



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 1.776.781 - SP (2018/0287609-2)

RELATOR : **MINISTRO ANTONIO SALDANHA PALHEIRO**
AGRAVANTE : **MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL**
AGRAVADO : **ZULEIKA AUGUSTO DE OLIVEIRA**
ADVOGADOS : **DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO**
BRUNO BONI DEL PRETI - DEFENSOR PÚBLICO - SP0317690
INTERES. : **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO**

EMENTA

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. CONDENAÇÃO PRETÉRITA POR PORTE ILEGAL DE DROGAS PARA CONSUMO PRÓPRIO. REINCIDÊNCIA NÃO CONFIGURADA. MUDANÇA DE ENTENDIMENTO DESTA CORTE.

1. Conforme orientação jurisprudencial mais recente desta Corte, "[...] 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" (REsp n. 1.672.654/SP, relatora Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 21/8/2018, DJe 30/8/2018).

2. Portanto, a decisão agravada deve ser mantida intacta por seus próprios termos.

3. Agravo regimental desprovido.

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 Laurita Vaz, Sebastião Reis Júnior, Rogerio Schietti Cruz e



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Nefi Cordeiro votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília, 26 de fevereiro de 2019 (data do julgamento).

Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 1.776.781 - SP (2018/0287609-2)

RELATOR : MINISTRO ANTONIO SALDANHA PALHEIRO
AGRAVANTE : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
AGRAVADO : ZULEIKA AUGUSTO DE OLIVEIRA
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
BRUNO BONI DEL PRETI - DEFENSOR PÚBLICO - SP0317690
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO ANTONIO SALDANHA PALHEIRO:

Cuida-se de agravo regimental interposto pelo MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL contra a decisão de e-STJ fls. 320/321, que negou provimento ao recurso especial proposto pelo Ministério Público do Estado de São Paulo.

A controvérsia foi devidamente relatada pelo Ministério Público Federal às e-STJ fls. 316/317:

1. Trata-se de recurso especial interposto pelo Ministério Público do Estado de São Paulo (e-STJ fls. 243/277), com fulcro no art. 105, inciso III, alínea "a" e "c", do permissivo constitucional, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, em sede de apelação criminal (e-STJ fls. 230/234).

2. O recorrente aduz negativa de vigência ao art. 28, da Lei nº 11.343/06, bem como contrariedade aos arts. 59 e 63, ambos do CP, pois "mesmo reconhecendo a existência nos autos de condenação por crime transitada em julgada antes da prática do novo fato (fl. 233), o v. acórdão decidiu afastar a reincidência sob fundamento de que: "a condenação definitiva anterior por crime de porte de drogas para consumo próprio (artigo 28, da Lei 11.343/06) – ainda que não descriminalizada a conduta, - não tem o condão de gerar reincidência, de modo que a agravante de ser afastada, restabelecendo-se a sanção penal ao patamar mínimo" (e-STJ fl. 252).

3. Pugna pelo conhecimento e provimento do presente recurso, a fim de que seja cassado o v. acórdão na parte em que afastou a reincidência da agente, restabelecendo a r. sentença condenatória de primeiro grau, inclusive no tocante à pena e regime de cumprimento de pena lá impostos.

4. Devidamente contrarrazoado (e-STJ fls. 293/299), o recurso especial foi admitido (e-STJ fl. 306).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Estes, em síntese, os fatos. (Grifei.)

Neguei provimento ao recurso especial ao entendimento de que se mostra desproporcional o sopesamento da condenação por posse de droga para consumo próprio para fins de reincidência, por ser conduta punida com mera advertência.

Nas razões do presente agravo, o Ministério Público Federal requer a reforma da decisão ora agravada, pois *"a jurisprudência pacífica das Cortes Superiores orienta-se no sentido de que a condenação anterior por uso de drogas – art. 28 da Lei n. 11.343/06 – pode ser utilizada na aplicação da agravante genérica da reincidência, bem ainda como maus antecedentes, pois essa conduta não deixou de ser crime"* (e-STJ fl. 330).

Ao final, pugna pela reconsideração do *decisum* ora agravado ou pela apreciação do regimental pelo colegiado da Sexta Turma, com o provimento do recurso especial.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 1.776.781 - SP (2018/0287609-2)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO ANTONIO SALDANHA PALHEIRO:

O recurso não deve prosperar.

A controvérsia trazida à apreciação desta Corte é sobre a hipótese de a condenação pelo delito de porte ilegal de droga para consumo próprio configurar reincidência.

Até há pouco tempo, a jurisprudência pacífica desta Corte entendia que a Lei n. 11.343/2006 não havia descriminalizado a conduta de portar entorpecente para consumo próprio, tendo tão somente a despenalizado ao prever medidas alternativas como reprimenda. Por conseguinte, a condenação pretérita por essa conduta poderia configurar reincidência.

