**HABEAS CORPUS Nº 503.320 - MG (2019/0100234-0)**

| | | |
|---|---|---|
| **RELATOR** | **:** | **MINISTRO RIBEIRO DANTAS** |
| IMPETRANTE | : | DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MINAS GERAIS |
| ADVOGADOS | : | DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MINAS GERAIS<br>MAURÍCIO ROCHA FONTOURA - MG000461D |
| IMPETRADO | : | TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS |
| PACIENTE | : | ADILSON JOSE SANTANA (PRESO) |

**DECISÃO**

Trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso especial, com pedido de liminar, impetrado em benefício de **ADILSON JOSÉ SANTANA** contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais que deu provimento ao apelo defensivo, para compensar a atenuante da confissão espontânea com a agravante da reincidência, concretizando a pena do paciente em 1 ano de reclusão, em regime aberto, e pagamento de 10 dias-multa, por infração ao art. 155, *caput*, do Código Penal.

A impetrante alega manifesto constrangimento ilegal, pois, não obstante a imposição do regime aberto para o início do cumprimento da pena, o TJMG expediu mandado de prisão em desfavor do réu.

Afirma que "ao fundamentar o *decisum*, a Turma Julgadora não observou que a expedição do mandado de prisão se mostra desproporcional e desnecessária, principalmente em razão das peculiaridades que envolvem o regime aberto, que se caracteriza pela concessão de uma maior autonomia ao apenado, baseada na sua autodisciplina e no seu senso de responsabilidade, nos termos do artigo 36 do Código Penal."

Destaca, ainda, que "o prévio apenamento por porte de droga para consumo próprio, nos termos do art. 28 da Lei de Drogas, não deve constituir causa geradora de reincidência".

Logo, não tendo sido praticado o delito mediante violência ou grave ameaça a pessoa, "não sendo o réu reincidente específico, já que a condenação definitiva constante da CAC de fls. 50/50v se deu pela prática do delito descrito no art. 28 da Lei n. 11.343/2006", impõe-se a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direito, nos termos do art. 44, § 3º, do Código Penal.

Requer, em liminar, seja "determinada a suspensão dos efeitos da decisão proferida pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais, de expedição de mandado de prisão, até o julgamento definitivo do presente *habeas corpus*".

**É o relatório**.

Decido.

A concessão de liminar em *habeas corpus* constitui medida excepcional, uma vez que somente pode ser deferida quando demonstrada, de modo claro e indiscutível, ilegalidade no ato judicial.

Na espécie, da leitura atenta da decisão impugnada, observa-se, **por ora**, que estão presentes as circunstâncias excepcionais que autorizam o deferimento da tutela de urgência reclamada.

Conforme entendimento reiterado de ambas as Turmas deste Tribunal Superior, "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).

No caso, segundo se infere, o Tribunal de origem decidiu em manifesto confronto com a jurisprudência deste Tribunal, ao negar a permuta legal diante da reincidência do paciente pelo delito de porte de droga para uso próprio.

Dessa forma, não sendo a condenação anterior pelo delito do art. 28 da Lei de Drogas apta a caracterizar a reincidência, o paciente, ao que tudo indica, atende os requisitos legais para ser beneficiado com a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direito.

A propósito, o seguinte precedente:

> "[...] 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 05/02/2019, DJe 11/02/2019)

Ademais, vale consignar que esta Corte tem posicionamento firmado pela impossibilidade da execução provisória das penas restritivas de direitos, nos termos do disposto no art. 147 da Lei de Execuções Penais (AgRg nos EAREsp 1.033.042/SP, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 28/11/2018, DJe 05/12/2018).

Ante o exposto, **defiro a liminar** para suspender a decisão impugnada que determinou a expedição de mandado de prisão em desfavor do paciente, a fim de que ele aguarda em liberdade o julgamento deste *writ*, se por outro motivo não estiver preso.

Comunique-se, **com urgência**, ao Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais e ao Juízo de primeiro grau, solicitando-lhes envio de informações, por meio eletrônico, preferencialmente.

Após, encaminhem-se os autos ao Ministério Público Federal.

Cumpridas as diligências acima referenciadas, tornem-me conclusos.

Publique-se. Intime-se.

Brasília (DF), 11 de abril de 2019.

Ministro RIBEIRO DANTAS
Relator