HABEAS CORPUS Nº 549.176 - SP (2019/0359580-0)

RELATOR	**:**	**MINISTRO ANTONIO SALDANHA PALHEIRO**
IMPETRANTE	:	BRUNO DA SILVA OLIVEIRA
ADVOGADO	:	BRUNO DA SILVA OLIVEIRA - SP317041
IMPETRADO	:	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	:	ROBSON OLIVEIRA SILVA (PRESO)
INTERES.	:	MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus* com pedido liminar impetrado em favor de ROBSON OLIVEIRA SILVA apontando como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (Apelação n. 0000036-08.2016.8.26.0608).

Os autos dão conta de que o paciente foi condenado, por infração ao art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006, à pena de 5 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão, a ser inicialmente cumprida em regime fechado, além do pagamento de 500 (quinhentos) dias-multa, tendo-lhe sido garantido o direito de recorrer em liberdade (e-STJ fls. 373/379), isso porque ele e o corréu Patrick, "*previamente ajustados e com unidade de desígnios, traziam consigo, com o fim de disseminação a terceiras pessoas, 1,46gramas* [um grama e quarenta e seis centigramas] *da droga Metil Benzoil Ecgonina, extraído do vegetal Erytroxylon coca, ou seja, cocaína, na forma de sete porções, todas individualmente embaladas em segmentos de plástico, em desacordo com determinação legal ou regulamentar*" (e-STJ fl. 373).

Irresignada, as defesas de ambos os réus apelaram, e o Tribunal de origem negou provimento ao recurso do ora paciente — ROBSON — e deu parcial provimento ao recurso do corréu Patrick "*apenas para reduzir a pena de multa para 166 (cento e sessenta e seis) diárias, no piso legal*" (e-STJ fl. 509). Eis a ementa do mencionado acórdão (e-STJ fls. 486/488):

> PENAL. APELAÇÃO. TRÁFICO DE ENTORPECENTES CONDENAÇÃO. RECURSOS DEFENSIVOS.
>
> Pretendida absolvição por insuficiência de provas, ou, subsidiariamente, abrandamento do regime prisional (aberto) e substituição da pena corporal por restritivas de direitos.
>
> 1) Absolvição. Impossibilidade Acusação cabalmente comprovada, sem dúvidas sobre materialidade e autoria. Policiais militares estavam em patrulhamento de rotina, quando receberam denúncias indicando que no local dos fatos, a saber, um prédio, estaria

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: A272CF43-C7A4-4C2C-8548-735DB59FA249

> ocorrendo a comercialização de drogas. Assim, no momento em que os agentes estatais lá chegaram, constataram que os apelantes, ao perceberem a presença da viatura, adentraram rapidamente ao prédio. Ato contínuo, os policiais realizaram a abordagem dos apelantes, tendo sido encontrado na posse de ROBSON a quantia de R$ 255,00 (duzentos e cinquenta e cinco reais) e um aparelho de celular, e na posse de PATRICK, o valor de R$ 40,00 (quarenta reais), um aparelho celular, bem como 07 (sete) porções de cocaína, embaladas individualmente e prontas para o comércio. Ocorre que os policiais militares estavam com o celular de ROBSON em mãos, quando tocou e os militares atenderam, sendo constatado que se tratava de um usuário de drogas, Wogenes Martins Silva Junior, a procura dos recorrentes para adquirir drogas. Depoimentos dos policiais coesos e legítimos, em nada desmerecidos na prova produzida. Condenação mantida.
>
> 2) Dosimetria da pena. Decisão bem fundamentada nos artigos 59, do Código Penal, e 42, da Lei de Drogas. Aplicação da minorante prevista no art. 33, §4º, da Lei nº 11.343/06, no patamar máximo em relação ao acusado PATRICK. No tocante à pena de multa, fixado para ambos apelantes o importe de 500 (quinhentos) dias-multa. Contudo, a r. sentença mereceria reparo nesta parte, uma vez que a pena de multa deveria ter sido aplicada em 583 (quinhentos e oitenta e três) diárias ao recorrente ROBSON. Porém, permanece inalterada em razão da ausência de recurso ministerial. Já em relação ao apelante PATRICK, devido à causa especial de diminuição de pena prevista no §4º, do artigo 33, da Lei nº 11.343/06, na fração máxima 2/3 (dois terços) da pena, perfaz em 166 (cento e sessenta e seis) dias-multa.
>
> 3) Fixação de regime diverso do fechado. Impossibilidade. Regime obrigatório imposto por lei ainda vigente Artigo 2º, §1º, da Lei 8.072/1990 (com redação dada pela Lei nº 11.464/2007). Gravidade concreta que, de qualquer forma, impõe maior rigor na sanção. Inteligência dos artigos 5º, XLIII, da Constituição Federal e 33, §3º, do Código Penal.
>
> 4) Substituição por penas restritivas de direito. Descabimento. Incompatibilidade com o regime fechado, com evidência de insuficiência para reprovação e prevenção artigo 44, III, do Código Penal.
>
> 5) Detração Penal. Irrelevante, no caso, o quantum da sanção para sua definição (regime), surge inaplicável, no caso, a detração, para tanto, prevista no artigo 387, §2º, do Código de Processo Penal. Eventual progressão, por outro lado, deverá ser avaliada no Juízo das Execuções, competente para tanto (artigo 66, III, “b”, LEP).
>
> O recurso do apelante ROBSON não comporta provimento. Já o apelo de PATRICK merece parcial provimento.

