

28/10/2014

SEGUNDA TURMA

**HABEAS CORPUS 123.221 SÃO PAULO**

**RELATOR** : **MIN. GILMAR MENDES**  
**PACTE.(S)** : FELIPPE BRUNO MALAVASI BREGA  
**IMPTE.(S)** : JOSE BRUNO DE TOLEDO BREGA  
**ADV.(A/S)** : JOSE SILVINO PERANTONI  
**COATOR(A/S)(ES)** : SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

*Habeas corpus.* 2. Tráfico de drogas. 3. Deficiência de fundamentação a justificar a diminuição da pena aplicada, o regime de cumprimento e a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos. 4. Ordem concedida de ofício.

**A C Ó R D Ã O**

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os ministros do Supremo Tribunal Federal, em Segunda Turma, sob a presidência do ministro Teori Zavascki, na conformidade da ata de julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade, conceder a ordem, de ofício e com recomendações ao CNJ, nos termos do voto do Relator.

Brasília, 28 de outubro de 2014.

Ministro **GILMAR MENDES**

Relator

*Documento assinado digitalmente*

28/10/2014

SEGUNDA TURMA

**HABEAS CORPUS 123.221 SÃO PAULO**

**RELATOR** : **MIN. GILMAR MENDES**  
**PACTE.(S)** : **FELIPPE BRUNO MALAVASI BREGA**  
**IMPTE.(S)** : **JOSE BRUNO DE TOLEDO BREGA**  
**ADV.(A/S)** : **JOSE SILVINO PERANTONI**  
**COATOR(A/S)(ES)** : **SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

**RELATÓRIO**

**O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (RELATOR):** Trata-se de *habeas corpus*, com pedido de medida liminar, impetrado por José Bruno de Toledo Brega, em favor de Felipe Bruno Malavasi Brega, contra acórdão da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, que não conheceu de Agravo Regimental em Embargos de Declaração em Agravo no Recurso Especial 363.365/SP.

Conforme os autos, o paciente foi denunciado pela prática, em tese, dos delitos previstos nos arts. 33 e 35 da Lei 11.343/2006 (tráfico e associação para o tráfico de drogas), porque, no dia 23.8.2008, tinha em depósito, para fins de tráfico, 1,5 g de maconha.

Extrai-se da peça acusatória que, durante a investigação do envolvimento de um coautor (José Donizete de Souza) com o tráfico de drogas, ligações telefônicas interceptadas entre ele e o paciente revelaram que “José iria passar na casa de uma das avós de Felipe, justamente onde iria pegar maconha para revender”.

A denúncia narra as condutas da seguinte forma (eDOC 3, p. 3-7):

“(…) Consta dos autos, outrossim, que no dia 23 de agosto de 2008, por volta de 18h00min, na Rua São Paulo, nesta cidade e Comarca, FELIPPE tinha em depósito, para fins de tráfico, 1,5 gramas de maconha, substância entorpecente que determina

**HC 123221 / SP**

dependência física e psíquica, sem autorização legal e em desacordo com determinação legal ou regulamentar.

Apurou-se que a Polícia Militar recebeu várias denúncias de que JOSÉ DONIZETE estaria vendendo drogas e, após minuciosas investigações, inclusive com interceptações de ligações telefônicas, tomaram conhecimento que JOSÉ iria passar na casa de uma das avós de FELIPPE, justamente onde iria pegar maconha para revender. Assim, os policiais se dirigiram até o local e ficaram aguardando 'Zezinho' sair com a droga.

Apurou-se, ainda, que 'Zezinho' saiu da casa da avó de FELIPPE com uma moto vermelha e carregando um envelope. Assim que viu a viatura policial, 'Zezinho' evadiu-se com a moto. Meio a perseguição, o denunciado entrou num canavial, onde se desequilibrou e caiu com a moto, porém conseguiu recuperá-la e evadiu-se definitivamente.

