HABEAS CORPUS Nº 568.046 - SP (2020/0072844-3)

RELATORA	**:**	**MINISTRA LAURITA VAZ**
IMPETRANTE	:	PAULO VALILI NETO E OUTROS
ADVOGADOS	:	VANESSA ROMÃO CORRÊA - SP375846
		PAULO VALILI NETO - SP374203
		FÁBIO NEVES MACIEL - SP420927
		CLAUDIO DIOGENES LUIZ - SP444859
		FLÁVIA HELOISA ANSELMO - SP438752
IMPETRADO	:	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	:	ALISSON BENITEZ GAMARRA (PRESO)
INTERES.	:	MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de ALISSON BENITEZ GAMARRA contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo proferido na Apelação Criminal n.º 0000677-19.2017.8.26.010.

Consta dos autos que o Paciente foi condenado à pena privativa de liberdade de 7 (sete) anos de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 700 (setecentos) dias-multa, como incurso nos arts. 33, *caput*, e 40, inciso V, da Lei n.º 11.343/2006, em razão da apreensão de **56,6 kg de maconha.**

Inconformado, o Condenado interpôs recurso de apelação, que foi desprovido pelo Colegiado de origem (fls. 21-35).

No presente *writ*, a Parte Impetrante alega que a condenação anterior pelo porte de drogas para uso pessoal (art. 28 da Lei de Drogas) não pode configurar reincidência, devendo ser afastada tal majorante da pena do Paciente.

Acrescenta que houve a confissão espontânea do delito por parte do Sentenciado, o que deve ser levado em consideração na dosimetria da pena.

Aduz, ainda, que o Paciente é apenas uma 'mula' do tráfico, e faz jus ao reconhecimento do benefício da redução da pena constante do parágrafo 4.º do art. 33 da Lei n.º 11.343/2006.

Insurge-se contra a fixação do regime inicial fechado com base exclusivamente na gravidade abstrata do delito, sem se levar em consideração tanto o fato de que o Paciente é, em verdade, primário, pois a condenação anterior pelo art. 28 da Lei n.º 11.343/2006 não tem o condão de qualificá-lo como reincidente; como o fato de que o

Edição nº 2883 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 02 de Abril de 2020 Publicação: Sexta-feira, 03 de Abril de 2020
Código de Controle do Documento: 9F1B0241-EC14-4814-B8FF-60B53BAC1AC1

Réu já se encontra há 2 (dois) anos e 10 (dez) meses encarcerado.

Afirma que, com o afastamento da reincidência, a aplicação da atenuante da confissão espontânea e do redutor do tráfico privilegiado, deve ser realizada a necessária readequação da dosimetria e a alteração do regime inicial de cumprimento da pena.

Assim, requer:

> "*que seja conhecida e concedida a ordem de* habeas corpus*, liminarmente, ou ainda, que seja concedida de ofício, em favor do paciente, para afastar a agravante da reincidência.*
>
> *Após, com a fixação da pena, seja aplicada a atenuante da confissão espontânea e o benefício do parágrafo quarto, da Lei 11.343/2006.*
>
> *Por fim, requer que seja fixado regime inicial menos gravoso.*" (Fl. 13)

É o relatório.

Decido o pedido urgente.

No caso, o Juízo sentenciante fixou a pena do Paciente nos seguintes termos (fls. 18-19; sem grifos no original):

> "*Na primeira fase, observando as diretrizes gerais, traçadas no artigo 59 do Código Penal, e as específicas, dispostas no artigo 42 da Lei 11.343/2006,* ***verifico que as circunstâncias judiciais lhe são desfavoráveis, considerando a gravidade concreta do delito, consubstanciada pela elevada quantidade de entorpecentes traficados (56,6 quilos de maconha), o que eleva sua pena- base em 1/5 acima do mínimo legal, perfazendo o total de 06 (seis) anos de reclusão e ao pagamento de 600 (seiscentos) dias multa****.*
>
> *Na segunda fase dosimétrica,* ***compenso a circunstância agravante da reincidência, decorrente da condenação proferida no processo n. 0004237-88.2015.8.12.0019 (posse de drogas para consumo pessoal – art. 28 da LD) com a atenuante da confissã****o, eis que acusado confessou espontaneamente prática do delito.*
>
> ***Na terceira fase, ficou demonstrada a prática do tráfico interestadual de drogas, sendo que o réu pegou o veículo com a droga em Ponta Porã/MS com destino a Taquaritinga/SP, motivo pelo qual aumento a reprimenda em 1/6, tornando definitiva a pena de 07 (sete) anos de reclusão e 700 (setecentos) dias multa.***
>
> *Neste contexto, não deve ser aplicada o redutor de pena indicado no § 4º, do artigo 33 da lei nº 11.343/06, que dispõe que as penas referentes a este artigo poderão sofrer redução de um sexto a dois terços, caso seja o agente primário, de bons antecedentes, e não se dedique a atividades criminosas nem integre organização criminosa.*
>
> *Isso porque o réu não é primário. Ademais,* ***as circunstâncias***

