



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 373.714 - SP (2016/0261438-3)

RELATOR : **MINISTRO FELIX FISCHER**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : TADEU JOSÉ MIGOTO FILHO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : EDSON RAMOS DA CRUZ

EMENTA

EXECUÇÃO PENAL. **HABEAS CORPUS** SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. LIVRAMENTO CONDICIONAL. REVOGAÇÃO. CONDENAÇÃO SUPERVENIENTE PELA CONDUTA DE PORTE DE DROGA PARA USO PRÓPRIO, PRATICADA NO CURSO DO PERÍODO DE PROVA. NATUREZA JURÍDICA DE CRIME. FALTA DISCIPLINAR GRAVE CONFIGURADA. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. **HABEAS CORPUS** NÃO CONHECIDO.

I - Não mais se admite, perfilhando o entendimento do col. Pretório Excelso e da eg. Terceira Seção deste Superior Tribunal de Justiça, a utilização de **habeas corpus** substitutivo quando cabível o recurso próprio, situação que implica o não-conhecimento da impetração. Contudo, no caso de se verificar configurada flagrante ilegalidade, recomenda a jurisprudência a concessão da ordem, de ofício.

II - "*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)*" (HC n. 245.581/SP, **Quinta Turma**, Rel.^a. Min.^a. **Laurita Vaz**, DJe de 26/3/2014).

III - Não há ilegalidade a coartar, na utilização de condenação, pela prática, no curso do período de prova, do delito de porte de entorpecentes para uso próprio, para revogar o benefício do livramento condicional, nos termos do preceito do art. 86, inciso I, do Código Penal, tendo havido, como houve, no caso, a suspensão cautelar do benefício, ainda na sua vigência.

IV - "*O Superior Tribunal de Justiça tem entendimento pacificado no sentido de que a prática de crime descrito no art. 28 da Lei 11.343/2006, apesar de não mais cominar pena privativa de liberdade, constitui falta grave, apta a autorizar a regressão de regime*" (HC n. 220.413/MG, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Marco Aurélio Bellizze**, DJe de 1º/7/2013).

Habeas corpus não conhecido.

ACÓRDÃO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, não conhecer do pedido.

Os Srs. Ministros Jorge Mussi, Reynaldo Soares da Fonseca, Ribeiro Dantas e Joel Ilan Paciornik votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 16 de fevereiro de 2017 (Data do Julgamento).

Ministro Felix Fischer

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 373.714 - SP (2016/0261438-3)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO FELIX FISCHER: Trata-se de **habeas corpus** substitutivo de recurso especial, com pedido liminar, impetrado pela **Defensoria Pública do Estado de São Paulo**, em benefício de EDSON RAMOS DA CRUZ, contra v. acórdão proferido pelo eg. **Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo**.

Depreende-se dos autos que o juiz da execução revogou o livramento condicional anteriormente concedido ao paciente, após o trânsito em julgado de nova condenação, por crime cometido durante o período de prova, bem como ordenou a sua regressão ao regime fechado e a perda de **um terço** dos dias remidos (fl. 75).

Irresignada, a Defesa interpôs agravo em execução, na eg. Corte estadual, que a ele deu parcial provimento, para afastar a imposição de perda de dias remidos, nos termos de v. acórdão assim ementado:

"Ementa: AGRAVO EM EXECUÇÃO PENAL - Livramento condicional - Revogação, após condenação definitiva por crime descrito no art. 28 da Lei 11.343/06, cometido durante o período de prova - Natureza jurídica de crime - Falta grave (art. 52 da LEP) - Revogação admitida nos termos do art. 86, inciso I, do CP - Imposição da perda de 1/3 dos dias remidos - Inadmissibilidade - Precedentes do STJ - Agravo provido em parte" (fl. 258).