Apurou-se, também, que no dia seguinte, a polícia refez o caminho percorrido por 'Zezinho' no momento da fuga, sendo que encontrou no mesmo lugar onde o denunciado havia caído com a moto, um envelope escrito 'Zezinho, não mexa' . No interior do envelope, havia uma dobradura de papel envolta de uma fita 'veda rosca'. Dentro deste envelope havia outro envelope com uma pequena quantidade de maconha, além de dois 'santinhos' de propaganda eleitoral do denunciado FELIPPE, que foi candidato a vereador.

Apurou-se, portanto, que Felipe, que mantinha a droga em depósito, deixou a porção apreendida separada em um envelope, inclusive onde constava o nome de 'Zezinho', dando ordens expressas à sua avó para que entregasse para aquele, o que de fato ocorreu. José Donizete, contudo, não contando com a investigação policial, foi surpreendido logo após apanhar o envelope que continha a droga, mas conseguiu evadir-se, abandonando o envelope pelo caminho. (...)”

Sobreveio a sentença, que absolveu o paciente da imputação de associação para o tráfico e o condenou pelo tráfico de drogas (eDOC 5, p.

**HC 123221 / SP**

5-17). A pena de 5 (cinco) anos de reclusão e multa foi alterada, em sede de embargos de declaração, aplicando-se a causa de diminuição da pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006 em 1/6 (um sexto), para 4 (quatro) anos e 2 (dois) meses de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 416 dias-multa pelo crime de tráfico de drogas (eDOC 5, p. 18-19).

A defesa interpôs recurso de apelação dirigido ao Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que lhe negou provimento, nos termos da seguinte ementa (eDOC 5, p. 67-77):

“APELAÇÃO – TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES – COLABORAÇÃO COMO INFORMANTE – PRELIMINAR REJEITADA – AUTORIA E MATERIALIDADE DEMONSTRADAS – RECURSOS IMPROVIDOS”.

Os embargos de declaração opostos foram rejeitados (eDOC 6, p. 2-11).

Inconformada, a defesa interpôs recursos especial e extraordinário, não admitidos na origem. Por esse motivo, foram apresentados os respectivos agravos.

O Superior Tribunal de Justiça, em decisão monocrática, não conheceu de Agravo em Recurso Especial n. 363.365/SP (eDOC 12). Indexou-se a decisão nos seguintes termos:

“PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL DO CORRÉU FELIPPE BRUNO MALAVASI BREGA. AUSÊNCIA DE IMPUGNAÇÃO DE TODOS OS FUNDAMENTOS DA DECISÃO AGRAVADA. SÚMULA 182/STJ. AGRAVO NÃO CONHECIDO. RECURSO ESPECIAL DE LUCIMAR APARECIDO CARDOZO. PLEITO DE

**HC 123221 / SP**

ALTERAÇÃO DE REGIME. NÃO INDICAÇÃO DO DISPOSITIVO LEGAL VIOLADO. DEFICIÊNCIA NA FUNDAMENTAÇÃO. SÚM. 284/STF. VIOLAÇÃO DO ARTIGO 44 DO CP. SUBSTITUIÇÃO DA PENA. (I) FUNDAMENTO INATACADO. SÚM. 283/STF. (II) PENA SUPERIOR A 04 (QUATRO) ANOS. NÃO PREENCHIMENTO DO REQUISITO OBJETIVO. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL. (I) INOBSERVÂNCIA DO ARTIGO 255 DO RISTJ. (II) ACÓRDÃO PARADIGMA PROFERIDO EM SEDE DE *HABEAS CORPUS*. INADMISSIBILIDADE. AGRAVO A QUE SE NEGA PROVIMENTO”.

A defesa, então, opôs embargos de declaração em 23.4.2014 e interpôs agravo regimental em 24.4.2014, ambos impugnando a referida decisão.

Os embargos de declaração foram recebidos como agravo regimental, cujo provimento foi negado pela Sexta Turma do STJ. O acórdão possui o seguinte teor (eDOC 13):

“PENAL E PROCESSO PENAL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. RECEBIMENTO COMO AGRAVO REGIMENTAL. PRINCÍPIOS DA ECONOMIA PROCESSUAL E DA FUNGIBILIDADE. AUSÊNCIA DE IMPUGNAÇÃO DE TODOS OS FUNDAMENTOS DA DECISÃO AGRAVADA. SÚMULA 182/STJ. ACLARATÓRIOS RECEBIDOS COMO AGRAVO INTERNO. REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

1. Em homenagem aos princípios da economia processual, da celeridade processual e da fungibilidade recursal, os embargos de declaração são recebidos como agravo regimental.

