



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

**HABEAS CORPUS Nº 407.882 - SP (2017/0169507-3)**

**RELATOR** : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**  
**IMPETRANTE** : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO  
**ADVOGADO** : FABRÍCIO DE VECCHI BARBIERI - SP319744  
**IMPETRADO** : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO  
**PACIENTE** : DOUGLAS FABRICIO DA SILVA QUEIROZ (PRESO)

### EMENTA

PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA DA PENA. CONDENAÇÃO ANTERIOR PELO DELITO TIPIFICADO DO ART. 28 DA LEI N. 11.343/2006. CONDUTA NÃO DESCRIMINALIZADA. REINCIDÊNCIA. CARACTERIZAÇÃO. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006. INAPLICABILIDADE. REGIME PRISIONAL SEMIABERTO. ADEQUADO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA CORPORAL POR RESTRITIVA DE DIREITOS. FALTA DE PREENCHIMENTO DE REQUISITO OBJETIVO. *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 a justificar a concessão da ordem de ofício.
2. Segundo entendimento desta Corte, o porte de drogas para uso próprio não foi descriminalizado com a entrada em vigor da Lei n. 11.343/2006, tendo havido apenas a mera despenalização de tal conduta, já que o referido tipo penal trouxe somente a cominação de penas alternativas ao infrator. Logo, a existência de condenação definitiva anterior por infração ao art. 28 da Lei de Drogas é circunstância apta a autorizar o agravamento da pena pela reincidência, bem como para impedir a aplicação do redutor do art. 33, § 4º, da referida norma.
3. Aplicada a pena em 5 anos e 10 meses de reclusão, e mesmo que deduzido o período de prisão preventiva, o regime prisional semiaberto é o adequado para o cumprimento da pena privativa de liberdade, tendo em vista a reincidência do réu, a teor do art. 33, § 2º, do CP c.c o art. 287, § 2º, do CPP.
4. É inviável 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, Jorge Mussi e Reynaldo Soares da Fonseca votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Felix Fischer.

Brasília (DF), 22 de maio de 2018 (data do julgamento)



## **SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

**MINISTRO RIBEIRO DANTAS**

Relator



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

**HABEAS CORPUS Nº 407.882 - SP (2017/0169507-3)**

**RELATOR** : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**  
**IMPETRANTE** : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO  
**ADVOGADO** : FABRÍCIO DE VECCHI BARBIERI - SP319744  
**IMPETRADO** : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO  
**PACIENTE** : DOUGLAS FABRICIO DA SILVA QUEIROZ (PRESO)

### RELATÓRIO

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

Trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, com pedido liminar, impetrado em favor de **DOUGLAS FABRICIO DA SILVA QUEIROZ**, em que se aponta como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Consta dos autos que o paciente foi condenado à pena de 2 anos e 6 meses de reclusão, em regime inicial fechado, mais pagamento de 250 dias-multa, como incurso no art. 33, *caput* e § 4º, da Lei n. 11.343/2006.

Em sede recursal, o Tribunal de origem deu provimento ao apelo da acusação para reconhecer a agravante de reincidência e afastar a incidência do redutor do tráfico privilegiado, redimensionando a pena para 5 anos e 10 meses de reclusão, em regime semiaberto.

Neste *writ*, alega a impetrante ser inidôneo o reconhecimento da reincidência e o consequente afastamento da minorante do art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, com amparo em condenação anterior pela prática do art. 28 da referida Lei.

Requer, assim, a aplicação do redutor na metade, a fixação de regime mais brando e a sua substituição por restritivas de direitos.

Liminar indeferida (e-STJ, fls. 31-33).

Informações prestadas (e-STJ, fls. 31-33).

O Ministério Público Federal opinou pela denegação da ordem (e-STJ, fls. 57-62).

**É o relatório.**



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

**HABEAS CORPUS Nº 407.882 - SP (2017/0169507-3)**

**RELATOR** : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**  
**IMPETRANTE** : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO  
**ADVOGADO** : FABRÍCIO DE VECCHI BARBIERI - SP319744  
**IMPETRADO** : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO  
**PACIENTE** : DOUGLAS FABRICIO DA SILVA QUEIROZ (PRESO)

