HABEAS CORPUS Nº 528.577 - SP (2019/0248708-4)

RELATOR	**:**	**MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ**
IMPETRANTE	:	FELIPE NANINI NOGUEIRA
ADVOGADO	:	FELIPE NANINI NOGUEIRA - SP356679
IMPETRADO	:	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	:	RODRIGO DIAS SOARES (PRESO)
INTERES.	:	MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

DECISÃO

RODRIGO DIAS SOARES alega ser vítima de coação ilegal em decorrência de acórdão proferido pelo **Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo** na Apelação Criminal n. 0000341-94.2016.8.26.0574.

Consta dos autos que o paciente foi condenado à pena de 6 anos, 9 meses e 20 dias de reclusão, em regime inicial fechado, mais multa, pela prática do crime previsto no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006.

A defesa busca, por meio deste *writ*, seja: a) desclassificado o delito para o previsto no art. 28 da Lei n. 11.343/2006; b) afastada a agravante da reincidência; c) aplicada a minorante prevista no art. 33, § 4º, da referida lei; d) fixado regime inicial mais brando de cumprimento de pena; e) determinada a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

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 parcial da ordem, para que seja fixado o regime inicial semiaberto.

Decido.

I. Impossibilidade de desclassificação

A Corte de origem, ao manter a conclusão de que ficou devidamente caracterizada a prática do crime descrito no art. 33 da Lei n. 11.343/2006, assim fundamentou (fls. 191-192):

Edição nº 2808 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 05 de Dezembro de 2019 Publicação: Sexta-feira, 06 de Dezembro de 2019
Código de Controle do Documento: E403A338-98FD-481C-A4D6-8E7931867EA6

> [...] as circunstâncias em que ocorreram a apreensão das substâncias entorpecentes materialmente comprovada nos autos, a admissão de propriedade de parte pelo acusado, em Juízo, corroboradas pelos depoimentos altamente comprometedores dos policiais militares e as demais provas indiciárias, demonstram, de modo inequívoco, que Rodrigo Dias Soares trazia consigo, ilegalmente, as drogas. A sua conduta comprova e caracteriza de forma inequívoca o tráfico de drogas.
> Não se exige, para tanto, que haja prova concreta da mercancia, sendo suficiente a presença de elementos dos quais se possam inferir a sua ocorrência. Em outras palavras, o tráfico ficou bem provado e configurado. Enfim, como destacado na denúncia e acolhido na sentença, trazia consigo, ilegalmente, as drogas mencionadas e isso basta para reconhecer a traficância.

Na ocasião, também rechaçou expressamente a tese de que a conduta imputada ao réu poderia ser desclassificada para o delito previsto no art. 28 da Lei n. 11.343/2006, nos seguintes termos (fl. 192):

> Aqui, constata-se que as drogas apreendidas, não poderiam a toda evidência, se destinar a uma só pessoa, a um só consumidor. Resta claro que a "cocaína" e a "maconha", apreendidas seriam vendidas, comercializadas por este, estando patente e incontroversa a caracterização do comércio criminoso de entorpecente. Nesse ponto, não se pode negar que ele, apelante, fosse usuário habitual de entorpecentes; contudo, tal circunstância, por outro lado, não enseja o entendimento de que sua condição de consumidor de drogas, ou até a de viciado, exclua a traficância, esta sim devidamente provada nos autos. Assim, data venia, inviável é o pedido de desclassificação do delito.

Pelos trechos anteriormente transcritos e, sobretudo, pela leitura atenta da sentença condenatória e do acórdão impugnado, verifico que as instâncias ordinárias, após toda a análise do conjunto fático-probatório amealhado aos autos, concluíram pela existência de **elementos concretos e coesos** a ensejar a condenação do acusado pelo crime de tráfico de drogas (art. 33 da Lei n. 11.343/2006).