2. É inviável o agravo que deixa de atacar, especificamente, todos os fundamentos da decisão agravada. Incidência da Súmula 182 desta Corte.

3. Embargos de declaração recebidos como agravo

**HC 123221 / SP**

regimental a que se nega provimento”.

Por sua vez, ao julgar o agravo regimental, a Corte Superior deixou de conhecê-lo, nos seguintes termos (eDOC 15):

“PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. OPOSIÇÃO PRÉVIA DE ACLARATÓRIOS. EXISTÊNCIA DE DOIS RECURSOS IMPUGNANDO A MESMA DECISÃO JUDICIAL. IMPOSSIBILIDADE. PRINCÍPIO DA UNIRRECORRIBILIDADE RECURSAL. AGRAVO INTERNO NÃO CONHECIDO.

1. ‘No sistema recursal brasileiro, vigora o cânone da unicidade ou unirrecorribilidade recursal. Desta forma, manejados dois recursos pela mesma parte contra uma única decisão, a preclusão consumativa impede o exame do que tenha sido protocolizado por último’. (EDcl no Ag 1318082/SP, Rel. Min. LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, DJe 16/04/2012)

2. Agravo interno não conhecido”.

Daí, o presente *habeas corpus*, impetrado pelo genitor do paciente, em que aduz, em síntese:

“a) As provas do inquérito policial de per si não podem embasar decreto de condenação (jurisprudência desse Eg. Supremo Tribunal Federal) ;

b) A forma como foram coletados os depoimentos, com uso de coação e ameaça aos depoentes, que foram constrangidos pela Autoridade Policial, são totalmente despidos de qualquer valor, inválidos e nulos de pleno direito.

c) nulidade da prova consistente de gravações telefônicas (‘grampos’), eis que não autorizada judicialmente, ou, se autorizadas, não há nos autos prova dessa autorização judicial e tudo à revelia dos sujeitos da relação dialógica (ofensa ao artigo

**HC 123221 / SP**

5º, inciso LV, CF/88).

d) A apreensão do ‘envelope’ que conteria a mídia gravada e ‘santinhos’ de propaganda eleitoral carece de legitimidade para ser alçada à categoria de prova válida e irrefutável à condenação do paciente.

e) O paciente não é traficante, mas usuário de drogas, não se podendo olvidar o conceito expansivo de traficante leva à inclusão, nesse conceito, das cedências altruístas, do consumo partilhado, da aquisição em conjunto para o próprio e para terceiros, e, até da administração de drogas pra tirar a dor”.

Por fim, requer a absolvição do paciente, por se tratar de usuário e não traficante de drogas, ou a concessão da ordem para *“em nova dosimetria de pena, aplicar a causa de diminuição prevista no artigo 33, § 4º, da Lei 11.343/06, em seu patamar máximo e, então e desde logo, afastando o óbice da parte final do art. 44 da mesma Lei 11.343/2006, fixar o regime inicial aberto para cumprimento da pena e a substituição da pena privativa de liberdade por outra restritiva de direito, ou, então, cassado o V. Acórdão do Tribunal da Província, determinar que isso faça o Eg. Juízo Monocrático de Macatuba, prolator da R. Sentença”* (eDOC 2, p. 54).

O pedido de medida liminar foi indeferido (eDOC 18).

A autoridade coatora apresentou informações (eDOC 21).

A Procuradoria-Geral da República manifestou-se pela concessão da ordem em relação ao pedido subsidiário, em parecer ementado nos seguintes termos (eDOC 22):

*“Habeas corpus. Tráfico de drogas. Pretensão absolutória ou pedido de aplicação da causa especial de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/06 na fração máxima, com a alteração do regime inicial para o aberto e substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos. Supressão*

**HC 123221 / SP**

de instância. Cabimento excepcional. Inadequação da via para a análise detida de fatos e provas em relação ao pedido principal. Minorante fixada em 1/6 sem a devida fundamentação. Ilegalidade. Aplicação da fração máxima, com a possibilidade de substituição da pena e fixação do regime inicial aberto, ante a presença de todas as circunstancias favoráveis. Concessão da ordem em relação ao pedido subsidiário”.