### EMENTA

PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA DA PENA. CONDENAÇÃO ANTERIOR PELO DELITO TIPIFICADO DO ART. 28 DA LEI N. 11.343/2006. CONDUTA NÃO DESCRIMINALIZADA. REINCIDÊNCIA. CARACTERIZAÇÃO. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006. INAPLICABILIDADE. REGIME PRISIONAL SEMIABERTO. ADEQUADO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA CORPORAL POR RESTRITIVA DE DIREITOS. FALTA DE PREENCHIMENTO DE REQUISITO OBJETIVO. *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 a justificar a concessão da ordem de ofício.
2. Segundo entendimento desta Corte, o porte de drogas para uso próprio não foi descriminalizado com a entrada em vigor da Lei n. 11.343/2006, tendo havido apenas a mera despenalização de tal conduta, já que o referido tipo penal trouxe somente a cominação de penas alternativas ao infrator. Logo, a existência de condenação definitiva anterior por infração ao art. 28 da Lei de Drogas é circunstância apta a autorizar o agravamento da pena pela reincidência, bem como para impedir a aplicação do redutor do art. 33, § 4º, da referida norma.
3. Aplicada a pena em 5 anos e 10 meses de reclusão, e mesmo que deduzido o período de prisão preventiva, o regime prisional semiaberto é o adequado para o cumprimento da pena privativa de liberdade, tendo em vista a reincidência do réu, a teor do art. 33, § 2º, do CP c.c o art. 287, § 2º, do CPP.
4. É inviável 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.

Sob tal contexto, passo ao exame das alegações trazidas pela defesa, a fim de



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

verificar a ocorrência de manifesto constrangimento ilegal que autorize a concessão da ordem, de ofício.

A Corte de origem, ao dar parcial provimento ao apelo da acusação, procedeu da seguinte forma na dosimetria penal:

"No que se refere à dosimetria penal, anoto que o MM. Juiz Sentenciante fixou as basilares no mínimo legal, ou seja, em 05 (cinco) anos de reclusão e pagamento de 500 (quinhentos) dias-multa, assim mantidas na segunda etapa. Na terceira, em decorrência da incidência da causa de diminuição prevista no artigo 33, § 4º, da Lei de Drogas, as reprimendas foram reduzidas no percentual de 1/2 (metade), sendo concretizadas, à míngua de demais causas modificadoras, em 02 (dois) anos e 06 (seis) meses de reclusão, além do pagamento de 250 (duzentos e cinquenta) diárias mínimas.

O recurso ministerial merece acolhimento.

Isso porque o pedido de aquilatamento das penas é fundado no reconhecimento da agravante da reincidência, devidamente comprovada pela certidão acostada às fls. 147, cabendo registrar que, contrariamente ao alegado pela Defesa, o tipo penal tipificado no artigo 28 da Lei n. 11.343/06 não foi descriminalizado, sendo assim, tal infração penal - à posse de drogas para consumo pessoal, tem natureza jurídica de crime.

Assim, a condenação irrecorrível anterior pela prática de tal delito, quando o agente vem a praticar novo crime dentro do período depurador previsto no artigo 64, I do CP, importa em reincidência.

[...]

Demais disso, é inviável a concessão da benesse prevista no artigo 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, considerando que Douglas é reincidente, o que demonstra extrema dúvida, fazer ele do tráfico seu meio de vida.

[...]

Assim, tendo em vista os argumentos acima esboçados, passo a dosar a reprimenda.

Na primeira fase, atento aos critérios do artigo 59 do Estatuto Repressor, fixo a pena-base no mínimo legal de 05 (anos) anos de reclusão, mais o pagamento de 500 (quinhentos) dias-multa, no piso. Na segunda etapa, aumento a pena em 1/6 (um sexto), em virtude da referida reincidência, alcançando 05 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão, mais o pagamento de 583 (quinhentos e oitenta e três) dias-multa. E, por fim, na terceira fase, ausentes causas de aumento e diminuição, a torno definitiva no quantum fixado a míngua de outras causas modificadoras" (e-STJ, fls. 45-47).

Inicialmente, convém destacar que a individualização da pena é uma atividade em que o julgador está vinculado a parâmetros abstratamente cominados pela lei, sendo-lhe permitido, entretanto, atuar discricionariamente na escolha da sanção penal aplicável ao caso concreto, após o exame percuciente dos elementos do delito, e em decisão motivada. Dessarte, **ressalvadas as hipóteses de manifesta ilegalidade ou arbitrariedade**, é inadmissível às Cortes Superiores a revisão dos critérios adotados na dosimetria da pena.

