



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 141.541 - MG (2009/0133514-0)

RELATOR : MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ
IMPETRANTE : OBREGON GONÇALVES
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS
PACIENTE : RODRIGO ALVES NOGUEIRA (PRESO)

EMENTA

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. WRIT SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. DESVIRTUAMENTO. ARTIGO 16 DA LEI N. 6.368/1976. SUPERVENIÊNCIA DA LEI N. 11.343/2006. DESCRIMINALIZAÇÃO. NÃO OCORRÊNCIA. MERA DESPENALIZAÇÃO. REINCIDÊNCIA. CONFIGURAÇÃO. MINORANTE PREVISTA NO § 4º DO ARTIGO 33 DA LEI N. 11.343/2006. PRETENDIDA APLICAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. PACIENTE REINCENTE. MANIFESTO CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO.

1. O Superior Tribunal de Justiça, alinhando-se à nova jurisprudência da Corte Suprema, também passou a restringir as hipóteses de cabimento do *habeas corpus*, não admitindo que o remédio constitucional seja utilizado em substituição ao recurso em ação cabível, salvo nas hipóteses de flagrante ilegalidade, abuso de poder ou teratologia jurídica.

2. 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 no sentido de que, com o advento da Lei n. 11.343/2006, não houve descriminalização (*abolitio criminis*) da conduta de porte de substância entorpecente para consumo pessoal, mas mera despenalização.

3. Uma vez constatada a existência de condenação definitiva anterior pela prática do crime previsto no artigo 16 da Lei n. 6.368/1976, e considerando que a conduta disciplinada desse dispositivo legal (agora prevista no artigo 28 da Lei n. 11.343/2006) não deixou de ser crime, não há como se afastar da condenação do



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

paciente a agravante genérica da reincidência, como pretendido.

4. Reconhecida a reincidência do paciente, mostra-se inviável a aplicação, em seu favor, da causa especial de diminuição de pena prevista no § 4º do artigo 33 da Lei n. 11.343/2006, haja vista a vedação legal expressa da concessão desse benefício aos condenados reincidentes.

5. *Habeas corpus* não conhecido.

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, não conhecer da ordem, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Marilza Maynard (Desembargadora Convocada do TJ/SE), Maria Thereza de Assis Moura, Sebastião Reis Júnior e Assusete Magalhães votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília, 15 de outubro de 2013(data do julgamento).

Ministro Rogerio Schietti Cruz
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 141.541 - MG (2009/0133514-0)

RELATOR : MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ
IMPETRANTE : OBREGON GONÇALVES
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS
PACIENTE : RODRIGO ALVES NOGUEIRA (PRESO)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ:

RODRIGO ALVES NOGUEIRA, paciente neste *habeas corpus*, estaria sofrendo coação ilegal em seu direito de locomoção, em face de acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais, que negou provimento à Apelação Criminal n. 1.0024.08.939680-8/001.

Depreende-se dos autos que o paciente foi condenado à pena de 7 anos, 10 meses e 15 dias de reclusão, em regime inicial fechado, mais multa, pela prática do crime previsto no artigo 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006 (Processo n. 024.08.939.680-8, da 3ª Vara de Tóxicos de Belo Horizonte/MG).

O impetrante sustenta a ocorrência de constrangimento ilegal, ao argumento de que as instâncias ordinárias teriam equivocadamente reconhecido que o paciente seria reincidente, visto que a condenação definitiva anterior é relativa à prática do crime previsto no artigo 16 da Lei n. 6.368/1976 (hoje descrito no artigo 28 da Lei n. 11.343/2006), qual seja, posse de substância entorpecente para consumo próprio.

Assim, entende que, uma vez que houve a despenalização do delito de posse de substância entorpecente para consumo próprio, não há mais que se falar em reincidência.

Nesse contexto, considera que, afastada a reincidência do paciente, deveria ser reconhecida, em seu favor, a aplicação da causa especial de diminuição de pena prevista no § 4º do artigo 33 da Lei n. 11.343/2006.

Requer a concessão da ordem, para que seja afastada a agravante da reincidência e seja aplicada a minorante prevista no artigo 33, § 4º, da Lei de Drogas.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

A liminar foi indeferida.

Informações prestadas.

O Ministério Público Federal manifestou-se pela denegação da ordem.

Estes autos vieram a mim atribuídos em 29/8/2013.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 141.541 - MG (2009/0133514-0)

EMENTA

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. WRIT SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. DESVIRTUAMENTO. ARTIGO 16 DA LEI N. 6.368/1976. SUPERVENIÊNCIA DA LEI N. 11.343/2006. DESCRIMINALIZAÇÃO. NÃO OCORRÊNCIA. MERA DESPENALIZAÇÃO. REINCIDÊNCIA. CONFIGURAÇÃO. MINORANTE PREVISTA NO § 4º DO ARTIGO 33 DA LEI N. 11.343/2006. PRETENDIDA APLICAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. PACIENTE REINCIDENTE. MANIFESTO CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO.

