



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 406.905 - SP (2017/0162821-8)

RELATOR : MINISTRO FELIX FISCHER
IMPETRANTE : JOAO ANTONIO CAVALCANTI MACEDO
ADVOGADO : JOÃO ANTONIO CAVALCANTI MACEDO - SP198894
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
PACIENTE : MERCIO TEIXEIRA DE SOUZA

EMENTA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. CONDENAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. APELAÇÃO. DESCLASSIFICAÇÃO. PORTE PARA USO. ALEGAÇÃO DE ATIPICIDADE DA CONDUTA. INCONSTITUCIONALIDADE DO TIPO DO ART. 28 DA LEI N. 11.343/06. NÃO CONFIGURAÇÃO. FATO TÍPICO. CONDENAÇÃO MANTIDA. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

I - A **Terceira Seção desta Corte**, seguindo entendimento firmado pela **Primeira Turma do col. Pretório Excelso**, sedimentou orientação no sentido de não admitir **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 possível a concessão da ordem de ofício, em homenagem ao princípio da ampla defesa.

II - Este Superior Tribunal de Justiça, alinhando-se ao entendimento firmado pela Corte Suprema no julgamento do RE 430.150/RJ, sedimentou orientação de que a Lei n. 11.343/06 **não descriminalizou a conduta que tipificou no art. 28**, que, portanto, continua a configurar crime. Ocorreu mera **despenalização, assim entendida como a ausência de previsão, para o tipo, de pena privativa de liberdade como sanção**.

Habeas corpus não conhecido.

ACÓRDÃO

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 e Joel Ilan Paciornik votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Ribeiro Dantas.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Brasília (DF), 07 de novembro de 2017 (Data do Julgamento).

Ministro Felix Fischer

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 406.905 - SP (2017/0162821-8)

IMPETRANTE : JOAO ANTONIO CAVALCANTI MACEDO
ADVOGADO : JOÃO ANTONIO CAVALCANTI MACEDO - SP198894
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
PACIENTE : MERCIO TEIXEIRA DE SOUZA

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO FELIX FISCHER: Trata-se de **habeas corpus**, substitutivo de recurso especial, impetrado em favor de MERCIO TEIXEIRA DE SOUZA, apontando como autoridade coatora o eg. **Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo**.

Depreende-se dos autos que o paciente foi condenado em razão da prática do crime de tráfico de drogas (art. 33, **caput**, c/c art. 40, III, da Lei n. 11.343/06), à pena de 2 (dois) anos e 6 (seis) meses de reclusão, no regime inicial aberto.

Interposta apelação pela Defesa, esta foi provida para desclassificar a conduta para o tipo descrito no art. 28 da Lei n. 11.343/06, consoante se verifica do acórdão assim ementado:

"TRÁFICO DE ENTORPECENTES. Conduta de trazer consigo e ter em depósito, com finalidade mercantil, 6 cápsulas com cocaína (1,670g) e 4 invólucros de maconha (2,310g). Pequena quantidade de drogas. Negativa dos acusados. Alegação de destinação para uso próprio. Uso de entorpecentes atestado por testemunhas de defesa. Dúvida que favorece os réus. Desclassificação da conduta. Apelo provido."

Daí o presente writ, no qual a impetrante alega que a conduta pela qual o paciente foi condenado é atípica, porquanto o artigo 28 da Lei n. 11.343/06 é inconstitucional.

Aduz que o tipo penal afronta a intimidade e vida privada da pessoa que escolhe usar drogas, causando lesão apenas contra si mesma, de modo que o artigo também viola o princípio da ofensividade.

Requer a concessão da ordem, para que o paciente seja absolvido, reconhecendo-se a atipicidade da conduta.

Informações prestadas às fls. 436-443.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

O Ministério Público Federal se manifestou às fls. 445-446, pelo não conhecimento do **writ** ou pela denegação da ordem. O parecer está assim ementado:

"Processo penal. Habeas corpus. Crimes do art. 28 da Lei 11.343/06. Pleito de absolvição em razão da declaração de inconstitucionalidade do tipo penal. 1. Não se constata violação ou ameaça à liberdade de locomoção do paciente, não sendo o habeas corpus meio adequado à impugnação do édito condenatório. 2. Não se verifica inconstitucionalidade no tipo penal previsto no art. 28 da Lei 11.343/06. 3. Pelo não conhecimento ou pela denegação da ordem."