Edição nº 2808 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 05 de Dezembro de 2019 Publicação: Sexta-feira, 06 de Dezembro de 2019
Código de Controle do Documento: E403A338-98FD-481C-A4D6-8E7931867EA6

Por essas razões, mostra-se inviável a sua absolvição ou mesmo a desclassificação da conduta a ele imputada, sobretudo em se considerando que, no processo penal, vigora o princípio do livre convencimento motivado, em que é dado ao julgador decidir pela condenação do agente, desde que o faça fundamentadamente, exatamente como verificado nos autos.

Registro, no particular, que, nos termos do art. 28, § 2º, da Lei n. 11.343/2006, não é apenas a quantidade de drogas que constitui fator determinante para a conclusão de que a substância se destinava a consumo pessoal, mas também o local e as condições em que se desenvolveu a ação, as circunstâncias sociais e pessoais, bem como a conduta e os antecedentes do agente.

Dessa forma, para entender-se pela desclassificação da conduta imputada ao réu para o delito descrito no art. 28 da Lei n. 11.343/2006, seria necessário o **revolvimento de todo o conjunto fático-probatório produzido nos autos**, providência, conforme cediço, incabível na via estreita do habeas corpus.

II. Agravante da reincidência

A Corte estadual, ao manter a aplicação da agravante da reincidência, assim fundamentou (fl. 193):

> Ressalte-se que as certidões de fl. 154, assim como a de fls. 157/158, todas com trânsito em julgado antes dos presentes fatos, retratam condenações pelo crime do artigo 28 da Lei n. 11.343/06, que, embora não seja apenado com prisão, é considerado crime. Na segunda fase, presente a agravante genérica da reincidência (cf. fl. 157/158) [...]

Nesse ponto, o cerne da controvérsia cinge-se a saber se os efeitos secundários da condenação anterior transitada em julgado em desfavor do paciente – 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

Edição nº 2808 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 05 de Dezembro de 2019 Publicação: Sexta-feira, 06 de Dezembro de 2019
Código de Controle do Documento: E403A338-98FD-481C-A4D6-8E7931867EA6

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".

Edição nº 2808 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 05 de Dezembro de 2019 Publicação: Sexta-feira, 06 de Dezembro de 2019
Código de Controle do Documento: E403A338-98FD-481C-A4D6-8E7931867EA6

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 nesse ponto, **para afastar a incidência da agravante em questão**, haja vista o registro, na folha de antecedentes penais do acusado, de condenação anterior relativa somente à prática da conduta descrita no art. 28 da Lei de Drogas.

III. Pena-base: ilegalidade reconhecida de ofício

Embora a defesa, em sua petição inicial, não questione, propriamente, o aumento efetivado na pena-base do paciente, verifico a ocorrência de ilegalidade manifesta, **passível da concessão de habeas corpus, de ofício**, nos termos do art. 648 do Código de Processo Penal.

A conclusão de que o paciente seria possuidor de maus antecedentes também decorreu do fato de ele ostentar condenação anterior relativa à prática da conduta descrita no **art. 28 da Lei de Drogas** (fl. 193).

Sobre essa matéria, destaco que esta Corte Superior de Justiça possui o entendimento 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, punível com medidas muito mais brandas, não deve gerar tal efeito. Nesse passo, se a condenação não se presta para configurar reincidência, **também**

Edição nº 2808 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 05 de Dezembro de 2019 Publicação: Sexta-feira, 06 de Dezembro de 2019
Código de Controle do Documento: E403A338-98FD-481C-A4D6-8E7931867EA6

não pode, pelo mesmo raciocínio, configurar antecedente criminal desfavorável" (**AgRg no HC n. 520.646/SP**, Rel. Ministra **Laurita Vaz**, 6ª T., DJe 21/10/2019).

Além dos antecedentes, também foram consideradas desfavoráveis ao paciente **a natureza e a quantidade de drogas apreendidas** (fl. 193).

Certo é que, segundo o disposto no art. 42 da Lei n. 11.343/2006, "O Juiz, na fixação das penas, considerará, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do Código Penal, **a natureza** e **a quantidade** da substância ou do produto, a personalidade e a conduta social do agente".

