HABEAS CORPUS Nº 503.994 - SP (2019/0104045-5)

RELATOR	**:**	**MINISTRO SEBASTIÃO REIS JÚNIOR**
IMPETRANTE	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO MARIA AUXILIADORA SANTOS ESSADO - SP320038
IMPETRADO	:	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	:	WELINGTON ROBSON LOPES (PRESO)
OUTRO NOME	:	WELINGTON ROBSON LOPES ALVES MOREIRA

EMENTA

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. ART. 33, *CAPUT*, DA LEI N. 11.343/2006. 3,95 G DE COCAÍNA, 1,33 G DE *CRACK* E 12,85 G DE MACONHA. PENA-BASE FIXADA NO MÍNIMO. CONDENAÇÃO ANTERIOR PELO CRIME DO ART. 28 DA LEI DE DROGAS NÃO CONFIGURA REINCIDÊNCIA. FALTA DE PROPORCIONALIDADE NA MAJORAÇÃO. PRECEDENTES. PEQUENA QUANTIDADE QUE JUSTIFICA A APLICAÇÃO DO PATAMAR MÁXIMO DE REDUÇÃO DA REPRIMENDA. REGIME INICIAL ABERTO. ART. 33, § 2º, ALÍNEA *C*, DO CP. SUBSTITUIÇÃO DA REPRIMENDA. POSSIBILIDADE.
Writ liminarmente deferido nos termos do dispositivo.

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de **Welington Robson Lopes**, representado pela Defensoria Pública de São Paulo, em que se aponta como autoridade coatora o Tribunal de Justiça local, que negou provimento à Apelação n. 0011749-46.2017.8.26.0510 (2019.0000095828), em acórdão assim ementado (fl. 84 – grifo nosso):

> Tráfico de drogas - Denúncia anônima - Elemento suficiente para desencadear a ação da polícia - Materialidade bem comprovada - Nulidade - Inocorrência - Preliminar rejeitada: Tráfico de drogas - Prisão em flagrante - Apreensão de várias porções de cocaína, *crack* e maconha - Palavra dos policiais seguras e coerentes - Destinação da droga para entrega a terceiros bem demonstrada - Condenação mantida;
>
> Tráfico de drogas - Réu condenado por crime de posse de entorpecente - Reincidência - Caracterização - Redutor do art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06 - Não cabimento - Regime fechado - Possibilidade - Multa que deve ser considerada constitucional - Detração - Matéria a ser aferida pelo juízo das execuções - Recurso improvido.

Narram os autos que o Juízo da 1ª Vara Criminal de Rio Claro/SP condenou o paciente a 5 anos de reclusão, em regime inicial fechado, conforme o § 1º do art. 2º da Lei n. 8.072/1990, além do pagamento de 583 dias-multa, no valor unitário mínimo,

como incurso no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006 c/c o art. 61, I, do Código Penal.

Mantida a condenação pelo Tribunal de Justiça paulista, vem a defesa, mediante a presente impetração, apontar constrangimento ilegal quanto (i) ao aumento da pena na segunda fase da dosimetria, em razão da majoração pela reincidência anotada pela prática de crime do art. 28 da Lei n. 11.343/2006; (ii) ao patamar mínimo de redução da causa de diminuição da pena adotado na reprimenda, (iii) além da fixação do regime inicial fechado somente com fundamento na hediondez do delito (art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/1990).

Alega, ainda, que, uma vez reduzida a pena, em razão da aplicação em seu patamar máximo, deve ser substituída a reprimenda, nos termos do art. 44 do Código Penal.

É o relatório.

De início, anoto que o presente *habeas corpus* é substitutivo de recurso especial, porquanto impetrado em face de acórdão de tribunal de justiça, proferido no âmbito de apelação criminal.