Edição nº 2883 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 02 de Abril de 2020 Publicação: Sexta-feira, 03 de Abril de 2020
Código de Controle do Documento: 9F1B0241-EC14-4814-B8FF-60B53BAC1AC1

> ***dos autos indicam que ele se dedica a atividades criminosas, gozando de 'conceito' - e confiança - perante grandes traficantes, pois encarregado de levar alta quantidade de drogas. A quantidade e a forma de acondicionamento das drogas com ele encontradas conduzem à não incidência do parágrafo 4º, do artigo 33, da Lei nº 11.343/2006, não havendo que se reduzir a pena do acusado.***
>
> *Atendendo ao critério do artigo 60 do Código Penal, estabeleço para cada dia- multa valor de um trigésimo do salário mínimo vigente ao tempo do fato (art. 49, §1º, do CP).*
>
> *Fixo o regime fechado como inicial para o cumprimento da pena privativa de liberdade, único compatível com lapso da pena restritiva aplicada. Embora o réu seja primário, com ele foi apreendida grande quantidade de droga, indicando sua ousadia e total menosprezo pela lei, além de prestígio dentre os demais criminosos. Tal condição exige o encarceramento como única forma adequada de repressão punitiva do Estado renovando a certeza de eficácia da lei penal, dissuadindo o cidadão comum de se aventurar no mundo do crime e servindo como forma de prevenção específica para que o réu não volte a delinquir.*"

Nos termos do art. 33, § 4.º, da Lei de Drogas, fará jus à aplicação da causa especial de diminuição prevista no mencionado dispositivo o acusado primário, portador de bons antecedentes, que não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa.

No caso, verifico, em um juízo preliminar, que o Juízo sentenciante, confirmado pelo acórdão impugnado, afastou o redutor não apenas em razão da grande quantidade de droga apreendida **(56,6 quilos de maconha)**, mas também porque as circunstâncias concretas denotam a dedicação do Acusado a atividades criminosas.

Com efeito, o Juízo sentenciante ressaltou as circunstâncias em que realizado o delito, quais sejam, o transporte interestadual de drogas por meio de um "*fundo falso instalado entre o compartimento do passageiro e a caçamba do veículo*" (fl. 15) para o armazenamento da droga acondicionada em "*58 tabletes de maconha*" (fl. 15).

Essas circunstâncias constituem conjuntura que impedem desconstituir a conclusão das instâncias ordinárias sobre a dedicação do Paciente à atividade criminosa e, por conseguinte, o pretendido reconhecimento da causa de redução de pena prevista no art. 33, § 4.º, da Lei de Drogas, notadamente por ser vedado, na presente via, revolver o contexto fático-probatório dos autos.

A propósito, destaco o seguinte precedente desta Corte:

Edição nº 2883 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 02 de Abril de 2020 Publicação: Sexta-feira, 03 de Abril de 2020
Código de Controle do Documento: 9F1B0241-EC14-4814-B8FF-60B53BAC1AC1

> "*AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. RECONHECIMENTO DA CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA. IMPOSSIBILIDADE. NECESSIDADE DE REEXAME DE PROVAS. SÚMULA N. 7 DO STJ. AGRAVO NÃO PROVIDO.*
>
> *1.* ***O Tribunal de origem entendeu indevida a incidência da minorante com base não só na quantidade de droga, mas também no fato de que o réu estava articulado com outras pessoas e utilizou veículo com fundo falso para transportar a droga, circunstâncias essas que inviabilizam a aplicação da minorante, em razão da existência de elemento concretos que indicam a dedicação do recorrente a atividades criminosas, notadamente ao tráfico de drogas.***
>
> *2. Para acolher o pleito defensivo e fazer incidir a referida minorante, seria necessário o revolvimento do contexto fático-probatório dos autos.*
>
> *3. Agravo regimental não provido.*" (AgRg no AREsp 1.202.765/MS, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 15/03/2018, DJe 27/03/2018; sem grifos no original.)

