



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 391.101 - DF (2017/0048937-3)

RELATOR : **MINISTRO FELIX FISCHER**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO DISTRITO FEDERAL
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO DISTRITO FEDERAL
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E DOS TERRITÓRIOS
PACIENTE : ANDERLET ARAUJO DE SOUSA

EMENTA

PROCESSO PENAL. **HABEAS CORPUS** SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. DENÚNCIA. TRÁFICO DE DROGAS. CONDENAÇÃO. PORTE DE DROGAS PARA USO PRÓPRIO. TEMPO DE PRISÃO PROVISÓRIA UTILIZADO PARA DECRETAR A EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE. DELITO QUE NÃO PREVÊ PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE. DESPROPORCIONALIDADE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL VERIFICADO. **HABEAS CORPUS** NÃO CONHECIDO. **ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.**

I - A **Terceira Seção desta Corte**, seguindo entendimento firmado pela **Primeira Turma do col. Pretório Excelso**, sedimentou orientação no sentido de não admitir **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 possível a concessão da ordem de ofício, em homenagem ao princípio da ampla defesa.

II - Este Superior Tribunal de Justiça, alinhando-se ao entendimento firmado pela Corte Suprema no julgamento do RE 430.150/RJ, sedimentou orientação de que a Lei n. 11.343/06 não descriminalizou a conduta que tipificou no art. 28, porém ocorreu a **despenalização, assim entendida como a ausência de previsão, para o tipo, de pena privativa de liberdade como sanção.**

III - A jurisprudência pacífica desta Corte superior admite a detração do tempo de prisão processual ordenada em outro processo em que o sentenciado foi absolvido ou foi declarada a extinção da punibilidade, desde que em relação a **crimes cometidos anteriormente à custódia cautelar** cujo lapso temporal se pretende descontar.

IV - Feitas tais considerações, fica evidente que o indeferimento do pedido de detração configura flagrante constrangimento ilegal, uma vez que o tempo de prisão provisória foi utilizado como **tempo de pena cumprida** na sentença que extinguiu a punibilidade em razão do delito descrito no art. 28 da Lei n. 11.343/06, em franca desproporcionalidade.

Habeas corpus não conhecido. **Ordem concedida de ofício**, para que seja possibilitada a detração do período em que o paciente ficou preso preventivamente nos autos da ação penal que desclassificou a conduta de tráfico para porte de droga para consumo pessoal, desde que em relação a crimes cometidos anteriormente.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, não conhecer do pedido e conceder "Habeas Corpus" de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Jorge Mussi, Reynaldo Soares da Fonseca, Ribeiro Dantas e Joel Ilan Paciornik votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 24 de outubro de 2017 (Data do Julgamento).

Ministro Felix Fischer

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 391.101 - DF (2017/0048937-3)

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO DISTRITO FEDERAL
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO DISTRITO FEDERAL
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E DOS TERRITÓRIOS
PACIENTE : ANDERLET ARAUJO DE SOUSA

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO FELIX FISCHER: Trata-se de **habeas corpus**, substitutivo de recurso especial, impetrado pela Defensoria Pública em favor de ANDERLET ARAUJO DE SOUSA, apontando como autoridade coatora o eg. **Tribunal de Justiça do Estado do Distrito Federal e dos Territórios**.

Narra a inicial que o paciente foi preso em flagrante e posteriormente denunciado em razão da suposta prática do crime de tráfico de drogas (art. 33, **caput**, da Lei n. 11.343/06). Na sentença, a conduta foi desclassificada para aquela prevista no art. 28, da mesma lei. O d. Juízo de 1º Grau declarou extinta a punibilidade considerando, para tanto, o tempo que o paciente permaneceu preso preventivamente - 5 (cinco) meses.

Consta que a Defesa requereu a detração do tempo de prisão provisória, em relação a outras penas que o paciente ainda tem a cumprir, porém o pleito foi indeferido pelo Juízo das Execuções Penais (fl. 33).

