

HABEAS CORPUS Nº 479.702 - SP (2018/0307677-0)

RELATOR : **MINISTRO SEBASTIÃO REIS JÚNIOR**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
RICARDO LOURENCO DIAS FERRO - SP232689
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : NILTON ROBERTO DE SOUZA (PRESO)

EMENTA

HABEAS CORPUS. ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006. DOSIMETRIA. CONDENAÇÃO ANTERIOR PELO CRIME DO ART. 28 DA MESMA LEI. REINCIDÊNCIA. DESPROPORCIONALIDADE. PRETENDIDA APLICAÇÃO DA MINORANTE DO § 4º DO ART. 33. VIABILIDADE. REQUISITOS PREENCHIDOS. FIXAÇÃO DO REGIME ABERTO E SUBSTITUIÇÃO DA PENA. POSSIBILIDADE. PENA INFERIOR A 4 ANOS, CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS E PEQUENA QUANTIDADE DE DROGA APREENDIDA (12,64 G DE MACONHA, 5,21 G DE COCAÍNA E 0,42 G DE CRACK). CONSTRANGIMENTO ILEGAL CONFIGURADO. LIMINAR CONFIRMADA.

Ordem concedida nos termos do dispositivo.

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de **Nilton Roberto de Souza**, em que se aponta como autoridade coatora o Tribunal de Justiça de São Paulo (Apelação n. 0015435-73.2015.8.26.0071).

Narra-se que o Juízo de Direito da 3ª Vara Criminal da comarca de Bauru/SP condenou o paciente à pena de 5 anos e 10 meses de reclusão, em regime inicial semiaberto, mais 583 dias-multa, como incurso no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006.

O Tribunal de Justiça negou provimento ao recurso da defesa e deu parcial provimento ao apelo ministerial para fixar o regime inicial fechado para o cumprimento da pena imposta, mantida, no mais, a sentença.

Daí o presente *writ*, em que a Defensoria Pública aponta ilegalidade

na dosimetria da pena. Alega, em suma, que *não agiu com acerto o Egrégio Tribunal de Justiça de São Paulo ao reconhecer a reincidência do paciente, baseando-se para tanto em uma condenação pela prática do crime inserto no art. 28 da Lei nº 11.343/06, uma vez que a condenação pelo crime de porte de drogas para uso pessoal não é apta a configurar a agravante da reincidência ou mesmo maus antecedentes, segundo o pacificado pelo próprio STJ* (fl. 4). Aduz, ademais, que, afastada a reincidência, não há fundamento idôneo para a negativa de aplicação da redutora.

Busca, em liminar, seja permitido ao paciente aguardar o julgamento do *habeas corpus* em regime aberto, e, no mérito, seja afastado o aumento de 1/6 na segunda fase da dosimetria, fundado na reincidência do réu, bem como seja aplicada a minorante do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, em grau máximo, com a fixação do regime aberto e a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

Em 14/11/2018, deferi medida liminar para permitir que o paciente aguardasse em regime aberto o julgamento do *writ*.

Depois de prestadas informações, os autos seguiram ao Ministério Público Federal, que opinou nos termos do parecer assim resumido (fl. 184):

EMENTA: DIREITO PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. ANOTAÇÃO CRIMINAL PRETÉRITA. TIPO PREVISTO NO ART. 28 DA LEI Nº 11.343/2006. INAPTIDÃO PARA CARACTERIZAR REINCIDÊNCIA.

1. Não é cabível a impetração de habeas corpus em substituição a recursos próprios ou como sucedâneo de revisão criminal, salvo em situações excepcionais em que, na dicção jurisprudencial, se evidencie teratologia ou flagrante ilegalidade.

2. A condenação definitiva anterior pela prática do crime previsto no art. 28 da Lei nº 11.343/2006 não enseja a aplicação da agravante da reincidência. Assim como as contravenções penais, puníveis com pena de prisão simples, não configuram reincidência, com muito mais razão a condenação anterior por porte de droga para consumo não mais deve ser considerado para fins de reincidência, já que punível apenas com "advertência sobre os efeitos das drogas", "prestação de serviços à

comunidade" e "medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo", sem nenhuma possibilidade de conversão em pena privativa de liberdade. Trata-se de conduta tratada com medidas despenalizadoras, sendo desproporcional dela extrair-se o efeito secundário da reincidência.

3. Parecer pelo não conhecimento ou, subsidiariamente, pela concessão parcial do writ.

É o relatório.

É manifesto o constrangimento ilegal suportado pelo paciente.

Isso porque a Sexta Turma deste Superior Tribunal, no julgamento do REsp n. 1.672.654/SP, da relatoria da Ministra Maria Thereza, ocorrido em 21/8/2018, considerou desproporcional o reconhecimento da reincidência por condenação anterior pelo delito do art. 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 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 n. 1.672.654/SP, Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, DJe 30/8/2018)

E, no caso, a reincidência do paciente foi reconhecida com base tão somente na condenação anterior pelo delito do mencionado art. 28, devendo, por esse motivo, ser afastada.

No que se refere ao pleito de aplicação da redutora prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, sabe-se que o condenado deve preencher, cumulativamente, todos os requisitos ali previstos, 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 a 2/3, a depender das circunstâncias do caso concreto.

Na espécie, tem-se que o redutor deixou de ser aplicado apenas em razão da reincidência. Ora, tendo em vista o afastamento da citada agravante, e sendo inexpressiva a quantidade de droga (12,64 g de maconha, 5,21 g de cocaína e 0,42 g de crack), a benesse deve ser aplicada na fração máxima de 2/3.

Assim, passo a refazer a dosimetria da pena.

Na primeira fase, a pena foi estabelecida no mínimo legal de 5 anos de reclusão, mais 500 dias-multa. Na segunda fase, afasto o aumento de 1/6 relativo à reincidência. 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, mais 166 dias-multa.

Tendo em vista o redimensionamento da pena para patamar inferior a 4 anos, e em se tratando de réu primário com análise favorável de todas as circunstâncias judiciais, mostra-se adequada a adoção do regime aberto, bem como a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, a serem definidas pelo Juízo das Execuções Criminais.

Assim, confirmo a liminar e **concedo** a ordem para redimensionar a reprimenda imposta ao paciente para 1 ano e 8 meses de reclusão, mais 166 dias-multa, bem como fixar o regime aberto para o início do cumprimento e substituir a privativa de liberdade por restritivas de direitos, a serem definidas pelo Juízo das Execuções Criminais.

Intime-se o Ministério Público estadual desta decisão.

Publique-se.

Brasília, 19 de fevereiro de 2019.

Ministro Sebastião Reis Júnior
Relator