

**HABEAS CORPUS Nº 453.437 - SP (2018/0135290-0)**

**RELATOR** : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**  
**IMPETRANTE** : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO  
**ADVOGADOS** : CARLOS EDUARDO AFONSO RODRIGUES  
DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO  
**IMPETRADO** : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO  
**PACIENTE** : LEANDRO CARVALHO DE OLIVEIRA (PRESO)

**EMENTA**

*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. 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.

## 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.

# *Superior Tribunal de Justiça*

Ministro Relator. Os Srs. Ministros Ribeiro Dantas, Joel Ilan Paciornik, Felix Fischer e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 04 de outubro de 2018(Data do Julgamento)

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA  
Relator



# Superior Tribunal de Justiça

**HABEAS CORPUS Nº 453.437 - SP (2018/0135290-0)**

**RELATOR** : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**  
**IMPETRANTE** : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO  
**ADVOGADOS** : CARLOS EDUARDO AFONSO RODRIGUES  
DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO  
**IMPETRADO** : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO  
**PACIENTE** : LEANDRO CARVALHO DE OLIVEIRA (PRESO)

## RELATÓRIO

**O EXMO. SR. MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA (Relator):**

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de LEANDRO CARVALHO DE OLIVEIRA contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo no julgamento da Apelação n. 0016313-43.2016.8.26.0562.

Consta dos autos que o paciente foi condenado pela prática do delito previsto no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006 às penas de 5 anos de reclusão, em regime inicial fechado, e multa (fls. 35/45).

Inconformada com a sentença, apelou a defesa e o Tribunal *a quo* negou provimento ao recurso (fls. 46/54).

Na presente impetração (fls. 1/23), a defesa sustenta haver constrangimento ilegal na condenação do paciente pelo crime de tráfico de drogas, ao fundamento de estarem ausentes, no caso, as provas da traficância, uma vez que foram apreendidos apenas 7,2 gramas de crack, bem como haver notícia nos autos de que possui outros registros anteriores pelo delito de uso.

Apona, ademais, constrangimento ilegal em razão da dosimetria realizada pelas instâncias ordinárias, pois o paciente foi considerado reincidente, por ostentar condenação anterior pela prática da infração prevista no art. 28 da Lei de Drogas, o que ensejou o afastamento da causa de diminuição de pena estabelecida no artigo 33, § 4º, da referida lei. Entretanto, aponta a defesa, tal medida *revela-se injusta, à vista do novo tratamento dado aos usuários de entorpecentes*, de forma que a prática da infração prevista no artigo 28 da Lei de Drogas não é apta a gerar reincidência, de forma a permitir a aplicação

# *Superior Tribunal de Justiça*

ao caso do mencionado redutor.

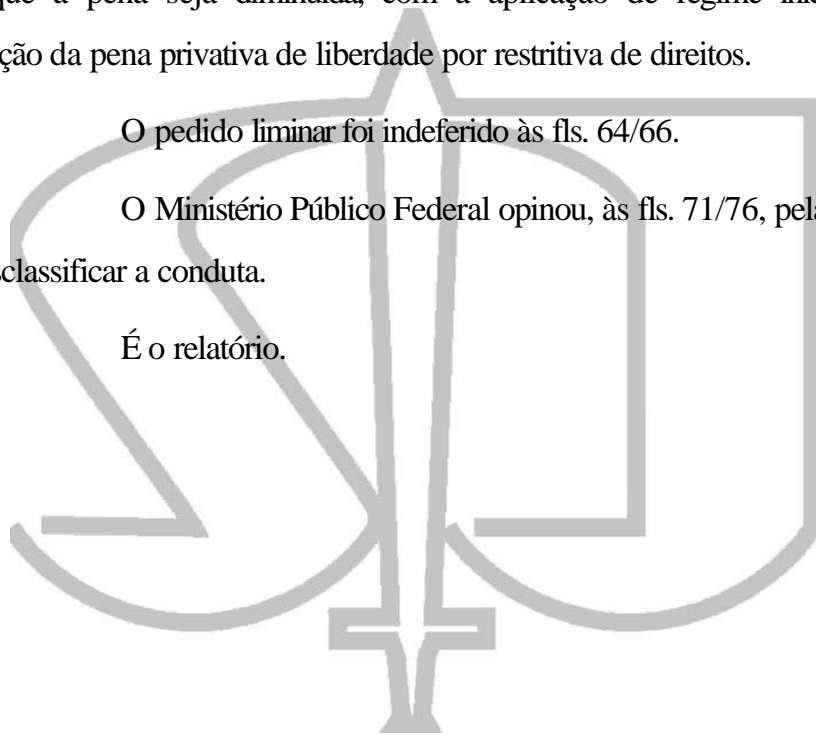
Uma vez reduzida a pena aplicada ao paciente, aponta que deve ser fixado o regime inicial diverso do fechado e substituída a pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, pois preenchidos os requisitos previstos no art. 44 do Código Penal.

