



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 297.854 - SP (2014/0156518-7)

RELATOR : **MINISTRO GURGEL DE FARIA**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : LUCIANA ÂNGELO ALMEIDA SANTOS
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : LEONARDO LOPES PEREIRA

EMENTA

DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. CONDENAÇÃO TRANSITADA EM JULGADO PELO CRIME DO ART. 28 DA LEI 11.343/06. REINCIDÊNCIA. REDUTOR DO ART. 33, § 4º, DA LEI 11.343/06. AUSÊNCIA DOS REQUISITOS. REGIME PRISIONAL. SUBSTITUIÇÃO DA PENA. NÃO CABIMENTO.

1. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, acompanhando a orientação da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, firmou-se no sentido de que o *habeas corpus* não pode ser utilizado como substituto de recurso próprio, sob pena de desvirtuar a finalidade dessa garantia constitucional, insculpida no art. 5º, LXVIII, exceto quando a ilegalidade apontada for flagrante e estiver influenciando na liberdade de locomoção do indivíduo.

2. A condenação transitada em julgado pela prática do tipo penal inserto no art. 28 da Lei 11.343/06 gera reincidência, sendo fundamento legal idôneo para agravar a pena na segunda fase da dosimetria.

3. Para aplicação da causa de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06, o condenado deve preencher cumulativamente todos os requisitos legais, quais sejam, ser primário, de bons antecedentes, não se dedicar às atividades criminosas e nem integrar a organização criminosa, hipótese não ocorrida no caso em concreto, ante a comprovação da reincidência.

4. Fixada a pena em patamar superior a 4 anos de reclusão e considerando se tratar de réu reincidente, inviável a fixação do regime prisional mais brando ou a substituição da pena.

5. *Habeas corpus* não conhecido.

ACÓRDÃO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 Newton Trisotto (Desembargador convocado do TJ/SC), Walter de Almeida Guilherme (Desembargador convocado do TJ/SP), Felix Fischer e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília, 14 de outubro de 2014(data do julgamento).

MINISTRO GURGEL DE FARIA

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 297.854 - SP (2014/0156518-7)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO GURGEL DE FARIA:

Trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso especial, com pedido liminar, impetrado em favor de LEONARDO LOPES PEREIRA, contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Narram os autos que o paciente foi condenado pela prática do crime inserto no art. 33, *caput*, da Lei 11.343/06, à pena de 5 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão, no regime inicialmente fechado, e 500 (quinhentos) dias-multa (fls. 18/23e).

Irresignada, a Defesa interpôs apelação, a qual foi desprovida (fls. 25/36e).

No presente *writ*, sustenta que a majorante da reincidência deve ser afastada, pois o réu foi anteriormente condenado pelo crime previsto no art. 28 da Lei 11.343/06. Alega, ainda, que o réu faz jus à aplicação do redutor do art. 33, § 4º, do referido diploma legal, bem como à substituição da pena corporal por restritiva de direitos e fixação do regime aberto para o cumprimento da pena.

Pugna, no mérito, pelo afastamento da reincidência, pela aplicação do redutor do art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06, pela fixação do regime aberto e pela substituição da pena privativa de liberdade.

Liminar indeferida à fl. 41e.

Informações às fls. 48/71e.

Parecer do Ministério Público Federal pelo não conhecimento do *writ* ou, se conhecido, pela denegação da ordem (fls. 77/83e).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 297.854 - SP (2014/0156518-7)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO GURGEL DE FARIA (Relator):

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, acompanhando a orientação da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, firmou-se no sentido de que o *habeas corpus* não pode ser utilizado como substituto de recurso próprio, sob pena de desvirtuar a finalidade dessa garantia constitucional, insculpida no art. 5º, LXVIII.

Em hipóteses excepcionais, este Tribunal Superior tem concedido, de ofício, ordem de *habeas corpus*, nos termos do art. 654, § 2º, do Código de Processo Penal, quando a ilegalidade apontada for flagrante e estiver influenciando na liberdade de locomoção do indivíduo, situação que não se verifica na espécie.