Irresignada, a Defesa impetrou **habeas corpus** perante o eg. Tribunal de origem, que denegou a ordem, no v. acórdão com a seguinte ementa:

"RECURSO DE AGRAVO. EXECUÇÃO PENAL. CONTA DE LIQUIDAÇÃO. DETRAÇÃO DO PERÍODO DE PRISÃO PREVENTIVA CUMPRIDA EM PROCESSO DIVERSO. RECURSO DESPROVIDO.

1. De acordo com o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, é possível que seja descontado o período de segregação provisória decretada em outro processo, desde que tenha ocorrido a absolvição, a extinção da punibilidade ou a redução da pena em relação ao fato posteriormente praticado e que deu causa à decretação da medida cautelar.

2. Na hipótese dos autos, apesar de a prisão preventiva ter como causa fato anterior aquele que motivou a condenação em relação à qual se pretende a detração, o tempo pelo qual o agravado permaneceu preso preventivamente foi considerado para extinguir a sua punibilidade em



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

relação ao crime previsto no artigo 28, "caput", da Lei nº 11.343/2006, de maneira que esse mesmo período não pode ser computado para a detração das execuções em curso.

3. Recurso desprovido" (fl. 52)

Daí o presente writ, no qual a impetrante alega que "a perda do direito à detração de prisão cautelar que perdurou por quase 5 (cinco) meses é gravame muito mais severo e prejudicial do que qualquer pena cominada ao crime de porte de drogas para uso pessoal, de natureza não privativa de liberdade. Assim, ao permitir que a prática de tal delito resulte, por vias transversas, em privação de liberdade (decorrente da perda do direito à detração de prisão cautelar), o acórdão atacado viola o preceito secundário do art. 28 da Lei n. 11.343/06."

Aduz que "o entendimento exarado no acórdão atacado desvirtua a própria fundamentação da decisão de extinção de punibilidade, pois esta visou a evitar a imposição desproporcional de gravame ao paciente e a prestigiar o caráter instrumental da pena e do próprio processo penal. Porém, ao implicar a perda do direito à detração de 5 (cinco) meses de prisão cautelar, a extinção de punibilidade acabou por se revelar mais prejudicial ao acusado do que a própria aplicação da pena cominada ao delito (!), o que subverte a fundamentação da decisão de extinção de punibilidade."

Assevera que "não há óbice a que um fato gere mais de um efeito jurídico, mormente quando favoráveis ao acusado. Assim, a consideração da prisão cautelar como fundamento para o reconhecimento da ausência de interesse na imposição das medidas alternativas elencadas no art. 28 da Lei n. 11.343/06 não é óbice à detração do período concreto de tal prisão cautelar em relação a penas por crimes a ela anteriores, o que é admitido pela jurisprudência do STJ e pela doutrina dominante."

Afinal, argumenta que "o entendimento exarado no acórdão atacado viola o princípio do ne bis in idem, pois impõe ao paciente uma punição dúplice em decorrência do mesmo fato: em decorrência da equivocada imputação do crime de tráfico de drogas contra si (ou seja, em decorrência de um erro de culpa exclusiva do Estado), não só o paciente foi indevidamente preso cautelarmente, como ainda perdeu o direito à detração do período de prisão cautelar em relação às penas cominadas por crimes anteriores a tal



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

prisão."

Requer a concessão da ordem, para que seja deferido ao paciente o direito à detração penal penal, no que toca às penas relativas aos crimes anteriores (2ª e 3ª execução).

O pedido liminar foi indeferido (fls. 70-71).

Informações prestadas às fls. 79-114.

