

**RECURSO ESPECIAL Nº 1.795.962 - SP (2019/0041556-7)**

**RELATOR : MINISTRO RIBEIRO DANTAS**

**RECORRENTE : FELIPE WENCESLAU ASSIS SUZUKI**

**ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO  
LEANDRO DE CASTRO GOMES - DEFENSOR PÚBLICO -  
MG110528**

**RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO**

## **RELATÓRIO**

### **O EXMO. SR. MINISTRO RIBEIRO DANTAS (Relator):**

Trata-se de recurso especial interposto por **FELIPE WENCESLAU ASSIS SUZUKI**, com amparo no art. 105, III, "a", da Constituição Federal, contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, assim ementado:

"Apelação. Conhecimento. Decisão com força de definitiva. Revogação da suspensão condicional do processo pela superveniência de causa obrigatória de revogação. Recurso defensivo postulando a reforma da decisão, alegando que a causa de revogação é facultativa e que a infração penal prevista no artigo 28 da Lei nº 11.343/2006 é análoga à contravenção penal. Descabimento. Conduta que ainda continua sendo crime, embora sem imposição de pena privativa de liberdade. Advertência, quando do oferecimento da proposta do 'sursis' processual, de que o descumprimento das condições impostas, em especial o processamento e a condenação por outro crime, acarretaria a revogação do benefício, com a retomada do curso normal do processo. Decisão de revogação mantida. Recurso não provido." (e-STJ, fl. 259)

Nas razões recursais, a defesa sustenta negativa de vigência ao artigo 89, § 4º, da Lei n. 9.099/95, ao argumento de que o recorrente teve revogado o benefício da suspensão condicional do processo em razão da Corte local ter entendido que o fato de o recorrente ter sido denunciado, no curso do período de prova, pelo crime previsto no artigo 28 da Lei n. 11.343/2006, era causa de revogação obrigatória.

Aduz que o recorrente cumpriu todas as obrigações impostas e que devem ser consideradas as peculiaridades da conduta descrita no artigo 28 da Lei n. 11.343/2006, que tem, inclusive, sua constitucionalidade questionada no STF. Afirma, ademais, que é preciso fazer uma comparação entre as consequências da prática de uma contravenção penal (prisão simples, em regime semiaberto ou aberto) e do delito em questão (advertência, prestação de serviço à comunidade e medida de comparecimento a curso educativo), assim se conclui que as consequências primárias do delito do artigo 28 da Lei n. 11.343/2006 são mais amenas. Desta feita, assim como a prática anterior de contravenção penal não gera reincidência e não ocasiona a revogação obrigatória da suspensão condicional da pena, o processamento pelo porte de droga para uso pessoal, no curso do período de prova, não torna a revogação obrigatória. Pois, se as consequências primárias para quem pratica o delito do artigo 28 da Lei de Drogas são mais leves do que para quem pratica uma contravenção penal, "por óbvio, não deveriam as circunstâncias secundárias serem mais graves" (e-STJ, fl. 283).

Requer o provimento do recurso, reformando-se o acórdão recorrido, a fim de que seja aplicado ao caso o § 4º do artigo 89 da Lei n. 9.099/1995 e, diante do caso concreto, que não haja a revogação do benefício, extinguindo-se a punibilidade do recorrente.

# *Superior Tribunal de Justiça*

Contrarrazões apresentadas (e-STJ, fls. 289-294).  
O Ministério Público Federal manifestou-se pelo não conhecimento do recurso (e-STJ, fls. 307-310).

**É o relatório.**



# Superior Tribunal de Justiça

**RECURSO ESPECIAL Nº 1.795.962 - SP (2019/0041556-7)**

**RELATOR : MINISTRO RIBEIRO DANTAS**

**RECORRENTE : FELIPE WENCESLAU ASSIS SUZUKI**

**ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO  
LEANDRO DE CASTRO GOMES - DEFENSOR PÚBLICO -  
MG110528**

**RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO**

## **EMENTA**

PENAL E PROCESSUAL PENAL. RECURSO ESPECIAL. NEGATIVA DE VIGÊNCIA AO ART. 89, § 4º, DA LEI N. 9.099/95. PROCESSAMENTO DO RÉU PELA PRÁTICA DA CONDUTA DESCRITA NO ART. 28 DA LEI N. 11.343/06 NO CURSO DO PERÍODO DE PROVA DE SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO. CAUSA OBRIGATÓRIA DE REVOGAÇÃO DO BENEFÍCIO. DESPROPORCIONALIDADE. ANALOGIA COM A PRÁTICA DE CONTRAVENÇÃO PENAL. ANÁLISE COMO CAUSA FACULTATIVA DE REVOGAÇÃO. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

1. A conduta prevista no artigo 28 da Lei n. 11.343/2006 não foi descriminalizada, mas apenas despenalizada pela nova Lei de Drogas. Assim, em princípio, não tendo havido a *abolitio criminis*, a prática do crime descrito no artigo 28 da Lei n. 11.343/2006 tem aptidão de gerar os mesmos efeitos secundários que uma condenação por qualquer outro crime gera, como a reincidência e a revogação obrigatória da suspensão condicional do processo, como previsto no artigo 89, § 3º, da Lei n. 9.099/1995. Todavia, importantes ponderações no âmbito desta Corte Superior têm sido feitas no que diz respeito aos efeitos que uma condenação por tal delito pode gerar.

