

HABEAS CORPUS Nº 506.105 - MG (2019/0115516-9)

RELATOR : MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ
IMPETRANTE : GIOVANNI HENRIQUE DE MIRANDA MATI
ADVOGADO : GIOVANNI HENRIQUE DE MIRANDA MATI -
MG104083
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS
GERAIS
PACIENTE : FLAVIO ANGELO SANTOS

DECISÃO

FLÁVIO ÂNGELO SANTOS alega ser vítima de coação ilegal em decorrência de acórdão proferido pelo **Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais**, que negou provimento à Apelação Criminal n. 1.0120.16.001133-0/001.

Consta dos autos que o paciente foi condenado à pena de 5 anos e 10 meses de reclusão, em regime inicial fechado, mais multa, pela prática do crime previsto no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006.

O impetrante sustenta a ocorrência de constrangimento ilegal, ao argumento de que a agravante da reincidência foi indevidamente reconhecida, por referir-se a uma condenação anterior por porte de drogas para consumo próprio (art. 28 da Lei n. 11.343/2006).

Na ótica da defesa, "se a contravenção penal, que é punível com pena de prisão simples, não configura reincidência, mostra-se desproporcional utilizar o art. 28 da Lei de Drogas para fins de reincidência considerando que este delito é punido apenas com 'advertência', 'prestação de serviços à comunidade' e 'medida educativa', ou seja, sanções menos graves e nas quais não há qualquer possibilidade de conversão em pena privativa de liberdade pelo descumprimento" (fls. 7-8).

Com o afastamento da referida agravante, afirma ser devida a incidência da causa especial de diminuição de pena descrita no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas, a fixação do regime aberto e a substituição da reprimenda privativa de liberdade por restritiva de direitos.

Requer a concessão da ordem, nos termos anteriormente delineados.

A liminar foi indeferida e, diante da suficiente instrução dos autos, foi dispensada a solicitação de informações à autoridade apontada como coatora.

O Ministério Público Federal manifestou-se pela concessão da ordem, "a fim que a condenação pelo crime do artigo 28 da Lei n. 11.343/2006 não seja apta a gerar os efeitos da reincidência no caso concreto" (fl. 97).

Decido.

I. Agravante da reincidência

O Juiz sentenciante, ao reconhecer presente a agravante da reincidência, salientou que "o acusado possui condenação pelo delito de porte de drogas para uso, conforme verifica-se na CAC de f. 55/56", com o destaque de que "o STJ já decidiu no sentido de que a condenação por porte de drogas para uso gera reincidência em delitos posteriores" (fl. 29).

A Corte estadual, por sua vez, ao manter a aplicação da agravante da reincidência, o fez com base na "sua CAC às fls. 366/367, em que consta condenação definitiva, com trânsito em julgado anterior aos fatos, pelo crime tipificado no art. 28 da Lei n. 11.343/06" (fl. 60).

O cerne da controvérsia cinge-se a saber se os efeitos secundários da condenação anterior transitada em julgado em desfavor da recorrente – relativa ao crime previsto no art. 28 da Lei n. 11.343/2006 – poderiam subsistir.

Certo é que, o Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento da Questão de Ordem no **RE n. 430.105-9/RJ**, realizado em 13/2/2007 (DJe 27/4/2007), firmou a orientação de que a conduta de posse de substância entorpecente para consumo pessoal (prevista no art. 28 da Lei n. 11.343/2006) **continua sendo crime**.

No referido julgamento, assentou-se a compreensão de que, com o advento da Lei n. 11.343/2006, o que ocorreu, na verdade, **foi uma mera despenalização** da conduta, assim entendida como a ausência de previsão, para o tipo do art. 28, da imposição de pena privativa de liberdade como sanção principal.

Por essas razões, este Superior Tribunal, **por ambas as**

Turmas que compõem a Terceira Seção, possuía o entendimento pacífico de que, evidenciada a existência de condenação definitiva anterior pela prática do delito previsto no art. 28 da Lei n. 11.343/2006, e considerando que a conduta disciplinada desse dispositivo legal não deixou de ser crime, poderia, em tese, ser reconhecida a aplicação da agravante genérica da reincidência.

Contudo, em sessão realizada no dia 21/8/2018, por ocasião do julgamento do **REsp n. 1.672.654/SP** (DJe 30/8/2018), de relatoria da Ministra Maria Thereza de Assis Moura, a Sexta Turma, **à unanimidade**, passou a adotar o entendimento de que "a consideração de condenação anterior com fundamento no artigo 28 da Lei nº 11.343/06 para fins de caracterização da reincidência viola o princípio constitucional da proporcionalidade".

Na ocasião, foram invocados, basicamente, os seguintes argumentos: a) "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"; b) "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".

No referido julgamento, entendeu-se, portanto, que o prévio apenamento do agente pela conduta de porte de droga para consumo próprio (art. 28 da Lei de Drogas) **não deveria** constituir causa geradora de reincidência.

