



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 232.130 - SP (2012/0018477-9)

RELATORA : MINISTRA LAURITA VAZ
IMPETRANTE : BRUNO HADDAD GALVÃO - DEFENSOR PÚBLICO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : EDIPO HENRIQUE POSSARI

EMENTA

HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. REINCIDÊNCIA GENÉRICA. CARACTERIZAÇÃO. MINORANTE DO ART. 33, § 4.º, DA LEI N.º 11.343/2006. IMPOSSIBILIDADE. ORDEM DE *HABEAS CORPUS* DENEGADA.

1. No caso, o Paciente foi condenado como incurso no art. 33, *caput*, da Lei n.º 11.343/06, às penas de 05 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão, em regime inicial fechado, e 583 (quinhentos e oitenta e três) dias-multa, porque, no dia 17/11/2009, trazia consigo 67 (sessenta e sete) porções de "crack", pesando 22,200g (vinte e dois gramas e duzentos miligramas).

2. O Plenário do Supremo Tribunal Federal manifestou-se acerca da situação jurídica do crime previsto no art. 16 da Lei n.º 6.368/76, em face do art. 28 da Lei n.º 11.343/2006, e rejeitou a tese de *abolitio criminis* ou de infração penal *sui generis*, para afirmar a natureza de crime da conduta do usuário de drogas, muito embora despenalizado (RE 430.105 QO/RJ, Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, DJe de 26/04/2007). Sendo assim, não há ilegalidade na sua utilização para aplicação da agravante genérica da reincidência.

3. São condições para que o condenado faça jus à causa de diminuição de pena prevista no § 4.º, do artigo 33, da Lei n.º 11.343/06: ser primário, ter bons antecedentes e não se dedicar a atividades criminosas ou integrar organizações criminosas. Tais requisitos precisam ser preenchidos conjuntamente; à míngua de qualquer uma dessas condições – como no caso, em que o Paciente é reincidente –, não é legítimo reclamar a aplicação da minorante.

4. Ordem de *habeas corpus* denegada.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da QUINTA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, denegar a ordem. Os Srs. Ministros Jorge Mussi, Marco Aurélio Bellizze, Campos Marques (Desembargador convocado do TJ/PR) e Marilza Maynard (Desembargadora convocada do TJ/SE) votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Brasília (DF), 02 de abril de 2013 (Data do Julgamento)

MINISTRA LAURITA VAZ

Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 232.130 - SP (2012/0018477-9)

IMPETRANTE : BRUNO HADDAD GALVÃO - DEFENSOR PÚBLICO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : EDIPO HENRIQUE POSSARI

RELATÓRIO

A EXMA. SRA. MINISTRA LAURITA VAZ:

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de EDIPO HENRIQUE POSSARI – preso em flagrante, em 17/11/2009, e posteriormente denunciado como incurso no art. 33, *caput*, da Lei n.º 11.343/06 –, em face de acórdão proferido pelo Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, na Apelação Criminal n.º 0068269-03.2009.8.26.0576.

Consta dos autos que o Paciente foi condenado às penas de 05 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão, em regime inicial fechado, e 583 (quinhentos e oitenta e três) dias-multa, porque, no dia 17/11/2009, trazia consigo 67 (sessenta e sete) porções de "crack", pesando 22,200g (vinte e dois gramas e duzentos miligramas), sendo-lhe negado o direito de recorrer em liberdade. Irresignado, interpôs apelação no Tribunal *a quo*, que negou provimento ao recurso.

Alega a Defesa, em síntese, que o Paciente sofre constrangimento ilegal decorrente do reconhecimento da reincidência, em razão de condenação anterior por porte de drogas para consumo pessoal.

Sustenta que a minorante do art. 33, § 4.º, da Lei de Drogas deve ser aplicada, pois o Paciente preencheria os requisitos legais necessários.

Requer, liminarmente, que o Paciente seja colocado em liberdade.

