HABEAS CORPUS Nº 506.020 - SC (2019/0113808-1)

RELATOR	**:**	**MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK**
IMPETRANTE	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SANTA CATARINA
ADVOGADOS	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SANTA CATARINA
		THIAGO YUKIO GUENKA CAMPOS - SC036306
IMPETRADO	:	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SANTA CATARINA
PACIENTE	:	EVERTON VALGAS LIMA (PRESO)

DECISÃO

Cuida-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, com pedido de liminar, impetrado em benefício de EVERTON VALGAS LIMA contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, proferido na Apelação n. 0019055-64.2018.8.24.0000.

Consta dos autos que o paciente foi condenado como incurso no art. 14, *caput*, da Lei n. 10.826/2003 (porte de arma de fogo de uso permitido) à pena de 2 anos, 8 meses e 20 dias de reclusão, no regime semiaberto, e 11 dias-multa.

Irresignados, tanto o Ministério Público quanto a defesa interpuseram apelação, tendo o Tribunal de origem negado provimento ao recurso defensivo e, por maioria, dado parcial provimento ao apelo ministerial para fixar o regime prisional fechado (fls. 261/279).

Opostos embargos de declaração, restaram rejeitados.

Posteriormente, opuseram embargos infringentes, tendo sido mantida a decisão da maioria, nos termos da seguinte ementa:

> *EMBARGOS INFRINGENTES. PORTE DE ARMA DE FOGO DE USO PERMITIDO (ART. 14, CAPUT, LEI 10.826/03). REGIME PRISIONAL REFORMADO POR MAIORIA. IMPOSIÇÃO DA MODALIDADE FECHADA. PLEITO DE PREVALÊNCIA DO VOTO VENCIDO, QUE NEGAVA PROVIMENTO AO RECURSO DA ACUSAÇÃO.*
>
> *CONDENAÇÃO ANTERIOR POR POSSE DE DROGAS PARA CONSUMO PESSOAL. FATO TÍPICO.*
>
> *PRECEDENTES. MATÉRIA, ADEMAIS, SUBMETIDA A JULGAMENTO NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, SEM CONCLUSÃO DEFINIDA. MAUS ANTECEDENTES CARACTERIZADOS. CIRCUNSTÂNCIA QUE, ALIADA À REINCIDÊNCIA, DETERMINA A MANUTENÇÃO DO REGIME INICIAL FECHADO, COMO DECIDIDO PELA MAIORIA.*

EMBARGOS REJEITADOS (fl. 352).

Na presente impetração, busca a defesa, em liminar, a suspensão dos efeito da condenação no tocante ao excesso de pena. No mérito, requer que seja afastada a valoração negativa da circunstância judicial dos antecedentes e, por consequência, reduzir a pena-base, fixar o regime inicial semiaberto e determinar a substituição da pena por restritivas de direito.

Indeferido o pedido liminar (fls. 363/364), o Ministério Público Federal opinou pela denegação da ordem (fls. 369/373).

É o relatório.

Decido.

Por se tratar 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.

Pretende-se, no presente *writ*, consoante outrora relatado, em apertada síntese, a revisão da sanção básica.

São estes os fundamentos da sentença de primeiro grau e do aresto hostilizado, respectivamente:

> ***sentença:***
> *[…]*
> *Diante disso, porque comprovadas a materialidade do crime, bem como a autoria e a culpabilidade atribuídas ao acusado, passo a aplicar a pena, de maneira individualizada, conforme preceitua o art. 68 do Código Penal.*
> *II - APLICAÇÃO DA PENA*
> *O acusado era imputável ao tempo dos fatos descritos na denúncia e tinha plenas condições de entender o caráter ilícito de sua conduta, além do que era exigível que se comportasse de maneira diversa, o que demonstra a sua culpabilidade.*
> *O acusado registra antecedentes criminais, sendo, inclusive, reincidente, todavia, tal circunstância será valorada cm fase própria da dosimetria da pena (fls. 22/29). A conduta social e a sua personalidade não foram objetos de prova, não podendo ser aquilatadas. Os motivos foram inerentes ao tipo penal. As circunstâncias foram*

normais para o tipo penal infringido. As conseqüências não foram tão graves, haja vista apreensão ocorrida. A vítima, a sociedade, em nada contribuiu para a ocorrência do delito.

Analisadas as circunstâncias judiciais do artigo 59 do Código Penal, verifica-se que essas são cm maioria favoráveis ao acusado, ressalvadas aquelas inerentes ao tipo penal, todavia, considerando os maus antecedentes criminais registrado pelo acusado, o qual conta com condenação anterior com trânsito em julgado nos Autos SAJ/PG n. 124132020138240075 (fl. 25), fixo a pena-base em 2 (dois) anos e 4 (quatro) meses de reclusão e 11 (dez)dias-multa, cada qual no valor de1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente à época dos fatos.

