

HABEAS CORPUS Nº 481.621 - SP (2018/0319997-7)

RELATOR : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
RUANIE CAMILE LOPES - SP310062
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : EDSON DE ALMEIDA (PRESO)

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso especial, com pedido liminar, impetrado em favor de EDSON DE ALMEIDA contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, no julgamento da Apelação Criminal n. 0000997-22.2016.8.26.0616.

Consta dos autos que o paciente foi condenado, em primeiro grau de jurisdição, às penas de 6 anos e 8 meses de reclusão, em regime inicial fechado, e 666 dias-multa, pela prática do crime previsto no **art. 33, caput, da Lei n. 11.343/2006** (e-STJ fls. 200/240).

Irresignada, a defesa apelou e o Tribunal estadual deu parcial provimento ao recurso para reduzir a pena-base, razão pela qual a sanção definitiva do paciente foi redimensionada para 5 anos e 10 meses de reclusão e 583 dias-multa, mantidos os demais termos da condenação (e-STJ fls. 331/353).

No presente *writ* (e-STJ fls. 3/15), a impetrante sustenta que o acórdão impugnado impôs constrangimento ilegal ao paciente, na medida em que não aplicou o redutor previsto no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, embora os requisitos legais para a incidência do benefício estejam presentes. Afirma, também, que a quantidade de droga apreendida não é expressiva e que a condenação anterior é por uso de drogas, o que não seria impeditivo para a incidência do privilégio.

Além disso, assevera que o regime inicial fechado, mais gravoso que a pena aplicada comporta, não possui lastro em fundamentação

idônea, devendo, por isso, ser abrandado.

Em consequência da redução da pena e da aplicação da regra da detração prevista no § 2º do art. 387 do Código de Processo Penal, entende ser cabível o regime inicial aberto, além da substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

Diante disso, formula pedido liminar para que o paciente aguarde em liberdade o julgamento desse *writ* e, no mérito, requer a concessão da ordem para que a minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 seja aplicada em seu patamar máximo, redimensionando-se a pena do paciente, além do abrandamento do regime prisional e substituição da pena privativa de liberdade por medidas restritivas de direitos.

O pedido liminar foi deferido, às e-STJ fls. 371/374, para assegurar ao paciente o direito de aguardar, no regime semiaberto, o julgamento do presente *habeas corpus*, salvo se por outro motivo estiver preso ou cumprindo pena em regime mais gravoso.

As informações foram prestadas, às e-STJ fls. 382/394, 395/407 e 409/435, e o Ministério Público federal, em parecer exarado às e-STJ fls. 438/442, opinou pelo não conhecimento do *mandamus*, e pela concessão da ordem de ofício.

É o relatório. **Decido.**

De início, o presente *habeas corpus* não comporta conhecimento, pois impetrado em substituição a recurso próprio. Entretanto, nada impede que, de ofício, seja constatada a existência de ilegalidade que importe em ofensa à liberdade de locomoção do paciente.

Conforme relatado, busca a impetrante, em síntese, a redução da sanção do paciente ante a aplicação da causa especial de pena, prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 e, por conseguinte, a redução de sua reprimenda, o abrandamento do regime prisional e a substituição da sanção.

I. Pena-base

Preliminarmente, cabe ressaltar que, em se tratando de crime de tráfico de drogas, como ocorre *in casu*, o Juízo, ao fixar a pena, deve considerar, com preponderância sobre o previsto no artigo 59 do Estatuto Repressivo, a natureza e a quantidade da substância entorpecente, a personalidade e a conduta social do agente, consoante o disposto no artigo 42 da Lei n. 11.343/2006, *in verbis*:

Art. 42. O juiz, na fixação das penas, considerará, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da substância ou do produto, a personalidade e a conduta social do agente.

Sob essas diretrizes, ao redimensionar a sanção do paciente, o Relator do voto condutor do acórdão asseverou que (e-STJ fls. 340/347, grifei):

[...]

No tocante às reprimendas impostas, a r. sentença demanda reparo e observações.

Inicialmente, sopesadas as diretrizes dos artigos 59 do Código Penal e 42 da Lei de Tóxicos, "Atendendo à natureza e à expressiva quantidade da droga apreendida, ao lugar especialmente destinado à difusão do vício - e às condições em que se deu a prisão desenvolvidas diligências policiais para reprimir o tráfico de entorpecentes, praticado pelo agente, de forma aberta - e se desenvolveu a ação criminosa, sem timidez ou pejo; à conduta social não recomendável, à personalidade desviada, pois de nenhuma sensibilidade social a difusão do vício em droga proibida, com animus lucrandi" (fls. 211), foi a pena-base fixada em 1/3 (um terço) acima do patamar mínimo cominado à espécie, qual seja, seis anos e oito meses de reclusão e pagamento de seiscentos e sessenta e seis dias-multa.