No mérito, pede a aplicação da causa de diminuição prevista no art. 33, § 3.º, da Lei n.º 11.343/2006 e o afastamento da reincidência. Em consequência, a fixação do regime aberto e a substituição da pena privativa de liberdade por sanção restritiva de direitos ou a concessão de *sursis*.

O pedido liminar foi indeferido nos termos da decisão de fls. 47/48.

Por estarem os autos devidamente instruídos, as informações foram dispensadas.

O Ministério Público Federal manifestou-se às fls. 55/59, opinando pelo conhecimento parcial do *habeas corpus* e, na parte conhecida, pela denegação da ordem.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 232.130 - SP (2012/0018477-9)

EMENTA

HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. REINCIDÊNCIA GENÉRICA. CARACTERIZAÇÃO. MINORANTE DO ART. 33, § 4.º, DA LEI N.º 11.343/2006. IMPOSSIBILIDADE. ORDEM DE *HABEAS CORPUS* DENEGADA.

1. No caso, o Paciente foi condenado como incurso no art. 33, *caput*, da Lei n.º 11.343/06, às penas de 05 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão, em regime inicial fechado, e 583 (quinhentos e oitenta e três) dias-multa, porque, no dia 17/11/2009, trazia consigo 67 (sessenta e sete) porções de "crack", pesando 22,200g (vinte e dois gramas e duzentos miligramas).

2. O Plenário do Supremo Tribunal Federal manifestou-se acerca da situação jurídica do crime previsto no art. 16 da Lei n.º 6.368/76, em face do art. 28 da Lei n.º 11.343/2006, e rejeitou a tese de *abolitio criminis* ou de infração penal *sui generis*, para afirmar a natureza de crime da conduta do usuário de drogas, muito embora despenalizado (RE 430.105 QO/RJ, Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, DJe de 26/04/2007). Sendo assim, não há ilegalidade na sua utilização para aplicação da agravante genérica da reincidência.

3. São condições para que o condenado faça jus à causa de diminuição de pena prevista no § 4.º, do artigo 33, da Lei n.º 11.343/06: ser primário, ter bons antecedentes e não se dedicar a atividades criminosas ou integrar organizações criminosas. Tais requisitos precisam ser preenchidos conjuntamente; à míngua de qualquer uma dessas condições – como no caso, em que o Paciente é reincidente –, não é legítimo reclamar a aplicação da minorante.

4. Ordem de *habeas corpus* denegada.

VOTO

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

Consta dos autos que o Paciente foi condenado como incurso no art. 33, *caput*, da Lei n.º 11.343/06, às penas de 05 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão, em regime inicial fechado, e 583 (quinhentos e oitenta e três) dias-multa, porque, no dia 17/11/2009, trazia consigo 67 (sessenta e sete) porções de "crack", pesando 22,200g (vinte e dois gramas e duzentos miligramas), sendo-lhe negado o direito de recorrer em liberdade.

Irresignada, a Defesa interpôs apelação no Tribunal *a quo*, que negou provimento ao recurso, sob os seguintes fundamentos, *in verbis*:

"[...]"

Vê-se, portanto, que a excessiva quantidade de droga apreendida (67 pedras de crack), aliada às demais circunstâncias, dão a certeza da prática do delito tipificado no art. 33, caput, da Lei nº 11.343/06, tornando impossível o decreto absolutório, bem como, a pretendida desclassificação.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Alias, vale dizer, o réu sequer alegou que as drogas eram para seu próprio consumo. Ao contrário, negou que estivesse em posse das mesmas, as quais foram "plantadas" pelo policial Marcelo (fls. 63).

[...]

Outrossim, a condenação anterior sofrida pelo apelante por infração ao disposto no art. 28, da Lei de Entorpecentes (fls. 57) caracteriza, in casu, a reincidência, uma vez que a Lei nº 11.343/06 despenalizou e não descriminalizou a conduta de portar substâncias entorpecentes para uso próprio.

[...]