É o relatório.



28/10/2014

SEGUNDA TURMA

HABEAS CORPUS 123.221 SÃO PAULO

**VOTO**

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (RELATOR): Conforme relatado, o paciente foi condenado à pena de 4 (quatro) anos e 2 (dois) meses de reclusão, em regime fechado e ao pagamento de multa, pelo crime de tráfico de drogas.

No presente *habeas corpus*, a defesa pede a absolvição do paciente, ou a concessão da ordem para, em nova dosimetria da pena, aplicar a minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006, no seu patamar máximo, e na sequência, substituir a pena privativa de liberdade por restritivas de direitos e fixar o regime inicial aberto.

Inicialmente, registro que, segundo jurisprudência consolidada deste Tribunal, não tendo sido a questão objeto de exame definitivo pelo Superior Tribunal de Justiça ou inexistindo prévia manifestação das demais instâncias anteriores, a apreciação do pedido da defesa implica supressão de instância, o que não é admitido, consoante a reiterada jurisprudência desta Corte. Nesse sentido: HC 103.282/PA, rel. min. Cármen Lúcia, Segunda Turma, DJe 28.8.2013 e HC 114.867/RJ, rel. min. Luiz Fux, Primeira Turma, DJe 14.8.2013.

Ademais, em obediência ao princípio da proteção judicial efetiva (CF, art. 5º, XXXV), a aplicação desse entendimento jurisprudencial somente pode ser afastada no caso de configuração de patente constrangimento ilegal ou abuso de poder.

No caso, a situação concreta é excepcional e justifica a concessão da ordem de *habeas corpus* de ofício. Explico.

Estamos diante de uma condenação criminal a uma pena de 4

**HC 123221 / SP**

(quatro) anos e 2 (dois) meses, a ser cumprida em regime fechado e multa, porque o paciente teve interceptada ligação telefônica - que não está transcrita na sentença, não obstante o Magistrado a ela faça referência - em que se afirma que seria deixada uma porção de maconha na casa de sua avó para um coautor traficante de cocaína e *crack* - pegar e levar a terceiros para consumo.

Conforme relatado, a conduta imputada pelo Ministério Público foi, dentre as várias do artigo 33 da Lei 11.343/06, que é de conteúdo variado, a de ter em depósito.

Ainda, conforme os autos, a droga é encontrada somente no dia seguinte, em um canavial, onde a pessoa perseguida que não é o paciente, muito embora tenha caído com a motocicleta, conseguiu fugir usando o veículo. Segundo os autos, a Polícia refez o percurso dessa ocorrência que perseguiu um coautor - no dia seguinte, ocasião em que encontrou 1,5 g de maconha em um envelope, junto com santinhos de propaganda eleitoral do paciente. O liame para o ter em depósito é a conversa degravada cuja referência é feita na sentença.

Transcrevo os trechos das razões de decidir adotadas na sentença, bem como a fixação da pena do paciente:

“(…) É o relatório. Decido.

A ação penal é parcialmente procedente, pois não restou comprovado que os acusados Felipe, Caroline e Lucimar estariam associados para a prática do tráfico de entorpecentes. A materialidade delitiva restou demonstrada pelo laudo toxicológico, laudos de degravação e pela prova oral colhida. A autoria também ficou devidamente comprovada pelas provas existentes nos autos. Quando interrogado na fase policial, Felipe Bruno Malavasi Brega disse que guardou maconha em um envelope e, em seguida, deixou tal envelope com sua avó