No que se refere à tese de ausência de reincidência do Paciente, melhor sorte socorre à Defesa, pois, embora no RE n.º 430.105/RJ, o Supremo Tribunal Federal tenha afirmado a natureza criminal da conduta de posse de drogas para uso próprio, na Suprema Corte, há discussão sobre a constitucionalidade do art. 28 da Lei de Drogas, tendo sido reconhecida a Repercussão Geral do tema versado no RE n.º 635.659, para decidir sobre a tipicidade da conduta.

Ademais, 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 sentido:

> "*PENAL.* HABEAS CORPUS *SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. PORTE DE DROGA PARA USO PRÓPRIO. CONDUTA TÍPICA. REINCIDÊNCIA. CONDENAÇÃO PELO ART. 28 DA LEI N. 11.343/2006. DESPROPORCIONALIDADE. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO ART. 33, § 4º, DA LEI DE DROGAS. AUSÊNCIA DE ELEMENTOS QUE INDIQUEM A DEDICAÇÃO DO AGENTE EM ATIVIDADES CRIMINOSAS. READEQUAÇÃO DA PENA. REGIME PRISIONAL. PENA INFERIOR A QUATRO ANOS.*

Edição nº 2883 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 02 de Abril de 2020 Publicação: Sexta-feira, 03 de Abril de 2020
Código de Controle do Documento: 9F1B0241-EC14-4814-B8FF-60B53BAC1AC1

CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. MODO ABERTO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITO. POSSIBILIDADE. MANIFESTA ILEGALIDADE VERIFICADA. 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 a justificar a concessão da ordem, de ofício.*

2. É inviável a declaração da atipicidade da conduta do paciente pela prática do delito previsto no art. 28 da Lei n. 11.343/2006. Embora a constitucionalidade do referido artigo esteja afetada na Suprema Corte, diante do reconhecimento da repercussão geral (Tema 505), nos autos do Recuso Extraordinário n. 635.659/RG, ainda prevalece neste Superior Tribunal de Justiça o entendimento de que não houve a descriminalização do porte de drogas para uso próprio com a entrada em vigor da Lei n. 11.343/2006, mas mera despenalização, tendo em vista a previsão de penas alternativas para o infrator (HC n. 453.437/SP, Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, DJe 15/10/2018; HC 478.757/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 5/2/2019, DJe 11/2/2019).

3. ***As Turmas da Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, em recentes julgados, têm decido ser desproporcional o reconhecimento da agravante da reincidência decorrente de condenação anterior pelo delito do art. 28 da Lei n. 11.343/2006, uma vez que a infringência do referido dispositivo legal não acarreta a aplicação de pena privativa de liberdade e a sua constitucionalidade está sendo debatida no STF.***

4. Hipótese em que as instâncias ordinárias negaram o tráfico privilegiado, em razão unicamente da reincidência do réu pelo cometimento anterior do delito de posse de droga para uso próprio. Logo, não sendo significativa a quantidade de entorpecente apreendida e verificada a primariedade do réu, impõe-se a aplicação do redutor do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 no grau máximo.

[...]

7. Habeas corpus *não conhecido. Ordem concedida, de ofício, a fim de redimensionar a pena do paciente, tão somente em relação à Ação Penal n. 2011.01.1.236994-8, para 1 ano e 8 meses de reclusão, a ser cumprida em regime aberto, mais pagamento de 166 dias-multa, bem como para substituir a pena privativa de liberdade por medidas restritivas de direitos, a serem fixadas pelo Juízo das Execuções Criminais.*" (HC 535.785/DF, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 05/12/2019, DJe 16/12/2019; sem grifos no original.)

"*AGRAVO REGIMENTAL EM* HABEAS CORPUS. *TRÁFICO DE DROGAS (233,02 G DE MACONHA). NULIDADE.*

Edição nº 2883 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 02 de Abril de 2020 Publicação: Sexta-feira, 03 de Abril de 2020
Código de Controle do Documento: 9F1B0241-EC14-4814-B8FF-60B53BAC1AC1

RECEBIMENTO DA DENÚNCIA. PROLAÇÃO DE SENTENÇA. ALEGAÇÃO PREJUDICADA. PRECEDENTES. NULIDADE. SENTENÇA. ALEGAÇÃO DE CONDENAÇÃO FUNDAMENTADA EXCLUSIVAMENTE EM DEPOIMENTO DE DELATOR. NÃO COMPROVAÇÃO. NECESSIDADE DE REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. INVIABILIDADE. PRECEDENTES. DOSIMETRIA. SEGUNDA FASE. AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA. CONDENAÇÃO ANTERIOR. USO DE ENTORPECENTE. AGRAVANTE AFASTADA. PRECEDENTE. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO TRÁFICO PRIVILEGIADO. AFASTAMENTO. REINCIDÊNCIA. NOVA REALIDADE. APLICAÇÃO. FRAÇÃO 1/2. QUANTIDADE DE DROGAS. PRECEDENTE. PENA REDIMENSIONADA. REGIME INICIAL SEMIABERTO. SENTIDO INVERSO DA SÚMULA 440/STJ.