Diante disso, pede, liminarmente, a expedição de alvará de soltura em favor do paciente e, no mérito, que se desclassifique a conduta para o delito de uso de droga, ou, ainda, que a pena seja diminuída, com a aplicação de regime inicial mais brando e a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

O pedido liminar foi indeferido às fls. 64/66.

O Ministério Público Federal opinou, às fls. 71/76, pela concessão da ordem para desclassificar a conduta.

É o relatório.



**HABEAS CORPUS Nº 453.437 - SP (2018/0135290-0)**

**VOTO**

**O EXMO. SR. MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA (Relator):**

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. Esse entendimento objetivou preservar a utilidade e a eficácia do *mandamus*, que é o instrumento constitucional mais importante de proteção à liberdade individual do cidadão ameaçada por ato ilegal ou abuso de poder, garantindo a celeridade que o seu julgamento requer.

Nesse sentido, confirmam-se os seguintes julgados, exemplificativos dessa nova orientação das Cortes Superiores do país:

*PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. NÃO CABIMENTO. ROUBO EM CONCURSO DE PESSOAS E COM EMPREGO DE ARMA DE FOGO. PRISÃO EM FLAGRANTE CONVERTIDA EM PREVENTIVA. ALEGADA AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO DO DECRETO PRISIONAL. INOCORRÊNCIA. SEGREGAÇÃO CAUTELAR DEVIDAMENTE FUNDAMENTADA NA GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. PERICULOSIDADE CONCRETA DO PACIENTE. MODUS OPERANDI. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.*

*I - A Primeira Turma do col. Pretório Excelso firmou orientação no sentido de não admitir a impetração de habeas corpus substitutivo ante a previsão legal de cabimento de recurso ordinário (v.g.: HC 109.956/PR, Rel. Min. Marco Aurélio, DJe de 11/9/2012; RHC 121.399/SP, Rel. Min. Dias Toffoli, DJe de 1º/8/2014 e RHC 117.268/SP, Rel. Min. Rosa Weber, DJe de 13/5/2014). As Turmas que integram a Terceira Seção desta Corte alinharam-se a esta dicção, e, desse modo, também passaram a repudiar a utilização desmedida do writ substitutivo em detrimento do recurso adequado (v.g.: HC 284.176/RJ, Quinta Turma, Rel. Min. Laurita Vaz, DJe de 2/9/2014; HC 297.931/MG, Quinta Turma, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, DJe de 28/8/2014; HC 293.528/SP, Sexta Turma, Rel. Min. Nefi Cordeiro, DJe de 4/9/2014 e HC 253.802/MG, Sexta Turma, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, DJe de 4/6/2014).*

*II - Portanto, não se admite mais, perfilhando esse entendimento, a utilização de habeas corpus substitutivo quando cabível o recurso*

# Superior Tribunal de Justiça

*próprio, situação que implica o não conhecimento da impetração. Contudo, no caso de se verificar configurada flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, recomenda a jurisprudência a concessão da ordem de ofício.*

*[...] Habeas corpus não conhecido.*

(HC 320.818/SP, Rel. Min. FELIX FISCHER, Quinta Turma, julgado em 21/5/2015, DJe 27/5/2015).