1. O Superior Tribunal de Justiça, alinhando-se à nova jurisprudência da Corte Suprema, também passou a restringir as hipóteses de cabimento do *habeas corpus*, não admitindo que o remédio constitucional seja utilizado em substituição ao recurso em ação cabível, salvo nas hipóteses de flagrante ilegalidade, abuso de poder ou teratologia jurídica.

2. 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 no sentido de que, com o advento da Lei n. 11.343/2006, não houve descriminalização (*abolitio criminis*) da conduta de porte de substância entorpecente para consumo pessoal, mas mera despenalização.

3. Uma vez constatada a existência de condenação definitiva anterior pela prática do crime previsto no artigo 16 da Lei n. 6.368/1976, e considerando que a conduta disciplinada desse dispositivo legal (agora prevista no artigo 28 da Lei n. 11.343/2006) não deixou de ser crime, não há como se afastar da condenação do paciente a agravante genérica da reincidência, como pretendido.

4. Reconhecida a reincidência do paciente, mostra-se inviável a aplicação, em seu favor, da causa especial de diminuição de pena prevista no § 4º do artigo 33 da Lei n. 11.343/2006, haja vista a vedação legal expressa da



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

concessão desse benefício aos condenados reincidentes.
5. *Habeas corpus* não conhecido.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ (RELATOR):

Preliminarmente, releva salientar que o Superior Tribunal de Justiça, alinhando-se à nova jurisprudência da Corte Suprema (HC n. 109.956/PR, Relator Ministro Marco Aurélio, Primeira Turma, DJe 11/9/2012; HC n. 108.901/SP, Ministra Cármen Lúcia, Segunda Turma, DJe 10/5/2013), também passou a restringir as hipóteses de cabimento do *habeas corpus*, não admitindo que o remédio constitucional seja utilizado em substituição ao recurso próprio (apelação, agravo em execução, recurso especial), tampouco à revisão criminal (HC n. 183.889/MS, Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, DJe 26/8/2013).

Não obstante essa mudança de paradigma, ambas as Cortes têm feito a ressalva de que, quando do manejo inadequado do *habeas corpus* como substitutivo, nada impede que o Supremo Tribunal Federal ou o Superior Tribunal de Justiça – conforme o caso – analise a questão de ofício, nas hipóteses de flagrante ilegalidade, abuso de poder ou teratologia jurídica.

Sob tais premissas, **não constato**, na espécie em exame, a ocorrência de manifesto constrangimento ilegal passível de engendrar a concessão, de ofício, da ordem de *habeas corpus*.

Dos documentos trazidos à colação, verifico que o paciente foi condenado à pena de 7 anos, 10 meses e 15 dias de reclusão, em regime inicial fechado, mais multa, pela prática do crime previsto no artigo 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006.

Segundo restou apurado, ao abordarem o paciente, policiais militares encontraram no bolso esquerdo da sua bermuda uma porção de maconha e saquinhos plásticos para embalagem de drogas. Ao realizar buscas, os milicianos localizaram, em um lote vago, próximo ao local da abordagem, uma porção de cocaína, além de outros saquinhos plásticos e uma balança de precisão. Ato contínuo, os policiais se dirigiram até a residência do paciente, logrando apreender em seu quarto, atrás de uma caixa de papelão, uma barra de maconha, uma faca e dinheiro proveniente do tráfico (fls. 6/7).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Inconformada com a condenação, a defesa interpôs apelação no Tribunal de Justiça de Minas Gerais, à qual foi negado provimento, mantida, na íntegra, a condenação.

Daí este *habeas corpus*, por meio do qual busca o impetrante o afastamento da agravante da reincidência e, conseqüentemente, a aplicação da causa especial de diminuição de pena prevista no artigo 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006.

O cerne da controvérsia cinge-se a saber se os efeitos secundários da condenação anterior transitada em julgado em desfavor do paciente – relativa ao crime previsto no artigo 16 da Lei n. 6.368/1976 – poderiam subsistir após o advento da Lei n. 11.343/2006, que passou a não mais cominar pena privativa de liberdade para o delito de posse de substância entorpecente para consumo próprio, agora tipificado no artigo 28 da Lei n. 11.343/2006.