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 406.905 - SP (2017/0162821-8)

RELATOR : **MINISTRO FELIX FISCHER**
IMPETRANTE : JOAO ANTONIO CAVALCANTI MACEDO
ADVOGADO : JOÃO ANTONIO CAVALCANTI MACEDO - SP198894
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
PACIENTE : MERCIO TEIXEIRA DE SOUZA

EMENTA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. CONDENAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. APELAÇÃO. DESCLASSIFICAÇÃO. PORTE PARA USO. ALEGAÇÃO DE ATIPICIDADE DA CONDUTA. INCONSTITUCIONALIDADE DO TIPO DO ART. 28 DA LEI N. 11.343/06. NÃO CONFIGURAÇÃO. FATO TÍPICO. CONDENAÇÃO MANTIDA. **HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.**

I - A **Terceira Seção desta Corte**, seguindo entendimento firmado pela **Primeira Turma do col. Pretório Excelso**, sedimentou orientação no sentido de não admitir **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 possível a concessão da ordem de ofício, em homenagem ao princípio da ampla defesa.

II - Este Superior Tribunal de Justiça, alinhando-se ao entendimento firmado pela Corte Suprema no julgamento do RE 430.150/RJ, sedimentou orientação de que a Lei n. 11.343/06 **não descriminalizou a conduta que tipificou no art. 28**, que, portanto, continua a configurar crime. Ocorreu mera **despenalização**, assim entendida como a **ausência de previsão, para o tipo, de pena privativa de liberdade como sanção.**

Habeas corpus não conhecido.

VOTO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

O EXMO. SR. MINISTRO FELIX FISCHER: A Terceira Seção desta Corte, seguindo entendimento firmado pela **Primeira Turma do col. Pretório Excelso**, sedimentou orientação no sentido de não admitir **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 possível a concessão da ordem de ofício.

Tal posicionamento tem por objetivo preservar a utilidade e eficácia do **habeas corpus** como instrumento constitucional de relevante valor para proteção da liberdade da pessoa, quando ameaçada por ato ilegal ou abuso de poder, de forma a garantir a necessária celeridade no seu julgamento. No caso, incabível o presente **mandamus**, porquanto substitutivo de recurso especial.

Em homenagem ao princípio da ampla defesa, contudo, necessário o exame da insurgência, a fim de se verificar eventual constrangimento ilegal passível de ser sanado pela concessão da ordem, de ofício.

A Defesa pretende, em síntese, a absolvição do paciente pelo reconhecimento da atipicidade e inconstitucionalidade do tipo descrito no art. 28 da Lei n. 11.343/06.

Ocorre que o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE n. 430.105QO/RJ, em relação à posse de substância entorpecente para consumo pessoal, prevista no art. 28 da Lei n. 11.343/06, **decidiu que se trata de prática criminosa**, ao concluir que o citado artigo não implicou em **abolitio criminis**.

Destacou o Supremo Tribunal Federal que ocorreu a **"despenalização"**, **entendida como exclusão, para o tipo, das penas privativas de liberdade" e não a descriminalização**.

Confira-se a ementa do acórdão:

"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.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 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 430105 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)

Este Superior Tribunal de Justiça, alinhando-se ao entendimento firmado pela Corte Suprema, sedimentou orientação de que, com o advento da Lei n. 11.343/06, **não houve descriminalização da conduta de porte de substância entorpecente para consumo pessoal**, porém ocorreu a **despenalização**, assim entendida como a **ausência de previsão, para o tipo do art. 28, de pena privativa de liberdade como sanção**.

Nesse sentido:

"PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO ANTERIOR PELO ART. 28 DA LEI N. 11.343/2006. DEDICAÇÃO À ATIVIDADE CRIMINOSA. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DO ART. 33, § 4º, DA LEI DE DROGAS. AFASTAMENTO. AGRAVO NÃO PROVIDO.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

1. No caso, a aplicação da minorante foi afastada, em decisão suficientemente motivada, a qual reconheceu a existência de condenação anterior por uso de entorpecentes.

