



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 390.038 - SP (2017/0041657-0)

RELATOR : MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : THIAGO PEDRO PAGLIUCA DOS SANTOS - SP314233
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : PEDRO HENRIQUE DE JESUS

EMENTA

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006. REINCIDÊNCIA CONSIDERADA DE MANEIRA EQUIVOCADA. ORDEM CONCEDIDA.

1. É inconcebível considerar, em nítida interpretação prejudicial ao réu, que o tempo de prisão provisória seja o mesmo que o tempo de prisão no cumprimento de pena, haja vista tratar-se de institutos absolutamente distintos em todos os seus aspectos e objetivos.

2. A decisão de extinção da punibilidade, na hipótese, aproxima-se muito mais do esgotamento do direito de exercício da pretensão punitiva como forma de reconhecimento, pelo Estado, da prática de coerção cautelar desproporcional no curso do processo – que culminou com a condenação por porte de substância entorpecente para consumo próprio – do que com o esgotamento de processo executivo pelo cumprimento de pena.

3. Se o paciente não houvesse ficado preso preventivamente – prisão que, posteriormente, se mostrou ilegal, dada a impossibilidade de se aplicar tal medida aos acusados da prática do crime de porte de substância entorpecente para consumo próprio –, ele teria feito jus à transação penal (conforme, aliás, expressamente entendeu ser possível o próprio membro do Ministério Público), benefício que, como é sabido, não é apto a configurar nem maus antecedentes nem reincidência. A prevalecer entendimento contrário, estaria o paciente a sofrer em duplicidade os efeitos decorrentes de um processo que, ao final, não traduziu a gravidade que inicialmente se imaginou.

4. Ordem concedida, para afastar a reincidência do paciente e, por conseguinte, determinar o retorno dos autos ao Juízo de primeiro grau para que analise o eventual preenchimento, pelo paciente, dos demais requisitos necessários ao reconhecimento da minorante



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

prevista no art. 33, § 4º, da Lei de Drogas.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma, por unanimidade, conceder a ordem, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Nefi Cordeiro, Maria Thereza de Assis Moura e Sebastião Reis Júnior votaram com o Sr. Ministro Relator. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Antonio Saldanha Palheiro.

Brasília (DF), 06 de fevereiro de 2018

Ministro **ROGERIO SCHIETTI CRUZ**



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 390.038 - SP (2017/0041657-0)

RELATOR : MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO

ADVOGADO : THIAGO PEDRO PAGLIUCA DOS SANTOS - SP314233

IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

PACIENTE : PEDRO HENRIQUE DE JESUS

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ:

PEDRO HENRIQUE DE JESUS, paciente neste habeas corpus, estaria sofrendo constrangimento ilegal em decorrência de acórdão proferido pelo **Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo** (Apelação Criminal n. 0004517-78.2012.8.26.0050).

Consta dos autos que o paciente foi condenado à pena de 5 anos de reclusão, em regime inicial fechado, mais multa, pela prática do crime previsto no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006.

Neste *writ*, o impetrante sustenta a ocorrência de constrangimento ilegal, ao argumento de que a reincidência do paciente, fruto do resultado do Processo n. 0032033-10.2011.8.26.0050, foi considerada de maneira equivocada. Em sua ótica, a sentença proferida naquele caso, que desclassificou o delito pelo qual respondia o acusado, atribuindo-lhe o crime de porte de substância entorpecente para consumo próprio (art. 28 da Lei n. 11.343/2006) e, ato contínuo, declarando extinta a punibilidade por aplicação de uma espécie de "detração penal analógica virtual" (fl. 3) – uma vez que ele teria respondido ao processo preso provisoriamente –, não pode servir para efeitos de reincidência.

Afirma, diante disso, que o óbice ao benefício previsto no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 acaba por impedir a necessária redução da reprimenda imposta – 5 anos de reclusão –, bem como a fixação de regime de cumprimento de pena mais brando e a sua substituição por restritiva de direitos.

Além disso, com a incidência da referida minorante, esclarece



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

que é afastado o caráter hediondo do delito, o que viabiliza a concessão de indulto e a progressão de regime com o cumprimento de lapso temporal menor.

Requer, liminarmente e no mérito, seja afastada a agravante da reincidência e, por conseguinte (fl. 5):

- a) ele seja colocado imediatamente em regime aberto;
- b) seja levada em consideração, para cálculos da execução, a pena de 1 ano e 8 meses (referente a crime comum, não hediondo).

Subsidiariamente, pleiteia a suspensão dos efeitos do acórdão impugnado, "oficiando-se ao Juízo das Execuções onde tramita o processo de execução nº 1017943 – até o julgamento definitivo do *writ*" (fl. 5).