*HABEAS CORPUS. SUBSTITUTIVO DO RECURSO CONSTITUCIONAL. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO INTERNACIONAL DE DROGAS. DOSIMETRIA. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. REGIME INICIAL FECHADO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. CIRCUNSTÂNCIAS DESFAVORÁVEIS. 1. O habeas corpus tem uma rica história, constituindo garantia fundamental do cidadão. Ação constitucional que é, não pode ser o writ amesquinhado, mas também não é passível de vulgarização, sob pena de restar descaracterizado como remédio heroico. Contra a denegação de habeas corpus por Tribunal Superior prevê a Constituição Federal remédio jurídico expresso, o recurso ordinário. Diante da dicção do art. 102, II, a, da Constituição da República, a impetração de novo habeas corpus em caráter substitutivo escamoteia o instituto recursal próprio, em manifesta burla do preceito constitucional. Igualmente, contra o improvimento de recurso ordinário contra a denegação do habeas corpus pelo Superior Tribunal de Justiça, não cabe novo writ ao Supremo Tribunal Federal, o que implicaria retorno à fase anterior. Precedente da Primeira Turma desta Suprema Corte. [...].*

(STF, HC n. 113890, Rel. Min. ROSA WEBER, Primeira Turma, julgado em 3/12/2013, DJ 28/2/2014).

Assim, de início, incabível o presente *habeas corpus* substitutivo de recurso. Todavia, em homenagem ao princípio da ampla defesa, passa-se ao exame da insurgência, para verificar a existência de eventual constrangimento ilegal passível de ser sanado pela concessão da ordem, de ofício.

Busca-se, na presente oportunidade, o reconhecimento da ilegalidade na condenação do paciente pelo delito de tráfico. Subsidiariamente, busca-se o afastamento da reincidência, a aplicação da redutora prevista no art. 33, § 4º, da Lei de Drogas e, em consequência do redimensionamento da pena, a fixação de regime mais brando e a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

# Superior Tribunal de Justiça

Com efeito, destaque-se que, quanto à alegada falta de provas para condenar a paciente pelo delito de tráfico de drogas, bem como no que tange à aventada possibilidade de desclassificação da sua conduta para a infração prevista no art. 28 da Lei n. 11.343/2006, é imperioso consignar que as instâncias de origem formaram seu livre convencimento de acordo com o conjunto probatório produzido no curso da instrução criminal, concluindo pela existência de autoria e materialidade do crime de tráfico.

No caso dos autos, assim ficou consignado pelo Tribunal local quando afirmou que estava comprovado a existência do delito do art. 33, *caput*, da Lei de Drogas (fls. 50/52) :

*Com efeito, os policiais militares foram uníssomos em descrever o modo como ocorreu a abordagem, destacando que o apelante, ao avistar a viatura, jogou algo atrás de um poste e continuou a andar, motivando-os a realizar a abordagem, tendo em vista tal atitude suspeita. Em revista pessoal foi encontrado o valor de R\$10,00 (dez reais). Já perto do referido poste, verificaram que o apelante havia dispensado um saco, no qual continha 21 (vinte e um) pinos de cocaína.*

*Não há que se falar, com isso, em ausência de credibilidade dos depoimentos prestados por policiais, uma vez que a função por eles exercida pressupõe idoneidade de caráter. Deveria o apelante ter trazido aos autos prova concreta da intenção dos agentes de segurança em incriminá-lo injustamente.*

(...)

*Além do mais, a quantidade de porções e a forma como estavam acondicionadas as drogas demonstraram que o apelante realmente praticava o comércio ilícito, não havendo a necessidade de que viesse a ser surpreendido no exato momento da mercancia, com as drogas em suas mãos.*

(...)

*Sob os mesmos fundamentos, não prospera a tese de desclassificação do tráfico para o delito de porte de entorpecentes para consumo próprio.*

*O apelante declarou-se usuário tão somente com o objetivo de ver desclassificar o delito de tráfico para o de porte para uso próprio.*

(...)

