HABEAS CORPUS Nº 469.705 - MS (2018/0242674-8)

RELATORA	**:**	**MINISTRA LAURITA VAZ**
IMPETRANTE	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
ADVOGADO	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
IMPETRADO	:	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
PACIENTE	:	MAURO ESCOBAR DOS SANTOS

EMENTA

HABEAS CORPUS. DIREITO PENAL. FURTO QUALIFICADO. DOSIMETRIA DA PENA. CONDENAÇÃO TRANSITADA EM JULGADO POR POSSE DE DROGAS PARA CONSUMO PRÓPRIO (art. 28 da lei n.º 11.343/2006). REINCIDÊNCIA NÃO CONFIGURADA. DESPROPORCIONALIDADE. REDUÇÃO DA PENA. FIXAÇÃO DO REGIME INICIAL SEMIABERTO. ORDEM DE *HABEAS CORPUS* PARCIALMENTE CONCEDIDA.

1. No RE n.º 430.105/RJ, o Supremo Tribunal Federal consignou a natureza criminal da conduta tipificada no art. 28 da Lei n.º 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.

2. A existência de circunstância judicial desfavorável (maus antecedentes) autoriza o agravamento do regime prisional, nos termos do art. 33, § 3.º, c.c. art. 59 do Código Penal.

3. Ordem de *habeas corpus* parcialmente concedida, para o fim de reduzir a pena privativa de liberdade para 3 anos de reclusão, em regime inicial semiaberto.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conceder parcialmente a ordem, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Os Srs. Ministros Rogerio Schietti Cruz, Nefi Cordeiro e Antonio Saldanha Palheiro votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Sebastião Reis Júnior.

Brasília (DF), 04 de dezembro de 2018 (Data do Julgamento)

MINISTRA LAURITA VAZ
Relatora

HABEAS CORPUS Nº 469.705 - MS (2018/0242674-8)

IMPETRANTE	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
ADVOGADO	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
IMPETRADO	:	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
PACIENTE	:	MAURO ESCOBAR DOS SANTOS

RELATÓRIO

A EXMA. SRA. MINISTRA LAURITA VAZ:

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de MAURO ESCOBAR DOS SANTOS contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul na Apelação Criminal n.º 0003156-12.2012.8.12.0019.

Consta dos autos que o Paciente foi condenado à pena privativa de liberdade de 3 (três) anos de reclusão, em regime aberto, substituída por duas restritivas de direito, como incurso no art. 155, § 4.º, inciso I, do Código Penal, por ter subtraído uma bicicleta, um paletó, um par de sapatos e uma calça, após quebrar a janela de estabelecimento comercial.

O Tribunal de origem deu parcial provimento ao apelo defensivo e integral provimento ao apelo ministerial, a fim de, por um lado, reduzir o aumento da pena-base e, por outro, reconhecer a **reincidência** do Paciente. Por conseguinte, exasperou a pena definitiva para **3 (três) anos e 8 (oito) meses de reclusão, em regime inicial fechado**.

No presente *writ*, a Defensoria Pública argumenta ser indevido o reconhecimento da agravante de reincidência, tendo em vista que a condenação considerada para tanto refere-se ao delito de uso pessoal de entorpecentes (art. 28 da Lei n.º 11.343/2006).

Salienta que, ainda que seja mantida a mencionada agravante, deve ser fixado o regime inicial aberto, nos termos da Súmula n.º 718 do Supremo Tribunal Federal.

Requer seja restabelecida a sentença proferida em primeira instância.

O pedido liminar foi indeferido, em decisão de minha lavra (fls. 259-262).

Informações às fls. 268-276.

O Ministério Público Federal opinou pela **concessão *ex officio* da ordem** (fls. 278-283).

É o relatório.

HABEAS CORPUS Nº 469.705 - MS (2018/0242674-8)

EMENTA

HABEAS CORPUS. DIREITO PENAL. FURTO QUALIFICADO. DOSIMETRIA DA PENA. CONDENAÇÃO TRANSITADA EM JULGADO POR POSSE DE DROGAS PARA CONSUMO PRÓPRIO (art. 28 da lei n.º 11.343/2006). REINCIDÊNCIA NÃO CONFIGURADA. DESPROPORCIONALIDADE. REDUÇÃO DA PENA. FIXAÇÃO DO REGIME INICIAL SEMIABERTO. ORDEM DE *HABEAS CORPUS* PARCIALMENTE CONCEDIDA.

1. No RE n.º 430.105/RJ, o Supremo Tribunal Federal consignou a natureza criminal da conduta tipificada no art. 28 da Lei n.º 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.

2. A existência de circunstância judicial desfavorável (maus antecedentes) autoriza o agravamento do regime prisional, nos termos do art. 33, § 3.º, c.c. art. 59 do Código Penal.

3. Ordem de *habeas corpus* parcialmente concedida, para o fim de reduzir a pena privativa de liberdade para 3 anos de reclusão, em regime inicial semiaberto.

