

HABEAS CORPUS 120.026 SÃO PAULO

RELATOR : MIN. CELSO DE MELLO
PACTE.(S) : JOSÉ INÁCIO DE CAMPOS
IMPTE.(S) : JOÃO MINEIRO VIANA
COATOR(A/S)(ES) : SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

EMENTA: TRÁFICO DE ENTORPECENTES. LANÇA-PERFUME. LISTA DAS SUBSTÂNCIAS PSICOTRÓPICAS DE USO PROSCRITO NO BRASIL (PORTARIA SVS/MS Nº 344/98). EXCLUSÃO DO CLORETO DE ETILA DE MENCIONADO ROL. VIGÊNCIA, AINDA QUE POR BREVE PERÍODO, DA RESOLUÇÃO QUE EXCLUIU DA RELAÇÃO INCRIMINADORA O CLORETO DE ETILA. CARACTERIZAÇÃO DE “ABOLITIO CRIMINIS” TEMPORÁRIA. PRECEDENTES. RELAÇÕES ENTRE AS LEIS PENAIIS EM BRANCO E OS ATOS QUE AS COMPLEMENTAM. DOUTRINA. POSTERIOR REINCLUSÃO, PELA ANVISA, DO CLORETO DE ETILA NA LISTA DE SUBSTÂNCIAS PROIBIDAS. IMPOSSIBILIDADE, EM TAL HIPÓTESE, DE ATRIBUIR-SE EFICÁCIA RETROATIVA À RESOLUÇÃO QUE REINCLUIU, EM MOMENTO POSTERIOR, O CLORETO DE ETILA NA RELAÇÃO DE SUBSTÂNCIAS PROSCRITAS. VEDAÇÃO CONSTITUCIONAL QUE INIBE A RETROATIVIDADE DA “LEX GRAVIOR” (CF, ART. 5º, XL). PRECEDENTES. “HABEAS CORPUS” DEFERIDO.

DECISÃO: Registro, *preliminarmente*, **por necessário**, que o Supremo Tribunal Federal, **mediante** edição da Emenda Regimental nº 30, de 29 de maio de 2009, **delegou** expressa competência **ao Relator** da causa para, **em sede** de julgamento monocrático, **denegar ou conceder** a ordem de “*habeas corpus*”, “*ainda que de ofício*”, **desde que** a matéria versada no “*writ*” em questão **constitua** “*objeto de jurisprudência consolidada do Tribunal*” (**RISTF**, art. 192, “*caput*”, **na redação** dada **pela ER** nº 30/2009).

Ao assim proceder, **fazendo-o mediante** interna **delegação** de atribuições jurisdicionais, esta Suprema Corte, **atenta** às exigências de celeridade **e** de racionalização do processo decisório, **limitou-se a reafirmar** princípio **consagrado** em nosso ordenamento positivo (**RISTF**, art. 21, § 1º; **Lei nº 8.038/90**, art. 38; **CPC**, art. 557) **que autoriza** o Relator da causa a decidir, **monocraticamente**, o litígio, **sempre** que este referir-se a tema **já** definido em “*jurisprudência dominante*” no Supremo Tribunal Federal.

Nem se alegue que essa orientação **implicaria transgressão ao princípio da colegialidade**, eis que o postulado em questão **sempre** restará preservado **ante a possibilidade** de submissão da decisão singular **ao controle recursal** dos órgãos colegiados no âmbito do Supremo Tribunal Federal, **consoante esta Corte tem reiteradamente proclamado** (**RTJ 181/1133-1134**, Rel. Min. CARLOS VELLOSO – **AI 159.892-AgR/SP**, Rel. Min. CELSO DE MELLO, *v.g.*).

A legitimidade jurídica desse entendimento **decorre** da circunstância de o Relator da causa, **no desempenho** de seus poderes processuais, **dispor** de plena competência para exercer, **monocraticamente**, o controle **das ações**, pedidos **ou** recursos dirigidos ao Supremo Tribunal Federal, **justificando-se**, *em consequência*, os atos decisórios que, nessa condição, venha a praticar (**RTJ 139/53**, Rel. Min.