*Depreende-se, portanto, que o modo como ocorreu a abordagem e, principalmente, a forma como estavam acondicionadas as drogas apreendidas não permitem que se reconheça a pretendida*



# Superior Tribunal de Justiça

*desclassificação.*

*O fato de ter o apelante afirmado ser usuário não impede que também seja traficante, mesmo porque é de ser ressaltado que o mero viciado não portaria, pelas condições pessoais apresentadas por ele, notadamente sua situação financeira, a quantidade de entorpecentes apreendida, aliás, totalmente incompatível com seu padrão de vida.*

*Essa análise ainda leva a concluir-se que o apelante, de fato, praticou o delito que lhe está sendo imputado, não havendo falar-se em fragilidade probatória, o que impossibilita a aplicação do princípio "in dubio pro reo".*

Assim, a desconstituição do édito repressivo, conforme pretendido pela defesa, demandaria o exame aprofundado do conjunto probatório produzido no feito, providência que é inadmissível na via estreita do *habeas corpus*.

Nesse sentido:

***HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. DESCLASSIFICAÇÃO DO DELITO. INVIABILIDADE DE ANÁLISE EM SEDE DE HABEAS CORPUS. MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. PENA INFERIOR A 4 ANOS. PENA-BASE NO MÍNIMO LEGAL. PREENCHIDOS OS REQUISITOS DO ART. 33 E ART. 44, AMBOS DO CÓDIGO PENAL - CP. QUANTIDADE PEQUENA DE DROGA APREENDIDA (1,16 GRAMAS DE COCAÍNA). APLICAÇÃO DO REGIME PRISIONAL ABERTO E SUBSTITUIÇÃO DA PENA POR RESTRITIVA DE DIREITOS. POSSIBILIDADE. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.***

*1. Diante da hipótese de habeas corpus substitutivo de recurso próprio, a impetração não deve ser conhecida, segundo orientação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal - STF e do próprio Superior Tribunal de Justiça - STJ. Contudo, considerando as alegações expostas na inicial, razoável a análise do feito para verificar a existência de eventual constrangimento ilegal.*

*2. O acolhimento do pedido da defesa de análise quanto à desclassificação e absolvição do delito de tráfico de drogas demanda o reexame aprofundado de provas, inviável em habeas corpus. Ademais, com base nas provas dos autos, no depoimento dos policiais e na quantidade e natureza da droga apreendida, a Corte estadual entendeu que o paciente praticava tráfico de drogas.*

*(...)*

*Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para*

# Superior Tribunal de Justiça

*fixar o regime inicial aberto, substituindo a pena privativa de liberdade por duas restritivas de direito, a serem especificadas pelo Juízo de Execuções, revogando o acórdão impugnado quanto à execução provisória da pena.*

*(HC 451.738/SP, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 21/06/2018, DJe 29/06/2018)*

Em relação à insurgência sobre a reincidência do paciente, a defesa alega que a condenação anterior pela prática da infração prevista no art. 28 da Lei de Drogas não gera a reincidência.

Consoante o posicionamento firmado pela Suprema Corte, na questão de ordem no RE n. 430.105/RJ, sabe-se que 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*.

Confira-se, a propósito, a ementa do *decisum*:

[...]

*I. Posse de droga para consumo pessoal: (art. 28 da L. 11.343/06 - nova lei de drogas): natureza jurídica de crime. 1. O art. 1º da LICP - que se limita a estabelecer um critério que permite distinguir quando se está diante de um crime ou de uma contravenção - não obsta a que lei ordinária superveniente adote outros critérios gerais de distinção, ou estabeleça para determinado crime - como o fez o art. 28 da L. 11.343/06 - pena diversa da privação ou restrição da liberdade, a qual constitui somente uma das opções constitucionais passíveis de adoção pela lei incriminadora (CF/88, art. 5º, XLVI e XLVII). 2. Não se pode, na interpretação da L. 11.343/06, partir de um pressuposto desapareço do legislador pelo "rigor técnico", que o teria levado inadvertidamente a incluir as infrações relativas ao usuário de drogas em um capítulo denominado "Dos Crimes e das Penas", só a ele referentes. (L. 11.343/06, Título III, Capítulo III, arts. 27/30). 3. Ao uso da expressão "reincidência", também não se pode emprestar um sentido "popular", especialmente porque, em linha de princípio, somente disposição expressa em contrário na L. 11.343/06 afastaria a regra geral do C. Penal (C.Penal, art. 12). 4. Soma-se a tudo a previsão, como regra geral, ao processo de infrações atribuídas ao usuário de drogas, do rito estabelecido para os crimes de menor potencial ofensivo, possibilitando até mesmo a proposta de aplicação imediata da pena de que trata o art.*