O Ministério Público Federal se manifestou às fls. 118-123, pela concessão da ordem, no parecer assim ementado:

"HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CONHECIMENTO. EXECUÇÃO CRIMINAL. DETRAÇÃO. PRISÃO CAUTELAR EM PROCESSO DIVERSO. POSSIBILIDADE. USO DE DROGA (ART. 28 DA LEI Nº 11.343/2006). PERÍODO DE CONSTRIÇÃO UTILIZADO PARA EXTINGUIR A PUNIBILIDADE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL CONFIGURADO.

- É possível a detração em relação a fato diverso daquele que deu causa à prisão processual, desde que em relação a delitos anteriores à segregação provisória. Precedentes.

- No caso, a detração foi indeferida sob o fundamento de que, "uma vez que o agravante foi condenado como incurso no artigo 28, "caput", da Lei nº 11.343/2006, e que não lhe foram aplicadas as sanções previstas para esse crime, porque o Magistrado sentenciante considerou que o tempo de prisão preventiva foi suficiente para apená-lo, inviável a consideração desse período na conta de liquidação das execuções em curso, ainda que se trate de medida mais gravosa que as penas cominadas ao delito praticado".

- É medida gravosa em demasia ao agente a utilização do período em que esteve submetido à custódia cautelar por conduta que não admite a restrição de liberdade como pena, indo de encontro ao espírito da lei (violação ao princípio da legalidade), como fundamento para a declaração de extinção da punibilidade quando o legislador ordinário afastou peremptoriamente a penalização daquele que porta droga para consumo próprio. Ademais, afronta a proporcionalidade afastar do agente o direito à detração do aludido período em outros processos executórios em curso, o que lhe seria mais benéfico.

- Parecer pelo não conhecimento do writ e pela concessão de ofício da ordem de habeas corpus."

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 391.101 - DF (2017/0048937-3)

RELATOR : **MINISTRO FELIX FISCHER**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO DISTRITO FEDERAL
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO DISTRITO FEDERAL
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E DOS TERRITÓRIOS
PACIENTE : ANDERLET ARAUJO DE SOUSA

EMENTA

PROCESSO PENAL. **HABEAS CORPUS** SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. DENÚNCIA. TRÁFICO DE DROGAS. CONDENAÇÃO. PORTE DE DROGAS PARA USO PRÓPRIO. TEMPO DE PRISÃO PROVISÓRIA UTILIZADO PARA DECRETAR A EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE. DELITO QUE NÃO PREVÊ PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE. DESPROPORCIONALIDADE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL VERIFICADO. **HABEAS CORPUS** NÃO CONHECIDO. **ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.**

I - A **Terceira Seção desta Corte**, seguindo entendimento firmado pela **Primeira Turma do col. Pretório Excelso**, sedimentou orientação no sentido de não admitir **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 possível a concessão da ordem de ofício, em homenagem ao princípio da ampla defesa.

II - Este Superior Tribunal de Justiça, alinhando-se ao entendimento firmado pela Corte Suprema no julgamento do RE 430.150/RJ, sedimentou orientação de que a Lei n. 11.343/06 não descriminalizou a conduta que tipificou no art. 28, porém ocorreu a **despenalização, assim entendida como a ausência de previsão, para o tipo, de pena privativa de liberdade como sanção.**

III - A jurisprudência pacífica desta Corte superior admite a detração do tempo de prisão processual ordenada em outro processo em que o sentenciado foi absolvido ou foi declarada a extinção da punibilidade, desde que em relação a **crimes**



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

cometidos anteriormente à custódia cautelar cujo lapso temporal se pretende descontar.

IV - Feitas tais considerações, fica evidente que o indeferimento do pedido de detração configura flagrante constrangimento ilegal, uma vez que o tempo de prisão provisória foi utilizado como **tempo de pena cumprida** na sentença que extinguiu a punibilidade em razão do delito descrito no art. 28 da Lei n. 11.343/06, em franca desproporcionalidade.

