

HABEAS CORPUS Nº 519.012 - SC (2019/0189576-8)

RELATOR : MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ
IMPETRANTE : DAISY CRISTINE NEITZKE HEUER E OUTROS
ADVOGADOS : DAISY CRISTINE NEITZKE HEUER - SC014909
RICARDO ALEXANDRE DEUCHER - SC015796
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SANTA CATARINA
PACIENTE : ANDERSON BARROS DE MOURA (PRESO)
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SANTA CATARINA

DECISÃO

ANDERSON BARROS DE MOURA alega sofrer coação ilegal no seu direito a locomoção, em decorrência de acórdão prolatado pelo **Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina** na Apelação Criminal n. 0000499-58.2018.8.24.0050.

Depreende-se dos autos que o paciente foi condenado, em primeiro grau, a 7 anos e 1 mês de reclusão, em regime fechado, mais multa, pela prática do delito previsto no art. 33, *caput*, da Lei de Drogas.

O Tribunal de origem deu provimento ao recurso da defesa a fim de reajustar a pena do réu para 6 anos e 8 meses de reclusão, em regime semiaberto, mais multa.

Busca-se, por meio deste *writ*, seja: a) afastada a majoração da pena-base; b) aplicada em 2/3 a minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas; c) fixado o regime inicial aberto; d) determinada a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

Indeferida a liminar e, dispensadas as informações, o Ministério Público Federal opinou pela concessão da ordem.

Às fls. 111-160, a defesa pleiteia a reconsideração do indeferimento da liminar. Para tanto, argumenta que é portador de HIV e que faria jus à progressão ao regime aberto em dezembro de 2020. Entretanto, com a concessão deste *writ* poderia ter sua saída para o regime mais benéfico adiantada, nos termos da decisão do "juízo da 3ª Vara Criminal, [que] concedeu medida liminar em habeas corpus coletivo, possibilitando eventual progressão antecipada para aqueles que atingiriam benefício do aberto até

30/06/2020" (fl. 112).

Decido.

I. Pena-base

O Juiz sentenciante assim procedeu a dosimetria na primeira fase da pena-base (fls. 42-43, destaquei):

Primeira fase – circunstâncias judiciais (art. 59, CP e art. 42 e 43, Lei n.º 11.343/06): a) culpabilidade: trata-se do grau de censurabilidade da conduta (reprovabilidade), não se referindo à consciência da ilicitude. Neste sentido: "A consciência da ilicitude de sua conduta é pressuposto para a aplicação da pena, que não afeta a culpabilidade do agente". No caso concreto, a culpabilidade é normal à espécie; b) antecedentes: **o acusado possui maus antecedentes, pois já foi condenado pela prática do crime de porte de droga para consumo próprio, conforme reconheceu a própria defesa** (fl. 365, trecho com cor de fundo amarela e nota de rodapé de número 9); embora tenha transcorrido o período depurador (CP, art. 64) em relação à condenação em questão, tal fato impede apenas o reconhecimento da reincidência, mas configura maus antecedentes, como vem decidindo o Supremo Tribunal Federal (RE 901145 AgR, Relator(a): Min. ALEXANDRE DE MORAES, Primeira Turma, julgado em 26/10/2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-237 DIVULG 07-11-2018 PUBLIC 08-11-2018) e o TJSC (Apelação Criminal n. 0000739-55.2018.8.24.0015, de Canoinhas, rel. Des. Carlos Alberto Civinski, Primeira Câmara Criminal, j. 29-11-2018). c) conduta social do agente: não há elementos nos autos para análise da conduta social; d) personalidade: não há elementos para análise da personalidade do réu; e) circunstâncias do crime não são dignas de nota; f) não há que se falar em comportamento da vítima na espécie; g) natureza e quantidade da substância apreendida: a droga apreendida com o acusado foi maconha, pesando aproximadamente 1,763,3g, quantidade que certamente uma das maiores apreensões na cidade no ano de 2018.

O Tribunal de origem redimensionou a pena-base do paciente nos seguintes termos (fls. 86-90):

Não se desconhece a existência de julgados do Superior Tribunal de Justiça acerca da impossibilidade, contudo, enquanto não houver pacificação da matéria, esta relatoria segue o entendimento predominante nesta Corte de Justiça acerca da possibilidade do uso de condenação pelo crime previsto no art. 28 da Lei de Drogas, tanto para maus antecedentes como para a reincidência.

