

HABEAS CORPUS 230.274 SÃO PAULO

RELATOR : MIN. ALEXANDRE DE MORAES
PACTE.(S) : VICTOR APARECIDO LEME
IMPTE.(S) : GEAZI FERNANDO RIBEIRO
COATOR(A/S)(ES) : RELATOR DO HC Nº 834.354 DO SUPERIOR
TRIBUNAL DE JUSTIÇA

DECISÃO

Trata-se de *Habeas Corpus*, com pedido de liminar, impetrado contra decisão do Ministro JESUÍNO RISSATO (Desembargador convocado), do Superior Tribunal de Justiça, no HC 834.354/SP.

Consta dos autos, em síntese, que o paciente foi condenado ao cumprimento da pena de 2 anos, 3 meses e 6 dias de reclusão, em regime semiaberto, pela prática do crime de tráfico de drogas (arts. 33, §4º, da Lei 11.343/2006).

A conduta foi assim descrita na inicial acusatória:

Consta destes autos de inquérito policial que, no dia 25 de março de 2021, por volta das 16h10min, na Rua Emílio Fuzer, nº 18, Centro, nesta cidade e comarca de Jaú/SP, **VICTOR APARECIDO LEME**, identificado a p. 31, foi surpreendido vendendo e trazendo consigo, para fins de tráfico, 0,59g da droga vulgarmente conhecida como 'crack', em 03 (três) porções individuais ("pedras"), substância entorpecente e que determina dependência física e psíquica¹, sem autorização e em desacordo com determinação legal e regulamentar.

Segundo se apurou, na data indicada, policiais civis realizavam operação de rotina quando avistaram um indivíduo entregando "algo" a outro, em atitude suspeita e decidiram proceder à abordagem de ambos.

O indivíduo que entregou o objeto foi identificado como **VICTOR APARECIDO LEME**. Ele estava na posse da quantia de R\$ 10,00 (dez reais) e 03 (três) porções ("pedras") de "crack".

O outro indivíduo foi identificado como Guilherme Alves

dos Santos. Em poder dele os policiais encontraram uma pedra de “crack”, idêntica às encontradas em poder de **VICTOR**, o que confirma que ele havia acabado de adquirir o entorpecente do autuado.

VICTOR disse que o entorpecente encontrado em seu poder se destinava ao seu próprio consumo e negou que tivesse vendido uma “pedra” de “crack” a Guilherme (p. 09). Guilherme, entretanto, admitiu que foi abordado logo após ter comprado uma “pedra” de “crack” de **VICTOR** (p. 07).

A despeito da negativa do denunciado, constituíram evidências de que a droga pertencia ao denunciado e era destinada ao tráfico: 1) *a dinâmica presenciada pelos policiais (o denunciado entregando a outro indivíduo um objeto e dele recebendo dinheiro); 2) a apreensão em poder do denunciado e do segundo indivíduo abordado de droga em quantidade e apresentação compatíveis com a situação de comércio presenciada (o denunciado tinha em seu poder três ‘pedras’ e R\$10,00 em dinheiro, recebido do segundo indivíduo abordado; esse segundo indivíduo tinha em seu poder uma ‘pedra’, que disse ter recebido do denunciado); e 3) a delação do segundo indivíduo abordado, que confirmou ter adquirido droga do denunciado momentos antes da abordagem.*

O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo deu parcial provimento ao apelo defensivo, para reduzir a pena ao patamar de 1 ano, 11 meses e 10 dias de reclusão, conforme ementa (Doc. 6):

APELAÇÃO CRIMINAL – TRÁFICO (3 PORÇÕES DE “CRACK”) – ABSOLVIÇÃO DIANTE DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA OU FRAGILIDADE DAS PROVAS, SUBSIDIARIAMENTE A DESCLASSIFICAÇÃO DA CONDUTA OU REDUÇÃO DA REPRIMENDA – SOMENTE QUEM DESCONHECE OS EFEITOS SOCIAIS NEFASTOS DO TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES PODE IMAGINAR “INSIGNIFICANTE” ESSA CONDUTA – PRISÃO EM FLAGRANTE NO EXATO MOMENTO QUE ENTREGAVA PORÇÃO DE “CRACK” A USUÁRIO – NEGATIVA

RECHAÇADA PELO RESTANTE DAS PROVAS – CONDENAÇÃO BEM LANÇADA – DESCLASSIFICAÇÃO PARA USO PRÓPRIO IMPOSSÍVEL – A PENA FOI FIXADA COM CRITÉRIO, MAS NECESSITA AJUSTE, PARA ADEQUAR AO ENTENDIMENTO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA E AFASTAR A MAJORANTE DA CALAMIDADE PÚBLICA – AS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS EMPREGADAS PARA ELEVAR A PENA-BASE VEDAM A PERMUTA E JUSTIFICAM O REGIME INTERMEDIÁRIO, COMO REGISTROU A R. SENTENÇA – PARCIAL PROVIMENTO PARA REDUZIR A PENA, MANTENDO-SE, NO MAIS, A R. SENTENÇA GUERREADA.

Na sequência, impetrou-se *Habeas Corpus* no Superior Tribunal de Justiça, cujo pedido de liminar foi indeferido pelo Ministro relator.