A propósito, citam-se:

*PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. USO DE DOCUMENTO FALSO E CORRUPÇÃO ATIVA. ARTS. 304 C/C 297, CAPUT, E 333, CAPUT, NA FORMA DO ART. 69, TODOS DO CP. ALEGAÇÃO DE NULIDADE. ART. 399, § 1º, DO CPP. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. PEDIDO DE ABSOLVIÇÃO POR ATIPICIDADE DA CONDUTA. INVIABILIDADE DA REVISÃO DA CONCLUSÃO DO ACÓRDÃO RECORRIDO. CONJUNTO PROBATÓRIO DOS AUTOS. SÚMULA 7/STJ. DOSIMETRIA. **ANTECEDENTES. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA.** PRECEDENTES. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.*

[...]

4. A jurisprudência pacífica desta Corte orienta-se no sentido de que a condenação anterior por porte de substância entorpecente para uso próprio constitui fundamento válido para a majoração da pena-base, a título de maus antecedentes, pois essa conduta não deixou de ser crime. Precedentes.

5. *Agravo regimental improvido.* (AgInt no AREsp 1131769/SP, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 07/11/2017, DJe 21/11/2017, grifei.)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO NA VIA ELEITA. **TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO ANTERIOR PELO DELITO DO ART. 28 DA LEI DE DROGAS. CONFIGURAÇÃO DA REINCIDÊNCIA.** CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DO ART. 33, § 4º, DA LEI 11.343/2006. NÃO APLICAÇÃO. PACIENTE REINCIDENTE. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. PENA SUPERIOR A 4 ANOS. REGIME FECHADO. PACIENTE REINCIDENTE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO VERIFICADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

[...]

- *Esta Corte Superior entende que não houve a descriminalização do porte de drogas para uso próprio com a entrada da Lei n. 11.343/2006, mas apenas a despenalização, haja vista a previsão de medidas alternativas para o acusado. Dessa forma, a condenação pelo crime do supracitado artigo é circunstância apta a autorizar a majoração da pena, tanto pela incidência da agravante da reincidência, bem como para impedir a aplicação do redutor previsto no art. 33, § 4º, da Lei de Drogas.*

[...]

- *Habeas corpus não conhecido.* (HC 360.818/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 23/08/2016, DJe 29/08/2016, grifei.)

Contudo, recentemente, esta Corte passou a entender 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', 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" (REsp n. 1.672.654/SP, relatora Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 21/8/2018, DJe 30/8/2018, grifei).

Outros julgados nesse sentido:

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. RECURSO ESPECIAL. **TRÁFICO DE ENTORPECENTES.**



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CONDENAÇÃO ANTERIOR PELO DELITO DO ARTIGO 28 DA LEI DE DROGAS. CARACTERIZAÇÃO DA REINCIDÊNCIA. DESPROPORCIONALIDADE. MANTIDA A APLICAÇÃO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. AGRAVO NÃO PROVIDO.

1. **"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" (REsp 1.672.654/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 21/08/2018, DJe 30/08/2018).**

2. Agravo regimental não provido. (AgRg no AREsp 1366654/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 13/12/2018, DJe 19/12/2018, grifei.)

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.

[...]

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**



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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.

[...]

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, grifei.)

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 1672654/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 21/08/2018, DJe 30/08/2018, grifei.)

Como se vê, é patente a mudança de entendimento desta Corte, não havendo que se falar em reconsideração do *decisum* agravado.

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

É o voto.

Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2018/0287609-2 **PROCESSO ELETRÔNICO REsp 1.776.781 / SP**
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00000453820178260574 00420000 3012017 420000 453820178260574 769/2017 7692017
RI004B2ZA0000

EM MESA

JULGADO: 26/02/2019

Relator

Exmo. Sr. Ministro **ANTONIO SALDANHA PALHEIRO**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro NEFI CORDEIRO

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. CARLOS FREDERICO SANTOS

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
RECORRIDO : ZULEIKA AUGUSTO DE OLIVEIRA
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
BRUNO BONI DEL PRETI - DEFENSOR PÚBLICO - SP0317690

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes contra o Patrimônio - Roubo

AGRAVO REGIMENTAL

AGRAVANTE : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
AGRAVADO : ZULEIKA AUGUSTO DE OLIVEIRA
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
BRUNO BONI DEL PRETI - DEFENSOR PÚBLICO - SP0317690
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 Laurita Vaz, Sebastião Reis Júnior, Rogerio Schietti Cruz e Nefi Cordeiro votaram com o Sr. Ministro Relator.