Daí o presente **mandamus**, no qual o impetrante alega que *"considerar o porte de drogas para uso pessoal como falta grave consiste em grave violação à Lei n.º 11.343/06 e ao entendimento já sedimentado do STF, vez que isso implicaria em grave restrição à liberdade do faltoso. Aliás, considerar a posse de drogas para uso como falta grave imporá ao apenado uma sanção mais severa do que aquela prevista como pena pelo art. 28 da Lei 11.343/06"* (fl. 7).

Aduz que, *"no caso concreto, houve inequívoca privação de liberdade por força da prática do tipo descrito no art. 28 da Lei n. 11.343/06. Porque o magistrado, além de revogar o livramento condicional de seu beneficiário, ainda determinou a perda*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

integral de todos os dias cumpridos em liberdade, de forma a ensejar uma pena ainda mais longa do que aquela prevista pelos éditos condenatórios" (fl. 7).

Requer, ao final, seja a ordem concedida para *"absolver o apenado da falta imputada por se tratar de fato disciplinar atípico e restabelecer o livramento condicional revogado" (fl. 8).*

A liminar foi denegada, à fl. 246.

As informações foram prestadas, às fls. 255-296.

O **Ministério Público Federal** manifestou-se conforme parecer, cuja ementa colaciono a seguir:

"PENAL. PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO PENAL. NOVO CRIME COMETIDO NO CURSO DO LIVRAMENTO CONDICIONAL. PRIMEIRO DEVE OCORRER A SUSPENSÃO DO BENEFÍCIO E APÓS O TRÂNSITO EM JULGADO DA SENTENÇA, A REVOGAÇÃO DA LIBERDADE CONDICIONADA. ENTENDIMENTO EM CONSONÂNCIA COM A JURISPRUDÊNCIA DESSA SUPERIOR CORTE DE JUSTIÇA. PREVISÃO DO ARTIGO 86, INCISO I, DO CÓDIGO PENAL. LEGALIDADE. PARECER PELA DENEGAÇÃO DA ORDEM" (fl. 300).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 373.714 - SP (2016/0261438-3)

EMENTA

EXECUÇÃO PENAL. **HABEAS CORPUS** SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. LIVRAMENTO CONDICIONAL. REVOGAÇÃO. CONDENAÇÃO SUPERVENIENTE PELA CONDUTA DE PORTE DE DROGA PARA USO PRÓPRIO, PRATICADA NO CURSO DO PERÍODO DE PROVA. NATUREZA JURÍDICA DE CRIME. FALTA DISCIPLINAR GRAVE CONFIGURADA. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. **HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.**

I - Não mais se admite, perfilhando o entendimento do col. Pretório Excelso e da eg. Terceira Seção deste Superior Tribunal de Justiça, a utilização de **habeas corpus** substitutivo quando cabível o recurso próprio, situação que implica o não-conhecimento da impetração. Contudo, no caso de se verificar configurada flagrante ilegalidade, recomenda a jurisprudência a concessão da ordem, de ofício.

II - "*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)*" (HC n. 245.581/SP, **Quinta Turma**, Relª. Minª. **Laurita Vaz**, DJe de 26/3/2014).

III - Não há ilegalidade a coartar, na utilização de condenação, pela prática, no curso do período de prova, do delito de porte de entorpecentes para uso próprio, para revogar o benefício do livramento condicional, nos termos do preceito do art. 86, inciso I, do Código Penal, tendo havido, como houve, no caso, a suspensão cautelar do benefício, ainda na sua vigência.

IV - "*O Superior Tribunal de Justiça tem entendimento pacificado no sentido de que a prática de crime descrito no art. 28 da Lei 11.343/2006,*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

*apesar de não mais cominar pena privativa de liberdade, constitui falta grave, apta a autorizar a regressão de regime" (HC n. 220.413/MG, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Marco Aurélio Bellizze**, DJe de 1º/7/2013).*

Habeas corpus não conhecido.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO FELIX FISCHER: A Terceira Seção desta Corte, seguindo entendimento firmado pela Primeira Turma do col. Pretório Excelso, firmou orientação no sentido de não admitir a impetração de **habeas corpus** em substituição ao recurso adequado, situação que implica o não-conhecimento da impetração, ressalvados casos excepcionais em que, configurada flagrante ilegalidade, seja possível a concessão da ordem, de ofício.