Habeas corpus não conhecido. **Ordem concedida de ofício**, para que seja possibilitada a detração do período em que o paciente ficou preso preventivamente nos autos da ação penal que desclassificou a conduta de tráfico para porte de droga para consumo pessoal, desde que em relação a crimes cometidos anteriormente.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO FELIX FISCHER: A Terceira Seção desta Corte, seguindo entendimento firmado pela **Primeira Turma do col. Pretório Excelso**, sedimentou orientação no sentido de não admitir **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 possível a concessão da ordem de ofício.

Tal posicionamento tem por objetivo preservar a utilidade e eficácia do **habeas corpus** como instrumento constitucional de relevante valor para proteção da liberdade da pessoa, quando ameaçada por ato ilegal ou abuso de poder, de forma a garantir a necessária celeridade no seu julgamento. No caso, incabível o presente **mandamus**, porquanto substitutivo de recurso especial.

Em homenagem ao princípio da ampla defesa, contudo, necessário o exame da insurgência, a fim de se verificar eventual constrangimento ilegal passível de ser sanado pela concessão da ordem, de ofício.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

A Defesa pretende, em síntese, que seja utilizado para detração de outras penas em cumprimento pelo paciente, o período de cinco meses em que ficou preso preventivamente, em razão de processo no qual foi reconhecida a prática do delito de porte de drogas para uso próprio.

No que diz respeito à detração penal, nos termos do art. 42 do Código Penal, computam-se, na pena privativa de liberdade e na medida de segurança, o tempo de prisão provisória, no Brasil ou no estrangeiro, o de prisão administrativa e o de internação em hospital de custódia e tratamento psiquiátrico.

O art. 111, da Lei de Execuções Penais reforçou a possibilidade de detração, ao estabelecer a sua aplicabilidade na unificação de penas impostas em processos distintos.

Nesse passo, a jurisprudência pacífica desta Corte admite a detração do tempo de prisão processual ordenada em outro processo em que o sentenciado foi absolvido ou foi declarada a extinção da punibilidade, desde que em relação a **crimes cometidos anteriormente à custódia cautelar**, cujo lapso temporal se pretende descontar.

Nesse sentido:

"PENAL E EXECUÇÃO PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. DETRAÇÃO DO TEMPO DE PRISÃO CAUTELAR. ARTS. 42 DO CP E 111 DA LEP. CRIME ANTERIOR AO PERÍODO PLEITEADO. POSSIBILIDADE. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. A jurisprudência desta Corte Superior admite a detração do tempo de prisão processual ordenada em outro processo em que o sentenciado fora absolvido ou declarada a extinção de sua punibilidade, bem como na hipótese em que o tempo de custódia cautelar efetivado seja por crime anterior ao período pleiteado.

2. Hipótese em que a data do cometimento do crime de que se trata a execução é anterior ao período pleiteado, bem como em que houve posterior absolvição do paciente em relação ao delito, cujo período de custódia cautelar se busca a detração.

*3. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para reconhecer a detração do período pleiteado (4/1/2009 a 9/11/2009), nos autos do Processo n. 0090612-90.2009.8.21.0039." (HC 299.060/RS, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Ribeiro Dantas**, DJe 03/06/2016)*

"PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. AGRAVO EM



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

EXECUÇÃO JULGADO. WRIT SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. INVIABILIDADE. VIA INADEQUADA. DETRAÇÃO DO TEMPO DE SEGREGAÇÃO PREVENTIVA EFETIVADA EM PROCESSO DIVERSO. CRIME POSTERIOR AO PERÍODO POSTULADO. IMPOSSIBILIDADE. INEXISTÊNCIA DE FLAGRANTE ILEGALIDADE. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

1. O Supremo Tribunal Federal, por sua Primeira Turma, e a Terceira Seção deste Superior Tribunal de Justiça, diante da utilização crescente e sucessiva do habeas corpus, passaram a restringir a sua admissibilidade quando o ato ilegal for passível de impugnação pela via recursal própria, sem olvidar a possibilidade de concessão da ordem, de ofício, nos casos de flagrante ilegalidade. Esse entendimento objetivou preservar a utilidade e a eficácia do mandamus, que é o instrumento constitucional mais importante de proteção à liberdade individual do cidadão ameaçada por ato ilegal ou abuso de poder, garantindo a celeridade que o seu julgamento requer.

