HABEAS CORPUS Nº 473.375 - SP (2018/0265634-9)

RELATOR	**:**	**MINISTRO NEFI CORDEIRO**
IMPETRANTE	:	VALTER LUIS BRANDAO BONETI
ADVOGADO	:	VALTER LUIS BRANDAO BONETI - SP274227
IMPETRADO	:	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	:	ELTON REIS RIBEIRO (PRESO)

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus* impetrado em favor de Elton Reis Ribeiro contra acórdão do Tribunal de Justiça de São Paulo.

Extrai-se dos autos que o paciente foi condenado às penas de 6 anos, 9 meses e 20 dias de reclusão, em regime fechado, e ao pagamento de 680 dias-multa, pela prática do delito descrito no art. 33, *caput*, c/c o art. 40, VI, ambos da Lei 11.343/2006.

Inconformada, a defesa apelou da sentença, ocasião em que foi dado parcial provimento para reduzir a pena do paciente a 5 anos e 10 meses de reclusão, e 583 dias-multa.

Alega o impetrante, em síntese, ser necessária a relativização da condenação anterior, já atingida pelo período depurador, para fins de aplicação da causa de diminuição da pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006.

Sustenta, ainda, ser possível a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, caso seja aplicada a causa de diminuição.

Requer, por isso, o afastamento dos maus antecedentes com a consequente aplicação da causa de diminuição da pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006, fixação de regime prisional diverso do fechado e substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

Indeferida a liminar e prestadas as informações, o Ministério Público Federal ofertou parecer pelo não conhecimento do *habeas corpus* por configurar reiteração do HC 389.679/SP.

É o relatório.

DECIDO.

Preliminarmente, esclareço que o pleito de afastamento dos maus antecedentes pelo alcance do período depurador não foi objeto do *mandamus* antecedente, além do mais, ainda que por consequência seja possível a análise do pedido de reconhecimento do tráfico privilegiado, é de se destacar que naquela oportunidade a referida tese não foi analisada por completo diante da instrução deficiente do *writ.*

Desse modo, entendo não estar configurada a reiteração de pedido do

HC 389.679/SP, razão porque passo ao exame do mérito.

Compulsando os autos, verifica-se que os antecedentes criminais foram utilizados tão somente para afastar o reconhecimento do tráfico privilegiado, aos seguintes termos:

Sentença, fl. 45

> Em relação ao benefício previsto no artigo 33, § 4º, da Lei de Drogas, tenho que o acusado não faz jus à diminuição em questão, vez que não é primário e também não apresenta bons antecedentes, que são requisitos essenciais para tal benesse.

Acórdão, fl. 56

> 4.3. tinha mesmo de ser rechaçada a redução hoje admitida pelo § 4º do artigo 33 da Lei de Tóxicos à vista dos comprovados maus antecedentes de Elton (cf. certidão de fls. 08/9 e 11 do segundo apenso);

A despeito da não submissão específica da tese de afastamento dos maus antecedentes pelo alcance do período depurador ao Colegiado de origem, extrai-se das folhas de antecedentes criminais (fl. 32-34 destes autos) que o paciente, condenado por porte de droga para uso próprio do art. 16 da revogada Lei n. 6.368/76, teve sua pena extinta em 27/2/2008 e a ação delitiva objeto deste *writ* ocorreu em 8/4/2014.

De fato, é pacífico nesta Corte Superior que o período depurador de cinco anos, previsto no art. 64, I, do Código Penal, afasta a reincidência, mas não retira os maus antecedentes. Cito: HC 443.769/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 12/06/2018, DJe 15/06/2018; HC 447.340/SC, Rel. Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 15/05/2018, DJe 29/05/2018.

O conceito de maus antecedentes, por ser mais amplo, abrange não apenas as condenações definitivas por fatos anteriores cujo trânsito em julgado ocorreu antes da prática do delito em apuração, mas também aquelas transitadas em julgado no curso da respectiva ação penal, além das condenações transitadas em julgado há mais de cinco anos, as quais também não induzem reincidência, mas servem como maus antecedentes. Nesse sentido: HC n. 337.068/SP, minha relatoria, DJe 28/6/2016.