2. Em recente julgado deste Tribunal entendeu-se que "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). Outrossim, vem-se entendendo que a prévia condenação pela prática da conduta descrita no art. 28 da Lei n. 11.343/2006, justamente por não configurar a reincidência, não pode obstar, por si só, a concessão de benefícios como a incidência da causa de redução de pena prevista no § 4º do art. 33 da mesma lei ou a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

3. O principal fundamento para este entendimento toma por base uma comparação entre o delito do artigo 28 da Lei de Drogas e a contravenção penal, concluindo-se que, uma vez que a contravenção penal (punível com pena de prisão simples) não configura a reincidência, revela-se desproporcional considerar, para fins de reincidência, o prévio apenamento por posse de droga para consumo próprio (que, embora seja crime, é punido apenas com advertência sobre os efeitos das drogas, prestação de serviços à comunidade e medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo, ou seja, medidas mais amenas).

4. Adotando-se tal premissa por fundamento, igualmente, mostra-se desproporcional que o mero processamento do réu pela prática do crime previsto no artigo 28 da Lei n. 11.343/2006 torne obrigatória a revogação da suspensão condicional do processo (art. 89, § 3º, da Lei n. 9.099/1995), enquanto que o processamento por contravenção penal (que tem efeitos primários mais deletérios) ocasione a revogação facultativa (art. 89, § 4º, da Lei n. 9.099/1995). Assim, é mais razoável que o fato de o recorrente estar sendo processado pela prática do crime previsto no artigo 28 da Lei n. 11.343/2006 seja analisado como causa facultativa de revogação do benefício da suspensão condicional do processo, cabendo ao magistrado proceder nos termos do § 4º do artigo 89 da Lei n. 9.099/2006 ou extinguir a punibilidade do recorrente (art. 89, § 5º, da Lei n. 9.099/1995), a partir da análise do cumprimento das obrigações impostas.

4. Recurso especial parcialmente provido.

### **VOTO**

#### **O EXMO. SR. MINISTRO RIBEIRO DANTAS (Relator):**

No caso, a Corte de origem manteve a decisão que revogou a suspensão condicional do processo nos seguintes termos:

"No caso em tela, verifica-se que o acusado, durante o período de prova, teve uma denúncia recebida em 22/07/2016, por ter infringido o artigo 28, 'caput', da Lei de Drogas, conforme atestado na certidão de objeto e pé encartada à fl. 53 do apenso próprio, o que consiste em causa obrigatória de revogação do benefício concedido (art. 89, § 3º, da Lei nº 9.099/95).

Ao contrário do sustentado pela combativa defesa, não há como acolher a tese no sentido de que a infração penal prevista no artigo 28 da Lei nº 11.343/2006 é análoga a uma contravenção penal, ou seja, de que a causa de revogação do benefício é facultativa, nos termos do artigo 89, § 4º, da Lei nº 9.099/95.

Ora, com o advento da nova Lei de Drogas não decorreu a *abolitio criminis* da conduta de porte de substância entorpecente.

Ao contrário, o que houve foi a imposição de outras penas que não a prisão (advertência sobre os efeitos das drogas, prestação de serviços à comunidade e medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo), a evidenciar que a conduta ainda continua sendo crime, embora sem a imposição de pena privativa de liberdade. Permanecem, portanto, todos os efeitos primários e secundários de condenação daquele tipo penal, bem como seus efeitos para fins de revogação do 'sursis' processual, haja vista que houve o recebimento da denúncia contra o réu em relação a esse crime.

Realmente, no sentido do exposto, convém recordar que nossas Cortes Superiores reconhecem, pacificamente, que não houve a descriminalização do tipo penal previsto no artigo 28 da Lei de Drogas, o qual, inclusive, serve para gerar a reincidência e impedir o reconhecimento de outros benefícios[...]" (e-STJ, fls. 260-262)

De fato, como bem ponderado no acórdão recorrido, a conduta prevista no artigo 28 da Lei n. 11.343/2006 não foi descriminalizada, mas apenas despenalizada pela nova Lei de

# Superior Tribunal de Justiça

Drogas. Assim, em princípio, não tendo havido a *abolitio criminis*, a prática do crime descrito no artigo 28 da Lei n. 11.343/2006 tem aptidão de gerar os mesmos efeitos secundários que uma condenação por qualquer outro crime gera, como a reincidência e a revogação obrigatória da suspensão condicional do processo, como previsto no artigo 89, § 3º, da Lei n. 9.099/1995.