**HC 123221 / SP**

para que ela o entregasse a José Donizete. Confirmou que em duas ou três ocasiões entregou maconha a Zezinho, e pelo que soube, a droga seria entregue a uma moça de um haras (fls. 23/26). Nota-se que a degravação juntada às fls. 123 confirma a versão apresentada por Felipe na polícia no sentido de que deixou na casa de sua avó um envelope contendo entorpecente para que fosse entregue a Zezinho. E ficou demonstrado que, naquele mesmo dia, José Donizete foi perseguido pela polícia e deixou cair o referido envelope contendo porção de maconha bem como santinhos de propaganda política de Felipe. Posteriormente, no interrogatório em juízo, Felipe se retratou e negou a prática dos fatos. Disse que no envelope entregue a Zezinho não havia droga, mas apenas recibo de honorários advocatícios e propagandas eleitorais. Disse que era apenas usuário de drogas e que chegou a pedir droga a Zezinho por cerca de três vezes. Disse que não leu o teor de seu interrogatório e aditamento prestados na polícia (fls. 304). Contudo, a negativa e a retratação de Felipe, além de inverossímeis, são contrariadas pelas provas existentes nos autos. O conjunto probatório deixa evidente que Felipe forneceu maconha a José Donizete, ainda que por poucas vezes, para que ele vendesse ou entregasse a terceiro, inclusive, aos acusados Caroline e Lucimar.

(...) A testemunha Ecidir Santana Gomes, investigador de polícia, disse que recebeu diversas denúncias de que José Donizete realizava o tráfico de entorpecentes na cidade. Realizada interceptação telefônica, a suspeita foi confirmada e foi constatado que José Donizete pegaria alguma coisa na casa da avó de Felipe. Quando chegou ao local, José Donizete já havia saído da casa da avó de Felipe. Ao notar a presença da polícia, José Donizete conseguiu fugir, mesmo depois de ter caído com sua motocicleta. Afirmou que no local onde ele caiu, foi encontrado um envelope contendo uma pequena porção de maconha e dois santinhos de propaganda política de Felipe.  
(...)

Passo à fixação da pena.

**HC 123221 / SP**

**Em relação aos acusados Felipe, Lucimar e Caroline (acusados da prática do crime previsto no art. 33 da Lei 11.343/06), tendo em vista a primariedade e a ausência de antecedentes criminais, fixo a pena-base em cinco anos de reclusão e ao pagamento de 500 dias-multa, que torna-se definitiva, diante da ausência de circunstâncias agravantes, atenuantes e causas de aumento e diminuição de pena. Tendo em vista a gravidade do delito (tráfico de drogas) e a quantidade da pena fixada, fixo o regime fechado para cumprimento da pena privativa de liberdade.**

(...)

**Deixo de aplicar os benefícios previstos no art. 44 do Código Penal, ante o que estabelece o art. 44 da Lei 11.343/06. Fixo o valor unitário mínimo para a pena de multa, diante da situação financeira dos réus.**

Por fim, considerando que não há prisão provisória decretada, **permito que os réus apelem em liberdade”.**

Como também já relatado, a sentença sofreu modificação pela oposição de embargos de declaração, ocasião na qual se aplicou a causa de diminuição da pena do art. 33 § 4º, da Lei 11.343/2006 em 1/6 (um sexto). A fundamentação, singela, afirma:

*(...) levando em consideração a conduta e a culpabilidade de cada um dos acusados, diminuo a pena em 1/6, que passará a ser de 04 (quatro) anos e 02 (dois) meses de reclusão (...).*

O regime fechado foi mantido para início do cumprimento da pena *diante da gravidade do delito (tráfico de entorpecentes), equiparado a crime hediondo.*

Por todo o exposto, da leitura da sentença condenatória, verifico que

**HC 123221 / SP**

não há elementos seguros no sentido de que Felipe comercializava drogas.

A pequena apreensão de droga (1,5g de maconha) e a ausência de outras diligências investigatórias, no meu entender, apontam que a instauração da ação penal com conseqüente condenação representa medida nitidamente descabida.

Registro que, sequer, a interceptação telefônica supostamente realizada conseguiu comprovar o envolvimento de Felipe em atividades ilícitas.

Após exame detalhado de todos os volumes dos autos, entendo que, com relação ao paciente, não existem elementos probatórios suficientes a justificar a condenação.

Assim, está demonstrado patente constrangimento ilegal, que merece ser reparado.

Nesses termos, meu voto é no sentido de conceder a ordem, de ofício, para absolver o paciente Felipe Bruno Malavasi Brega, em razão de ausência de prova da existência do fato (CPP, art. 386, inciso II).

Por fim, vislumbro indicativos de que a mudança de tratamento promovida pela Lei 11.343/06, que aboliu a pena privativa de liberdade para usuário (art. 28), provocou uma reação inesperada e indesejável: fatos limítrofes, anteriormente registrados como uso, passaram a ser tratados como tráfico de drogas. Conforme dados do Infopen, em 2006, houve 47.472 prisões por tráfico de drogas. A Lei 11.343/06 entrou em vigor em outubro de 2006. No ano seguinte (2007), foram registradas 65.494 prisões por tráfico, um aumento de 38%. E essa escalada prosseguiu. Em 2010, foram 106.491 prisões.

**HC 123221 / SP**

Tendo isso em vista, proponho seja oficiado ao Conselho Nacional de Justiça (CNJ), para que fomente a uniformização de procedimentos e a conscientização dos órgãos envolvidos na persecução penal acerca da importância da verificação, em todas as fases do procedimento, da justa causa para enquadramento mais gravoso – tráfico –, em lugar do mais benéfico – uso de drogas.

É como voto.

28/10/2014

SEGUNDA TURMA

HABEAS CORPUS 123.221 SÃO PAULO

### EXPLICAÇÃO

**O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES – (Relator):** Presidente, tenho a impressão de que é necessário que algo mais seja feito no sentido de uma atividade de coordenação, de organização, tendo em vista que, pelos indícios que nós temos, essa lei que aparentemente veio para abrandar a aplicação penal e, claro, tratar mais rigorosamente o traficante, sobretudo aquele que atua em organização criminosa, parece que está contribuindo densamente com o aumento da população carcerária.

O Brasil tinha, até pouco tempo, quinhentos e cinquenta mil presos; agora, parece que já gravita em torno de setecentos, setecentos e cinquenta mil presos, tudo indica, associados ao tráfico de drogas.

**O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO:** O Brasil, *hoje*, possui *uma das maiores* populações carcerárias em escala global, **circunstância que justifica** a ponderação feita pelo eminente Relator.

**O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - (Relator):** - Então, estou encaminhando nesse sentido.

28/10/2014

SEGUNDA TURMA

**HABEAS CORPUS 123.221 SÃO PAULO**

**V O T O**

**A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA** - Presidente, acompanho o Relator quanto à concessão da ordem.

Quanto à recomendação, talvez fosse o caso de uma avaliação, da apresentação de um prognóstico quanto à população carcerária, pois são casos em que essas pessoas ficam reféns desses traficantes exatamente porque não há política social - social mesmo, não apenas estatal -, relativamente a cuidar dessas pessoas que fazem o uso e que não têm outra saída a não ser, viciados, acabarem nas mãos dessas pessoas.

Então, não sei exatamente o que seria a recomendação, a não ser isto: que se adotasse um diagnóstico da população carcerária que está nessas condições, porque algo mais, realmente, depende de uma série de outras medidas que são de muitos órgãos - inclusive órgãos estatais -, do Executivo até Ministério da Saúde, Ministério da Justiça e que, portanto, refogem ao espaço de atuação do Conselho Nacional de Justiça.

**O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (Relator):** - O que imagino é que, hoje, por exemplo, seria de pensar em casos determinados - e, talvez, pudesse se começar com a questão do tráfico de drogas e crimes afins -, com aquilo que é prática na Europa, de apresentação do preso ao juiz, porque, infelizmente, o testemunho que permite a qualificação, a caracterização do tráfico é dado pelo policial, quer dizer, sem uma avaliação. Em geral, essas pessoas já estão recolhidas, portanto, por ordem, prisão em flagrante, depois convertida em prisão provisória.

Quer dizer, talvez, uma discussão e uma tentativa de harmonização de procedimentos. Onde passa a linha limdeira entre o tráfico e o consumo? Quais são os casos? Em suma, tentar discutir isso de maneira aberta para que nós pudéssemos ter um encaminhamento.