Ressalte-se que em determinadas situações, em que constatado grande período de tempo ou pequena gravidade do fato prévio, tem a Sexta Turma mitigado os efeitos das sentenças condenatórias anteriores, para o fim de reconhecimento de maus antecedentes, conforme se verifica nos seguintes julgados: REsp 1160440/MG, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ,

SEXTA TURMA, julgado em 17/03/2016, DJe 31/03/2016; AgRg no AREsp 924.174/DF, minha relatoria, SEXTA TURMA, julgado em 06/12/2016, DJe 16/12/2016.

No presente caso, constata-se que a condenação anterior se deu pela prática da conduta de porte de drogas para consumo próprio, quando ainda vigente a anterior legislação de drogas – Lei n. 6.368/76.

Inovada a legislação, prevaleceu o entendimento de que a condenação definitiva anterior pela prática da conduta de porte de substância entorpecente para consumo próprio, prevista no art. 28 da Lei 11.343/2006, gera reincidência, porquanto essa conduta foi apenas despenalizada pela vigente Lei de Drogas, mas não descriminalizada.

Todavia, no julgamento do REsp 1.672.654/SP, em 21/8/2018, passou-se a adotar nova orientação a respeito do tema, no sentido de que se a condenação anterior pela prática de contravenção penal, passível de prisão simples, não enseja a incidência da reincidência, consoante art. 63 do CP, mostra-se desproporcional a aplicação da aludida agravante pela existência de anterior decisão transitada em julgado, ou mesmo considerar para fins de macular os antecedentes criminais, pelo crime previsto no art. 28 da Lei 11.343/06, que não preceitua qualquer sanção privativa de liberdade, razão pela qual deve ser afastada a recidiva no presente caso. A propósito:

> 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", mormente se se considerar que em casos tais não há qualquer possibilidade de conversão em pena privativa de liberdade pelo descumprimento, como no caso das penas substitutivas.**
>
> 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 1672654/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 21/08/2018, DJe 30/08/2018.)

Em se tratando de interpretação mais benéfica em relação ao crime de porte de drogas para consumo próprio, tanto da nova Lei de Drogas n. 11.434/2006, quanto da jurisprudência que afasta a consideração da reincidência, tal entendimento deve ser aplicado ao presente caso concreto para afastar os maus antecedentes, ainda que a condenação anterior tenha sido sob a vigência da Lei n. 6.368/76, revogada pela Lei n. 11.434/2006.

Assim, de rigor o redimensionamento da pena para aplicação da causa de diminuição pelo tráfico privilegiado, porquanto referido antecedente, agora afastado, foi o único argumento apresentado para não reconhecimento da benesse.

Mantida a pena-base no mínimo legal, inalterada na segunda fase, permanece o aumento de 1/6 decorrente do art. 40, VI, da Lei citada, aplica-se o §4º do art. 33 do mesmo diploma na fração de 2/3, perfazendo pena definitiva de **1 ano, 11 meses e 10 dias de reclusão e 164 dias-multa.**

No que se refere ao regime inicial de cumprimento da pena, a despeito da utilização de fundamento inidôneo pelo Tribunal de Justiça – *expressa disposição legal (artigo 2º, § 1º, da Lei 8.072/90, com redação dada pela Lei nº 11.464/07)* (fl. 57) –, constou na sentença fundamentação baseada no caso concreto – a natureza da droga, *crack*.

Não obstante a natureza danosa do estupefaciente, entende esta Corte Superior que a quantidade não relevante de drogas – *4,75g de maconha e 0,66g de crack* (fl. 55) – e a ausência de circunstâncias adicionais (inserção em grupo criminoso de maior risco social, atuação armada, envolvendo menores ou com instrumentos de refino da droga, etc.), desautoriza a exasperação da pena-base,

a vedação à minorante do tráfico, o agravamento do regime prisional ou a negativa à substituição das penas.

A propósito: HC 438.505/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 13/03/2018, DJe 20/03/2018; AgRg no AREsp 473.269/MG, Rel. Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 27/02/2018, DJe 08/03/2018.