2. **Esta Corte Superior possui entendimento de que não houve a descriminalização do porte de drogas para uso próprio com a entrada em vigor da Lei n. 11.343/2006, mas mera despenalização, tendo em vista a previsão de penas alternativas para o infrator.** Desse modo, a condenação definitiva anterior pela prática da conduta prevista no art. 28 da Lei de Drogas é circunstância apta a impedir a aplicação do redutor previsto no art. 33, § 4º, da referida Lei.

3. Agravo regimental não provido" (AgRg no AREsp 971.203/SP, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Ribeiro Dantas**, DJe 12/05/2017, grifei).

"REGIMENTAL. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PORTE DE DROGAS PARA CONSUMO PESSOAL. DESPROPORCIONALIDADE NA MEDIDA IMPOSTA. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 211/STJ. ABOLITIO CRIMINIS. INOCORRÊNCIA. RECURSO IMPROVIDO.

1. A tese referente à desproporcionalidade da medida imposta ao usuário de drogas não foi objeto de debate ou deliberação pelo Tribunal de origem, estando ausente, portanto, o necessário prequestionamento, inviabilizando sua análise nesta via especial.

2. **Com o advento da nova Lei de Drogas, não houve descriminalização da conduta de porte de substância entorpecente para consumo pessoal, mas mera despenalização. Precedentes.**

3. Agravo regimental a que se nega provimento" (AgRg nos EDcl no AREsp 598.631/SC, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Jorge Mussi**, DJe 07/10/2016, grifei).

"PROCESSO PENAL E PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. AGRAVANTE DE REINCIDÊNCIA. CONDENAÇÃO ANTERIOR PELO CRIME DE PORTE OU POSSE DE DROGAS. POSSIBILIDADE. INEXISTÊNCIA DE DESCRIMINALIZAÇÃO. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.

1. Conforme entendimento pacífico desta Corte Superior, alinhado ao posicionamento firmado pelo Supremo Tribunal Federal na questão de ordem no RE n. 430.105/RJ, a condenação definitiva anterior pela prática da conduta de porte de substância entorpecente para consumo próprio, prevista no **art. 28 da Lei n. 11.343/2006**, gera reincidência, **porquanto essa conduta foi apenas despenalizada pela nova**



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

***Lei de Drogas, mas não descriminalizada (abolitio criminis).
Precedentes.***

2. Agravo regimental improvido" (AgRg no HC 312.955/MS, **Sexta Turma**, Rel. Min. **Nefi Cordeiro**, DJe 23/03/2017, grifei).

"PENAL. RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. CONDENAÇÃO ANTERIOR PELO ART. 28 DA LEI N. 11.343/2006. REINCIDÊNCIA. CONFIGURAÇÃO. MINORANTE PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006. AFASTAMENTO. RECURSO PROVIDO.

1. Este Superior Tribunal, alinhando-se ao entendimento firmado pela Corte Suprema (Questão de Ordem no RE n. 430.105-9/RJ), também firmou a orientação de que, com o advento da Lei n. 11.343/2006, não houve descriminalização da conduta de porte de substância entorpecente para uso próprio, mas mera despenalização.

2. Constatada a existência de condenação anterior e definitiva em desfavor do recorrido pela prática da conduta prevista no art. 28 da Lei n. 11.343/2006, fica caracterizada a reincidência e não é possível a aplicação, em seu favor, da causa especial de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, por expressa vedação legal.

3. Recurso provido para restabelecer a agravante da reincidência e afastar a causa de diminuição de pena" (REsp 1500884/SP, **Sexta Turma**, Rel. Min. **Rogério Schietti Cruz**, DJe 07/12/2015, grifei).

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

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2017/0162821-8

HC 406.905 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00004812120138260288 23665 4812120138260288 5513

EM MESA

JULGADO: 07/11/2017

Relator

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. JOÃO PEDRO DE SABOIA BANDEIRA DE MELLO FILHO

Secretário

Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	: JOAO ANTONIO CAVALCANTI MACEDO
ADVOGADO	: JOÃO ANTONIO CAVALCANTI MACEDO - SP198894
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
PACIENTE	: MERCIO TEIXEIRA DE SOUZA
CORRÉU	: ROMARIO GERMANO DA SILVA

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

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 e Joel Ilan Paciornik votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Ribeiro Dantas.