Com o advento da Lei n. 11.343/2006, foram expressamente revogadas as Leis ns. 6.368/1976 e 10.409/2002, o que ensejou, tanto na doutrina quanto na jurisprudência, diversos debates acerca da natureza jurídica da conduta prevista no artigo 28 da Lei n. 11.343/2006 (antes descrita no artigo 16 da Lei n. 6.368/1976), haja vista a ausência de previsão, na atual lei, de imposição de pena privativa de liberdade.

Parte da doutrina passou a sustentar que o artigo 28 da Lei n. 11.343/2006 teria abolido o caráter criminoso da conduta anteriormente prevista no artigo 16 da Lei n. 6.368/1976, consistente em "adquirir, guardar ou trazer consigo, para uso próprio, substância entorpecente ou que determine a dependência física ou psíquica, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar". É que a nova lei passou a cominar para esse delito apenas as penas de advertência sobre os efeitos das drogas, de prestação de serviços à comunidade e de medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo. Em caso de recusa injustificada ao cumprimento dessas medidas educativas, o legislador previu, ainda, a possibilidade de o Juiz submeter o acusado, sucessivamente, a admoestação verbal e multa, conforme o disposto no § 6º do artigo 28 da Lei n. 11.343/2006.

A polêmica que se estabeleceu foi se o contemplado no artigo 28 da Lei n. 11.343/2006 seria um crime, uma infração penal *sui generis* ou uma mera infração administrativa.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Os defensores da tese de que a natureza jurídica da conduta prevista no artigo 28 da Lei n. 11.343/2006 seria uma infração penal *sui generis* argumentaram que, na verdade, teria havido uma descriminalização formal da conduta e, ao mesmo tempo, uma despenalização, visto que, agora, não haveria mais a possibilidade de aplicação da pena de prisão ao usuário de drogas.

Vale dizer, para os seguidores dessa corrente, a posse de substância entorpecente para consumo pessoal teria deixado de ser formalmente crime, na medida em que essa conduta não mais é punida com reclusão ou detenção e, segundo o disposto no artigo 1º da Lei de Introdução ao Código Penal, "considera-se crime a infração penal que a lei comina pena de reclusão ou de detenção, quer isoladamente, quer alternativa ou cumulativamente com a pena de multa; contravenção, a infração penal a que a lei comina, isoladamente, pena de prisão simples ou de multa, ou ambas, alternativa ou cumulativamente".

Os defensores dessa corrente argumentavam, ainda, que a conduta em questão também não poderia ser considerada uma infração administrativa, visto que as sanções cominadas no artigo 28 da Lei n. 11.343/2008 deveriam sempre ser aplicadas por Juiz de Direito.

Nesse sentido, tais doutrinadores concluíam que, se a posse de substância entorpecente não se trata nem de contravenção penal (mesmo porque não há cominação de qualquer pena de prisão), nem de infração administrativa, outra conclusão não haveria senão a de que estar-se-ia diante de uma infração penal *sui generis*.

O Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento da Questão de Ordem no RE n. 430.105-9/RJ, realizado em 13/2/2007 (DJe 27/4/2007), teve a oportunidade de se manifestar a respeito do tema, ocasião em que rejeitou a tese de que a infração penal prevista no artigo 28 da Lei n. 11.343/2006 teria natureza *sui generis*, sobretudo diante da "tormentosa tarefa" de definir qual seria o regime jurídico de uma infração penal com tal natureza (p. 6).

A Corte Suprema, na verdade, firmou orientação no sentido de que a conduta de posse de substância entorpecente para consumo pessoal (agora prevista no artigo 28 da Lei n. 11.343/2006) **continua sendo crime**.

Na ocasião, o Relator, Ministro Sepúlveda Pertence, salientou que a norma contida no artigo 1º da Lei de Introdução do Código Penal



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

limitou-se a estabelecer um critério que permitisse distinguir quando se está diante de um crime ou de uma contravenção penal. Assim, não haveria óbice a que uma lei ordinária superveniente adotasse outros critérios gerais de distinção ou estabelecesse para determinado crime – como o fez para a posse de substância entorpecente para consumo próprio – pena diversa da "privação ou restrição da liberdade", entre aquelas opções constitucionalmente passíveis de serem adotadas pela lei (CF, artigo 5º, XLVI e XLVII).

Ainda, o Ministro Relator destacou que o legislador incluiu o artigo 28 da Lei n. 11.343/2006 em um capítulo específico, denominado "Dos Crimes e das Penas" (Título III, Capítulo III, artigos 27 a 30), de maneira que a conclusão de que a conduta prevista no artigo 28 da Lei n. 11.343/2006 não seria mais crime implicaria, no mínimo, presumir, inadvertidamente, um excepcional "desapreço do legislador pelo 'rigor técnico'" (p. 8).