Dessarte, passo ao exame das razões veiculadas no **mandamus**.

A Defesa pretende, em síntese, que sejam cassadas as decisões das instâncias ordinárias, absolvendo-se o paciente da falta disciplinar grave que lhe foi imputada, face à atipicidade de sua conduta, e restabelecendo-se o livramento condicional revogado.

Para a adequada delimitação da **quaestio**, transcrevo abaixo excerto do v. acórdão reprochado, relevante, no ponto:

"A pretensão é de ser acolhida em parte, porém, por outras razões, senão, vejamos.

O agravante veio a ser condenado, em decisão definitiva, por crime descrito no art. 28 da Lei 11.343/06, cometido na vigência do livramento condicional, o que repercutiu na revogação da benesse, na imposição de regime fechado e perda de 1/3 do tempo remido.

*Pelo referido crime, foi condenado a 08 meses, sendo pena privativa de liberdade substituída por prestação de serviços à comunidade. A sentença condenatória transitou em julgado para o Ministério Público e réu, respectivamente, em 08 e 19 de junho de 2015 (**Processo nº 0002976-24.2014.8.26.0346**, da 1ª Vara de Martinópolis).*

Descritos os fatos, creio que não houve a descriminalização e sim tão somente uma despenalização, tendo sido mantido intacto o caráter ilícito do fato, tanto que a Lei 11.343/06 estabelece sanções àqueles que portam droga para seu uso. Neste



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

sentido há manifestações deste Egrégio Tribunal (Agravo nº 990.10.094025-5, rel. Ivan Marques e Agravo nº 990.08.187357-5, rel. Tristão Ribeiro), bem como do Superior Tribunal de Justiça (HC 116531/SP c HC 116.531/SP, ambos da Min. Laurita Vaz).

[...]

O porte de droga para uso pessoal continua sendo considerado crime, o que configura falta disciplinar de natureza grave (art. 52 da LEP), portanto" (fls. 259-260).

Irretocável a decisão da instância **a quo**.

Restou consignado que o paciente foi condenado por delito praticado quando estava no período de prova de livramento condicional anteriormente concedido, o que levou à suspensão cautelar do benefício e à sua posterior revogação.

A condenação superveniente se deu pela prática do delito previsto no **art. 28 da Lei n.º 11.343/2006**, qual seja, porte de droga para uso próprio.

Não resta dúvida de que o porte de droga para uso próprio tem natureza jurídica de crime. Esse é o entendimento firmado pelo col. Pretório excelso, no julgamento paradigmático de questão de ordem suscitada nos autos do RE n. 430.105/RJ. Transcrevo, a seguir, a ementa do referido julgado:

"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 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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 **abolitio 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" (RE n. 430.105 QO, **Primeira Turma**, Rel. Min. **Sepúlveda Pertence**, DJe de 26/4/2007).

No mesmo sentido vem decidindo este Superior Tribunal de Justiça:

"HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO-CABIMENTO. RESSALVA DO ENTENDIMENTO PESSOAL DA RELATORA. TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. ANTERIOR CONDENAÇÃO PELO CRIME DE USO DE ENTORPECENTES. ART. 28 DA LEI N.º 11.343/2006. TESE DE ABOLITIO CRIMINIS AFASTADA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. NATUREZA JURÍDICA DE CRIME QUE TORNA POSSÍVEL A CONFIGURAÇÃO DE REINCIDÊNCIA/MAUS ANTECEDENTES. DECURSO DE LAPSO TEMPORAL SUPERIOR A CINCO ANOS ENTRE O TÉRMINO DA CONDENAÇÃO ANTERIOR E A DATA DO NOVO CRIME. POSSIBILIDADE DE RECONHECIMENTO DE ANTECEDENTES. APLICAÇÃO DA MINORANTE PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI N.º 11.343/2006. MAUS ANTECEDENTES. VEDAÇÃO EXPRESSA. FIXAÇÃO DE REGIME INICIAL MAIS BRANDO. REGIME SEMIABERTO E LIVRAMENTO CONDICIONAL CONCEDIDOS. PEDIDO PREJUDICADO. ORDEM DE HABEAS CORPUS PARCIALMENTE PREJUDICADA E, NO MAIS, NÃO CONHECIDA.