Presente a circunstância agravante da reincidência, tendo em vista que o acusado registra condenação anterior com trânsito em julgado nos Autos SAJ/PG n. 54494020158240075 (fl.27), agravo a pena cm 4 (quatro) meses e 20 (vinte) dias. Inexistem circunstâncias atenuantes a serem levadas em consideração. A pena de multa fica inalterada nesta fase de aplicação de pena.

Diante da ausência de causas de aumento ou de diminuição de pena, torno-a definitiva a pena em 2 (dois) anos, 8 (oito) meses e 20 (vinte) dias de reclusão e 11 (dez) dias-multa, cada qual no valor de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo a vigente à época dos fatos.

Ante a reincidência registrada pelo acusado, fixo o regime semiaberto para o resgate da reprimenda.

Outrossim, por ser o réu reincidente, inviável a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos ou a concessão de sursis (art. 44, inciso II, c/c art. 77, inciso I, ambos do Código Penal).

No que se refere ao artigo 387 do CPP, cuja redação fora modificada pela Lei 12.736 de 30 de novembro de 2012, nos seguintes termos: "Art. 387. O juiz, ao proferir sentença condenatória:|...|§ 2o O tempo de prisão provisória, de prisão administrativa ou de internação, no Brasil ou no estrangeiro, será computado para fins de determinação do regime inicial de pena privativa de liberdade.", inviável a sua aplicação, no caso presente, porquanto para a fixação de regime inicial de cumprimento da pena mais brando, faz-se necessário o preenchimento do requisito objetivo, consistente no cumprimento da fração de 1/6 (um sexto) da pena imposta, o que não se observa no caso concreto, tendo em conta que o acusado encontra-se segregado há pouco mais de 3 (três) meses."

acórdão:

"No tocante à dosimetria da pena, o denunciado pugna pela exclusão do acréscimo decorrente dos maus antecedentes enquanto o Parquet pretende seja fixado o regime inicial fechado.

Razão assiste somente ao Parquet, conforme decidido pela maioria do colegiado.

O acusado possui duas condenações aptas a gerar reincidência (p. 25/29). A togada singular utilizou a condenação pelo delito de tráfico de drogas como configuradora da reincidência e a condenação pelo crime de porte de drogas para majorar a pena a título de maus antecedentes.

Muito embora esta última envolva delito de menor potencial ofensivo e baixa lesividade, cuida-se ainda de conduta típica e prevista em nosso ordenamento jurídico, não havendo como ignorá-la.

[…]

Desse modo, mantém-se o acréscimo realizado na primeira fase da dosimetria."

No tocante à utilização de anterior condenação pela prática do crime tipificado no art. 28 da Lei n. 11.343/06 (porte de drogas para consumo próprio) para o reconhecimento da agravante dos maus antecedentes, o acórdão impugnado está em dissonância com o recente entendimento da egrégia Quinta Turma desta Corte Superior de Justiça.

A Suprema Corte, na questão de ordem no RE n. 430.105/RJ, afirmou que a conduta de porte de substância entorpecente para consumo próprio, prevista no art. 28 da Lei de Drogas, foi apenas despenalizada, mas não descriminalizada, isto é, não houve *abolitio criminis.*

Nesse contexto, este Tribunal Superior de Justiça, decidiu reiteradamente que a condenação pretérita pelo porte de drogas para consumo próprio, por permanecer sendo um crime, gerava reincidência.

Contudo, no HC n. 453.437/SP, de relatoria do ilustre Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, realizando-se um estudo sistemático, do preceito secundário do art. 28 da Lei n. 11.343/06 (crime punido com advertência prestação de serviço comunitário e medida educativa), em contraposição às contravenções penais (puníveis com prisão simples), concluiu que era desproporcional o primeiro gerar reincidência, enquanto as contravenções não acarretavam esse efeito. O aludido precedente restou assim ementado:

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 (HC 453.437/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 04/10/2018, DJe 15/10/2018).

Quanto ao tema, confiram-se, ainda, os seguintes julgados:

HABEAS CORPUS. DIREITO PENAL. FURTO QUALIFICADO. DOSIMETRIA DA PENA. CONDENAÇÃO TRANSITADA EM JULGADO POR POSSE DE DROGAS PARA CONSUMO PRÓPRIO (art. 28 da lei n.º 11.343/2006). REINCIDÊNCIA NÃO CONFIGURADA. DESPROPORCIONALIDADE. REDUÇÃO DA PENA. FIXAÇÃO DO REGIME INICIAL SEMIABERTO. ORDEM DE HABEAS CORPUS PARCIALMENTE CONCEDIDA.