*Ao contrário do alegado pelo combativo defensor, "A reincidência, além de agravar a pena, produz outros efeitos previstos em lei, dentre eles a não aplicação da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06. Inexistência de *bis in idem*" (STJ - HC 158716/SP - Ministro OG FERNANDES - DJ 16.05.2011).*

Desta forma, as penas foram corretamente aplicadas, bem como, o regime inicial fechado, desmerecendo reparos.

Isto posto, nega-se provimento ao recurso" (fls. 38).

Pede o Impetrante a aplicação da causa de diminuição prevista no art. 33, § 3.º, da Lei n.º 11.343/2006 e o afastamento da reincidência.

De início, quanto à alegação de que a agravante da reincidência deve ser afastada, cumpre anotar que, com o advento da Lei n.º 11.343, de 23 de agosto de 2006, surgiram acirrados debates na doutrina e nos tribunais acerca da situação jurídica do crime previsto no art. 16 da Lei n.º 6.368/76, em face do art. 28 da novel legislação, seu correspondente sem imposição de pena privativa de liberdade.

Contudo, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, em sessão realizada em 13/02/2007, por ocasião do julgamento de Questão de Ordem suscitada nos autos do RE 430.105 QO/RJ, Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, manifestou-se a respeito do tema, rejeitando a tese de *abolitio criminis* ou de infração penal *sui generis*, para afirmar a natureza de crime da conduta do usuário de drogas, muito embora despenalizado.

A propósito, o julgado teve a seguinte ementa:

"EMENTA:I. Posse de droga para consumo pessoal: (art. 28 da L. 11.343/06 - nova lei de drogas): natureza jurídica de crime. 1. O art. 1º da LICP - que se limita a estabelecer um critério que permite distinguir quando se está diante de um crime ou de uma contravenção - não obsta a que lei ordinária superveniente adote outros critérios gerais de distinção, ou estabeleça para determinado crime - como o fez o art. 28 da L. 11.343/06 - pena diversa da privação ou restrição da liberdade, a qual constitui somente uma das opções constitucionais passíveis de adoção pela lei incriminadora (CF/88, art. 5º, XLVI e XLVII). 2. Não se pode, na interpretação da L. 11.343/06, partir de um pressuposto despreço do



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

legislador pelo 'rigor técnico', que o teria levado inadvertidamente a incluir as infrações relativas ao usuário de drogas em um capítulo denominado 'Dos Crimes e das Penas', só a ele referentes. (L. 11.343/06, Título III, Capítulo III, arts. 27/30). 3. Ao uso da expressão 'reincidência', também não se pode emprestar um sentido 'popular', especialmente porque, em linha de princípio, somente disposição expressa em contrário na L. 11.343/06 afastaria a regra geral do C. Penal (C.Penal, art. 12). 4. Soma-se a tudo a previsão, como regra geral, ao processo de infrações atribuídas ao usuário de drogas, do rito estabelecido para os crimes de menor potencial ofensivo, possibilitando até mesmo a proposta de aplicação imediata da pena de que trata o art. 76 da L. 9.099/95 (art. 48, §§ 1º e 5º), bem como a disciplina da prescrição segundo as regras do art. 107 e seguintes do C. Penal (L. 11.343, art. 30). 6. Ocorrência, pois, de 'despenalização', entendida como exclusão, para o tipo, das penas privativas de liberdade. 7. Questão de ordem resolvida no sentido de que a L. 11.343/06 não implicou abolição criminis (C.Penal, art. 107). II. Prescrição: consumação, à vista do art. 30 da L. 11.343/06, pelo decurso de mais de 2 anos dos fatos, sem qualquer causa interruptiva. III. Recurso extraordinário julgado prejudicado." (DJe de 26/04/2007)

Sendo assim, não há ilegalidade na sua utilização para aplicação da agravante genérica da reincidência.

No tocante à tese de que na hipótese deveria ter sido aplicada a causa de diminuição da pena prevista no § 4.º, do art. 33, da Lei n.º 11.343/06, sorte também não assiste ao Impetrante.