Assim sendo, nega-se provimento ao pleito.

Outrossim, o aumento da pena-base em razão da quantidade de entorpecentes apreendidos - cerca de 1,764 kg de maconha -, foi adequadamente fundamentado, de acordo com o previsto no artigo 42, da Lei n. 11.343/2006, e, além disso, friso que não houve, e não há, ocorrência de *bis in idem* com outras fases da dosimetria.

[...]

Em relação ao *quantum* de aumento, no entanto, apesar de estar devidamente fundamentado, este Colegiado, por deliberação, entendeu que as circunstâncias do caso concreto, isto é, natureza e quantidade dos entorpecentes, não justificam o patamar aplicado pelo sentenciante - 1/4 (um quarto). Deste modo, a fração de aumento em face da circunstância judicial do artigo 42, da Lei n. 11.343/2006 deve ser exasperada em 1/6 (um sexto).

[...]

Considerando que na primeira fase foram sopesadas duas circunstâncias judiciais negativas, quais sejam: os maus antecedentes e àquela prevista no artigo 42, da Lei n. 11.343/2006, agora, ambas no importe de 1/6 (um sexto), a pena-base deve ser estabelecida em 06 (seis) anos e 08 (oito) meses de reclusão, e o pagamento de 666 (seiscentos e sessenta e seis) dias-multa, mantidos no valor de 1/15 do salário mínimo vigente à época dos fatos, fixado na sentença.

Pela leitura do trecho transcrito, observo que a pena-base do réu foi aumentada em razão da quantidade de droga apreendida e pelos maus antecedentes.

Quanto à quantidade de drogas apreendidas, observo que foram apreendidas em poder do paciente **1,763 kg de maconha**. Logo, observo que a instância ordinária mencionou fundamentos idôneos justificar o aumento da pena-base e atuou, justamente, em **consonância com o disposto no art. 42 da Lei n. 11.343/2006**, de modo que não há que falar

em ilegalidade nesse ponto.

Por sua vez, a conclusão de que o paciente seria possuidor de maus antecedentes decorreu do fato de ele ostentar condenação anterior relativa à prática da conduta descrita no **art. 28 da Lei de Drogas**.

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 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).

Diante de tais considerações, reconheço o constrangimento ilegal a ser sanado e reduzo a pena-base do paciente para 5 anos e 10 meses de reclusão mais pagamento de 583 dias-multa. Ressalto que estou mantendo a mesma proporção de aumento procedido pelo Tribunal de origem (1/6).

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 Magistrado entendeu inviável a incidência da minorante em questão, nos seguintes termos (fl. 41):

No caso em análise, a aplicação do benefício é inviável, pois o acusado não preenche os requisitos legais, já que é portador de maus antecedentes, já que foi condenado pela prática de porte de drogas para consumo próprio por sentença transitada em julgado em 28/09/2009, conforme documentos de fls. 348/350 e reconhecimento da defesa em alegações finais (fl. 365, trecho com cor de fundo amarela e nota de rodapé de número 9).

No entanto, **uma vez afastados os maus antecedentes do paciente**, nos termos em que expostos anteriormente, **devem os autos retornar ao Juiz de primeiro grau** 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 **Rogério Schietti**, monoc., DJe 25/6/2019.

III. Regime e substituição da pena

Em relação à pretendida imposição de regime inicial mais brando de cumprimento de pena, entendo que caberá ao Magistrado, 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 acusado não possui maus antecedentes; c) 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 os maus antecedentes e fixar a pena-base do réu em 5 anos e 10 meses de reclusão mais pagamento 583 dias-multa.

b) determinar o retorno dos autos ao Juiz de primeiro grau, 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;

c) 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.

Julgado o mérito deste *mandamus*, fica **prejudicada** a análise do pedido de reconsideração de fls. 111-160.

Comunique-se, com urgência.

Brasília (DF), 03 de abril de 2020.

Ministro **ROGERIO SCHIETTI CRUZ**