A liminar foi por mim deferida, nos termos da decisão de fls. 26-29, "para sobrestar os efeitos do acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo nos autos da Apelação Criminal n. 0004517-78.2012.8.26.0050 e, por conseguinte, suspender o cumprimento da pena imposta ao paciente, até o julgamento de mérito deste habeas corpus" (fl. 29).

Depois de as informações haverem sido prestadas, o Ministério Público Federal manifestou-se pelo não conhecimento do habeas corpus.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 390.038 - SP (2017/0041657-0)

EMENTA

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006. REINCIDÊNCIA CONSIDERADA DE MANEIRA EQUIVOCADA. ORDEM CONCEDIDA.

1. É inconcebível considerar, em nítida interpretação prejudicial ao réu, que o tempo de prisão provisória seja o mesmo que o tempo de prisão no cumprimento de pena, haja vista tratar-se de institutos absolutamente distintos em todos os seus aspectos e objetivos.

2. A decisão de extinção da punibilidade, na hipótese, aproxima-se muito mais do exaurimento do direito de exercício da pretensão punitiva como forma de reconhecimento, pelo Estado, da prática de coerção cautelar desproporcional no curso do processo – que culminou com a condenação por porte de substância entorpecente para consumo próprio – do que com o esgotamento de processo executivo pelo cumprimento de pena.

3. Se o paciente não houvesse ficado preso preventivamente – prisão que, posteriormente, se mostrou ilegal, dada a impossibilidade de se aplicar tal medida aos acusados da prática do crime de porte de substância entorpecente para consumo próprio –, ele teria feito jus à transação penal (conforme, aliás, expressamente entendeu ser possível o próprio membro do Ministério Público), benefício que, como é sabido, não é apto a configurar nem maus antecedentes nem reincidência. A prevalecer entendimento contrário, estaria o paciente a sofrer em duplicidade os efeitos decorrentes de um processo que, ao final, não traduziu a gravidade que inicialmente se imaginou.

4. Ordem concedida, para afastar a reincidência do paciente e, por conseguinte, determinar o retorno dos autos ao Juízo de primeiro grau para que analise o eventual preenchimento, pelo paciente, dos demais requisitos necessários ao reconhecimento da minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei de Drogas.

VOTO

O SENHOR MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ (Relator):

Consta dos autos que o paciente foi condenado à reprimenda de 5 anos de reclusão, em regime inicial fechado, mais multa, pela prática do



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

crime previsto no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006. Na ocasião, o Juiz sentenciante assim fundamentou a impossibilidade de incidência da causa especial de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas, *in verbis* (fl. 13):

Finalmente, inviável a aplicação do redutor previsto no artigo 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06; **não se trata de réu primário** e a extinção da punibilidade (fls. 4, apenso FA) decorre de cumprimento de pena, por aplicação de "detração analógica virtual", de forma a permitir o reconhecimento da reincidência, obstativa da benesse [...]

A Corte estadual, por sua vez, manteve o indeferimento do benefício em questão, nos termos a seguir aduzidos (fl. 20):

Em seguida, deixou de aplicar o § 4º do artigo 33 da Lei 11.343/06, face à reincidência do réu (fls. 05 do apenso), nada havendo a se alterar.

Isso porque a extinção da punibilidade do acusado decorreu de cumprimento de pena, fato que permite o reconhecimento da reincidência.

O caso posto em debate traz interessante controvérsia existente entre a **natureza jurídica da decisão que extingue a punibilidade ao levar em conta o tempo de prisão provisória do acusado e a possível medida a ser imposta pela condenação por porte de substância entorpecente para consumo próprio** (art. 28 da Lei n. 11.343/2006).

De fato, as instâncias ordinárias deixaram de reconhecer a incidência da causa especial de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da referida lei, porque concluíram que a extinção da punibilidade, nesses casos, se assemelharia à extinção do processo executivo pelo cumprimento de pena e, por conseguinte, seria apta a gerar a reincidência. Isso implica, tal como alega o impetrante, significativo impacto na fixação da pena e na escolha do regime de seu cumprimento, bem como nos possíveis benefícios de execução penal.

No entanto, entendo que a **compreensão adotada pelas instâncias ordinárias não se mostrou adequada**.

Com efeito, ao examinar o **único processo** que consta na vida pregressa do paciente – com cópias essenciais devidamente juntadas aos autos (fl. 22) – e que foi utilizado como parâmetro para a constatação da



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

reincidência, observo que, no momento da sentença, o Juiz **desclassificou** a imputação pelo crime de tráfico de drogas (processo em que o paciente respondia preso cautelarmente) para a conduta de porte de substância entorpecente para consumo próprio. Ato contínuo, considerou o tempo de prisão provisória mais do que suficiente para compensar eventual medida a ser imposta ao acusado e, diante disso, **extinguiu a sua punibilidade**.