No presente *writ*, a defesa afirma que, "*ao considerar a reincidência do paciente, o juízo se fundamentou na página 134 dos autos. Tal página não existe! Da página 133, os autos pulam para a página 136! Não bastasse, ao verificar as folhas de*

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: A272CF43-C7A4-4C2C-8548-735DB59FA249

antecedentes do réu (que não serviriam para comprovar reincidência) em fls. 121/125, tem-se o mesmo possuiu somente processos relacionados ao consumo de droga (art. 28 da Lei 11.343/2006) que, conforme orientação do Superior Tribunal de Justiça, não são aptos para gerar a reincidência. Assim, pela análise da sentença condenatória tem-se a prisão do réu encontra-se ilegal, posto que a condenação do réu deveria ter o mesmo parâmetro do outro corréu [...]*"* – e-STJ fl. 5.

Alega que "*a posse de drogas para uso próprio não acarreta nenhuma espécie de privação de liberdade, o que, desde a entrada em vigor da Lei nº 11.343/06, provoca debates a respeito da natureza jurídica da infração, ou seja, se ainda permanece a natureza de infração penal ou se houve a descriminalização. Assim, na melhor análise das fontes do Direito, tem-se que 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*" (e-STJ fl. 6).

Por isso, requer, liminarmente, seja expedido alvará de soltura em favor do paciente e, no mérito, seja "*CONCEDIDA A ORDEM DE HABEAS CORPUS DEFINITIVAMENTE, no sentido de redimensionar a pena do paciente, fixar o regime aberto e substituir a pena privativa de liberdade por restritiva de direitos"* (e-STJ fl. 11).

É, em síntese, o relatório.

A liminar em *habeas corpus*, bem como em recurso ordinário em *habeas corpus*, não possui previsão legal, tratando-se de criação jurisprudencial que visa a minorar os efeitos de eventual ilegalidade que se revele de pronto.

Em juízo de cognição sumária, visualizo manifesta ilegalidade no ato ora impugnado a justificar o deferimento da medida de urgência.

Recentemente, a Sexta Turma desta Corte concluiu que a condenação anterior pelo crime tipificado no art. 28 da Lei n. 11.343/2006 (posse de droga para consumo próprio ou uso pessoal) não deve configurar reincidência, especialmente,

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: A272CF43-C7A4-4C2C-8548-735DB59FA249

porque as sanções penais legalmente previstas nem sequer admitem a conversão em pena privativa de liberdade em caso de descumprimento.

Confira-se a ementa do acórdão que modificou a orientação desse colegiado:

> 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", 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.
>
> 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 1.672.654/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 21/08/2018, DJe 30/08/2018).

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: A272CF43-C7A4-4C2C-8548-735DB59FA249

Na hipótese, o acórdão impugnado manteve a agravante da reincidência considerando a condenação anterior pelo crime de porte de entorpecente para uso próprio. Além disso, determinou o imediato cumprimento da pena.

Sendo assim, mostra-se de rigor a suspensão da execução da pena.

Ante o exposto, **defiro a liminar** para suspender a execução da pena imposta ao paciente até o julgamento final do presente *writ*.

Comunique-se, **com urgência**, ao Tribunal de origem, solicitando-lhe informações e ressaltando que deverá noticiar a esta Corte Superior qualquer alteração no quadro fático atinente ao tema objeto desta impetração. Requeira-se, ainda, senha para acesso aos andamentos processuais constantes do respectivo portal eletrônico, tendo em vista a restrição determinada pela Resolução n. 121 do Conselho Nacional de Justiça. Oportunamente, dê-se vista dos autos ao Ministério Público Federal.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília, 05 de dezembro de 2019.

Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO
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: A272CF43-C7A4-4C2C-8548-735DB59FA249