CARLOS VELLOSO – RTJ 168/174-175, Rel. Min. CELSO DE MELLO – RTJ 173/948, Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE – HC 96.821/SP, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI – HC 104.241-AgR/SP, Rel. Min. CELSO DE MELLO, *v.g.*).

Tendo em vista essa delegação regimental de competência ao Relator da causa, **impõe-se reconhecer** que a controvérsia ora em exame **ajusta-se** à jurisprudência que o Supremo Tribunal Federal **firmou** na matéria em análise, **o que possibilita** seja proferida **decisão monocrática** sobre o litígio em questão.

Trata-se de “*habeas corpus*” **impetrado** contra decisão que, emanada do E. Superior Tribunal de Justiça, **está assim ementada**:

“PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. NÃO ESGOTAMENTO DAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS. JULGADO PROFERIDO POR MAIORIA. NÃO INTERPOSIÇÃO DE EMBARGOS INFRINGENTES. SÚMULA 207/STJ. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

1. Quando cabíveis embargos infringentes contra o acórdão recorrido, não se pode falar em causa decidida em última instância, o que inviabiliza a interposição de recurso especial. Inteligência do enunciado 207 da Súmula desta Corte.

2. Agravo regimental a que se nega provimento.”

(AREsp 254.723-AgRg/SP, Rel. Min. MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA – grifei)

Consta dos autos que o ora paciente **foi denunciado** pelo Ministério Público Federal pela prática dos crimes **de tráfico de drogas** (**Lei 6.368/76**, art. 12, “*caput*”, c/c o art. 18, I e III) **e de corrupção ativa** (CP, art. 333, “*caput*”), **após** **haver sido preso em flagrante**, no município de Jaci/SP, **em 12/11/2000**, na posse de seis mil e dezesseis (6.016) frascos de “*lança-perfume*”, **produto** contendo o componente químico **identificado** no

laudo de constatação como cloreto de etila, **ocasião** em que ofereceu **vantagem indevida** aos Policiais Rodoviários Federais responsáveis pela sua prisão, **com o fim** de determiná-los a permitir a sua liberação.

A ação penal **promovida** pela Procuradoria da República em São José do Rio Preto/SP **contra** o ora paciente resultou na sua **condenação** pela prática dos crimes *de tráfico de drogas e de corrupção ativa*, **vindo a sofrer, respectivamente**, as penas **privativas** de liberdade de três (03) anos e nove (09) meses de reclusão **e** de dois (02) anos, oito (08) meses e 15 (quinze) dias *também* de reclusão, **o que culminou** em uma pena total de seis (06) anos, cinco (05) meses e quinze (15) dias de prisão.

Sustenta-se, no entanto, **considerada a data** em que praticada a conduta delituosa (12/11/2000), **que teria ocorrido a extinção da punibilidade** do ora paciente, **em relação** ao delito de tráfico de drogas, **por efeito da superveniente edição** da Resolução ANVISA nº 104/2000, **publicada em 07/12/2000**, que **excluiu** o cloreto de etila da relação constante da Lista das Substâncias Psicotrópicas de Uso Proscrito no Brasil (**Portaria SVS/MS nº 344/98**), **o que teria configurado** a “*abolitio criminis*” relativamente aos fatos envolvendo a posse de frascos de “*lança-perfume*”.

O Ministério Público Federal, **em pronunciamento** da lavra da ilustre Subprocuradora-Geral da República Dra. CLÁUDIA SAMPAIO MARQUES, **opinou pela denegação** da ordem em parecer assim ementado:

“‘HABEAS CORPUS’. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. CLORETO DE ETILA. NEGATIVA DE SEGUIMENTO AO RECURSO ESPECIAL. CONDENÇÃO TRANSITADA EM JULGADO. IMPOSSIBILIDADE DE UTILIZAÇÃO DA VIA ELEITA COMO SUCEDÂNEO DE REVISÃO CRIMINAL. PLEITO DE EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE EM RAZÃO DE ‘ABOLITIO CRIMINIS’. RESOLUÇÃO Nº 104/ANVISA. ATO

NULO, EDITADO POR AUTORIDADE INCOMPETENTE. PARECER PELO NÃO CONHECIMENTO DO 'WRIT' E, SE CONHECIDO, PELA DENEGAÇÃO DA ORDEM."