Não obstante isso, constato a existência de manifesta ilegalidade, restrita a questões de direito, de evidente constatação e passível de ser sanada em sede do *writ.*

Com efeito, ao que se observa dos autos, o paciente foi condenado pela prática do art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006, por trazer consigo, *com intuito mercantil*, **3,95 g de cocaína; 1,33 g de *crack* e 12,85 g de maconha.**

A dosimetria da pena restou assim delineada pelo Magistrado (fls. 47/49):

> [...] Desta forma, incontornável o acolhimento da pretensão acusatória. Passo à dosagem da pena. Considerando o disposto no artigo 59, do Código Penal, e artigo 42 da Lei de Tóxicos, **possível seja a pena-base fixada no mínimo legal de 5 (cinco) anos de reclusão e pagamento de 500 (quinhentos) dias-multa. A pena-base deve ser ainda majorada em 1/6 (um sexto) em função da circunstância agravante da recidiva**. Sobre isto: embora controvertida a questão, tem-se entendido com prevalência que a infração prevista no artigo 28 da Lei de Tóxicos não foi descriminaiizada, mas tão somente se afastou a pena, optando-se por medidas diversas mais recentes, posteriores a parte geral do Código Penal, somando 5 (cinco) anos e 10 meses de reclusão e pagamento de 583 (quinhentos e oitenta e três) dias-multa. E, seja em função da recidiva, seja em função da ausência dos requisitos autorizadores previstos no artigo 33, §4°, da Lei n° 11.343/06, não há lugar para a causa especial de diminuição de pena. [...]

> Ante o exposto e o mais que dos autos consta, JULGO PROCEDENTE a pretensão acusatória e, com fundamento no artigo 33, "caput", Lei n° 11.343/06, c.c. Artigo 61, inciso I, do Código Penal, CONDENO o acusado WELINGTON ROBSON LOPES ALVES MOREIRA à pena de 5 (cinco) anos c 10 (dez) meses de reclusão e pagamento de 583 (quinhentos e oitenta e três) dias-multa, no valor unitário mínimo, diante da situação econômica do acusado, corrigido desde a época do fato. Deixo de impor a pena de perdimento dos valores apreendidos porque não há evidência segura de que tenha sido resultado da comercialização do entorpecente. **Sobre o regime inicial de cumprimento da pena, e considerando a natureza hedionda do delito, por equiparação, atendendo comando constitucional (art. 5°, XLIII, CF), dispõe o artigo 2o, §1°, da Lei n° 8.072/90, com a nova redação que lhe foi dada pela Lei n° 11.464/07, que deve a pena ser cumprida inicialmente em regime fechado,** introduzindo a progressividade, a fim de sanar vício da redação inicial que determinava o integral cumprimento da sanção em regime prisional fechado, o que atentaria contra o princípio da individualização da pena. Não se ignora que, ainda esta alteração, com disposição de início em regime fechado, foi também considerada inconstitucional, em caráter *incidenter tantum*, no HC n° 111.464/ES, sendo Relator o Ministro Dias Toffoli, por maioria de votos, entendendo-se padecer do mesmo vício de violação ao princípio da individualização da pena, devendo ser fixado o regime prisional, mesmo cm se tratando de delitos hediondos c equiparados, na forma do artigo 33, § 2º, alíneas "b" e "c", do Código Penal. [...]
>
> Deste modo, a pena cominada ao acusado deverá ser inicialmente cumprida em regime prisional fechado, não se lhe facultando a interposição de recurso em liberdade, já que persistem os fundamentos que determinaram a prisão cautelar, sem prejuízo de eventual progressão em sede de execução provisória.

O Tribunal de Justiça paulista, por sua vez, considerou que, embora o tipo previsto no art. 28 da Lei n. 11.343/2006 não preveja pena privativa de liberdade, o fato descrito na norma é crime e o seu caráter ilícito é manifesto, motivo pelo qual anotou que *gera reincidência a ponto de justificar a elevação da pena* (fl. 91).

Não obstante isso, a Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do REsp n. 1.672.654/SP, da relatoria da Ministra Maria Thereza, julgado em 21/8/2018, considerou desproporcional o reconhecimento da reincidência por condenação pelo delito anterior do art. 28 da Lei n. 11.343/2006.

Eis 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, Sexta Turma, Ministra Maria Thereza de Assis Moura, DJe 30/8/2018)

Em razão disso, afasto os efeitos da reincidência decorrentes da condenação anterior pelo delito do art. 28 da Lei de Drogas.