Esse entendimento, então, passou a ser seguido também pela **Quinta Turma** desta Corte Superior de Justiça, conforme se verifica, por exemplo, do julgamento ocorrido em 13/12/2018, nos autos do **AgRg no AREsp n. 1.366.654/SP**, de relatoria do Ministro **Ribeiro Dantas**, em que se menciona, exatamente, o que decidido nos autos do referido REsp n.

1.672.654/SP. Idêntico entendimento foi adotado nos autos do **AgRg no HC n. 475.304/MG**, de relatoria do Ministro **Reynaldo Soares da Fonseca**, DJe 29/3/2019.

Da Sexta Turma, posteriores ao referido julgado, menciono, ainda: **AgRg no REsp n. 1.778.346/SP**, Rel. Ministro **Sebastião Reis Júnior**, DJe 3/5/2019; **HC n. 469.705/MS**, Rel. Ministra **Laurita Vaz**, DJe 1º/2/2019.

Diante de tais considerações, entendo que deve a ordem ser concedida no ponto em que afirma ser devido o afastamento da agravante da reincidência, haja vista o registro, na folha de antecedentes penais do acusado, de apenas uma condenação anterior relativa à prática da conduta descrita no art. 28 da Lei de Drogas.

II. Minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006

No que se refere à pretendida aplicação da causa especial de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, verifico que o Tribunal de origem entendeu inviável a incidência da minorante em questão, nos seguintes termos (fl. 60):

Da mesma forma, também é inviável a concessão da causa de diminuição de pena do § 4º, do art. 33, da Lei n. 11.343/06, **considerando que o apelante ostenta a condição de reincidente**, como se depreende de sua CAC às fls. 366/367, em que consta condenação definitiva, com trânsito em julgado anterior aos fatos, pelo crime tipificado no art. 28 da Lei n. 11.343/06, circunstância que, de plano, inviabiliza a concessão da referida causa de diminuição de pena, por se tratar de requisito expressamente delineado na norma penal [...]

No entanto, **uma vez afastada a reincidência do paciente**, nos termos em que expostos anteriormente, **devem os autos retornar ao Tribunal de Justiça estadual** para se manifestar sobre a causa especial de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, a fim de que analise o eventual preenchimento **dos demais requisitos** necessários ao reconhecimento da benesse em questão, quais sejam, **a existência de bons antecedentes, a não dedicação a atividades delituosas e a não**

integração em organização criminosa.

Ressalto que essa solução é a que tem sido a adotada pela Sexta Turma deste Superior Tribunal, nos casos em que as instâncias ordinárias afastam a aplicação da causa especial de diminuição de pena com base, por exemplo, na existência de ação penal ainda em curso. Exemplificativamente: **HC n. 121.668/MS**, Rel. Ministro **Rogério Schietti**, DJe 4/8/2014; **AgRg no REsp. 1.583.167/MG**, Rel. Ministro **Rogério Schietti**, DJe 9/6/2016.

III. Regime e substituição da pena

Em relação à pretendida imposição do regime inicial aberto de cumprimento de pena, entendo que caberá à Corte estadual, ao reanalisar a dosimetria da pena (com a verificação da eventual possibilidade de incidência da minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006), proceder à nova avaliação do regime inicial de cumprimento da reprimenda, **com estrita observância**: a) à nova pena aplicada; b) à conclusão de que o paciente não ostenta a condição de reincidente; c) ao fato de que a pena-base ficou estabelecida no mínimo legal (fl. 32); d) à impossibilidade de se invocar a mera gravidade abstrata do delito, o caráter hediondo do crime ou o disposto no art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/1990 para justificar a imposição do regime prisional mais gravoso; e) às disposições constantes do art. 33 e parágrafos do Código Penal e do art. 42 da Lei de Drogas, bem como às demais peculiaridades do caso concreto.

Da mesma forma, considero que também caberá à Corte de origem, ao reanalisar a dosimetria da pena, reavaliar o eventual preenchimento dos requisitos objetivos e subjetivos necessários à concessão da substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, consoante o disposto no art. 44 do Código Penal, com observância também ao enunciado no art. 42 da Lei n. 11.343/2006.

IV. Dispositivo

À vista do exposto, com fundamento no art. 34, XX, do RISTJ, **concedo parcialmente** a ordem, para:

a) afastar a agravante da reincidência e, por conseguinte, determinar o retorno dos autos ao Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, para se manifestar sobre a causa especial de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, a fim de que analise o

eventual preenchimento dos demais requisitos necessários ao reconhecimento da referida benesse, quais sejam, a existência de bons antecedentes, a não dedicação a atividades delituosas e a não integração em organização criminosa;

b) ao reanalisar a dosimetria da pena (com a verificação da eventual possibilidade de incidência da minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas), proceda à nova avaliação do regime inicial de cumprimento da reprimenda e da eventual possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, com a observância do que foi determinado nesta decisão.

Comunique-se, com urgência.

Publique-se e intimem-se.

Brasília (DF), 12 de junho de 2019.

Ministro **ROGERIO SCHIETTI CRUZ**