Sendo esse o contexto, **passo ao exame** da pretensão deduzida **nesta** sede processual. **E, ao fazê-lo, entendo** que os fundamentos **que dão suporte** à presente impetração **ajustam-se, com integral fidelidade**, à orientação jurisprudencial **firmada** por esta Suprema Corte no tema.

Com efeito, a colenda **Segunda Turma** do Supremo Tribunal Federal, **defrontando-se com pretensão idêntica** à ora em análise, **concedeu** ordem de "*habeas corpus*", **para extinguir a punibilidade** de outro paciente, **reconhecendo** que a **exclusão** do cloreto de etila da lista de substâncias de uso proscrito, *ainda que momentânea*, **por meio da** superveniente edição da Resolução ANVISA nº 104/2000, **em 07/12/2000**, **operou a "abolitio criminis" em relação** à conduta de alguém ter sob sua posse "*lança-perfume*":

"AÇÃO PENAL. Tráfico de entorpecentes. Comercialização de 'lança-perfume'. Edição válida da Resolução ANVISA nº 104/2000. Retirada do cloreto de etila da lista de substâncias psicotrópicas de uso proscrito. 'Abolitio criminis'. Republicação da Resolução. Irrelevância. Retroatividade da lei penal mais benéfica. 'HC' concedido. A edição, por autoridade competente e de acordo com as disposições regimentais, da Resolução ANVISA nº 104, de 7/12/2000, retirou o 'cloreto de etila' da lista de substâncias psicotrópicas de uso proscrito durante a sua vigência, tornando atípicos o uso e tráfico da substância até a nova edição da Resolução, e extinguindo a punibilidade dos fatos ocorridos antes da primeira portaria, nos termos do art. 5º, XL, da Constituição Federal."

(HC 94.397/BA, Rel. Min. CEZAR PELUSO – grifei)

Vale transcrever, por oportuno, os fundamentos que deram suporte ao douto voto **proferido** pelo eminente Ministro CEZAR PELUSO, Relator, do qual extraio o seguinte fragmento:

“4. A questão é, portanto, de saber se a primeira edição da Resolução RDC ANVISA nº 104 produziu, ou não, efeitos legais até a reedição, oito dias depois.

Tenho que a resposta é positiva.

Como visto, o Regimento Interno da ANVISA confere ao seu Diretor-Presidente a competência para editar atos normativos, ‘ad referendum’ da diretoria colegiada. E, ‘data venia’, o fato de a primeira versão da Resolução ANVISA RDC nº 104 não ter sido posteriormente referendada pelo órgão colegiado não lhe afasta a vigência entre sua publicação no DOU e a realização da sessão plenária.

É que não se trata, aqui, de ato administrativo complexo, em que a manifestação de dois ou mais órgãos lhe integre a formação, de sorte que seu aperfeiçoamento dependa de todas as manifestações. O ato administrativo ‘ad referendum’, neste caso, é ato simples, decorrente da vontade de um único órgão – a Diretoria da ANVISA, representada, excepcionalmente, por seu Diretor-Presidente, mas precário, porque pode ser alterado ou revogado pelo órgão colegiado.

.....
6. Tem-se, portanto, que a resolução publicada no dia 07/12/2000 retirou o cloreto de etila da Lista F2 (‘substâncias psicotrópicas de uso proscrito’) e colocou-o na Lista D2 (‘insumos químicos utilizados para fabricação e síntese de entorpecentes e/ou psicotrópicos’). A partir dessa data, e até a nova publicação da resolução, em 15/12/2000, o consumo, porte ou tráfico da substância já não eram alcançados pela Lei de Drogas. Em outras palavras, tais condutas eram atípicas durante esse período.