Por conseguinte, 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 a 2/3, a depender das circunstâncias do caso concreto.

In casu, tem-se que referida causa de diminuição não foi aplicada em virtude da reincidência e da expressiva quantidade.

Confiram-se os seguintes trechos do acórdão (fls. 92):

> Portanto, como o réu é reincidente, incabível o redutor do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06, por expressa previsão legal e o regime inicial fechado se mostra justo e suficiente à reprovação da conduta praticada, não só em face da gravidade concreta da conduta, que abala a ordem pública e prejudica a população, mas

> também em face da agravante reconhecida.
>
> A quantidade da pena imposta impede a concessão de qualquer benefício, principalmente a substituição da pena por restritiva de direitos.

Entretanto, a quantidade das drogas apreendidas (3,95 g de cocaína; 1,33 g de *crack* e 12,85 g de maconha) **se mostra ínfima, não justificando o afastamento da causa de diminuição do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, nem a aplicação do redutor em seu patamar mínimo**.

Nesse sentido, destaco o entendimento do Superior Tribunal de Justiça de que ***a apreensão de pequena quantidade de cocaína, não obstante seja considerada uma das mais nocivas, não justifica, por si só, o aumento da reprimenda na primeira fase da dosimetria*** (AgInt no HC n. 403.668/SC, Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma, DJe 14/11/2017 – grifo nosso).

Assim, merece reparos a dosimetria da pena imputada ao réu, a qual refaço, valendo-me da análise feita pelo Juízo sentenciante no tocante às circunstâncias judiciais (fls. 47/48):

> Passo à dosagem da pena. Considerando o disposto no artigo 59, do Código Penal, e artigo 42 da Lei de Tóxicos, possível seja a pena-base fixada no mínimo legal de 5 (cinco) anos de reclusão e pagamento de 500 (quinhentos) dias-multa.

Nesse contexto, fixo a pena-base no mínimo legal (5 anos); na segunda fase, afasto o acréscimo de 1/6 concernente à reincidência pelo crime do art. 28 da Lei n. 11.343/2006, permanecendo a reprimenda em 5 anos. Na terceira fase, aplicando o redutor máximo de 2/3, previsto no art. 33, § 4º, do mesmo diploma legal, nos termos da fundamentação acima exposta, fixo a pena em **1 ano e 8 meses de reclusão, a ser cumprida no regime aberto, nos termos do art. 33, § 2º, alínea *c*, do Código Penal**.

Vale lembrar que a jurisprudência das Cortes Superiores é uníssona ao afirmar que, fixada a pena-base no mínimo legal, é vedado o estabelecimento de regime prisional mais gravoso do que o cabível em razão da sanção imposta, com base apenas na gravidade abstrata do delito (Súmula 440/STF).

Além disso, a opinião do julgador sobre a gravidade em abstrato do crime não constitui motivação idônea para a imposição de regime mais severo do que o

permitido, segundo a pena aplicada (Súmula 718/STF). Dessa forma, a imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada exige motivação idônea (Súmula 719/STF).

Dessa forma, considerando o *quantum* fixado, bem como o entendimento de que a vedação à substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, prevista no art. 44, *caput*, da Lei n. 11.343/2006, foi superada pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do HC n. 101.291/SP (DJe 12/2/2010), deve ser permitida a substituição da reprimenda ao ora condenado por restritivas de direitos a serem escolhidas pelo Juízo da execução.

Ante o exposto, **concedo liminarmente** a ordem para afastar a reincidência decorrente do art. 28 da Lei n. 11.343/2006 e aplicar a fração de 2/3 da causa especial de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, estabelecendo a reprimenda imposta ao paciente em 1 ano e 8 meses de reclusão, em regime aberto, e 166 dias-multa (no valor de 1/30 do salário mínimo vigente ao tempo do fato). Determino, ainda, a substituição da reprimenda por duas restritivas de direitos a serem escolhidas pelo Juízo das Execuções Criminais.

Comunique-se com urgência.

Intime-se o Ministério Público estadual.

Publique-se.

Brasília, 15 de abril de 2019.

Ministro Sebastião Reis Júnior
Relator