

Superior Tribunal de Justiça

• • •

Jurisprudência Criminal

• • •

***HABEAS CORPUS* Nº 390.038 / SÃO PAULO
(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 Nº 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.

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

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 nº 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 nº 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 nº 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 nº 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 nº 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 branda e a sua substituição por restritiva de direitos.

Além disso, com a incidência da referida minorante, esclarece 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 nº 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*.

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 Nº 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 crime previsto no art. 33, *caput*, da Lei nº 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 nº 11.343/06; *não se trata de réu primário* e a extinção da punibilidade (fl. 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 aduzido (fl. 20):

Em seguida, deixou de aplicar o §4º do artigo 33 da Lei nº 11.343/06, em face da reincidência do réu (fl. 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 nº 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, assemelhar-se-ia 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 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 nº 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 todos os efeitos penais (principais e secundários) de eventual condenação sem o trânsito em julgado (v. g., HC nº 338.975/RJ, Rel. Ministro Reynaldo Soares 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 nº 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.

**CERTIDÃO DE JULGAMENTO
SEXTA TURMA**

Número Registro: 2017/0041657-0

PROCESSO ELETRÔNICO

HC nº 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.