No entanto, embora tais elementos constituam, de fato, circunstâncias preponderantes a serem consideradas na dosimetria da pena e não obstante a natureza de uma das substâncias trazidas pelo acusado – **cocaína** – seja, realmente, dotada de alto poder viciante, entendo que **a quantidade de substâncias apreendidas – 14,17 g de maconha e 4,74 g de cocaína** (fl. 161) **– não foi excessivamente elevada**, de maneira que se mostra **manifestamente desproporcional sopesar, no caso ora analisado**, apenas tais circunstâncias para justificar a exasperação da pena-base.

Do contrário, qualquer agente que fosse apreendido com crack ou com cocaína, ainda que com uma porção com peso de 5 g, por exemplo, deveria ter a sua pena-base estabelecida acima do mínimo legal – a pretexto de correta aplicação do disposto no art. 42 da Lei n. 11.343/2006 –, o que, evidentemente, não se coaduna com os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.

Considero, na verdade, que a apreensão de certa quantidade de drogas, em contexto como o dos autos, é **inerente ao próprio crime** previsto no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006, até porque, em regra, o delito em questão exige, para fins de comprovação da sua materialidade, a apreensão de droga e a realização de laudo toxicológico definitivo, conforme entendimento, aliás, externado pela Terceira Seção desta Corte por ocasião do julgamento dos **EREsp n. 1.544.057/RJ** (Rel. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, DJe 9/11/2016).

Diante de tais considerações, concedo habeas corpus, de ofício, a fim de reduzir a pena-base do paciente para o mínimo legalmente previsto, ou seja, para **5 anos de reclusão e pagamento de 500 dias-multa**,

Edição nº 2808 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 05 de Dezembro de 2019 Publicação: Sexta-feira, 06 de Dezembro de 2019
Código de Controle do Documento: E403A338-98FD-481C-A4D6-8E7931867EA6

porquanto todas as demais circunstâncias judiciais lhe foram tidas como favoráveis.

IV. 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 (fls. 193-194):

> Por fim, na terceira fase, acertadamente, deixou-se de aplicar a causa especial de diminuição de pena prevista no artigo 33, parágrafo 4º, da Lei nº 11.343/06, **tendo em vista os maus antecedentes e reincidência mencionados**, finalizando-se, assim, as sanções em seis (06) anos, nove (09) meses e vinte (20) dias de reclusão e pagamento de seiscentos e oitenta (680) dias-multa. Salienta-se que referido benefício somente cabe aos agentes primários, de bons antecedentes, que não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa, que não é o caso da apelante.

No entanto, **uma vez afastada a reincidência e os maus antecedentes 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 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 em casos como o dos autos. Exemplificativamente: **REsp n. 1.665.777/SP**, Rel. Ministro **Rogerio Schietti**, monoc., DJe 25/6/2019.

V. Regime e substituição da pena

Em relação à pretendida imposição de regime inicial mais brando de cumprimento de pena, entendo que caberá à Corte estadual, ao

Edição nº 2808 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 05 de Dezembro de 2019 Publicação: Sexta-feira, 06 de Dezembro de 2019
Código de Controle do Documento: E403A338-98FD-481C-A4D6-8E7931867EA6

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) ao fato de que a pena-base ficou estabelecida no mínimo legal; c) à conclusão de que o acusado não possui maus antecedentes, tampouco ostenta a condição de reincidente; 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.

VI. 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 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.

Ainda, nos termos do art. 648 do Código de Processo Penal, **concedo habeas corpus, de ofício**, a fim de reduzir a pena-base do paciente para o mínimo legalmente previsto, ou seja, para **5 anos de reclusão e**

Edição nº 2808 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 05 de Dezembro de 2019 Publicação: Sexta-feira, 06 de Dezembro de 2019
Código de Controle do Documento: E403A338-98FD-481C-A4D6-8E7931867EA6

pagamento de 500 dias-multa.

Comunique-se, com urgência.

Brasília (DF), 05 de dezembro de 2019.

Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ
Relator

Edição nº 2808 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 05 de Dezembro de 2019 Publicação: Sexta-feira, 06 de Dezembro de 2019
Código de Controle do Documento: E403A338-98FD-481C-A4D6-8E7931867EA6