Todavia, diversamente do magistrado sentenciante, entendo que a quantidade (23,lg — vinte e três gramas e um decigrama — divididos em dezenove porções) é relativamente pequena, em se tratando de uma "biqueira", e baixo o grau de perniciosidade da droga ("maconha"), sendo as circunstâncias as corriqueiras para delitos de tráfico, de modo a não justificar o aumento da pena-base.

Por outro lado, compulsados os autos, verifica-se que o MM. Juízo a quo equivocou-se ao deixar de reconhecer o mau antecedente do agente, condenado definitivamente por crime de porte de droga para uso próprio (fls. 117).

A esta altura, imperioso anotar que a Lei Antidrogas não se prestou a ensejar a abolitio criminis em relação a tal delito; houve, tão-só, a modificação dos preceitos primário e secundário de referido tipo penal, que, doravante, passa a abranger também o porte de tóxico para uso de terceiro (desde que sem o animus de disseminação) e, outrossim, a cominar, única e exclusivamente, penas de índole educativa e/ou restauradora.

[...]

Portanto, uma vez assentado o caráter criminoso da conduta (porte de entorpecente para consumo pessoal), intuitivo considerar que, tal ação é também considerada para fins de maus antecedentes e/ou reincidência.

E nem se alegue que, porque não reconhecida, em Primeira Instância, a circunstância desfavorável, o reconhecimento do mau antecedente, na presente sede recursal, implica em afronta ao postulado que veda, no sistema processual penal brasileiro, a reforma para pior.

Segundo entendimento jurisprudencial consolidado nos Tribunais Superiores, não configura violação ao princípio do non reformatio in pejus, ainda em se tratando de recurso exclusivo da defesa ou de revisão criminal, a aplicação, em uma ou mais etapas do procedimento trifásico, de critério de quantificação de pena mais rigoroso do que o adotado no aresto guerreado, contanto que o resultado final do novo processo dosimétrico não venha a suplantiar aquele definido pelo Juízo de Origem.

[...]

Dessarte, estabelece-se a pena-base em 1/6 (um sexto) acima do piso legal, qual seja, cinco anos e dez meses de reclusão mais quinhentas e oitenta e três diárias, no valor unitário mínimo.

Na segunda fase do cálculo, ausentes circunstâncias agravantes ou atenuantes a serem consideradas, as sanções restam inalteradas.

Pela leitura do recorte acima, observa-se que a Corte estadual, na primeira fase do cálculo dosimétrico, afastou a vetorial circunstâncias do

delito, por entender que a quantidade de entorpecente apreendido – 23,1 gramas de maconha –, não era tão expressiva em se tratando de uma "biqueira", e baixo o grau de perniciosidade da droga ("maconha") (e-STJ fl. 341). Por outro lado, exasperou a pena-base em 1/6, com base no reconhecimento dos maus antecedentes do paciente, devido à sua condenação anterior por posse de droga para uso próprio.

Entretanto, consoante o entendimento firmado no REsp n. 1.672.654/SP (Rel. Ministra MARIA THEREZA, Sexta Turma, DJe 30/8/2018) revela-se desproporcional o reconhecimento da reincidência em virtude de anterior condenação pelo delito previsto no art. 28 da Lei n. 11.343/2006.

No mesmo sentido, segue recente acórdão proferido pela Quinta Turma, no HC n. 453.437/SP (de minha relatoria, DJe 15/10/2018):

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.

[...]

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.

[...]

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.

Com efeito, entendeu-se que, embora a conduta tipificada no art. 28 da Lei n. 11.343/2006 haja sido despenalizada e não descriminalizada (RE n. 430.105 QO, Relator: Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Primeira Turma, DJe 27/04/2007), 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*, não havendo a possibilidade de converter essas penas em privativas de liberdade em caso de descumprimento. Destacou-se que as condenações anteriores por contravenções penais, as quais cominam pena de prisão simples, 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. Nesse contexto, a conclusão foi no

sentido de ser desproporcional considerar que o delito do art. 28 da Lei n. 11.343/2006 seja apto a configurar reincidência, na medida em que sequer é punível com pena privativa de liberdade. E, reforço da tese, foi ponderado que pende de julgamento no Supremo Tribunal Federal, discussão acerca da constitucionalidade do art. 28 da Lei de Drogas, em regime de Repercussão Geral (RE n. 635.659).

Em virtude desse novo entendimento, se os efeitos da reincidência decorrente de anterior condenação do paciente pelo delito do art. 28 da Lei de Drogas devem ser afastados, com mais razão ainda, os relativos à circunstância judicial dos maus antecedentes, razão pela qual passo ao redimensionamento da pena-base, de ofício, não obstante a ausência de pedido expreso na exordial.

Nesse contexto, afasto o desvalor conferido aos antecedentes do paciente, razão pela qual sua pena-base é fixada em 5 anos de reclusão e 500 dias-multa, inalterada na segunda fase, ante a ausência de circunstâncias agravantes ou atenuantes.