Eis os termos da decisão, no que interessa (fl. 22):

Julgo parcialmente procedente a denúncia para desclassificar, como desclassifico, em relação ao réu PEDRO HENRIQUE DE JESUS, qualificado nos autos, o artigo 33, "caput", da Lei 11.343/06 para o artigo 28 da mesma lei. Trânsito em julgado ao Ministério Público - 29/08/2011. [...] **Entendendo o Ministério Público ser aplicável o instituto da transação penal, mas tendo-se em vista que o acusado ficou preso processualmente da data do flagrante até 04/08/2011 [...], julgo extinta a punibilidade de PEDRO HENRIQUE DE JESUS, aplicando-se a detração penal analógica virtual, pois qualquer pena que seria aplicável ao caso em tela estaria fatalmente cumprida, nem havendo justa causa ou interesse processual para o prosseguimento do feito. [...]**

A par da acertada decisão do Magistrado de primeiro grau – que extinguiu a punibilidade de forma congruente e compatível com a dogmática penal –, **não há como desprezar que o tempo de constrição considerado para a extinção da punibilidade se deu no âmbito exclusivo da prisão preventiva. É inconcebível compreender, em nítida interpretação prejudicial ao réu, que o tempo de prisão provisória seja o mesmo que o tempo de prisão no cumprimento de pena, haja vista tratar-se de institutos absolutamente distintos em todos os seus aspectos e objetivos.**

A decisão de extinção da punibilidade, na hipótese, aproxima-se muito mais do exaurimento do direito de exercício da pretensão punitiva como forma de reconhecimento, pelo Estado, da prática de **coerção cautelar desproporcional no curso do processo** – que culminou com a condenação por porte de substância entorpecente para consumo próprio – do que com o esgotamento de processo executivo pelo cumprimento de pena. Aliás, como conceber o cumprimento de pena sem a existência de sentença condenatória?

Ora, se nos casos em que há a perda do direito ao exercício do *jus puniendi* pelo Estado, em razão do decurso do tempo, são exterminados



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

todos os efeitos penais (principais e secundários) de eventual condenação sem o trânsito em julgado (v. *g.*, **HC n. 338.975/RJ**, Rel. Ministro **Reynaldo Sorares da Fonseca**, 5ª T., DJe 1º/12/2015), com muito mais razão não se podem exigir efeitos de decisão, sujeita a recurso, que extingue o processo por entender, ainda que implicitamente, que houve desproporção na adoção de medida acautelatória constritiva.

Veja-se, ademais, que, se o paciente não houvesse ficado preso preventivamente – prisão que, posteriormente, se mostrou ilegal, dada a impossibilidade de se aplicar tal medida aos acusados da prática do crime de porte de substância entorpecente para consumo próprio –, ele teria feito jus à **transação penal** (conforme, aliás, expressamente reputou ser possível o próprio membro do Ministério Público – fl. 22), benefício que, como é sabido, não é apto a configurar nem maus antecedentes nem reincidência.

Por tais razões, entendo que o único processo anterior existente em desfavor do réu **não pode ser considerado para fins de reincidência**. Por conseguinte, afastada a reincidência, devem os autos retornar ao Juízo da 16ª Vara Criminal da Comarca da Capital – SP para se manifestar sobre a causa especial de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, a fim de que analise o eventual preenchimento dos **demais requisitos** necessários ao reconhecimento da benesse em questão, quais sejam, a não dedicação a atividades delituosas e a não integração em organização criminosa.

À vista do exposto, **concedo a ordem** para afastar a reincidência do paciente e, por conseguinte, determinar o retorno dos autos ao Juízo da 16ª Vara Criminal da Comarca da Capital – SP para que analise o eventual preenchimento, pelo acusado, dos demais requisitos necessários ao reconhecimento da minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei de Drogas.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2017/0041657-0

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 390.038 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 0004517782012 00045177820128260050 1017943 20130000191222 4517782012
45177820128260050

EM MESA

JULGADO: 06/02/2018

Relator

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

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro NEFI CORDEIRO

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. JOSÉ ADONIS CALLOU DE ARAÚJO

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : THIAGO PEDRO PAGLIUCA DOS SANTOS - SP314233
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : PEDRO HENRIQUE DE JESUS

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, concedeu a ordem, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Nefi Cordeiro, Maria Thereza de Assis Moura e Sebastião Reis Júnior votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Antonio Saldanha Palheiro.