VOTO

A EXMA. SRA. MINISTRA LAURITA VAZ (RELATORA):

Na hipótese dos autos, o Paciente foi condenado, em primeiro grau de jurisdição, à pena privativa de liberdade de 3 (três) anos de reclusão, em regime inicial aberto, substituída por duas restritivas de direitos, por infração ao art. 155, § 4.º, inciso I, do Código Penal, por ter subtraído uma bicicleta, um paletó, um par de sapatos e uma calça, após quebrar a janela de estabelecimento comercial.

Ao examinar o recurso de apelação do Ministério Público, o Tribunal local reconheceu a existência de duas condenações anteriores transitadas em julgado, nos seguintes termos:

"Razão socorre ao pleito ministerial pois, consoante se verifica da certidão de antecedentes criminais a f. 98-1072, afora os inúmeros processos em andamento, o recorrente possui duas condenações anteriores transitadas em julgado, a saber: 1) autos nº 0002596-51.2004, condenado

pela prática do crime previsto no art. 12, caput, da Lei 6.368/76, à pena de 3 anos, em regime fechado, cuja punibilidade foi extinta, com data do trânsito em julgado em 23/01/2008; 2) autos nº 0000997-72.2007, condenado pela prática do crime previsto no art. 28, II, da Lei 11.343/2006, à pena de 3 meses de prisão simples, com concessão de sursis, com data do trânsito em julgado em 27/08/2010.

***Denota-se da sentença (f. 130-132) que o primeiro registro foi utilizado, de forma acertada, para configurar maus antecedentes**, porquanto o delito aqui tratado foi cometido em data de 31/05/2012, quando sequer havia decorrido o período depurador previsto pelo inciso I do artigo 64 do Código Penal, **nada se falando, contudo, acerca do outro crime, referente à posse de substância entorpecente para consumo pessoal (artigo 28 da Lei 11.343/2006), razão da irresignação ministerial**.*

Pois bem. Com o advento da Lei 11.343/2006, houve a revogação expressa da lei 6.368/1976, que tipificava e apenava a conduta de 'adquirir, guardar consigo, para uso próprio, substância entorpecente...', em cujo preceito secundário era prevista uma pena de detenção de 6 meses a 2 anos, cumulada com a pena de multa. Ou seja, pela revogada lei esse crime era punido com pena de restrição à liberdade.

Contudo, na atual Lei em vigência (Lei 11.343/2006), a conduta de compra e porte de drogas para consumo próprio não é mais penalizada com pena privativa de liberdade, prevendo o artigo 28, de referido comando legal, que o uso pessoal de substâncias entorpecentes será penalizado com: '(...) I- advertência sobre os efeitos das drogas; II- prestação de serviços à comunidade; III- medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo'.

Em que pese a despenalização de tal conduta, de acordo com o Supremo Tribunal Federal, o porte de drogas para consumo continua a ser crime 'o que houve foi uma despenalização, cujo traço marcante foi o rompimento - antes existente apenas com relação às pessoas jurídicas e, ainda assim, por uma impossibilidade material de execução (CF/88, art. 225, § 3º); Lei 9.605/98, arts. 3º; 21/24) - da tradição da imposição de penas privativas de liberdade como sanção principal ou substitutiva de toda infração penal.' (RE 430.105 QO, Relator (a): Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Primeira Turma, julgado em 13/02/2007, DJe-004 DIVULG 26-04-2007 PUBLIC 27-04-2007 DJ 27-04-2007 PP-00069 EMENT VOL-02273-04 PP-00729 RB v. 19, n. 523, 2007, p. 17-21 RT v. 96, n. 863, 2007, p. 516-523).

*De tal forma, **ao não cominar pena privativa da liberdade, o art. 28 não implicou** **abolitio criminis**, **mas simples despenalização, razão pela qual a prática da conduta prevista em referida norma gera reincidência**."*

Como consequência do reconhecimento da reincidência, a pena do Paciente foi exasperada para 3 (três) anos e 8 (oito) meses de reclusão, em regime inicial fechado.

O acórdão impugnado, todavia, merece reparo.

No RE n.º 430.105/RJ, o Supremo Tribunal Federal consignou a natureza criminal

da conduta tipificada no art. 28 da Lei n.º 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".