# Superior Tribunal de Justiça

76 da L. 9.099/95 (art. 48, §§ 1º e 5º), bem como a disciplina da prescrição segundo as regras do art. 107 e seguintes do C. Penal (L. 11.343, art. 30). 6. Ocorrência, pois, de "despenalização", entendida como exclusão, para o tipo, das penas privativas de liberdade. 7. Questão de ordem resolvida no sentido de que a Lei n. 11.343/06 não implicou abolitio criminis (C.Penal, art. 107). II. Prescrição: consumação, à vista do art. 30 da L. 11.343/06, pelo decurso de mais de 2 anos dos fatos, sem qualquer causa interruptiva. III. Recurso extraordinário julgado prejudicado.

(RE n. 430.105 QO, Relator(a): Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Primeira Turma, julgado em 13/02/2007, DJe-004 DIVULG 26-04-2007 PUBLIC 27-04-2007 DJ 27-04-2007 PP-00069 EMENT VOL-02273-04 PP-00729 RB v. 19, n. 523, 2007, p. 17-21 RT v. 96, n. 863, 2007, p. 516-523)

Nesse sentido, também temos os seguintes julgados deste Tribunal Superior:

**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

# Superior Tribunal de Justiça

*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.*

*(HC 407.882/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 22/05/2018, DJe 30/05/2018)*

*PENAL E PROCESSUAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. PACIENTE CONDENADO PELO CRIME TIPIFICADO NO ART. 33, CAPUT, DA LEI N. 11.343/2006. PEDIDO DE APLICAÇÃO DA MINORANTE DO ART. 33, § 4º, DA LEI DE DROGAS. INVIABILIDADE. REQUISITOS NÃO PREENCHIDOS. CONDENÇÃO ANTERIOR PELO DELITO DO ART. 28, CAPUT, DA LEI N. 11.343/2006. REINCIDÊNCIA CARACTERIZADA. PRECEDENTES. PEDIDOS DE FIXAÇÃO DE REGIME PRISIONAL ABERTO E DE SUBSTITUIÇÃO DE PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE PREJUDICADOS.*

*[...]*

*4. Consoante reiterados precedentes desta Corte, a condenação anterior e definitiva pelo crime de posse de drogas para uso próprio (art. 28, caput, da Lei de Drogas), enseja a caracterização de reincidência, porquanto, com a vigência da Lei n. 11.343/2006, não houve abolitio criminis, mas mera despenalização da conduta. Precedentes.*

*[...]*

*6. Habeas corpus não conhecido. (HC 350.317/SP, Rel. Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, Sexta Turma, julgado em 1º/9/2016, DJe 12/9/2016)*

Contudo, entendo que tal entendimento se mostra desproporcional. Isso porque, ainda que a conduta tipificada no art. 28 da Lei n. 11.343/2006 tenha sido despenalizada e não descriminalizada, veja-se que essa conduta 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". Além disso, não existe a possibilidade de converter essas penas em privativas de liberdade em caso de descumprimento.

Cabe ressaltar que as condenações anteriores por contravenções penais não

# *Superior Tribunal de Justiça*

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

Cabe considerar, ainda, que está no Supremo Tribunal Federal discussão acerca da constitucionalidade do art. 28 da Lei de Drogas, tendo havido Repercussão Geral no RE n. 635.659, para decidir sobre a tipicidade do porte de droga para consumo pessoal.

Ademais, 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 nesse mesmo sentido, considerando desproporcional o reconhecimento da reincidência por condenação pelo delito anterior do ar. 28 da Lei n. 11.343/2006.