2. Segundo entendimento firmado por esta Corte Superior, a detração do tempo de segregação preventiva efetivada em processo diverso somente pode ocorrer se o crime pelo qual se cumpre pena atualmente for anterior ao período pleiteado.

3. Na hipótese vertente, conforme se extrai dos autos, o período de prisão cautelar em relação ao qual se pretende a detração está compreendido entre 28/2/2007 e 14/3/2007, antes do cometimento da infração pela qual o paciente passou a cumprir a pena privativa de liberdade, perpetrada em 5/10/2010.

4. Tendo em vista, portanto, a inexistência de constrangimento ilegal e que se trata de habeas corpus substitutivo de recurso especial, não merece ser conhecido o writ.

5. Habeas corpus não conhecido" (HC 325.893/RS, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Reynaldo Soares da Fonseca**, DJe 1/9/2015.)

"HABEAS CORPUS IMPETRADO EM SUBSTITUIÇÃO A RECURSO PRÓPRIO. DESCABIMENTO. EXECUÇÃO PENAL. DETRAÇÃO. DESCONTO DO PERÍODO DE PRISÃO PROCESSUAL ANTERIOR À PRÁTICA DOS DELITOS EM EXECUÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. PRECEDENTES. AUSÊNCIA DE FLAGRANTE ILEGALIDADE HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

– O Superior Tribunal de Justiça, seguindo entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal, passou a não admitir o conhecimento de habeas corpus substitutivo de recurso previsto para a espécie. No entanto, deve-se analisar o pedido formulado na inicial, tendo em vista a possibilidade de se conceder a ordem de ofício, em razão da existência de eventual coação ilegal.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

– Ressai incontroverso dos autos que os fatos que ensejaram as penas em cumprimento foram posteriores ao período de prisão preventiva pela qual se busca a detração.

– Não é possível considerar para efeito de detração período de prisão provisória anterior ao crime em que ensejou a condenação, sob pena de se criar um crédito de reprimendas, eximindo o agente de sanção por futuras violações da lei penal.

Habeas corpus não conhecido" (HC 314.118/RS, **Sexta Turma**, Rel. Min. **Ericson Maranhão** - Desembargador Convocado do TJ/SP, DJe 2/12/2015.)

No caso, as instâncias ordinárias indeferiram o pedido de detração, sob o argumento de que o período de prisão cautelar foi utilizado para declarar a extinção da punibilidade do crime de porte de drogas para uso próprio, após a sentença desclassificar a conduta anteriormente imputada, qual seja, o tráfico de drogas.

Ocorre que o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE n. 430.105QO/RJ, em relação à posse de substância entorpecente para consumo pessoal, prevista no art. 28 da Lei n. 11.343/06, apesar de configurar crime, ao concluir que o citado artigo não implicou em **abolitio criminis**, firmou orientação no sentido de que ocorreu a **"despenalização", entendida como exclusão, para o tipo, das penas privativas de liberdade"**. Confira-se a ementa do acórdão:

"I. Posse de droga para consumo pessoal: (art. 28 da L. 11.343/06 - nova lei de drogas): natureza jurídica de crime. 1. O art. 1º da LICP - que se limita a estabelecer um critério que permite distinguir quando se está diante de um crime ou de uma contravenção - não obsta a que lei ordinária superveniente adote outros critérios gerais de distinção, ou estabeleça para determinado crime - como o fez o art. 28 da L. 11.343/06 - pena diversa da privação ou restrição da liberdade, a qual constitui somente uma das opções constitucionais passíveis de adoção pela lei incriminadora (CF/88, art. 5º, XLVI e XLVII). 2. Não se pode, na interpretação da L. 11.343/06, partir de um pressuposto despreço do legislador pelo "rigor técnico", que o teria levado inadvertidamente a incluir as infrações relativas ao usuário de drogas em um capítulo denominado "Dos Crimes e das Penas", só a ele referentes. (L. 11.343/06, Título III, Capítulo III, arts. 27/30). 3. Ao uso da expressão "reincidência", também não se pode emprestar um sentido "popular", especialmente porque, em linha de princípio, somente disposição expressa em contrário na L. 11.343/06 afastaria a regra geral do C. Penal (C.Penal, art. 12). 4.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

*Soma-se a tudo a previsão, como regra geral, ao processo de infrações atribuídas ao usuário de drogas, do rito estabelecido para os crimes de menor potencial ofensivo, possibilitando até mesmo a proposta de aplicação imediata da pena de que trata o art. 76 da L. 9.099/95 (art. 48, §§ 1º e 5º), bem como a disciplina da prescrição segundo as regras do art. 107 e seguintes do C. Penal (L. 11.343, art. 30). 6. Ocorrência, pois, de "despenalização", entendida como exclusão, para o tipo, das penas privativas de liberdade. 7. Questão de ordem resolvida no sentido de que a L. 11.343/06 não implicou abolitio criminis (C.Penal, art. 107). II. Prescrição: consumação, à vista do art. 30 da L. 11.343/06, pelo decurso de mais de 2 anos dos fatos, sem qualquer causa interruptiva. III. Recurso extraordinário julgado prejudicado" (RE 430105 QO, **Primeira Turma**, Rel. Min. **Sepúlveda Pertence**, julgado em 13/02/2007, DJe-004 DIVULG 26-04-2007 PUBLIC 27-04-2007 DJ 27-04-2007 PP-00069 EMENT VOL-02273-04 PP-00729 RB v. 19, n. 523, 2007, p. 17-21 RT v. 96, n. 863, 2007, p. 516-523)*

Este Superior Tribunal de Justiça, alinhando-se ao entendimento firmado pela Corte Suprema, sedimentou orientação de que, com o advento da Lei n. 11.343/06, não houve descriminalização da conduta de porte de substância entorpecente para consumo pessoal, porém ocorreu a **despenalização, assim entendida como a ausência de previsão, para o tipo do art. 28, de pena privativa de liberdade como sanção.**

Nesse sentido:

"PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO ANTERIOR PELO ART. 28 DA LEI N. 11.343/2006. DEDICAÇÃO À ATIVIDADE CRIMINOSA. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DO ART. 33, § 4º, DA LEI DE DROGAS. AFASTAMENTO. AGRAVO NÃO PROVIDO.

1. No caso, a aplicação da minorante foi afastada, em decisão suficientemente motivada, a qual reconheceu a existência de condenação anterior por uso de entorpecentes.

2. Esta Corte Superior possui entendimento de que não houve a descriminalização do porte de drogas para uso próprio com a entrada em vigor da Lei n. 11.343/2006, mas mera despenalização, tendo em vista a previsão de penas alternativas para o infrator. Desse modo, a condenação definitiva anterior pela prática da conduta prevista no art. 28 da Lei de Drogas é circunstância apta a impedir a aplicação do redutor previsto no art. 33, § 4º, da referida Lei.

3. Agravo regimental não provido" (AgRg no AREsp



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

971.203/SP, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Ribeiro Dantas**, DJe 12/05/2017, grifei).

"REGIMENTAL. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PORTE DE DROGAS PARA CONSUMO PESSOAL. DESPROPORCIONALIDADE NA MEDIDA IMPOSTA. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 211/STJ. ABOLITIO CRIMINIS. INOCORRÊNCIA. RECURSO IMPROVIDO.