II. Não incidência da causa de redução prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006

Preliminarmente, cabe observar que, nos termos do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, os condenados pelo crime de tráfico de drogas terão a pena reduzida, de um sexto a dois terços, quando forem reconhecidamente **primários, possuírem bons antecedentes e não se dedicarem a atividades criminosas ou integrem organização criminosa.**

Ao denegar a aplicação da causa especial de diminuição de pena, a Corte estadual consignou que *na derradeira etapa do sistema trifásico, não há que se falar em aplicação do § 4º do artigo 33 da Lei Antidrogas, em razão do mau antecedente ostentado pelo agente em delito de porte de droga para uso pessoal (fls. 117) (e-STJ fl. 347).*

Contudo, afastado o desvalor conferido aos antecedentes do

paciente, não há óbice legal ao reconhecimento do tráfico privilegiado, razão pela qual aplico o redutor de pena previsto no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 na fração de 2/3, considerando a inexpressiva quantidade de droga apreendida, de forma que a sua reprimenda fica definitivamente estabilizada em 1 ano e 8 meses de reclusão e 166 dias-multa.

III. Regime de cumprimento de pena e substituição

Preliminarmente, cabe ressaltar que a dosimetria da pena e o seu regime de cumprimento inserem-se dentro de um juízo de discricionariedade do julgador, atrelado às particularidades fáticas do caso concreto e subjetivas do agente, somente passível de revisão por esta Corte no caso de inobservância dos parâmetros legais ou de flagrante desproporcionalidade.

Na espécie, tendo em vista o montante da nova pena imposta, a primariedade do paciente, o fato de não haverem circunstâncias judiciais desfavoráveis, e, ainda, a reduzida quantidade de droga apreendida – *23,1 gramas de maconha* –, deve ser-lhe conferido o regime inicial aberto, a teor do disposto no art. 33, §§ 2º, "c", e 3º, do Código Penal, e no art. 42, da Lei n. 11.343/2006.

No tocante à substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, reputo atendidos os requisitos objetivos e subjetivos para a concessão da benesse, nos termos do art. 44, I, II e III, do CP, razão pela qual o paciente faz jus à referida substituição.

Ilustrativamente:

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. ROUBO. DOSIMETRIA. CIRCUNSTÂNCIAS FAVORÁVEIS. RÉU PRIMÁRIO. REGIME ABERTO CABÍVEL. FLAGRANTE ILEGALIDADE EVIDENCIADA. WRIT NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

[...]

3. *Os fundamentos genéricos utilizados no decreto condenatório não constituem motivação suficiente para justificar a imposição de regime prisional mais gravoso que o estabelecido em lei (art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal), nos termos da Súmula 440 desta Corte. Tratando-se de réu primário, cujas circunstâncias judiciais foram favoravelmente valoradas, por força do disposto no art. 33, §§ 2º, alínea "b", e 3º, do Código Penal, deve a reprimenda de 4 anos, decorrente do crime de roubo, ser cumprida, desde logo, em regime aberto.*

4. *Habeas Corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, confirmando a liminar, para fixar o regime inicial aberto, salvo se, por outro motivo, o paciente não estiver descontando pena em regime mais severo. (HC n. 439.945/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, Quinta Turma, julgado em 3/5/2018, DJe 10/5/2018)*

REGIME INICIAL. DESPROPORCIONALIDADE AO QUANTUM FINAL DA PENA. ALTERAÇÃO PARA O MODO ABERTO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS.

1. *Reduzida a pena privativa de liberdade para patamar inferior a 4 (quatro) anos, ante a favorabilidade das circunstâncias judiciais e a pequena quantidade de entorpecente apreendido, proporcional o estabelecimento do regime inicial aberto e a substituição da pena privativa de liberdade por duas restritivas, nos termos dos art. 33, § 2º, letra "c", § 3º e 44, ambos do CP.*

2. *Agravo regimental provido para absolver a agravante pelo delito de associação para o tráfico de entorpecentes e redimensionar sua pena para 2 anos e 6 meses de reclusão e multa, em regime inicial aberto e determinar a substituição da pena privativa de liberdade por duas restritivas de direito, a serem designadas pelo Juiz Criminal competente. (AgRg no AREsp n. 1.181.560/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, Quinta Turma, julgado em 24/4/2018, DJe 4/5/2018)*

Ante o exposto, com fulcro no art. 34, XX, do RISTJ, **não conheço** do *habeas corpus*. Contudo, **concedo a ordem ex officio** para aplicar ao paciente a pena de 1 ano e 8 meses de reclusão, além de 166 dias-multa, no regime inicial aberto, determinado, também, a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, a critério do Juízo das Execuções Penais.

Comunique-se, com urgência, o Tribunal impetrado e o Juízo de primeiro grau.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília (DF), 08 de fevereiro de 2019.

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator

