

Superior Tribunal de Justiça

AgInt no HABEAS CORPUS Nº 484.610 - SP (2018/0336467-4)

RELATORA : MINISTRA LAURITA VAZ
AGRAVANTE : LICINIA PEROZIM BARILE
ADVOGADO : LICINIA PEROZIM BARILE - SP221863
AGRAVADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : DOUGLAS FLAVIO BATISTA (PRESO)

EMENTA

AGRAVO REGIMENTAL NO *HABEAS CORPUS*. PENAL. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. DOSIMETRIA. CONDENAÇÃO ANTERIOR TRANSITADA EM JULGADO POR POSSE DE DROGAS PARA CONSUMO PRÓPRIO (ART. 28 DA LEI N.º 11.343/2006). REINCIDÊNCIA. NÃO CONFIGURAÇÃO. NOVO ENTENDIMENTO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. REDIMENSIONAMENTO DA REPRIMENDA. NECESSIDADE. INCIDÊNCIA DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO DA PENA PREVISTA NO § 4.º DO ART. 33 DA LEI DE DROGAS. POSSIBILIDADE. DECISÃO AGRAVADA RECONSIDERADA PARA CONCEDER A ORDEM DE *HABEAS CORPUS*.

DECISÃO

Trata-se de agravo regimental interposto por DOUGLAS FLAVIO BATISTA contra decisão da minha lavra ementada nos seguintes termos (fl. 146):

"HABEAS CORPUS. PENAL. PROCESSO PENAL. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO ANTERIOR. ART. 28 DA LEI N.º 11.343/2006. REINCIDÊNCIA. CARACTERIZAÇÃO. ENTENDIMENTO UNIFORMIZADO PELA TERCEIRA SEÇÃO DESTA CORTE SUPERIOR NO JULGAMENTO DA RVCR N.º 3.926/RJ. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DO § 4.º DO ART. 33 DA LEI DE DROGAS. IMPOSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE REQUISITO LEGAL. REGIME INICIAL MAIS GRAVOSO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL INEXISTENTE. ORDEM DENEGADA."

Em suas razões, o ora Agravante alega, em síntese, que "*a Sexta Turma do STJ inaugurou nova tendência ao negar provimento a recurso especial (REsp 1.672.654/SP, j. 21/08/2018) interposto pelo Ministério Público de São Paulo contra decisão do Tribunal de Justiça que deu provimento ao recurso da defesa para afastar a reincidência decorrente da condenação anterior por posse de drogas para uso próprio*" (fl. 165).

Requer, desse modo, a reapreciação da matéria, "*quanto ao reconhecimento da 'reincidência', quanto a não aplicação da benesse do parágrafo 4º do*

Superior Tribunal de Justiça

art. 33 e, pela fixação do regime fechado ou mais severo ao Paciente do que o devido" (fl. 163).

O Ministério Público Federal manifestou-se às fls. 228-236, opinando pelo não conhecimento ou pelo desprovimento do agravo regimental.

É o relatório.

Decido.

Consta dos autos que o Paciente foi condenado, como incurso no art. 33, *caput*, da Lei n.º 11.343/2006, à pena de 5 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 583 (quinhentos e oitenta e três) dias-multa. Ao fixar a reprimenda e o regime prisional, o Juízo sentenciante assim se manifestou (fl. 21):

"Passa-se, assim, à dosimetria da pena. Atendendo aos ditames do art. 42 da Lei n.º 11.343/06 e art. 59 do Código Penal, fixo a pena-base no patamar mínimo legal de cinco (5) anos de reclusão e o pagamento de quinhentos (500) dias-multa, calculados no valor mínimo legal, uma vez que não há notícias sobre as condições financeiras do réu. Em segunda fase, em razão da reincidência (p. 294 e p. 297), elevo a pena em 1/6, de modo que atinge cinco (05) anos e dez (10) meses de reclusão, e o pagamento de quinhentos e oitenta e três (583) dias-multa. Deixo de aplicar a causa de diminuição prevista no §4º do art. 33 da Lei n.º 11.343/06, ante a reincidência do réu. Torno definitiva, pois, a condenação do réu à pena privativa de liberdade de cinco (05) anos e dez (10) meses de reclusão e o pagamento de quinhentos e oitenta e três (583) dias-multa no valor unitário mínimo. A pena, nos termos do art. 2º, §1º, da Lei n.º 8.072/90, deve ser cumprida em regime inicial fechado."

O Tribunal *a quo* manteve a sentença, com base nos seguintes fundamentos (fls. 44-45; sem grifos no original):

"[...] A pena-base foi corretamente fixada no mínimo legal.

Na segunda fase, a pena foi majorada em um sexto (1/6) em decorrência da reincidência do réu, conforme certidão cartorária de fls. 294. Neste ponto, necessário se faz dizer que a condenação anterior pelo delito descrito no artigo 28 da Lei n.º 11.343/06, gera maus antecedentes e reincidência, conforme entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

'Regimental. Agravo em recurso especial. Tráfico de drogas. Acusado. Interrogado no início da instrução processual. Nulidade inexistente. Fato ocorrido antes do julgamento do hc 127.900 pelo pretório Excelso. Condenação anterior pelo artigo 28 da lei n. 11.343/06. Reincidência caracterizada. Recurso improvido.

2. A jurisprudência desta Corte Superior de Justiça

Superior Tribunal de Justiça

orienta-se no sentido de que a edição do artigo 28 da nova Lei de Drogas não importou em descriminalização das condutas previstas no referido dispositivo, mas, tão-somente, sua despenalização, podendo, portanto, ser considerado reincidente o acusado anteriormente condenado por ser usuário (STJ AgRg no AREsp 682.660/DF T5 Rel. Min. Jorge Mussi j. 06/10/2016 Dje 19/10/2016).'

Na derradeira, realmente o réu não faz jus à aplicação do benefício previsto no §4º, do artigo 33 da Lei de Drogas, ante a referida reincidência.

O regime prisional inicial fechado foi fixado com absoluto acerto, não só por previsão legal artigo 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90, com a redação dada pela Lei nº 11.464/07 como, também, pela gravidade do crime, de catastróficas consequências à saúde pública, e responsável, também, pela desagregação familiar e social. Tanto é que o delito é equiparado aos hediondos.

[...]."

Como se vê, o **acórdão impugnado, embasado em antigo julgado desta Corte, entendeu que a anterior condenação do Paciente pelo delito previsto no art. 28 da Lei n.º 11.343/2006 (porte de substância entorpecente para uso próprio) gera reincidência**, o que ensejou o acréscimo de 1/6 (um sexto) na pena-base do Condenado e o afastamento da minorante prevista no art. 33, § 4.º, do diploma legal em tela.

Tal fundamentação, contudo, **não encontra respaldo na atual jurisprudência** deste Tribunal Superior, firmada no sentido de que, 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 não deve gerar tal efeito** – sob pena de ofensa ao princípio da proporcionalidade –, 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".

Nesse passo, se a condenação não se presta para configurar reincidência, também **não pode, pelo mesmo raciocínio, configurar antecedente criminal desfavorável e, dessa forma, afastar a causa de diminuição de pena prevista no § 4.º do art. 33 da Lei de Drogas.**

Nesse sentido, cito precedentes recentes, prolatados pelas Quinta e Sexta Turmas:

"AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS

Superior Tribunal de Justiça

SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS E DE RESISTÊNCIA. DOSIMETRIA DAS PENAS. REDUÇÃO DAS PENAS-BASE. NEGATIVAÇÃO DOS ANTECEDENTES CRIMINAIS POR CONDENAÇÃO ANTERIOR POR POSSE DE DROGAS PARA USO PRÓPRIO. DESPROPORCIONALIDADE. DECOTE DOS MAUS ANTECEDENTES. POSSIBILIDADE. ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA E AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA ESPECÍFICA. INEXISTÊNCIA DE PREPONDERÂNCIA. COMPENSAÇÃO INTEGRAL. POSSIBILIDADE. NOVO MONTANTE DAS SANÇÕES ESTABELECIDO EM 6 ANOS DE RECLUSÃO E 600 DIAS-MULTA (TRÁFICO DE DROGAS) E 2 MESES DE DETENÇÃO (CRIME DE RESISTÊNCIA). AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

- Consoante o entendimento firmado no REsp n. 1.672.654/SP (Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, Sexta Turma, DJe 30/8/2018), revela-se desproporcional o reconhecimento da reincidência em virtude de anterior condenação pelo delito previsto no art. 28 da Lei n. 11.343/2006. Precedentes.

- Desse modo, se os efeitos da reincidência decorrentes de anterior condenação por posse de drogas para uso próprio devem ser afastados, com mais razão ainda, os relativos à circunstância judicial dos maus antecedentes, razão pela qual essa vetorial deve ser decotada das penas-base do paciente, para ambos os delitos.

- Relativamente à agravante da reincidência, no julgamento do HC n. 365.963/SP (Rel. Ministro FELIX FISCHER, DJe 23/11/2017), a Terceira Seção dessa Corte pacificou entendimento no sentido de que a reincidência, seja ela específica ou não, deve ser compensada integralmente com a atenuante da confissão, demonstrando, assim, que não foi ofertado maior desvalor à conduta do réu que ostente outra condenação pelo mesmo delito.

- Nova dosimetria das penas realizado, ficando as sanções estabelecidas em 6 (seis) anos de reclusão, além de 600 dias-multa – tráfico de drogas –, e 2 (dois) meses de detenção – crime de resistência –, mantidos os demais termos das condenações.