[...]

3. 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 ou, no caso, para reconhecimento de antecedentes.

[...]

7. Ordem de habeas corpus parcialmente prejudicada e, no



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

*mais, não conhecida" (HC n. 245.581/SP, **Quinta Turma**, Rel.^a. Min.^a. **Laurita Vaz**, DJe de 26/3/2014).*

*"PENAL. **HABEAS CORPUS** SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. DESCABIMENTO. TRÁFICO ILÍCITO DE SUBSTÂNCIAS ENTORPECENTES. DOSIMETRIA. PENA-BASE. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. ELEVADA QUANTIDADE DE DROGA. CONDENAÇÕES ALCANÇADAS PELO PRAZO DE 5 ANOS E DELITO DE POSSE DE ENTORPECENTES. CARACTERIZAÇÃO DE MAUS ANTECEDENTES. FIXAÇÃO ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. POSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. **HABEAS CORPUS** NÃO CONHECIDO.*

[...]

- O Supremo Tribunal Federal, ao analisar a situação jurídica do delito tipificado no art. 28 da Lei n. 11.343/2006, afirmou a natureza delituosa da conduta do usuário de drogas, não havendo se falar em abolitio criminis ou infração penal sui generis, muito embora haja a despenalização do delito (RE 430.105 QO/RJ, Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, DJe de 26.4.2007). Assim, reconhecida a conduta de posse de drogas como crime, não há constrangimento ilegal em sua utilização para a valoração negativa dos antecedentes.

***Habeas corpus** não conhecido" (HC n. 216.667/SP, **Quinta Turma**, Rel.^a. Min.^a. **Marilza Maynard** - Desembargadora convocada do TJ/SE, DJe de 25/6/2013).*

Dessa forma, não há ilegalidade a coartar, na utilização de condenação, pela prática do referido delito, no curso do período de prova, para revogar o benefício do livramento condicional, nos termos do preceito do art. 86, inciso I, do Código Penal, **tendo havido, como houve, no caso, a suspensão cautelar do benefício, ainda na sua vigência.**

Quanto à configuração de falta disciplinar grave, também não se constata flagrante constrangimento ilegal, tendo-se em vista que *"o Superior Tribunal de Justiça tem entendimento pacificado no sentido de que a prática de crime descrito no art. 28 da Lei 11.343/2006, apesar de não mais cominar pena privativa de liberdade, constitui falta grave, apta a autorizar a regressão de regime" (HC n. 220.413/MG, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Marco Aurélio Bellizze**, DJe de 1º/7/2013).*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Ante o exposto, não conheço do presente **habeas corpus**.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2016/0261438-3

HC 373.714 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 20150000495108 381895 70125387820158260482

EM MESA

JULGADO: 16/02/2017

Relator

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro FELIX FISCHER

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. ÁUREA M. E. N. LUSTOSA PIERRE

Secretário

Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO	: TADEU JOSÉ MIGOTO FILHO
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	: EDSON RAMOS DA CRUZ

ASSUNTO: DIREITO PROCESSUAL PENAL - Execução Penal - Pena Privativa de Liberdade - Livramento condicional

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, não conheceu do pedido."

Os Srs. Ministros Jorge Mussi, Reynaldo Soares da Fonseca, Ribeiro Dantas e Joel Ilan Paciornik votaram com o Sr. Ministro Relator.