

HABEAS CORPUS Nº 521.126 - SC (2019/0204352-0)

RELATOR : **MINISTRO LEOPOLDO DE ARRUDA RAPOSO**
(DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/PE)
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SANTA CATARINA
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SANTA CATARINA
PEDRO HENRIQUE PIRO MARTINS - SP349735
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SANTA CATARINA
PACIENTE : LUCAS DE OLIVEIRA (PRESO)
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SANTA CATARINA

DECISÃO

Trata-se de **habeas corpus**, com pedido liminar, impetrado em favor de **LUCAS DE OLIVEIRA** contra acórdão prolatado pelo **Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina**.

Depreende-se dos autos que o paciente foi condenado às penas de 03 (três) anos e 01 (um) mês de detenção, em regime aberto, e 40 (quarenta) dias-multa, como incurso, por quatro vezes, nas sanções do artigo 243 do ECA.

Irresignada, a defesa interpôs recurso de apelação ao Tribunal de origem, que negou provimento ao apelo, nos termos do acórdão juntado às fls. 221-229.

No presente **writ**, o impetrante aduz a ocorrência de flagrante ilegalidade na segunda etapa dosimetria da pena, ao argumento de que o paciente não poderia ser considerado reincidente, em razão de condenação anterior referente ao crime descrito no artigo 28 da Lei n. 11.34.3/2006.

Requer, ao final, a concessão da ordem, para afastar a reincidência da dosimetria (fls. 3-9).

O pedido liminar foi indeferido (fls. 242).

O Ministério Público Federal, às fls. 277, manifestou-se pela concessão da ordem de ofício.

É o relatório. Decido.

A Terceira Seção desta Corte, seguindo entendimento firmado pela Primeira Turma do col. Pretório Excelso, firmou orientação no sentido de não admitir a impetração de **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.

Dessarte, passo ao exame das razões veiculadas no **mandamus**.

O impetrante aduz a ocorrência de flagrante ilegalidade na segunda etapa dosimetria da pena, ao argumento de que o paciente não poderia ser considerando reincidente, em razão de condenação anterior referente ao crime descrito no artigo 28 da Lei n. 11.343/2006.

Quanto ao **punctum saliens**, o Tribunal de origem, quando do julgamento do recurso de apelação, assim se pronunciou, **in verbis**:

"De plano, destaca-se que, ao contrário do trazido pela defesa, o apelante não faz jus à atenuante da menoridade (art. 65, I, do Código Penal), já que possuía 21 (vinte e um) anos completos à época dos fatos.

Em relação à figura da reincidência, onde foi utilizada para tal fim condenação pretérita referente ao crime de posse de entorpecentes para uso pessoal (art. 28, caput, da Lei nº 11.343/06), é certo que, "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. (HC n. 478.757/SP, rei. Min. Felix Fischer, Quinta Turma, j. em 5/2/2019)."

Sobre o tema, insta consignar que a Sexta Turma deste Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do REsp n. 1.672.654/SP, da relatoria da Ministra Maria Thereza de Assis Moura, julgado em 21/8/2018, proferiu decisão considerando desproporcional o reconhecimento da reincidência por condenação pelo delito anterior do art. 28 da Lei n. 11.343/2006.

Extrai-se do julgado que, *"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, Sexta Turma, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, DJe 30/08/2018).

Na hipótese, o Tribunal de origem incorreu em flagrante **desproporcionalidade**, pois reconheceu a reincidência, lastreando-se em condenação criminal anterior (artigo 28 da Lei n. 11.343/2006), a qual, não obstante não ter sido descriminalizada, **sequer é punível com pena privativa de liberdade, em desacordo com a jurisprudência desta Corte Superior.**

Nesse sentido:

"PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO. CONDENAÇÃO ANTERIOR PELO CRIME DO ARTIGO 28 DA LEI DE DROGAS. CARACTERIZAÇÃO DA REINCIDÊNCIA. DESPROPORCIONALIDADE. NEGADO PROVIMENTO. 1. 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. Em outras palavras, 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 poderia configurar, em tese, reincidência. 2. Contudo, as condenações anteriores por contravenções penais não são aptas a gerar reincidência, tendo em vista o que dispõe o art. 63 do Código Penal, que apenas se refere a crimes anteriores. E, se as contravenções penais, puníveis com pena de prisão simples, não geram reincidência, mostra-se desproporcional o delito do art. 28 da Lei n. 11.343/2006 configurar reincidência, tendo em vista que nem é punível com pena privativa de liberdade. 3. Agravo regimental não provido." (AgRg nos EDcl no REsp 1774124/SP, Quinta Turma, Rel. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, DJe

25/03/2019).

"AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO ANTERIOR PELO DELITO DO ARTIGO 28 DA LEI DE DROGAS. CARACTERIZAÇÃO DA REINCIDÊNCIA. DESPROPORCIONALIDADE. MANTIDA A APLICAÇÃO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. AGRAVO NÃO PROVIDO.

1. "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).

2. Agravo regimental não provido." (AgRg no AREsp 1366654/SP, Quinta Turma, Rel. Ministro Ribeiro Dantas, DJe 19/12/2018).

Ante o exposto, não conheço do presente **habeas corpus**. Contudo, **concedo a ordem de ofício**, para reduzir a sanção ao patamar de 02 anos e 06 meses de detenção, e 40 dias-multa, mantidos os demais termos da condenação.

P. e I.

Brasília (DF), 28 de novembro de 2019.

MINISTRO LEOPOLDO DE ARRUDA RAPOSO
(DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/PE)

Relator