- Agravo regimental não provido." (AgRg no HC 520.151/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 19/09/2019, DJe 27/09/2019; sem grifos no original.)

"AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. PENAL. LEGISLAÇÃO EXTRAVAGANTE. TRÁFICO DE DROGAS (55,3 G DE MACONHA E 5,8 G DE COCAÍNA). DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL E VIOLAÇÃO DO ART. 63, CAPUT, DO CP. PLEITO DE RESTABELECIMENTO DO RECONHECIMENTO DA REINCIDÊNCIA. DESPROVIMENTO. CONDENAÇÃO ANTERIOR PELO DELITO DO ART. 28 DA LEI N. 11.343/2006. DESPROPORCIONALIDADE. COMBATIDO ARESTO EM CONFORMIDADE COM A JURISPRUDÊNCIA DO STJ.

Superior Tribunal de Justiça

PRECEDENTES DE AMBAS AS TURMAS DA TERCEIRA SEÇÃO.

1. Conforme disposto no decisum ora recorrido, verifica-se que o acórdão não merece reparos, porquanto 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 (HC n. 453.437/SP, Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, DJe 15/10/2018).

2. 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, vale dizer, 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 a reincidência e também macular os antecedentes do acusado. [...] De outro lado, a Sexta Turma deste Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do REsp n. 1.672.654/SP, consignou que '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' (HC n. 478.757/SP, Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, DJe 11/2/2019).

3. No RE n. 430.105/RJ, o Supremo Tribunal Federal consignou a natureza criminal da conduta tipificada no art. 28 da Lei n. 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 (HC n. 469.705/MS, Ministra Laurita Vaz, Sexta Turma, DJe 1º/2/2019).

4. Agravo regimental improvido." (AgRg no REsp 1.778.346/SP, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 23/04/2019, DJe 03/05/2019; sem grifos no original.)

Ressalto que, embora possível a incidência da citada causa especial de **redução da pena**, não é cabível, entretanto, o estabelecimento da fração máxima, diante da quantidade e variedade da droga apreendida – **duas cápsulas contendo cocaína, com**

Superior Tribunal de Justiça

peso aproximado de 1,43 gramas, e um tijolo de maconha, com peso aproximado de 287 gramas –, mas mostra-se suficiente a aplicação da fração intermediária de 1/2 (um meio).

Por oportuno, cito os seguintes julgados:

"PENAL E PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DO ART. 33, § 4º, DA LEI 11.343/2006. APLICAÇÃO EM MENOR EXTENSÃO. NATUREZA E QUANTIDADE DA DROGA. POSSIBILIDADE DE VALORAÇÃO NA PRIMEIRA OU NA TERCEIRA FASE DA DOSIMETRIA. CONVERSÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE EM DUAS PENAS RESTRITIVAS DE DIREITOS. PENA SUPERIOR A 1 (UM) ANO. SÚMULA 171 DO STJ. DISCRICIONARIEDADE NA ALTERNATIVIDADE SANCIONATÓRIA. AGRAVO DESPROVIDO.

1. Quanto ao sopesamento da quantidade e variedade da droga para a escolha do patamar de redução da pena, previsto no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006, já concluiu a Suprema Corte que 'não há impedimento a que essas circunstâncias recaiam, alternadamente, na primeira ou na terceira fase da dosimetria, a critério do magistrado, em observância ao princípio da individualização da pena' (HC 129.555 AgR, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 7/10/2016, PUBLIC 27/10/2016).

2. Na hipótese, a instância ordinária estabeleceu a pena-base no mínimo legal, e fixou a fração da minorante em 1/2 em razão da quantidade e da natureza da droga apreendida (40,3g de crack), conforme autoriza a jurisprudência dos Tribunais Superiores.

[...]

5. Agravo regimental desprovido." (AgRg no HC 473.542/SC, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 21/03/2019, DJe 26/03/2019; sem grifos no original.)

"AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. AFASTAMENTO DA CAUSA ESPECIAL DE REDUÇÃO DA PENA PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI N.º 11.343/2006. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. APREENSÃO DE QUANTIDADE NÃO EXACERBADA DE DROGAS. PENA-BASE FIXADA NO MÍNIMO LEGAL. PRIMARIEDADE. REQUISITOS PREENCHIDOS. POSSIBILIDADE DE INCIDÊNCIA DA MINORANTE NA FRAÇÃO DE 1/2 (METADE). RAZOABILIDADE. QUANTIDADE NÃO É ÍNFIMA. PRINCÍPIO DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA. REGIME INICIAL ABERTO. CABIMENTO. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. O art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, prevê causa especial de redução de pena ao agente que seja primário, portador de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas e não integre

Superior Tribunal de Justiça

organização criminosa.