Ora, diante da disposição constitucional de retroatividade da lei penal mais benéfica (art. 5º, XL), há de se considerar extinta a punibilidade dos agentes que praticaram quaisquer daquelas condutas antes de 07/12/2000. Como o paciente

foi denunciado por ter sido flagrado comercializando frascos de cloreto de etila em 18 de fevereiro de 1998, impõe-se-lhe a concessão da ordem.” (grifei)

Impende assinalar, no entanto, que se trata, no caso, de “*abolitio criminis*” **meramente temporária**, eis que, **após** a edição de mencionada resolução, **sobreveio**, em 15/12/2000, nova medida que implicou a **reinclusão** do cloreto de etila **na lista** de substâncias psicotrópicas de uso proscrito em território nacional.

Cabe rememorar, por oportuno, que, **antes mesmo do advento** da Resolução ANVISA nº 104/2000, o Supremo Tribunal Federal **já havia firmado entendimento** no sentido de que a **exclusão** do cloreto de etila da lista de substâncias psicotrópicas vedadas **editada** pelo órgão competente do Poder Executivo da União Federal **faz projetar, retroativamente**, os efeitos da norma integradora **mais benéfica**, **registrando-se** a “*abolitio criminis*” em relação a fatos **anteriores** à sua vigência **relacionados ao comércio de** referida substância, **pois**, em tal ocorrendo, **restará descaracterizada** a própria estrutura normativa do tipo penal **em razão**, precisamente, **do desaparecimento da elementar típica** “substância entorpecente ou que determina dependência física ou psíquica”:

“– **PENAL. TRÁFICO ILÍCITO DE SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE. LEI 6.368/76, ARTIGO 36. NORMA PENAL EM BRANCO. PORTARIA DO DIMED, DO MINISTÉRIO DA SAÚDE, CONTENEDORA DA LISTA DE SUBSTÂNCIAS PROSCRITAS. LANÇA-PERFUME: CLORETO DE ETILA.**

I. O paciente foi preso no dia 01.03.84, por ter vendido lança-perfume, configurando o fato o delito de tráfico de substância entorpecente, já que o cloreto de etila **estava incluído na lista** do DIMED, pela Portaria de 27.01.1983. **Sua exclusão, entretanto, da lista**, com a Portaria de 04.04.84, **configurando-se a hipótese do ‘abolitio criminis’**. A Portaria 02/85, de 13.03.85, novamente inclui o cloreto de etila na lista. **Impossibilidade, todavia, da retroatividade desta.**

II. Adoção de posição mais favorável ao réu.

III. 'H.C.' deferido, em parte, para o fim de anular a condenação por tráfico de substância entorpecente, examinando-se, entretanto, no Juízo de 1º grau, a viabilidade de renovação do procedimento pela eventual prática de contrabando."

(HC 68.904/SP, Rel. Min. CARLOS VELLOSO – grifei)

Também o ilustre jurista e magistrado LUIZ FLÁVIO GOMES, em lapidar abordagem do tema ("Cloreto de Etila: Houve descriminalização ou não?", "in" Revista do Foro, vol. 108/2001.2, p. 33/47), alinhou-se a esse mesmo entendimento, fazendo-o em valiosa lição da qual extraio o seguinte fragmento:

"(...) a Resolução n. 104, de 06.12.2000, publicada no DOU de 07.12.2000, p. 82, da Anvisa (Agência Nacional de Vigilância Sanitária), a pretexto de autorizar o emprego do cloreto de etila pelas indústrias químicas, retirou-o da Lista F2 (que relaciona as substâncias entorpecentes ou psicotrópicas) e o colocou na Lista D2 (que enumera os insumos químicos precursores, que não são proibidos, senão apenas controlados pelo Ministério da Justiça).

Consequentemente, no período de 07.12.2000 a 14.12.2000 houve descriminalização do cloreto de etila, isto é, 'abolitio criminis'. Desde 15.12.2000, entretanto, com a republicação da Resolução 104, no DOU da mesma data (n. 241-E), voltou a proibição do lança-perfume.

