. **MARCELO PEREIRA CRUVINEL**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO	: DANIELLY SALVIANO PEREIRA SILVA
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	: GABRIELA REGINA DO ROSARIO (PRESO)
CORRÉU	: ANDREA FERNANDA BORGES DO NASCIMENTO

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