Segue a ementa do precedente:

***RECURSO ESPECIAL. DIREITO PENAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO ANTERIOR PELO DELITO DO ARTIGO 28 DA LEI DE DROGAS. CARACTERIZAÇÃO DA REINCIDÊNCIA. DESPROPORCIONALIDADE.***

*1. À luz do posicionamento firmado pelo Supremo Tribunal Federal na questão de ordem no RE nº 430.105/RJ, julgado em 13/02/2007, de que o porte de droga para consumo próprio, previsto no artigo 28 da Lei nº 11.343/2006, foi apenas despenalizado pela nova Lei de Drogas, mas não descriminalizado, esta Corte Superior vem decidindo que a condenação anterior pelo crime de porte de droga para uso próprio configura reincidência, o que impõe a aplicação da agravante genérica do artigo 61, inciso I, do Código Penal e o afastamento da aplicação da causa especial de diminuição de pena do parágrafo 4º do artigo 33 da Lei nº 11.343/06.*

*2. Todavia, 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",*

*3. Há de se considerar, ainda, que a própria constitucionalidade do*

# *Superior Tribunal de Justiça*

*artigo 28 da Lei de Drogas, que está cercado de acirrados debates acerca da legitimidade da tutela do direito penal em contraposição às garantias constitucionais da intimidade e da vida privada, está em discussão perante o Supremo Tribunal Federal, que admitiu Repercussão Geral no Recurso Extraordinário nº 635.659 para decidir sobre a tipicidade do porte de droga para consumo pessoal.*

*4. E, em face dos questionamentos acerca da proporcionalidade do direito penal para o controle do consumo de drogas em prejuízo de outras medidas de natureza extrapenal relacionadas às políticas de redução de danos, eventualmente até mais severas para a contenção do consumo do que aquelas previstas atualmente, o prévio apenamento por porte de droga para consumo próprio, nos termos do artigo 28 da Lei de Drogas, não deve constituir causa geradora de reincidência.*

*5. Recurso improvido.*

*(REsp 1672654/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 21/08/2018, DJe 30/08/2018)*

Assim, afasto os efeitos da reincidência decorrente da condenação anterior pelo delito do art. 28 da Lei de Drogas.

Em consequência, quanto ao pleito de reconhecimento da redutora prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, sabe-se que 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, verifico que a redutora não foi aplicada apenas em razão da reincidência e, tendo em vista o afastamento dessa agravante, a benesse deve ser reconhecida e aplicada na fração máxima de 2/3, sobretudo em razão da não expressiva quantidade de droga apreendida (7,2g de crack).

Assim, passo a refazer a dosimetria da pena.

Na primeira fase, a pena foi fixada no mínimo legal de 5 anos de reclusão e 500 dias-multa. Na segunda fase, houve a compensação entre a agravante da reincidência e a atenuante da confissão. Em razão do afastamento da agravante da reincidência, resta apenas a

# Superior Tribunal de Justiça

atenuante da confissão. Contudo, tendo em vista que a pena já foi arbitrada no mínimo legal, incide o enunciado n. 231 da Súmula deste Tribunal. Na terceira fase, aplico a redutora prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 na fração de 2/3, ficando a pena arbitrada em 1 ano e 8 meses de reclusão e 166 dias-multa.

Por fim, tendo em vista o redimensionamento da reprimenda para 1 ano e 8 meses e o fato de a reincidência ter sido o único fundamento utilizado, tanto para a fixação do regime mais gravoso quanto para a negativa de substituição da pena, necessário realizar alterações.

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.

Ante o exposto, **não conheço** do *habeas corpus*. Contudo, **concedo a ordem, de ofício**, para redimensionar a pena do paciente para 1 ano e 8 meses de reclusão e 166 dias-multa, bem como fixar o regime inicial aberto e substituir a pena privativa de liberdade por medidas restritivas de direitos, a serem fixadas pelo Juízo das Execuções Criminais.

É como voto.

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA  
Relator

**CERTIDÃO DE JULGAMENTO  
QUINTA TURMA**

Número Registro: 2018/0135290-0

**PROCESSO ELETRÔNICO**

**HC 453.437 / SP**  
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00163134320168260562 163134320168260562 20180000297725 7032016

EM MESA

JULGADO: 04/10/2018

**Relator**

Exmo. Sr. Ministro **REYNALDO SOARES DA FONSECA**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. MÁRIO FERREIRA LEITE

Secretário

Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

**AUTUAÇÃO**

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO  
ADVOGADOS : CARLOS EDUARDO AFONSO RODRIGUES  
DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO  
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO  
PACIENTE : LEANDRO CARVALHO DE OLIVEIRA (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 e concedeu "Habeas Corpus" de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator."

Os Srs. Ministros Ribeiro Dantas, Joel Ilan Paciornik, Felix Fischer e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.