



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 231.856 - SP (2012/0016470-1)

RELATOR : **MINISTRO GURGEL DE FARIA**
IMPETRANTE : **ALEXANDRE AUGUSTO DA SILVA SANTOS**
IMPETRADO : **TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO**
PACIENTE : **MARCO ANTÔNIO RIBEIRO (PRESO)**

EMENTA

PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. CONDENAÇÃO TRANSITADA EM JULGADO PELO CRIME DO ART. 28 DA LEI N. 11.343/2006. AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA. LEGALIDADE. PROGRESSÃO DE REGIME. NECESSIDADE DA REITERAÇÃO DELITIVA EM CRIME HEDIONDO PARA INCIDIR O LAPSO TEMPORAL DE 3/5. REQUISITO NÃO PREVISTO EM LEI. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO CONFIGURADO.

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, exceto quando a ilegalidade apontada é flagrante, hipótese em que se concede a ordem de ofício.

2. A condenação transitada em julgado pela prática do tipo penal inserto no art. 28 da Lei n. 11.343/2006 gera reincidência, sendo fundamento legal idôneo para agravar a pena na segunda fase da dosimetria.

3. Nos termos da legislação de regência, mostra-se irrelevante que a reincidência seja específica em crime hediondo para a aplicação da fração de 3/5 na progressão de regime, pois não deve haver distinção entre as condenações anteriores (se por crime comum ou por delito hediondo).

4. *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 Reynaldo Soares da Fonseca, Newton Trisotto (Desembargador Convocado do TJ/SC), Leopoldo de Arruda Raposo (Desembargador convocado do TJ/PE) e Felix Fischer votaram com o Sr. Ministro Relator.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Brasília, 09 de junho de 2015 (Data do julgamento).

MINISTRO GURGEL DE FARIA

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 231.856 - SP (2012/0016470-1)

RELATÓRIO

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

Trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio impetrado em favor de MARCO ANTÔNIO RIBEIRO, em que se aponta como autoridade coatora o 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 n. 11.343/2006, à pena de 6 anos, 9 meses e 20 dias de reclusão, no regime inicial fechado, e 681 dias-multa (fl. 53).

Irresignada, a defesa interpôs apelação, a qual foi desprovida (fls. 28/37). Opostos embargos de declaração, foram rejeitados (fls. 22/26).

No presente *writ*, sustenta o impetrante que a agravante da reincidência deve ser afastada, sob os seguintes argumentos: *a*) "o término do cumprimento do primeiro crime de tráfico se deu em 01/08/2004, e o segundo ocorreu no dia 03/11/2009, assim o novo delito aconteceu após cinco anos"; *b*) nos termos da Lei de Crimes Hediondos, para fins de reincidência, o agente deve cometer um novo crime hediondo; e *c*) o crime previsto no art. 28 da Lei n. 11.343/2006 não gera "reincidência na forma do artigo 63 do Código Penal" (fls. 1/17).

Ao final, pleiteia o afastamento da reincidência para que seja concedido o direito de progressão de regime com o cumprimento de 2/5 da pena aplicada.

Informações às fls. 52/244.

O Ministério Público Federal, às fls. 248/250, opinou pela denegação da ordem.

É o relatório.

Em mesa para julgamento.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 231.856 - SP (2012/0016470-1)

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, exceto quando a ilegalidade apontada é flagrante, hipótese em que se concede a ordem de ofício.

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 n. 11.343/2006 gera reincidência, sendo, portanto, fundamento legal idôneo para agravar a pena na segunda fase da dosimetria. Registro, a propósito, os seguintes precedentes:

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)

HABEAS CORPUS IMPETRADO EM SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO PREVISTO NO ORDENAMENTO JURÍDICO. 1. NÃO CABIMENTO. MODIFICAÇÃO DE ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL. RESTRIÇÃO DO REMÉDIO CONSTITUCIONAL. EXAME EXCEPCIONAL QUE VISA PRIVILEGIAR A AMPLA DEFESA E O DEVIDO PROCESSO LEGAL. 2. TRÁFICO DE DROGAS. 3. POSSE OU PORTE DE ENTORPECENTES PARA CONSUMO PRÓPRIO. FATO TÍPICO. NÃO OCORRÊNCIA DE ABOLITIO CRIMINIS. INCIDÊNCIA DA AGRAVANTE GENÉRICA DA REINCIDÊNCIA 4. MODIFICAÇÃO DO REGIME PRISIONAL. VARIEDADE, QUANTIDADE E NATUREZA DO ENTORPECENTE. ADEQUAÇÃO DO REGIME FECHADO. 5.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE E APLICAÇÃO DA CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA. ART. 33, § 4º, DA LEI N.º 11.343/2006. PEDIDOS PREJUDICADOS. 6. ORDEM NÃO CONHECIDA.