1. No RE n.º 430.105/RJ, o Supremo Tribunal Federal consignou a natureza criminal da conduta tipificada no art. 28 da Lei n.º 11.343/2006. No entanto, se contravenções penais, puníveis com prisão simples, não têm o condão de gerar reincidência (art. 63 do Código Penal), também o crime de posse de drogas para consumo próprio, sob pena de ofensa ao princípio da proporcionalidade, não deve gerar tal efeito, haja vista ser punível com medidas muito mais brandas, como advertência sobre os efeitos das drogas, prestação de serviços à comunidade e medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo. Precedentes de ambas as Turmas da Terceira Seção desta Corte Superior.

2. A existência de circunstância judicial desfavorável

(maus antecedentes) autoriza o agravamento do regime prisional, nos termos do art. 33, § 3.º, c.c. art. 59 do Código Penal.

3. Ordem de habeas corpus parcialmente concedida, para o fim de reduzir a pena privativa de liberdade para 3 anos de reclusão, em regime inicial semiaberto (HC 469.705/MS, Rel. Ministra LAURITA VAZ, SEXTA TURMA, DJe 01/02/2019).

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. FURTO. PENA-BASE. MAUS ANTECEDENTES. MOTIVAÇÃO CONCRETA DECLINADA. CONDENAÇÃO POR PORTE DE DROGAS PARA CONSUMO. REINCIDÊNCIA. DESPROPORCIONALIDADE. INCIDÊNCIA DA AGRAVANTE AFASTADA. PENA REVISTA. REGIME PRISIONAL SEMIABERTO. WRIT NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

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.

2. Nos termos da jurisprudência desta Corte, condenações anteriores ao prazo depurador de 5 anos, malgrado não possam ser valoradas na segunda fase da dosimetria como reincidência, constituem motivação idônea para a exasperação da pena-base a título de maus antecedentes.

3. Conforme o recente entendimento deste Tribunal, "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" (REsp 1.672.654/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 21/08/2018, DJe 30/08/2018).

4. Estabelecida a pena-base acima do mínimo legal, por ter sido desfavoravelmente valorada circunstância do art. 59 do CP, admite-se a fixação de regime prisional mais gravoso do que o indicado pelo quantum de reprimenda imposta ao réu. Porém, tratando-se de réu reincidente, condenado à pena inferior a 4 anos de reclusão, mas que ostenta maus antecedentes, o que implicou fixação da básica acima do piso legal, deve ser reconhecida a proporcionalidade do regime prisional semiaberto.

5. Writ não conhecido. Ordem concedida, de ofício, a fim

> *de reduzir a reprimenda para 1 ano e 4 meses de reclusão, em regime prisional semiaberto, mais o pagamento de 13 dias-multa* (HC 478.773/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, DJe 08/04/2019).

Nessa ordem de idéia, *mutatis mutandis*, se a condenação não é apta para configurar a agravante da reincidência, também não pode caracterizar a circunstância judicial referente aos maus antecedentes.

Em caso idêntico ao dos autos, cito decisão singular da eminente Ministra LAURITA VAZ, que compõe a Sexta Turma deste Tribunal Superior de Justiça, assim ementada:

> *HABEAS CORPUS. DIREITO PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA DA PENA.* ***CONDENAÇÃO TRANSITADA EM JULGADO POR POSSE DE DROGAS PARA CONSUMO PRÓPRIO (ART. 28 DA LEI N.° 11.343/2006). MAUS ANTECEDENTES E REINCIDÊNCIA. NÃO CONFIGURAÇÃO****. DESPROPORCIONALIDADE. REDUÇÃO DA PENA. ORDEM DE HABEAS CORPUS CONCEDIDA* (HC 485.730/MS, DJe 26/4/2019).

Assim, passo ao **redimensionamento** da pena imposta ao paciente - art. 14, caput, da Lei n. 10.826/03. Na primeira etapa, afasto o recrudescimento da pena-base em 4 meses em razão da negativação dos antecedentes, ficando fixada no mínimo legal de 2 anos de reclusão e 10 dias-multa. Na segunda fase da dosimetria, mantenho o aumento de 1/6 decorrente da reincidência do paciente, estabelecendo a pena intermediária em 2 anos e 4 meses de reclusão, além do pagamento de 12 dias-multa, que torno definitiva, pois ausentes causas de aumento e diminuição de pena.

Por fim, o regime prisional não sofre alteração, pois embora as circunstâncias judiciais sejam favoráveis e o *quantum* de pena , permitam, em tese, a fixação do regime aberto, o paciente é reincidente, justificando a imposição do regime mais gravoso, que no caso é o semiaberto.

Ante o exposto, não conheço do *habeas corpus*, mas concedo a ordem de ofício, para redimensionar a pena do paciente, que se torna definitiva em 2 anos e 4 meses de reclusão, além do pagamento de 12 dias-multa, mantidos os demais termos do édito

condenatório.

Publique-se.

Intimações necessárias.

Brasília, 10 de junho de 2019.

MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK

Relator