Mas essa republicação, como alterou completamente o texto anterior, é uma verdadeira lei nova, valendo tão-somente para fatos ocorridos a partir dela (e no que ela trouxe de novo: cfr. STF, RE 163.851, rel. Min. ILMAR GALVÃO, DJU de 25.11.94, p. 32.310). A republicação não tem eficácia retroativa porque é prejudicial aos réus. Eficácia retroativa tem a primeira publicação, de 07.12.2000, por ser mais benéfica.

Conclusão: todos os fatos envolvendo lança-perfume ocorridos no nosso país até 14.12.2000 estão completamente fora de qualquer consequência jurídico-penal relacionada com a Lei de Tóxicos. Pode eventualmente a conduta configurar

contrabando, mas já não incide para esses fatos passados a lei de tóxicos.” (grifei)

Essa mesma orientação reflete-se, por igual, no **magistério doutrinário** de DAMÁSIO E. DE JESUS, que, em importante estudo jurídico sobre o tema (**“Lei Antitóxicos, Norma Penal em Branco e a Questão do Lança-Perfume (Cloreto de Etila)”**, “in” Boletim IBCCrim, Ano 9, n. 102, Maio/2001), assim apreciou essa questão:

“Qual o efeito da exclusão de uma substância no rol das especificadas em lei ou relacionadas pelo Serviço Nacional de Fiscalização da medicina e Farmácia do Ministério da Saúde?

Opera-se a ‘abolitio criminis’, prevista nos arts. 5º, XI, da CF, 2º, ‘caput’, e 107, III, do CP: extingue-se a punibilidade quando a lei posterior deixa de considerar o fato como crime ou contravenção. Isso ocorreu em 1984 e 2000 com o cloreto de etila (lança-perfume).

Estava incluída na lista proibitiva da Portaria de 27.01.1983. foi excluído na Portaria de 04.04.1984. Posteriormente, foi incluído novamente na Portaria nº 2/85, de 13.03.1985.

A Agência Nacional de Vigilância Sanitária, na Resolução RDC nº 4 (leia-se: nº 104), de 06.12.2000, publicada no DOU de 7 de dezembro, p. 82, equivocando-se, retirou o cloreto de etila da Lista F2 de substâncias psicotrópicas, do Ministério da Saúde, incluindo-o na Lista D2 (insumos químicos que não são proibidos). Percebido o engano, a referida resolução foi republicada no DOU de 15.12.2000, incluindo a mencionada substância na Lista B1 (substâncias psicotrópicas de uso proscrito). Com isso, a resolução de 6 de dezembro alterou as normas incriminadoras da Lei Antitóxicos, tornando-as mais benéficas em relação ao cloreto de etila, com efeito retroativo extintivo da pretensão punitiva e executória. De modo que todos os que cometeram delitos previstos na Lei Antitóxicos, tendo por objeto material o cloreto de etila, até 06.12.2000, estão livres da persecução criminal por efeito da ‘abolitio criminis’. E são atípicos os fatos praticados entre 7 e 14 de dezembro, tornados novamente típicos a partir de 15 de dezembro do mesmo ano. (...).” (grifei)

Esse entendimento – *não constitui demasia acentuar* – **encontra apoio** no magistério **de outros** eminentes autores que **também sustentam** que supervenientes alterações ou supressões introduzidas nos atos que complementam as leis penais em branco, **além de operarem** a “*abolitio criminis*” referentemente aos elementos **não mais abrangidos** pela nova regra integradora (o que implica **eliminação da elementar típica**), **ainda impedem a aplicação retroativa** da cláusula legal de tipificação (CEZAR ROBERTO BITENCOURT, “**Tratado de Direito Penal – Parte Geral**”, vol. 1/215/217, item n. 6, 19ª ed., 2013, Saraiva; MIGUEL REALE JÚNIOR, “**Instituições de Direito Penal – Parte Geral**”, p. 101, item n. 6.5, 3ª ed., 2009, Forense; LUIZ REGIS PRADO, “**Comentários ao Código Penal**”, p. 65, item n. 4, 9ª ed., 2014, RT; JULIO FABBRINI MIRABETE e RENATO N. FABBRINI, “**Manual de Direito Penal**”, vol. I/54, item n. 2.2.11, 26ª ed., 2010, Atlas; FERNANDO GALVÃO, “**Direito Penal – Parte Geral**”, p. 93, item n. 2.2, 2ª ed., 2007, Del Rey, v.g.), **valendo destacar**, quanto a esse aspecto, **o pensamento** de FERNANDO CAPEZ (“**Curso de Direito Penal – Parte Geral**”, vol. 1/65, item n. 7, 10ª ed., 2006, Saraiva):

“(...) ocorrendo modificação posterior ‘in mellius’ do complemento da norma penal em branco, para se saber se haverá ou não retroação, é imprescindível verificar se o complemento revogado tinha ou não as características de temporariedade.