[...]

3. ***As Turmas da Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, em recentes julgados, têm decido ser desproporcional o reconhecimento da agravante da reincidência decorrente de condenação anterior pelo delito do art. 28 da Lei n. 11.343/2006 (HC n. 535.785/DF, Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, DJe 16/12/2019). Afastada a agravante da reincidência. Precedentes.***

4. A reincidência foi o único fundamento para não aplicar a causa de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, então, tendo sido afastada a agravante, de rigor a aplicação da redutora, na fração de 1/2, em razão da quantidade de entorpecente apreendido. Precedentes.

5. Fixado o regime inicial semiaberto, inteligência do sentido inverso do Enunciado n. 440 da Súmula do STJ.

6. Agravo regimental improvido. Ordem de habeas corpus *concedida de ofício para redimensionar a pena imposta ao agravante/paciente para 3 anos, 1 mês e 15 dias de reclusão, em regime inicial semiaberto, mais 312 dias-multa, referente à condenação prolatada na Ação Penal n. 0001918-79.2016.8.26.0066, da 1ª Vara Criminal da comarca de Barretos/SP*." (AgRg no HC 453.727/SP, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 18/02/2020, DJe 28/02/2020; sem grifos no original.)

Dessa forma, tendo em vista que a condenação utilizada para configurar a agravante da reincidência diz respeito ao delito previsto no art. 28 da Lei Antitóxicos, conforme fundamentação exposta acima, conclui-se que não está configurada, no caso, a reincidência.

Verifico, ainda, que, na hipótese, a parte Impetrante comprovou a existência de *periculum in mora*, pois o Paciente está preso "***há mais de 02 anos e 10 meses***, *cumprindo o lapso temporal de reincidente, deixando-o em um regime mais*

Edição nº 2883 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 02 de Abril de 2020 Publicação: Sexta-feira, 03 de Abril de 2020
Código de Controle do Documento: 9F1B0241-EC14-4814-B8FF-60B53BAC1AC1

gravoso (fechado) por mais tempo do que o correto pelo seu quadro jurídico" (fl. 4; sem grifos no original).

Passo ao redimensionamento da pena:

Na primeira fase da dosimetria, mantenho a pena-base acima do mínimo legal, conforme motivadamente fixada pelas instâncias ordinárias, em 6 (seis) anos de reclusão e 600 (seiscentos) dias-multa.

Na etapa intermediária, está presente a atenuante da confissão espontânea, razão pela qual a reprimenda retorna ao mínimo legal de 5 (cinco) anos de reclusão e 500 (quinhentos) dias-multa.

Na terceira e última fase, aplico a causa de aumento prevista no art. 40, inciso V, da Lei n.º 11.343/2006, na fração de 1/6 (um sexto), de modo que a pena privativa de liberdade do Paciente fica quantificada definitivamente em **5 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão e 550 (quinhentos e cinquenta) dias-multa**.

Considerada a existência de circunstância judicial desfavorável, que permitiu a fixação da pena-base acima do mínimo legal, o regime prisional fechado deve ser mantido.

Ante o exposto, DEFIRO EM PARTE o pedido liminar, apenas para afastar a reincidência em razão de condenação anterior pelo delito previsto no art. 28 da Lei n.º 11.343/2006 (posse de entorpecentes para consumo próprio) e, em consequência, redimensionar as penas do Paciente para 5 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão e 550 (quinhentos e cinquenta) dias-multa, mantido o regime inicial fechado.

Oficie-se, com urgência, ao Tribunal de Justiça do Estado São Paulo e ao Juízo de origem.

Encontrando-se os autos devidamente instruídos, dispenso as informações da Autoridade Impetrada.

Ouça-se o Ministério Público Federal.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília (DF), 1º de abril de 2020.

MINISTRA LAURITA VAZ
Relatora

Edição nº 2883 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 02 de Abril de 2020 Publicação: Sexta-feira, 03 de Abril de 2020
Código de Controle do Documento: 9F1B0241-EC14-4814-B8FF-60B53BAC1AC1