Ora, são condições para que o Condenado faça jus à referida causa de diminuição de pena: ser primário, ter bons antecedentes e não se dedicar a atividades criminosas ou integrar organizações criminosas. Esses requisitos precisam ser preenchidos conjuntamente.

Portanto, se não estão preenchidos conjuntamente todos os requisitos legais – como no caso, em que o Paciente é reincidente –, não é legítimo reclamar a aplicação da causa de diminuição de pena inserta no § 4.º do art. 33 da Lei 11.343/2006.

Por oportuno, transcrevo as seguintes ementas:

"HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI 11.343/2006. PRETENDIDA APLICAÇÃO. AGENTE REINCENTE E DEDICAÇÃO A ATIVIDADE CRIMINOSA. AUSÊNCIA DE PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS LEGALMENTE EXIGIDOS. ALEGAÇÃO DE DUPLA PUNIÇÃO PELO MESMO FATO. INOCORRÊNCIA. CUMPRIMENTO DOS EFEITOS PRÓPRIOS DO INSTITUTO DA REINCENTÊNCIA. COAÇÃO ILEGAL INEXISTENTE.

1. Constatando-se a ocorrência da reincidência, ausente ilegalidade na não aplicação da causa especial de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/06, haja vista o não preenchimento



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

de exigência determinada nesta regra, qual seja, ser o agente primário.

[...]

2. Ordem denegada, julgando-se prejudicado o pedido no tocante à imposição de regime diverso do fechado para o início do resgate da sanção." (HC 242.769/SP, Rel. Min. JORGE MUSSI, QUINTA TURMA DJe de 21/09/2012.)

"HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. DEDICAÇÃO A ATIVIDADES CRIMINOSAS E REINCIDÊNCIA. AFASTAMENTO DA APLICAÇÃO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/06. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. INEXISTÊNCIA. MODIFICAÇÃO DE REGIME PRISIONAL E DEFERIMENTO DE SUBSTITUIÇÃO POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. INVIABILIDADE.

[...]

4. A reincidência, uma vez reconhecida, pode ser utilizada como fundamento para afastar a causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06. Da mesma forma, não há que se falar em bis in idem na sua consideração como critério para exasperação da pena, pois se tratam de efeitos diversos dados a esse instituto, considerados em etapas distintas da fixação da pena. Precedentes.

5. Em decorrência da não aplicação da referida minorante, a sanção fica mantida em patamar superior a 4 (quatro) anos, o que inviabiliza o deferimento da substituição da sanção corporal por restritivas de direitos (art. 44, I, do Código Penal).

6. A pena imposta e a reincidência do paciente, conduzem à necessidade de manutenção do regime prisional fechado para o início da expiação.

7. Ordem denegada." (HC 237.214/SP, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEXTA TURMA, julgado em 18/06/2012, DJe 29/06/2012.)

Ante o exposto, DENEGO a ordem de habeas corpus.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2012/0018477-9

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 232.130 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 22732009 682690320098260576 990101726297

EM MESA

JULGADO: 02/04/2013

Relatora

Exma. Sra. Ministra **LAURITA VAZ**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **MARCO AURÉLIO BELLIZZE**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **JOSÉ BONIFÁCIO BORGES DE ANDRADA**

Secretário

Bel. **LAURO ROCHA REIS**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : BRUNO HADDAD GALVÃO - DEFENSOR PÚBLICO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : EDIPO HENRIQUE POSSARI

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes Previstos na Legislação Extravagante - Crimes de Tráfico Ilícito e
Uso Indevido de Drogas

CERTIDÃO

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

"A Turma, por unanimidade, denegou a ordem."

Os Srs. Ministros Jorge Mussi, Marco Aurélio Bellizze, Campos Marques (Desembargador convocado do TJ/PR) e Marilza Maynard (Desembargadora convocado do TJ/SE) votaram com a Sra. Ministra Relatora.