[...]

2. A Lei nº 11.343/2006 apenas abrandou o tratamento dispensado ao usuário de droga, eliminando a possibilidade de aplicação da onerosa pena de prisão a este, com o fito de melhor ressocializá-lo, mas não descriminalizou o delito. Manteve-se, assim, a tipificação da conduta daquele que possui entorpecente para consumo próprio; mesmo porque categórica é a denominação do capítulo do qual o art. 28 da Lei de Drogas integra, qual seja, "dos crimes e das penas".

3. Persistindo a tipificação da posse de entorpecente para uso próprio, não elide a reincidência o fato de a condenação definitiva anterior não ser por tráfico de drogas, pois prescindível que a pena anterior seja a privativa de liberdade.

[...]

7. **Habeas corpus** não conhecido. (HC 185.507/SP, rel. Min. MARCO AURÉLIO BELLIZZE, Quinta Turma, DJe 01/12/2013)

Nos termos da legislação de regência, mostra-se irrelevante que a reincidência seja específica em crime hediondo para a aplicação da fração de 3/5 na progressão de regime, pois não deve haver distinção entre condenação anterior por crime comum e condenação por crime hediondo.

Nesse sentido, confira-se:

PENAL. *HABEAS CORPUS*. EXECUÇÃO. (1) IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. (2) TRÁFICO DE DROGAS. CRIME EQUIPARADO A HEDIONDO. PROGRESSÃO DE REGIME. REQUISITO OBJETIVO. CUMPRIMENTO DE 3/5 DA REPRIMENDA. REINCIDÊNCIA ESPECÍFICA. DESNECESSIDADE. DISTINÇÃO NÃO REALIZADA PELA LEGISLAÇÃO. ILEGALIDADE MANIFESTA. INEXISTÊNCIA. (3) *WRIT* NÃO CONHECIDO.

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.

2. Esta Corte firmou o entendimento de que o legislador, ao dar nova redação ao art. 2º, § 2º, da Lei n.º 8.072/90, não fez qualquer menção à necessidade da reincidência ser específica em crime hediondo ou equiparado.

3. *Writ* não conhecido. (HC 238.592/RJ, rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, Sexta Turma, DJe 18/02/2014).

No presente caso, verifica-se que o Tribunal *a quo* entendeu pela configuração da reincidência do réu nos seguintes termos (fl. 36):

MARCO ANTONIO é reincidente. Ainda que a 2ª Execução tenha sido cumprida em 1º de agosto de 2004, o apelante ainda tinha a 3ª Execução por cumprir, a qual teve seu término em 06 de dezembro de 2004, gerando, desta forma, a reincidência, nos termos do artigo 64, inciso I, da Lei Penal.

Desse modo, deve subsistir o entendimento firmado no acórdão impugnado, pois se encontra em consonância com a jurisprudência desta Corte Superior, não havendo constrangimento ilegal a ser sanado.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Ante o exposto, NÃO CONHEÇO do presente *habeas corpus*.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2012/0016470-1

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 231.856 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Número Origem: 143897520098260292

EM MESA

JULGADO: 09/06/2015

Relator

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

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Subprocurador-Geral da República

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

Secretário

Bel. **MARCELO PEREIRA CRUVINEL**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	: ALEXANDRE AUGUSTO DA SILVA SANTOS
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	: MARCO ANTÔNIO RIBEIRO (PRESO)
CORRÉU	: STEFANI DE PAULA FERREIRA
CORRÉU	: LUIZ CARLOS PRATA JÚNIOR

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 Reynaldo Soares da Fonseca, Newton Trisotto (Desembargador Convocado do TJ/SC), Leopoldo de Arruda Raposo (Desembargador convocado do TJ/PE) e Felix Fischer votaram com o Sr. Ministro Relator.