



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 1.778.346 - SP (2018/0296479-1)

RELATOR : **MINISTRO SEBASTIÃO REIS JÚNIOR**
AGRAVANTE : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
AGRAVADO : ALEXANDRE CARDOSO DE LIMA
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
BRUNO MARTINELLI SCRIGNOLI - DEFENSOR PÚBLICO - SP332406
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

EMENTA

AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. PENAL. LEGISLAÇÃO EXTRAVAGANTE. TRÁFICO DE DROGAS (55,3 G DE MACONHA E 5,8 G DE COCAÍNA). DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL E VIOLAÇÃO DO ART. 63, CAPUT, DO CP. PLEITO DE RESTABELECIMENTO DO RECONHECIMENTO DA REINCIDÊNCIA. DESPROVIMENTO. CONDENAÇÃO ANTERIOR PELO DELITO DO ART. 28 DA LEI N. 11.343/2006. DESPROPORCIONALIDADE. COMBATIDO ARESTO EM CONFORMIDADE COM A JURISPRUDÊNCIA DO STJ. PRECEDENTES DE AMBAS AS TURMAS DA TERCEIRA SEÇÃO.

1. Conforme disposto no *decisum* ora recorrido, verifica-se que o acórdão não merece reparos, porquanto 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 (HC n. 453.437/SP, Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, DJe 15/10/2018).

2. 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, vale dizer, 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 a reincidência e também macular os antecedentes do acusado. [...] De outro lado, a Sexta Turma deste Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do REsp n. 1.672.654/SP, consignou que "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" (HC n. 478.757/SP, Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, DJe 11/2/2019).

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 (HC n. 469.705/MS, Ministra Laurita Vaz, Sexta Turma, DJe 1º/2/2019).

4. Agravo regimental improvido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, negar provimento ao agravo regimental nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Rogerio Schietti Cruz, Nefi Cordeiro, Antonio Saldanha Palheiro e Laurita Vaz votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília, 23 de abril de 2019 (data do julgamento).

Ministro Sebastião Reis Júnior
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 1.778.346 - SP (2018/0296479-1)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO SEBASTIÃO REIS JÚNIOR: Trata-se de agravo regimental interposto pelo **Ministério Público Federal** contra a decisão que negou provimento ao recurso especial apresentado pelo Ministério Público de São Paulo (fls. 376/380):

RECURSO ESPECIAL. PENAL. LEGISLAÇÃO EXTRAVAGANTE. TRÁFICO DE DROGAS (55,3 G DE MACONHA E 5,8 G DE COCAÍNA). DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL E VIOLAÇÃO DO ART. 63, *CAPUT*, DO CP. PLEITO DE RESTABELECIMENTO DO RECONHECIMENTO DA REINCIDÊNCIA. DESPROVIMENTO. CONDENAÇÃO ANTERIOR PELO DELITO DO ART. 28 DA LEI N. 11.343/2016. DESPROPORCIONALIDADE. COMBATIDO ARESTO EM CONFORMIDADE COM A JURISPRUDÊNCIA DO STJ. PRECEDENTES DE AMBAS AS TURMAS DA TERCEIRA SEÇÃO. Recurso especial desprovido.

Alega o agravante que *é pacífica a jurisprudência do STJ no sentido de condenação anterior pelo crime da Lei n. 11.343/2006 – art. 28 poder ser utilizada na aplicação da agravante da reincidência* (fl. 389).

Pede o conhecimento e o provimento do presente agravo regimental para que haja a reconsideração da decisão agravada ou, na hipótese adversa, que seja a questão submetida ao crivo da Sexta Turma.

Foi dispensada a oitiva da parte agravada.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 1.778.346 - SP (2018/0296479-1)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO SEBASTIÃO REIS JÚNIOR (RELATOR):

Os argumentos recursais não são suficientes para infirmar os fundamentos da decisão agravada.

Com efeito, conforme disposto no *decisum* ora recorrido, *verifica-se que o acórdão não merece reparos, porquanto 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 (HC n. 453.437/SP, Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, DJe 15/10/2018 – grifo nosso) – (fl. 379 – grifo nosso).*

A corroborar, recentes precedentes de ambas as Turmas que compõem a Terceira Seção desta Corte de Justiça.

PENAL. PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. FURTO QUALIFICADO. **DOSIMETRIA. CONDENAÇÃO ANTERIOR PELO CRIME DO ARTIGO 28 DA LEI DE DROGAS. REINCIDÊNCIA. DESPROPORCIONALIDADE.** 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.

I - 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 apta a gerar constrangimento ilegal, seja recomendável a concessão da ordem de ofício.

II - **Consoante o posicionamento firmado pela Suprema Corte, na questão de ordem no RE n. 430.105/RJ, a conduta de porte de**



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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, vale dizer, 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 a reincidência e também macular os antecedentes do acusado.

III - De outro lado, a Sexta Turma deste Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do REsp n. 1.672.654/SP, consignou que "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".

IV - Na hipótese, considerando a reincidência genérica do paciente, referente à condenação pelo delito do artigo 28 da Lei de Drogas, o qual sequer é punido com pena privativa de liberdade, forçoso concluir que faz jus ao regime aberto, para início de cumprimento da pena, ex vi do art. 33, § 2º, alínea c, e § 3º, do Estatuto Penal, bem como de acordo com o entendimento constante das Súmulas n. 718 e n. 719 do Supremo Tribunal Federal e da Súmula n. 440 desta Corte Superior.

V - Preenchidos os requisitos do art. 44, parágrafo 3º do Código Penal, quais sejam, pena não superior à 4 (quatro) anos, o crime não foi cometido com violência ou grave ameaça à pessoa, réu não reincidente específico e circunstâncias judiciais favoráveis, o paciente faz jus à substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

Habeas Corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício, para substituir a pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, a ser estabelecida pelo Juízo a quo.

(HC n. 478.757/SP, Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, DJe 11/2/2019 – grifo nosso).

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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.

(HC n. 469.705/MS, Ministra Laurita Vaz, Sexta Turma, DJe 1º/2/2019 – grifo nosso).

Ante o exposto, **nego provimento** ao agravo regimental.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2018/0296479-1

AgRg no
REsp 1.778.346 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00357509020158260114 00480000 20180000166098 2048/2015 20482015
357509020158260114 480000 RI0048KVP0000

PAUTA: 23/04/2019

JULGADO: 23/04/2019

Relator

Exmo. Sr. Ministro **SEBASTIÃO REIS JÚNIOR**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro NEFI CORDEIRO

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. ELA WIECKO VOLKMER DE CASTILHO

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
RECORRIDO : ALEXANDRE CARDOSO DE LIMA
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
BRUNO MARTINELLI SCRIGNOLI - DEFENSOR PÚBLICO - SP332406

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

AGRAVO REGIMENTAL

AGRAVANTE : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
AGRAVADO : ALEXANDRE CARDOSO DE LIMA
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
BRUNO MARTINELLI SCRIGNOLI - DEFENSOR PÚBLICO - SP332406
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

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, negou provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Rogerio Schietti Cruz, Nefi Cordeiro, Antonio Saldanha Palheiro e Laurita Vaz votaram com o Sr. Ministro Relator.