De início, a jurisprudência desta Corte é no sentido de que a condenação transitada em julgado pela prática do tipo penal inserto no art. 28 da Lei 11.343/06 gera reincidência, sendo, portanto, fundamento legal idôneo para agravar a pena na segunda fase da dosimetria. Registro, a propósito, o seguinte precedente:

PROCESSUAL PENAL E PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL, ORDINÁRIO OU REVISÃO CRIMINAL. NÃO CABIMENTO. CONDENAÇÃO DEFINITIVA ANTERIOR. CONSUMO PRÓPRIO DE DROGAS. DESPENALIZAÇÃO. ART. 28 DA LEI N. 11.343/2006. REINCIDÊNCIA. TRÁFICO DE DROGAS. PENA INFERIOR A 8 ANOS. QUANTIDADE E NATUREZA DA SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE. FUNDAMENTAÇÃO SUFICIENTE PARA AGRAVAR O REGIME PENAL.

1. Ressalvada pessoal compreensão diversa, uniformizou o Superior Tribunal de Justiça ser inadequado o writ em substituição a recursos especial e ordinário, ou de revisão criminal, admitindo-se, de ofício, a concessão da ordem ante a constatação de ilegalidade flagrante, abuso de poder ou teratologia.
2. A condenação definitiva anterior por porte de substância entorpecente para uso próprio, prevista no art. 28 da Lei 11.343/2006, gera reincidência, haja vista que essa conduta foi apenas despenalizada, mas não descriminalizada, pela nova Lei de Drogas.
3. Admite esta Corte Superior que a natureza e a quantidade da substância entorpecente justificam a fixação de regime penal mais gravoso ao condenado por crime de tráfico de drogas, mesmo sendo estabelecida pena inferior a 8 (oito) anos, em observância ao art. 33, § 3º, do CP c/c art. 42 da Lei n. 11.343/2006.
4. Habeas corpus não conhecido. (HC 275.126/SP, rel. Min. NEFI CORDEIRO, Sexta Turma, DJe 03/10/14)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Outrossim, no tocante à aplicação da diminuição do art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06, registre-se que a sua incidência encontra-se condicionada ao cumprimento dos requisitos insertos no próprio dispositivo, quais sejam, primariedade, bons antecedentes, não se dedicar a atividades criminosas ou integrar organizações criminosas.

No presente caso, verifica-se que o Tribunal *a quo* entendeu pela sua não aplicabilidade ante a reincidência do réu.

Logo, diante do não preenchimento do requisito da primariedade, o paciente, de fato, não faz jus à redução, porquanto ostenta condenação anterior com trânsito em julgado pelo crime previsto no art. 28 da Lei 11.343/06.

Nesse sentido, o seguinte precedente:

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. WRIT SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. DESVIRTUAMENTO. ARTIGO 28 DA LEI N. 11.343/2006. MERA DESPENALIZAÇÃO. REINCIDÊNCIA. CONFIGURAÇÃO. MINORANTE PREVISTA NO § 4º DO ARTIGO 33 DA LEI N. 11.343/2006. PRETENDIDA APLICAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. PACIENTE REINCIDENTE. REGIME INICIAL MAIS BRANDO. IMPOSSIBILIDADE. SUBSTITUIÇÃO DA PENA. AUSÊNCIA DE CUMPRIMENTO DO REQUISITO OBJETIVO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO.

1. O Superior Tribunal de Justiça, alinhando-se à nova jurisprudência da Corte Suprema, também passou a restringir as hipóteses de cabimento do *habeas corpus*, não admitindo que o remédio constitucional seja utilizado em substituição ao recurso ou ação cabível, ressalvadas as situações em que, à vista da flagrante ilegalidade do ato apontado como coator, em prejuízo da liberdade do paciente, seja cogente a concessão, de ofício, da ordem de *habeas corpus*.

2. 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 no sentido de que, com o advento da Lei n. 11.343/2006, não houve descriminalização (*abolitio criminis*) da conduta de porte de substância entorpecente para consumo pessoal, mas mera despenalização.