1. A tese referente à desproporcionalidade da medida imposta ao usuário de drogas não foi objeto de debate ou deliberação pelo Tribunal de origem, estando ausente, portanto, o necessário prequestionamento, inviabilizando sua análise nesta via especial.

2. **Com o advento da nova Lei de Drogas, não houve descriminalização da conduta de porte de substância entorpecente para consumo pessoal, mas mera despenalização. Precedentes.**

3. Agravo regimental a que se nega provimento" (AgRg nos EDcl no AREsp 598.631/SC, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Jorge Mussi**, DJe 07/10/2016, grifei).

"PROCESSO PENAL E PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. AGRAVANTE DE REINCIDÊNCIA. CONDENAÇÃO ANTERIOR PELO CRIME DE PORTE OU POSSE DE DROGAS. POSSIBILIDADE. INEXISTÊNCIA DE DESCRIMINALIZAÇÃO. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.

1. Conforme entendimento pacífico desta Corte Superior, alinhado ao posicionamento firmado pelo Supremo Tribunal Federal na questão de ordem no RE n. 430.105/RJ, a condenação definitiva anterior pela prática da conduta de porte de substância entorpecente para consumo próprio, prevista no **art. 28 da Lei n. 11.343/2006**, gera reincidência, **porquanto essa conduta foi apenas despenalizada pela nova Lei de Drogas, mas não descriminalizada (abolitio criminis). Precedentes.**

2. Agravo regimental improvido" (AgRg no HC 312.955/MS, **Sexta Turma**, Rel. Min. **Nefi Cordeiro**, DJe 23/03/2017, grifei).

"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.**



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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, Sexta Turma, Rel. Min. Rogério Schietti Cruz, DJe 07/12/2015, grifei).

Feitas tais considerações, fica evidente que o indeferimento do pedido de detração, no caso sob exame, configura flagrante constrangimento ilegal, uma vez que o tempo de prisão provisória foi utilizado como **tempo de pena cumprida** na sentença que extinguiu a punibilidade em razão do delito descrito no art. 28 da Lei de Drogas. Ocorre que, como visto, referido delito não pode ser sancionado com pena privativa de liberdade.

Outrossim, configura odiável **bis in idem** a utilização indevida do tempo de prisão provisória para declarar a extinção da punibilidade do agente e, ao depois, para indeferir a observação de tal período para detração de penas advindas de fatos anteriores.

Considerando a inviabilidade de modificação do título em cumprimento perante o Juízo das Execuções Penais, mas para afastar o constrangimento ilegal verificado, entendo que deva ser o período de prisão preventiva, repita-se, utilizado de maneira desproporcional para declarar a extinção da punibilidade, também observado para eventual detração de penas impostas ao paciente, desde que digam respeito a fatos anteriores.

Ante o exposto, não conheço do **habeas corpus**. **Concedo a ordem de ofício**, contudo, para que seja possibilitada a detração do período de prisão preventiva cumprido nos autos da ação penal n. 2014.01.1.056238-0, em favor do paciente, desde que em penas determinadas por fatos anteriores.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2017/0048937-3

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 391.101 / DF
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00181730220168070015 00497227520168070000 181730220168070015 20140110562380
20160020470745 497227520168070000

EM MESA

JULGADO: 24/10/2017

Relator

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. JOÃO PEDRO BANDEIRA DE MELO

Secretário

Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO DISTRITO FEDERAL
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO DISTRITO FEDERAL
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E DOS TERRITÓRIOS
PACIENTE : ANDERLET ARAUJO DE SOUSA

ASSUNTO: DIREITO PROCESSUAL PENAL - Execução Penal

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia QUINTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

"A Turma, por unanimidade, não conheceu do pedido e concedeu "Habeas Corpus" de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator."

Os Srs. Ministros Jorge Mussi, Reynaldo Soares da Fonseca, Ribeiro Dantas e Joel Ilan Paciornik votaram com o Sr. Ministro Relator.