Ressaltou, outrossim, o fato de haver previsão, como regra geral, de aplicação do rito processual estabelecido para os crimes de menor potencial ofensivo (Lei n. 9.099/1995), possibilitando a proposta de aplicação imediata da pena de que trata o artigo 76 da Lei n. 9.099/1995 (artigo 48, §§ 1º e 5º), bem como a disciplina da prescrição segundo as regras dos artigos 107 e seguintes do Código Penal (artigo 30 da Lei de Drogas).

A título de complementação, o Ministro Marco Aurélio destacou a possibilidade de imposição de prestação de serviços à comunidade (inciso II do artigo 28 da Lei n. 11.343/2006), pena essa que também é utilizada na legislação comum.

Esse também foi o entendimento do Ministro Ayres Britto, segundo o qual "esse art. 28 da Lei nº 11.343 é claro no sentido da criminalização da conduta, até coerente com a inserção topográfica da matéria. Afinal, o nome do título é: Dos Crimes e das Penas. E esse art. 28 não só descreve o crime, como comina a pena".

Assim, com essas considerações, o Supremo Tribunal Federal firmou a orientação no sentido de que, na verdade, **o que ocorreu foi uma mera despenalização**, assim entendida como a ausência de previsão, para o tipo do artigo 28, da imposição de pena privativa de liberdade como sanção principal.

Este Superior Tribunal, alinhando-se ao entendimento firmado pela Corte Suprema, também firmou a orientação no sentido de que, com o advento da Lei n. 11.343/2006, não houve descriminalização (*abolitio*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

criminis) da conduta de porte de substância entorpecente para consumo pessoal, mas mera despenalização, conforme demonstra o seguinte julgado: "A posse de substância entorpecente já era crime na época da Lei nº 6.368/76 e continua sendo, não havendo falar em descriminalização, mas em despenalização, pelo fato de o art. 28 da Lei nº 11.343/2006 não impor pena privativa de liberdade ao usuário de drogas." (HC n. 193.708/SP, Relatora Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, DJe 25/9/2013).

Por essas razões, justamente porque as instâncias ordinárias apontaram a existência de condenação definitiva anterior pela prática do crime previsto no artigo 16 da Lei n. 6.368/1976, e considerando que a conduta disciplinada desse dispositivo legal (agora prevista no artigo 28 da Lei n. 11.343/2006) não deixou de ser crime, **não há como se afastar da sua condenação a agravante genérica da reincidência**, como pretendido.

A propósito, confira-se o seguinte trecho do acórdão impugnado, relativo à segunda etapa da dosimetria da pena (fls. 28/29):

A reincidência do acusado encontra respaldo na certidão de f. 63/65, que aponta condenações pelo crime do art. 16 da Lei 6.368/76. A tese defensiva de que a despenalização do crime de uso prevista pela nova Lei Antidrogas implica a desconsideração da reincidência não merece amparo.

A conduta descrita no artigo 28 da nova lei ainda é considerada ilícita, deixando tão somente de ser reprimida com pena privativa de liberdade. Os condenados são submetidos às medidas previstas nos incisos I a III daquele dispositivo legal.

Dessa forma, uma vez reconhecida a reincidência do paciente, mostra-se inviável a aplicação, em seu favor, da causa especial de diminuição de pena prevista no § 4º do artigo 33 da Lei n. 11.343/2006, haja vista a vedação legal expressa da concessão desse benefício aos condenados reincidentes. A propósito, confira-se:

§ 4º Nos delitos definidos no caput e no § 1º deste artigo, as penas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, vedada a conversão em penas restritivas de direitos, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa.

Aliás, esse também foi o entendimento adotado pelo Tribunal de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

origem (fl. 30):

Não há de se falar em aplicação da minoração relativa ao parágrafo § 4º do art. 33, ante a manutenção da reincidência do réu.

À vista do exposto, **não conheço** do *habeas corpus*, por entender inadequado o uso do *writ* como substitutivo do meio impugnativo próprio.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2009/0133514-0

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 141.541 / MG

MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 10024089396808 24089396808

EM MESA

JULGADO: 15/10/2013

Relator

Exmo. Sr. Ministro **ROGERIO SCHIETTI CRUZ**

Presidente da Sessão

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

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **JOÃO FRANCISCO SOBRINHO**

Secretário

Bel. **ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : OBREGON GONÇALVES

IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS

PACIENTE : RODRIGO ALVES NOGUEIRA (PRESO)

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

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, não conheceu da ordem, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Marilza Maynard (Desembargadora Convocada do TJ/SE), Maria Thereza de Assis Moura, Sebastião Reis Júnior e Assusete Magalhães votaram com o Sr. Ministro Relator.