3. Uma vez constatada a existência de condenação definitiva anterior pela prática do crime previsto no artigo 28 da Lei n. 11.343/2006, e considerando que a conduta disciplinada desse dispositivo legal não deixou de ser crime, não há como ser aplicada a minorante prevista no artigo 33, § 4º, da Lei de Drogas, haja vista a reincidência do paciente.

4. Embora o acusado tenha sido definitivamente condenado a reprimenda inferior a 8 anos de reclusão, o *quantum* da pena a ele imposta (5 anos de reclusão), somado à reincidência, evidenciam que o regime inicial fechado é realmente o que se mostra o mais adequado para a prevenção e a repressão do delito perpetrado, consoante o disposto no artigo 33, § 2º, "b", e § 3º, do Código Penal.

5. Mostra-se inviável proceder-se à substituição da reprimenda privativa de liberdade por restritiva de direitos, em razão da ausência de cumprimento do requisito objetivo, já que o paciente restou definitivamente condenado à pena de 5 anos de reclusão, superior, portanto, ao limite de 4 anos previsto



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

no inciso I do artigo 44 do Código Penal.

6. *Habeas corpus* não conhecido. (HC 292.292/SP, rel. Min. ROGERIO SCHIETTI CRUZ, Sexta Turma, DJe 25/6/14)

Por fim, ainda com esteio no precedente supracitado, o *quantum* da pena de 5 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão e a agravante da reincidência justificam a fixação do regime prisional inicialmente fechado, nos termos do art. 33, § 2º, do CP, bem como impossibilitam a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, por ausência das condições elencadas no art. 44, I a III, do Código Penal. *In verbis*:

Art. 33 - A pena de reclusão deve ser cumprida em regime fechado, semi-aberto ou aberto. A de detenção, em regime semi-aberto, ou aberto, salvo necessidade de transferência a regime fechado. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

§ 2º - As penas privativas de liberdade deverão ser executadas em forma progressiva, segundo o mérito do condenado, observados os seguintes critérios e ressalvadas as hipóteses de transferência a regime mais rigoroso: (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

a) o condenado a pena superior a 8 (oito) anos deverá começar a cumpri-la em regime fechado;

b) o condenado não reincidente, cuja pena seja superior a 4 (quatro) anos e não exceda a 8 (oito), poderá, desde o princípio, cumpri-la em regime semi-aberto;

c) o condenado não reincidente, cuja pena seja igual ou inferior a 4 (quatro) anos, poderá, desde o início, cumpri-la em regime aberto.

Art. 44. As penas restritivas de direitos são autônomas e substituem as privativas de liberdade, quando: (Redação dada pela Lei nº 9.714, de 1998)

I - aplicada pena privativa de liberdade não superior a quatro anos e o crime não for cometido com violência ou grave ameaça à pessoa ou, qualquer que seja a pena aplicada, se o crime for culposos; (Redação dada pela Lei nº 9.714, de 1998)

II - o réu não for reincidente em crime doloso; (Redação dada pela Lei nº 9.714, de 1998)

III - a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do condenado, bem como os motivos e as circunstâncias indicarem que essa substituição seja suficiente. (Redação dada pela Lei nº 9.714, de 1998)

Ante o exposto, não conheço do presente *habeas corpus*.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2014/0156518-7

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 297.854 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00410166120128260050 0072928768260050 20140000158166 410166120128260050
72928768260050

EM MESA

JULGADO: 14/10/2014

Relator

Exmo. Sr. Ministro **GURGEL DE FARIA**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro JORGE MUSSI

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. FRANCISCO XAVIER PINHEIRO FILHO

Secretário

Bel. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : LUCIANA ÂNGELO ALMEIDA SANTOS
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : LEONARDO LOPES PEREIRA

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes Previstos na Legislação Extravagante - Crimes de Tráfico Ilícito e
Uso Indevido de Drogas

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 Newton Trisotto (Desembargador convocado do TJ/SC), Walter de Almeida Guilherme (Desembargador convocado do TJ/SP), Felix Fischer e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.