Nesse sentido, cito precedentes recentes da Quinta e Sexta Turmas:

> "HABEAS CORPUS *SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. ABSOLVIÇÃO OU DESCLASSIFICAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. EXAME DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO INCABÍVEL NA VIA ELEITA. CONDENAÇÃO ANTERIOR PELO CRIME DO ARTIGO 28 DA LEI DE DROGAS. REINCIDÊNCIA. DESPROPORCIONALIDADE. PEDIDO DE APLICAÇÃO DA MINORANTE PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI 11.343/2006. POSSIBILIDADE. PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS. REGIME ABERTO E SUBSTITUIÇÃO DA PENA. VIABILIDADE. PENA INFERIOR A 4 ANOS E CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.*
>
> *1. O Superior Tribunal de Justiça, seguindo entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal, passou a não admitir o conhecimento de habeas corpus substitutivo de recurso previsto para a espécie. No entanto, deve-se analisar o pedido formulado na inicial, tendo em vista a possibilidade de se conceder a ordem de ofício, em razão da existência de eventual coação ilegal.*
>
> *2. As pretensões de absolvição por insuficiência de provas e de desclassificação do delito de tráfico para o delito do art. 28 da Lei n. 11.340/2006, não podem ser apreciadas por esta Corte Superior de Justiça, na via estreita do habeas corpus, por demandar o exame aprofundado do conjunto fático-probatório dos autos. Precedentes.*
>
> *3. 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, em outras palavras, 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, em tese, reincidência.*
>
> ***4. Contudo, 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.***

5. Nesse sentido, a Sexta Turma deste Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do REsp n. 1.672.654/SP, da relatoria da Ministra MARIA THEREZA, julgado em 21/8/2018, proferiu julgado considerando desproporcional o reconhecimento da reincidência por condenação pelo delito anterior do art. 28 da Lei n. 11.343/2006. 6. Para aplicação da causa de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, o condenado deve preencher, cumulativamente, todos os requisitos legais, quais sejam, ser primário, de bons antecedentes, não se dedicar a atividades criminosas nem integrar organização criminosa, podendo a reprimenda ser reduzida de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços), a depender das circunstâncias do caso concreto. No caso, tendo em vista que a reincidência foi o único fundamento para não aplicar a benesse e tendo sido afastada a agravante, de rigor a aplicação da redutora.

7. Quanto ao regime e a substituição, tratando-se de réu primário, condenado à pena privativa de liberdade inferior a 4 anos de reclusão, com a análise favorável das circunstâncias judiciais, além da não expressiva quantidade de droga - 7,2 g de crack -, o paciente faz jus ao regime aberto, a teor do disposto no art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal, assim como resulta cabível a conversão da pena privativa de liberdade por medidas restritivas de direitos, a serem definidas pelo Juízo das Execuções Criminais.

8. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para conceder a ordem para redimensionar a pena do paciente, fixar o regime aberto e substituir a pena privativa de liberdade por restritiva de direitos." (HC 453.437/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 04/10/2018, DJe 15/10/2018.)

"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.)

Afastada a reincidência, retornam as penas definitivas do Paciente ao patamar de 3 anos de reclusão e 16 dias-multa.

Não obstante a Defesa pleiteie a fixação do regime aberto, pesa em desfavor do réu uma circunstância judicial (maus antecedentes), reconhecida em ambas as instâncias ordinárias. Sendo assim, deve ser estabelecido o regime inicial semiaberto, nos termos do art. 33, § 3.º, c.c. art. 59 do Código Penal, vedada a substituição por pena restritiva de direitos, ante o não preenchimento do requisito do art. 44, inciso III, do CP.

Com a mesma conclusão, o Ministério Público Federal (fl. 283):

> *"Adotando-se, na espécie, a nova posição desse eg. STJ, não deve haver aumento da pena na segunda fase da dosimetria, por conta da reincidência, resultando a pena final em 3 anos de reclusão.*
>
> *Assim, tendo em vista que a pena-base foi fixada acima do mínimo legal, o paciente deverá iniciar o cumprimento da sanção no regime semiaberto, a teor da leitura a contrario sensu da súmula 440/STJ."*

Ante o exposto, CONCEDO PARCIALMENTE A ORDEM de *habeas corpus*, para reduzir as penas do Paciente para 3 (três) anos de reclusão, em regime inicial semiaberto, e 16 (dezesseis) dias-multa.

É o voto.

CERTIDÃO DE JULGAMENTO
SEXTA TURMA

Número Registro: 2018/0242674-8 **PROCESSO ELETRÔNICO** **HC 469.705 / MS**
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00026191620128120019 00031561220128120019 082016001210239 26191620128120019 31561220128120019 82016001210239

EM MESA JULGADO: 04/12/2018

Relatora
Exma. Sra. Ministra **LAURITA VAZ**

Presidente da Sessão
Exmo. Sr. Ministro NEFI CORDEIRO

Subprocurador-Geral da República
Exmo. Sr. Dr. JOSE ADONIS CALLOU DE ARAUJO SA

Secretário
Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
ADVOGADO	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
IMPETRADO	:	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
PACIENTE	:	MAURO ESCOBAR DOS SANTOS

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes contra o Patrimônio - Furto Qualificado

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia SEXTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

A Sexta Turma, por unanimidade, concedeu parcialmente a ordem, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora.

Os Srs. Ministros Rogerio Schietti Cruz, Nefi Cordeiro e Antonio Saldanha Palheiro votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Sebastião Reis Júnior.