Na hipótese, verifica-se que a instância ordinária afastou o redutor do tráfico privilegiado, em razão de o paciente ostentar condenação anterior transitada em julgado pelo delito de posse de droga para uso próprio, caracterizadora da agravante da reincidência.

Sobre o tema, esta Corte Superior já se manifestou que, embora tenha havido a



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

despenalização do porte de droga para consumo próprio com a entrada em vigor do art. 28, *caput*, da Lei n. 11.343/2006, não houve a descriminalização de tal conduta pelo legislador. Logo, a existência de condenação definitiva anterior por infração ao art. 28 da Lei de Drogas é circunstância apta a autorizar o agravamento da pena pela reincidência, bem como a impedir a aplicação do redutor do art. 33, § 4º, da referida norma, pela falta de preenchimento dos requisitos legais.

Nesse sentido:

"PROCESSO PENAL E PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. AGRAVANTE DE REINCIDÊNCIA. CONDENAÇÃO ANTERIOR PELO CRIME DE PORTE OU POSSE DE DROGAS. POSSIBILIDADE. INEXISTÊNCIA DE DESCRIMINALIZAÇÃO. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.

1. Conforme entendimento pacífico desta Corte Superior, alinhado ao posicionamento firmado pelo Supremo Tribunal Federal na questão de ordem no RE n. 430.105/RJ, a condenação definitiva anterior pela prática da conduta de porte de substância entorpecente para consumo próprio, prevista no art. 28 da Lei n. 11.343/2006, gera reincidência, porquanto essa conduta foi apenas despenalizada pela nova Lei de Drogas, mas não descriminalizada (*abolitio criminis*). Precedentes.

2. Agravo regimental improvido."

(AgRg no HC 312.955/MS, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 16/3/2017, DJe 23/3/2017);

"*HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO NA VIA ELEITA. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO ANTERIOR PELO DELITO DO ART. 28 DA LEI DE DROGAS. CONFIGURAÇÃO DA REINCIDÊNCIA. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DO ART. 33, § 4º, DA LEI 11.343/2006. NÃO APLICAÇÃO. PACIENTE REINCIDENTE. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. PENA SUPERIOR A 4 ANOS. REGIME FECHADO. PACIENTE REINCIDENTE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO VERIFICADO. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO.

- O Supremo Tribunal Federal, por sua primeira Turma, e a Terceira Seção deste Superior Tribunal de Justiça, diante da utilização crescente e sucessiva do *habeas corpus*, passaram a restringir a sua admissibilidade quando o ato ilegal for passível de impugnação pela via recursal própria, sem olvidar a possibilidade de concessão da ordem, de ofício, nos casos de flagrante ilegalidade.

- Esta Corte Superior entende que não houve a descriminalização do porte de drogas para uso próprio com a entrada da Lei n. 11.343/2006, mas apenas a despenalização, haja vista a previsão de medidas alternativas para o acusado. Dessa forma, a condenação pelo crime do supracitado artigo é circunstância apta a autorizar a majoração da pena, tanto pela incidência da agravante da reincidência, bem como para impedir a aplicação do redutor previsto no art. 33, § 4º, da Lei de Drogas.

[...]

- *Habeas corpus* não conhecido."



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

(HC 360.818/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 23/8/2016, DJe 29/8/2016).

Quanto ao regime prisional, também não assiste razão à impetrante. Aplicada a pena definitiva em 5 anos e 10 meses de reclusão, e mesmo que deduzido o período de prisão preventiva, o regime prisional semiaberto é o adequado para o cumprimento da pena privativa de liberdade, tendo em vista a reincidência do réu, a teor do art. 33, § 2º, do CP c.c o art. 287, § 2º, do CPP.

Por fim, consigne-se que é inviável a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, pela falta do preenchimento do requisito objetivo (art. 44, I, do Código Penal).

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

É como voto.



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

### CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2017/0169507-3

**HC 407.882 / SP**  
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00209574620148260482 20170000264368 209574620148260482 29032014

EM MESA

JULGADO: 22/05/2018

#### **Relator**

Exmo. Sr. Ministro **RIBEIRO DANTAS**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. ANTÔNIO AUGUSTO BRANDÃO DE ARAS

Secretário

Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

#### **AUTUAÇÃO**

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO  
ADVOGADO : FABRÍCIO DE VECCHI BARBIERI - SP319744  
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO  
PACIENTE : DOUGLAS FABRÍCIO DA SILVA QUEIROZ (PRESO)

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, Jorge Mussi e Reynaldo Soares da Fonseca votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Felix Fischer.