Nesse aspecto, considerando o *quantum* da nova pena aplicada, a primariedade do réu, a fixação da pena-base no mínimo legal e a ausência de argumentos concretos para o estabelecimento de regime prisional mais gravoso do que o cabível em razão da sanção imposta, fixo o regime **aberto** para o início de desconto das penas.

Por oportuno, friso que a quantidade de pena aplicada e as demais circunstâncias pessoais do caso confere ao paciente o direito de ter substituída a pena privativa de liberdade por medidas restritivas de direitos, nos termos do art. 43 e seguintes do Código Penal. Neste sentido:

> HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO. QUANTUM DE INCIDÊNCIA. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. ILEGALIDADE. OCORRÊNCIA. APLICAÇÃO EM METADE. RAZOABILIDADE. REGIME INICIAL ABERTO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA. POSSIBILIDADE. CONCESSÃO DA ORDEM, EM MENOR EXTENSÃO.
>
> 1. O Tribunal de origem não logrou fundamentar de maneira idônea a aplicação da causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06 no percentual mínimo de 1/6, porquanto não declinou motivação suficiente para a fixação do redutor no referido patamar, sendo razoável, diante da quantidade da droga apreendida - 44,59 g de cocaína -, a aplicação da minorante em metade, redimensionando-se a pena para 2 anos e 6 meses de reclusão e 250 dias-multa.
>
> **2. Fixada a pena-base no mínimo legal, ante a ausência de motivos para a sua exasperação, e aplicada a causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06 no patamar de 1/2, sendo a reprimenda final 2 anos e 6 meses de reclusão, é possível o estabelecimento do regime inicial aberto** e a <u>substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos</u>, **a teor do disposto no art. 33, § 2º, c, e 44 e incisos, ambos do Código Penal.**
>
> 3. Ordem concedida, em menor extensão, a fim de reduzir a pena do paciente para 2 anos e 6 meses de reclusão e 250 dias-multa, bem como fixar o regime inicial aberto, possibilitando, ainda, a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, a serem fixadas pelo Juízo das Execuções.
>
> (HC 392.193/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 18/05/2017, DJe 25/05/2017)

> HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. **TRÁFICO DE DROGAS**. REGIME FECHADO. PENA INFERIOR A 4 ANOS. PENA-BASE NO MÍNIMO LEGAL. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. HEDIONDEZ DO DELITO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA POR RESTRITIVA DE DIREITOS. VEDAÇÃO. ART. 44, INCISO III, DO CÓDIGO PENAL. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.
> [...]
> 2. É pacífica nesta Corte Superior a orientação segundo a qual a fixação de regime mais gravoso do que o imposto em razão da pena deve ser feita com base em fundamentação concreta, a partir das circunstâncias judiciais dispostas no art. 59 do Código Penal - CP ou de outro dado concreto que demonstre a extrapolação da normalidade do tipo, de acordo com o enunciado n. 440 da Súmula desta Corte, bem como os enunciados n. 718 e 719 da Súmula do Supremo Tribunal Federal.
> In casu, em razão da primariedade do paciente, do quantum de pena aplicado, inferior a 4 anos (art. 33, § 2º, "c", do CP), da inexistência de circunstância judicial desfavorável (art. 59 do CP), bem como da fixação da pena-base no mínimo legal, o regime a ser imposto deve ser o aberto. Precedentes.
> [...]
> Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para, ratificando a liminar anteriormente deferida, fixar o regime inicial aberto para cumprimento de pena.
> (HC 379.637/SP, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 16/02/2017, DJe 24/02/2017)

Ante o exposto, concedo o *habeas corpus* para fixar a pena em 1 ano, 11 meses e 10 dias de reclusão, além do pagamento de 194 dias-multa, bem como para estabelecer o regime aberto para o início de desconto das reprimendas e para substituir a pena privativa de liberdade por medidas restritivas de direitos, a serem fixadas pelo juízo das execuções.

Comunique-se.

Publique-se.

Intimem-se.

Brasília, 20 de fevereiro de 2019.

MINISTRO NEFI CORDEIRO
Relator