2. A natureza e a quantidade de drogas apreendidas, associadas às circunstâncias do caso concreto, servem de fundamento para negar a aplicação da minorante.

3. Na hipótese dos autos, a quantidade das drogas apreendidas não pode ser considerada por demais relevante (36,77g de 'crack' e 28,14g de 'cocaína') a ponto de negar a aplicação da causa especial de redução de pena, mas pode, em respeito ao princípio da individualização da pena, ser sopesada no momento da aplicação do quantum variável (1/6 a 2/3) previsto na norma. Adequada, no caso, a aplicação da fração de 1/2 (metade).

4. Considerando a primariedade do Paciente, a fixação da pena-base no mínimo legal, o reconhecimento da causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/2006, a não expressiva quantidade de drogas apreendidas e a pena definitivamente fixada – 2 (dois) anos e 11 (onze) meses de reclusão –, cabível o regime aberto para o início do cumprimento da reprimenda.

5. Agravo regimental desprovido." (AgRg no HC 495.814/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, SEXTA TURMA, julgado em 14/05/2019, DJe 24/05/2019; sem grifos no original.)

Pelas razões expostas, entendo que razão assiste à Agravante, motivo pelo qual **reconsidero** a decisão de fls. 146-151.

Passo, portanto, ao redimensionamento das penas.

Na primeira fase de aplicação da pena, mantenho a pena-base do Paciente em 5 (cinco) anos de reclusão e 500 (quinhentos) dias-multa.

Na etapa intermediária, fica afastada a agravante da reincidência e, ausentes outras agravantes ou atenuantes, a pena permanece inalterada.

Na terceira fase, ausentes causas de aumento de pena e presente a minorante prevista no § 4.º do art. 33 da Lei de Drogas, reduzo as sanções do Paciente em 1/2 (um meio), o que torna as penas definitivas em **2 (dois) anos e 6 (seis) meses de reclusão, mais 250 (duzentos e cinquenta) dias-multa.**

No tocante ao regime inicial de cumprimento de pena, considerando a pena definitiva imposta – 2 (dois) anos e 6 (seis) meses de reclusão –, a primariedade do Paciente e a inexistência de circunstâncias judiciais negativas, mostra-se cabível a fixação do regime inicial **aberto**, conforme o disposto no art. 33, §§ 2.º e 3.º, c.c. o art. 59, ambos do Código Penal.

Nesse sentido:

"AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO

Superior Tribunal de Justiça

ESPECIAL. INTEMPESTIVIDADE DO APELO NOBRE. PRAZO COMPUTADO NOS MOLDES DO ART. 798 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. PENA RECLUSIVA DE 1 ANO, 11 MESES e 10 DIAS. REGIME FECHADO E NEGATIVA DE SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR SANÇÕES ALTERNATIVAS. REFERÊNCIA À HEDIONDEZ DO CRIME. QUANTIDADE NÃO EXPRESSIVA. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA.

[...]

3. *Cominada a pena reclusiva de 1 ano, 11 meses e 10 dias, tendo em vista a apreensão de 26,15g (vinte e seis gramas e quinze centigramas) de cocaína e 9,16g (nove gramas e dezesseis centigramas) de maconha, verifico flagrante ilegalidade na fixação do regime fechado e no indeferimento da substituição da pena privativa de liberdade por medidas restritivas de direitos.*

4. *Com efeito, estipulada a pena-base no mínimo legal, reconhecida a primariedade da agente e cominada a minorante do tráfico privilegiado na fração máxima, não é possível negar esses benefícios com espeque na hediondez do delito e na quantidade de estupefaciente apreendido que, no caso, é inexpressiva. Incidência das Súmulas n. 440/STJ e 718 e 719/STF.*

5. *Agravo regimental desprovido. Habeas corpus concedido, de ofício, para fixar o regime aberto e conceder a substituição da pena.*" (AgInt no AREsp 1.142.322/SP, Rel. Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 01/03/2018, DJe 12/03/2018; sem grifos no original.)

Confirmam-se, a propósito, os Enunciados n.ºs 718 e 719 das Súmulas do Supremo Tribunal Federal e n.º 440 da Súmula desta Corte, respectivamente:

"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."

"A imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea."

"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."

Ante o exposto, RECONSIDERO a decisão agravada (fls. 146-151) e CONCEDO a ordem de *habeas corpus* para, reformando o acórdão impugnado, reduzir as penas do Paciente para **2 (dois) anos e 6 (seis) meses de reclusão e 250 (duzentos e**

Superior Tribunal de Justiça

cinquenta) dias-multa e modificar o regime inicial de cumprimento de pena para o **aberto**, mediante as condições a serem estabelecidas pelo Juízo das Execuções Criminais.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília (DF), 02 de outubro de 2019.

MINISTRA LAURITA VAZ
Relatora

