RECURSO ESPECIAL Nº 1.837.701 - MG (2019/0273193-7)

RELATOR	**:**	**MINISTRO ANTONIO SALDANHA PALHEIRO**
RECORRENTE	:	MARCELO LEMES BATISTA
ADVOGADO	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MINAS GERAIS
RECORRIDO	:	MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS

DECISÃO

Trata-se de recurso especial interposto por MARCELO LEMES BATISTA, com fundamento no art. 105, inciso III, alínea *a*, da Constituição Federal, contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais.

Consta dos autos que o recorrente foi condenado a 1 ano e 8 meses de reclusão, em regime aberto – substituída a pena privativa de liberdade por restritivas de direitos –, e 166 dias-multa pelo crime de tráfico de drogas, configurado por ter em depósito **23,70g (vinte e três gramas e setenta centigramas) de maconha e 7g (sete gramas) de cocaína.**

O Tribunal de origem deu parcial provimento à apelação interposta pelo Ministério Público para excluir a minorante do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, fixando a pena em **5 anos de reclusão, em regime inicial semiaberto, e 500 dias-multa** (e-STJ fls. 345/371).

Os embargos de declaração da defesa foram rejeitados (e-STJ fls. 389/393).

Nas razões do recurso especial, a defesa sustenta que a condenação pelo delito do art. 28 da Lei n. 11.343/2006 não pode ser utilizada para a caracterização de maus antecedentes.

Assevera, ainda nesse sentido, que, "*se a condenação por uso de drogas não caracteriza maus antecedentes nem reincidência, somente a condenação transitada em julgado pelo delito do art. 16, caput, da Lei 10.826/03 é desfavorável, e tal condenação configura apenas reincidência que deve ser usada na segunda fase da dosimetria da pena, de forma compensatória com a circunstância atenuante da confissão espontânea*" (e-STJ fl. 403).

E conclui asserindo que, "*tendo em vista que todas as circunstâncias*

Edição nº 2808 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 05 de Dezembro de 2019 Publicação: Sexta-feira, 06 de Dezembro de 2019
Código de Controle do Documento: 07DCD1EA-CD5D-4762-B7AE-2857B1FFEF24

do art. 59 do Código Penal são favoráveis ao recorrente, repitam-se, as circunstâncias do crime são atinentes ao próprio tipo penal, e existe apenas uma condenação desfavorável apta a gerar efeitos apenas de reincidência, mister se faz a fixação da pena-base no mínimo legal" (e-STJ fl. 403).

Contrarrazões às e-STJ fls. 419/421.

O Ministério Público Federal manifestou-se pelo provimento do recurso especial (e-STJ fls. 437/441).

É o relatório.

Decido.

O Tribunal de origem negativou os antecedentes do recorrente com apoio em condenação pelo delito de posse de droga para uso próprio. É o que se vê destes trechos (e-STJ fls. 355/360):

> Contudo, **na Certidão de Antecedentes Criminais de fls. 181/186 verifica-se que o apelado possui um registro apto a caracterizar os maus antecedentes, qual seja, o processo nº 0422275-07.2012.8.13.0231, no qual foi condenado por crime anterior, qual seja, do art. 28 da Lei 11.343/06, praticado em 28/09/12, com trânsito em julgado em 2015**.
>
> [...]
>
> **Irrelevante, lado outro, que a condenação anterior tenha se dado pelo crime do art. 28 da Lei 11.343/06. A despeito do abrandamento das penas, a posse de droga para uso pessoal continua sendo crime, passível, pois, de caracterizar reincidência/maus antecedentes em face do cometimento de novo crime pelo condenado**. Por opção do legislador, que incorpora os anseios sociais e os representa na produção das leis, o porte de droga para consumo pessoal foi e continua a ser previsto como crime, a par da ocorrência da "despenalização" introduzida pela Lei 11.343/06.
>
> [...]
>
> Assim, na esteira do alegado em sede de razões recursais, verifico que **nem todas as circunstâncias judiciais são favoráveis ao apelado, justificando-se a fixação da pena-base, em quantum superior ao patamar mínimo cominado à espécie, considerando os maus antecedentes, razão pela qual a elevo para 05 (cinco) anos e 05 (cinco) meses de reclusão** e 541 (quinhentos e quarenta e um) dias-multa. (Grifei)

O pleito recursal deve prosperar.