Todavia, quanto ao crime descrito no artigo 28 da Lei de Drogas, cumpre destacar que importantes ponderações no âmbito desta Corte Superior têm sido feitas no que diz respeito aos efeitos que uma condenação por tal delito pode gerar.

Nesse passo, em recente julgado deste Tribunal entendeu-se que "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, grifou-se).

Outrossim, vem-se entendendo que a prévia condenação pela prática da conduta descrita no art. 28 da Lei n. 11.343/2006, justamente por não configurar a reincidência, não pode obstar, por si só, a concessão de benefícios como a incidência da causa de redução de pena prevista no § 4º do art. 33 da mesma lei ou a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

Para corroborar, trago à baila os seguintes precedentes de ambas as Turmas que compõem a Terceira Seção deste Superior Tribunal 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 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 478.757/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 5/2/2019, DJe 11/2/2019, grifou-se).

"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."

(AgRg no REsp 1.776.781/SP, Rel. Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 26/2/2019, DJe 13/3/2019, grifou-se);

"*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 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. 6. Para aplicação da causa de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, o condenado deve preencher, cumulativamente, todos os requisitos legais, quais sejam, ser primário, de bons antecedentes, não se dedicar a atividades criminosas nem integrar organização criminosa, podendo a reprimenda ser reduzida de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços), a depender das circunstâncias do caso concreto. No caso, tendo em vista que a reincidência foi o único fundamento para não aplicar a benesse e tendo sido afastada a agravante, de rigor a aplicação da redutora.**

7. Quanto ao regime e a substituição, tratando-se de réu primário, condenado à pena privativa de liberdade inferior a 4 anos de reclusão, com a análise favorável das circunstâncias judiciais, além da não expressiva quantidade de droga - 7,2 g de *crack* -, o paciente faz jus ao regime aberto, a teor do disposto no art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal, assim como resulta cabível a conversão da pena privativa de liberdade por medidas restritivas de direitos, a serem definidas pelo Juízo das Execuções Criminais.

8. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para conceder a ordem para redimensionar a pena do paciente, fixar o regime

# Superior Tribunal de Justiça

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, grifou-se).

Conforme se constata, o principal fundamento para o entendimento supra mencionado quanto à não caracterização da reincidência toma por base uma comparação entre o delito do artigo 28 da Lei de Drogas e a contravenção penal, concluindo-se que, uma vez que a contravenção penal (punível com pena de prisão simples) não configura a reincidência, revela-se desproporcional considerar, para fins de reincidência, o prévio apenamento por posse de droga para consumo próprio (que, embora seja crime, é punido apenas com advertência sobre os efeitos das drogas, prestação de serviços à comunidade e medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo, ou seja, medidas mais amenas).

Adotando-se tal premissa por fundamento, penso que, igualmente, mostra-se desproporcional que o mero processamento do réu pela prática do crime previsto no artigo 28 da Lei n. 11.343/2006 torne obrigatória a revogação da suspensão condicional do processo (art. 89, § 3º, da Lei n. 9.099/1995), enquanto que o processamento por contravenção penal (que tem efeitos primários mais deletérios) ocasione a revogação facultativa (art. 89, § 4º, da Lei n. 9.099/1995).

Desta feita, amparando-me na recente conclusão adotada para fins de não consideração da reincidência, bem como, considerando que a própria constitucionalidade do artigo 28 da Lei de Drogas está em discussão no Supremo Tribunal Federal (RE n. 635.659), entendo ser mais razoável que o fato de o recorrente estar sendo processado pela prática do crime previsto no artigo 28 da Lei n. 11.343/2006 seja analisado como causa facultativa de revogação do benefício da suspensão condicional do processo, cabendo ao magistrado proceder nos termos do § 4º do artigo 89 da Lei n. 9.099/2006 ou extinguir a punibilidade do recorrente (art. 89, § 5º, da Lei n. 9.099/1995), a partir da análise do cumprimento das obrigações impostas.

Ante o exposto, com fundamento no art. 255, § 4º, III, do Regimento Interno do STJ, **dou parcial provimento** ao recurso especial para cassar o acórdão recorrido e determinar que o feito seja encaminhado ao magistrado de primeiro grau para que analise o processamento do recorrente pelo crime do art. 28 da Lei n. 11.343/2006 como causa de revogação facultativa da suspensão condicional do processo ou, proceda à extinção da punibilidade do agente.

É como voto.