Vejamos a hipótese da violação das tabelas oficiais. Quando a Lei de Economia Popular prevê como crime desobedecer às tabelas de preços, está-se referindo àquelas existentes ao tempo da infração penal, como se dissesse: ‘é crime afrontar o tabelamento existente à época’. Pouco importa que o valor venha a ser aumentado posteriormente, pois o que se pretendia era a observância da imposição vigente ao tempo do crime. Por essa razão, não se opera a retroatividade ‘in mellius’, nem é afetada a estrutura do tipo.

No caso da Lei de Tóxicos, contrariamente, se a substância deixou de integrar o rol do Ministério da Saúde, é porque, posteriormente, veio a entender-se que ela não causava dependência

física ou psíquica. Ora, se não causa agora, não é razoável supor que antes provocava; logo, o material jamais poderia ter sido algum dia considerado entorpecente. Não havia nenhum caráter de temporariedade na enumeração do Ministério da Saúde. A proibição não era dirigida a um período específico, como no caso do tabelamento. A Lei de Tóxicos não diz 'é crime consumir droga durante um determinado período', mas simplesmente 'se a substância for considerada entorpecente, é crime consumi-la'. **Por essa razão, opera-se a retroatividade.** A estrutura típica é modificada e desaparece a elementar 'substância entorpecente ou que determina dependência física ou psíquica'.

.....
*Em suma, quando se vislumbrar no complemento a característica da temporariedade, típica das normas de vigência temporária, também se operará a sua ultratividade. Nessa hipótese, o comando legal era para que a norma não fosse desobedecida naquela época, de maneira que quaisquer modificações ulteriores serão impassíveis de alterar a estrutura do tipo. **Ao contrário, quando inexistir a característica da temporariedade, haverá retroatividade 'in melius'.** Finalmente, ante o exposto, não interessa se o complemento advém de lei ou de ato infralegal, pois a retroatividade depende exclusivamente do caráter temporário ou definitivo da norma."* (grifei)

Em suma: a análise dos fundamentos **invocados** pela parte ora impetrante **leva-me a entender** que a condenação penal proferida pelo magistrado federal de primeira instância, **e mantida** pelo E. Superior Tribunal de Justiça, **não observou, quanto** aos frascos de "lança perfume", **os critérios** que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, **apoiada** em *expressivo* magistério doutrinário, **firmou** no tema ora em análise.

Sendo assim, e pelas razões expostas, **defiro** o pedido de "habeas corpus", **para julgar extinta a punibilidade** do ora paciente, **apenas em relação** ao delito de tráfico de entorpecentes, **tal como definido** na legislação **então vigente** no momento da prática criminosa (Lei nº 6.368/76, art. 12,

HC 120026 / SP

*“caput”, c/c o art. 18, I e III), **mantida**, no entanto, a condenação penal pelo crime de corrupção ativa (**CP**, art. 333, “caput”).*

Comunique-se, com urgência, **transmitindo-se cópia** da presente decisão ao E. Superior Tribunal de Justiça (**AREsp** 254.723-AgRg/SP), ao E. Tribunal Regional Federal da 3ª Região (**Apelação Criminal** nº 0012880-20.2000.4.03.6106/SP) e ao Juízo Federal da 4ª Vara Federal de São José do Rio Preto/SP (**Processo-crime** nº 2000.61.06.012880-0/SP).

Arquivem-se os presentes autos.

Publique-se.

Brasília, 29 de maio de 2015.

Ministro CELSO DE MELLO
Relator