Edição nº 2808 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 05 de Dezembro de 2019 Publicação: Sexta-feira, 06 de Dezembro de 2019
Código de Controle do Documento: 07DCD1EA-CD5D-4762-B7AE-2857B1FFEF24

Por muito tempo predominou o entendimento segundo o qual a condenação anterior e definitiva pelo crime de posse de drogas para uso próprio, previsto no art. 28 da Lei n. 11.343/2006, ensejava a caracterização de maus antecedentes e de reincidência.

Nesse sentido:

> 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, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 24/11/2015, DJe 07/12/2015, grifei.)

> HABEAS CORPUS. ART. 155, § 4.°, I, II E IV, DO CÓDIGO PENAL. VIA INDEVIDAMENTE UTILIZADA EM SUBSTITUIÇÃO A RECURSO ESPECIAL. CONDENAÇÃO DEFINITIVA ANTERIOR. ART. 28 DA LEI 11.343/06. MERA DESPENALIZAÇÃO. MAUS ANTECEDENTES. CONFIGURAÇÃO. PENA DEFINITIVA FIXADA EM PATAMAR INFERIOR A 4 ANOS DE RECLUSÃO. CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL. REGIME INICIAL SEMIABERTO. ADEQUAÇÃO. PENA CORPORAL. SUBSTITUIÇÃO. RESTRITIVA DE DIREITOS. INVIABILIDADE. NÃO CONHECIMENTO.
>
> 1. É imperiosa a necessidade de racionalização do emprego do habeas corpus, em prestígio ao âmbito de cognição da garantia constitucional, e, em louvor à lógica do sistema recursal. In casu, foi impetrada indevidamente a ordem como substitutiva de recurso especial.
>
> 2. **Esta Corte, na esteira do posicionamento perfilhado pelo Supremo Tribunal Federal (Questão de Ordem no Recurso**

Edição nº 2808 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 05 de Dezembro de 2019 Publicação: Sexta-feira, 06 de Dezembro de 2019
Código de Controle do Documento: 07DCD1EA-CD5D-4762-B7AE-2857B1FFEF24

> **Extraordinário n.º 430.105-9/RJ), consolidou o entendimento de que, com o advento da Lei 11.343/2006, não ocorreu a descriminalização (abolitio criminis) da conduta de porte de substância entorpecente para consumo pessoal, mas, tão somente, a mera despenalização, pelo fato de o art. 28 da Lei 11.343/2006 não impor pena privativa de liberdade ao usuário de drogas**.
>
> 3. **Comprovada a existência de condenação definitiva anterior pela prática do delito previsto no art. 28 da Lei 11.343/06, e considerando que a conduta descrita nesse preceptivo legal não deixou de ser crime, inviável o afastamento da valoração negativa dos antecedentes**.
>
> [...]
>
> 7. Writ não conhecido. (HC 252.688/RJ, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 03/04/2014, DJe 15/04/2014, grifei.)

Todavia, recentemente, a Sexta Turma desta Corte concluiu que a condenação anterior pelo crime tipificado no art. 28 da Lei n. 11.343/2006 (posse de droga para consumo próprio ou uso pessoal) não deve configurar reincidência, especialmente porque as sanções penais legalmente previstas nem sequer admitem a conversão em pena privativa de liberdade em caso de descumprimento.

Confira-se a ementa do acórdão que modificou a orientação deste colegiado:

> 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

Edição nº 2808 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 05 de Dezembro de 2019 Publicação: Sexta-feira, 06 de Dezembro de 2019
Código de Controle do Documento: 07DCD1EA-CD5D-4762-B7AE-2857B1FFEF24

> 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 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)

Sendo assim, na primeira etapa, a pena-base deve ser retornada ao mínimo legal de 5 anos de reclusão.

Na segunda fase, deve ser mantida nesse patamar, não obstante o reconhecimento da menoridade relativa, em respeito ao que dispõe a Súmula n. 231/STJ.

Por fim, fica definitivamente estabelecida nesse montante em razão do decote da minorante da pena (e-STJ fl. 361).

Ante o exposto, **dou provimento ao recurso especial nos termos acima delineados.**

Publique-se. Intimem-se.

Brasília, 05 de dezembro de 2019.

Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO
Relator

Edição nº 2808 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 05 de Dezembro de 2019 Publicação: Sexta-feira, 06 de Dezembro de 2019
Código de Controle do Documento: 07DCD1EA-CD5D-4762-B7AE-2857B1FFEF24