Nesta ação, a defesa alega, em suma: (a) *é imperioso a aplicação do princípio da insignificância*; e (b) *não ficou claro que o entorpecente era destinado a traficância, não ficou claro possível envolvimento do Acusado com o tráfico de drogas*. Requer, ao final, a concessão da ordem, para absolver o paciente. Subsidiariamente, busca a desclassificação da conduta para aquela prevista no art. 28 da Lei 11.343/2008 ou a fixação do regime prisional aberto e a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

É o relatório. Decido.

Nos termos da Súmula 691/STF, não cabe ao SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL conhecer de *Habeas Corpus* voltado contra decisão proferida por relator que indefere o pedido de liminar em impetração requerida a tribunal superior, sob pena de indevida supressão de instância. O rigor na aplicação desse enunciado tem sido abrandado por julgados desta CORTE somente em caso de manifesto constrangimento ilegal, prontamente identificável (HC 138.946/SP, Rel. Min. MARCO AURÉLIO, Rel. p/ Acórdão Min. ALEXANDRE DE MORAES, Primeira Turma, DJe de 25/4/2018; HC 138.945-AgR/RJ, Rel. Min. GILMAR MENDES, Segunda

HC 230274 / SP

Turma, DJe de 7/3/2017; HC 128.740/RJ, Rel. Min. MARCO AURÉLIO, Rel. p/ Acórdão Min. ROSA WEBER, Primeira Turma, DJe de 24/10/2016).

A espécie, contudo, configura excepcionalidade apta a justificar a intervenção desta CORTE.

É certo que a fixação do regime inicial de cumprimento da pena não está atrelada, de modo absoluto, ao *quantum* da reprimenda aplicada, devendo-se considerar as especiais circunstâncias do caso concreto. Assim, a imposição ao condenado de regime mais gravoso do que o recomendado nas alíneas do § 2º do art. 33 do Código Penal deve ser adequadamente fundamentada. Esse entendimento se amolda à jurisprudência cristalizada na Súmula 719 (*A imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea*) e replicada em diversos julgados: HC 143.577-AgR/SP, Rel. Min. ALEXANDRE DE MORAES, Primeira Turma, DJe de 27/10/2017; RHC 134.494-AgR/SP, Rel. Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, DJe de 9/5/2017; RHC 128.827/MT, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, DJe de 13/3/2017; RHC 122.620/DF, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, DJe de 13/8/2014; HC 118.733/SP, Rel. Min. DIAS TOFFOLI, Primeira Turma, DJe de 17/12/2013.

No particular, o paciente foi condenado à pena de 1 ano, 11 meses e 10 dias de reclusão, em regime semiaberto, pela prática do crime de tráfico de drogas (art. 33, §4º, da Lei 11.343/2006), tendo em vista a apreensão de *“0,59 gramas de droga vulgarmente conhecida como crack, em 03 (três) porções individuais”*.

Os elementos apontados pelas instâncias antecedentes, no entanto, não se mostram aptos a justificar o agravamento do regime prisional, sobretudo se considerada a quantidade de droga apreendida. Além disso, houve o reconhecimento do denominado tráfico privilegiado, com aplicação da fração máxima (2/3), e não há registro de reincidência.

Presentes essas circunstâncias, o regime aberto se mostra adequado e suficiente à repressão e prevenção do crime. Confirmam-se, em casos análogos: HC 163.282/SP, Rel. Min. ALEXANDRE DE MORAES, decisão monocrática, DJe de 16/10/2018; RHC 135.295/MS, Relator Min. DIAS

HC 230274 / SP

TOFFOLI, Segunda Turma, DJe de 10/8/2017; e HC 130.074/SP, Relator Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, DJe de 2/3/2016.

Diante desse quadro, e considerando que os vetores para a substituição da pena são basicamente os mesmos para o estabelecimento do regime prisional, igualmente é cabível a conversão da pena privativa de liberdade por restritiva de direito.

Enfim, como nenhum homem ou mulher poderá ser privado de sua *liberdade de ir e vir* sem expressa autorização constitucional e de acordo com os excepcionais e razoáveis requisitos legais, pois o *direito à liberdade de locomoção resulta da própria natureza humana*, como ensinou o grande constitucionalista do Império, Pimenta Bueno (*Direito público brasileiro e análise da Constituição do Império*. Rio de Janeiro: Ministério da Justiça e Negócios Interiores, 1958. p. 388), o presente *Habeas Corpus* é meio idôneo para garantir todos os direitos legais previstos à paciente e relacionados com sua liberdade de locomoção, mesmo que, como salientado pelo Ministro CELSO DE MELLO, *na simples condição de direito-meio, essa liberdade individual esteja sendo afetada apenas de modo reflexo, indireto ou oblíquo* (*Constituição Federal anotada*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1986. p. 459).

Diante do exposto, CONCEDO a ordem de *HABEAS CORPUS*, para fixar ao paciente, no tocante à ação penal 1500526-25.2021.8.26.0302, em trâmite na comarca de Jaú/SP, o regime inicial aberto e converter a pena privativa de liberdade por restritivas de direito, cabendo ao Juízo de origem fixar as condições da pena substitutiva.

Comunique-se, com urgência.

Publique-se.

Brasília, 12 de julho de 2023.

Ministro ALEXANDRE DE MORAES

Relator

Documento assinado digitalmente