**HC 123221 / SP**

O fato é que esta é uma lei que vem com um espírito aparentemente de abertura, mas que provoca, ao revés, um encarceramento mais intenso do que era planejado. O próprio Tribunal já declarou a inconstitucionalidade de medidas restritivas da liberdade nesse caso, mas, ainda assim, veja que está aumentando significativamente.

**A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA** - Não é nem que eu seja contra a recomendação, Ministro, eu só queria objetivar o que é que se propõe, porque este é um tema...

**O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - (Relator):** - Pois é. O espírito é esse. Eu até estou preparando uma discussão para levar a Plenário a propósito desse tema, aí, do ponto de vista jurisdicional. Mas entendo que há uma série de medidas que podem ser tomadas, de ajuste, em termos de organização e procedimento. É claro que isso não terá caráter vinculante, os juízes são autônomos.

**A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA** - Até porque as realidades são muito diferentes nesses trabalhos paralelos da sociedade. É assim, enquanto em São Paulo, Rio, algumas cidades de praia isto é uma coisa gravíssima e os juízes atuam; há juizes que nunca depararam com isso porque são juízes do interior de alguns Estados onde a droga tem presença, mas não neste nível, deste jeito. Então, as realidades brasileiras são muito diferentes - incluída, aí, a questão do uso de drogas - para sabermos exatamente o que fazer.

Eu concordaria com a recomendação, ou com uma sugestão no sentido de que o CNJ talvez pudesse fazer um diagnóstico de em quais comarcas no Brasil isto vem acontecendo com mais frequência, para se ter, depois, um diagnóstico dos excessos do próprio Poder Judiciário relativamente a isso, quer dizer, isso que o Ministro Gilmar está dizendo: que há locais em que os juízes respondem sem ter nenhum acesso à pessoa. Nós já tivemos casos julgados, na Primeira Turma, em que uma discussão de um casal dentro de um carro leva a que a menina,

**HC 123221 / SP**

desesperada, diga que ele é que a estaria induzindo ao uso da droga para, depois que o menino foi preso e se passam não sei quantos meses, verificar que não era nada disso.

E faço isso, Ministro Gilmar, tentando pontuar, porque uma das reclamações que temos visto dos juízes é exatamente o excesso de comandos que têm vindo do CNJ, de metas de produção, que os têm deixado exasperados numa situação de alguma dificuldade.

Então, que soubéssemos exatamente que nós estamos tentando é melhorar a atuação deles e ajudá-los, ter um diagnóstico nesse sentido.

**O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - (Relator):** - Há uma experiência realizada e que, pelo menos, é avaliada como de qualidade, que é uma discussão no âmbito do direito à saúde. Toda essa guerra de liminares e esse quadro todo em que o CNJ assumiu a discussão e procedeu a uma série de recomendações, por exemplo, a de ter, sempre que possível, peritos à disposição para decidir essa temática, sem, claro, interferir no processo decisório dos juízes, quer dizer, parece-me que esse tipo de medida, a rigor, é consentâneo com a missão institucional do CNJ, e poderia até, daqui a pouco, disso resultar propostas de alteração legislativa. Mas parece-me que é necessário ter uma certa uniformização, até mesmo em nome de um certo tratamento isonômico.

O fato é que, claro, podemos fazer uma pesquisa muito mais precisa, mas, pelo número de *habeas corpus* que nós tratamos e pelos incidentes que temos hoje em relação a esta lei, que ainda é bastante nova, nós vemos o significado que isso tem. Em geral, nós sabemos que os juízes acabam já decidindo o caso com o réu preso, porque se trata de tráfico, de pessoas presas em flagrante. Portanto, já convolam a prisão em prisão provisória.

Então, é o que me ocorre, pelo menos no momento, no sentido de tentar dar um encaminhamento.

**28/10/2014**

**SEGUNDA TURMA**

**HABEAS CORPUS 123.221 SÃO PAULO**

**V O T O**

**O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: Acompanho, integralmente, Senhor Presidente, o voto do eminente Relator.**

**É o meu voto.**

**SEGUNDA TURMA**

**EXTRATO DE ATA**

**HABEAS CORPUS 123.221**

PROCED. : SÃO PAULO

**RELATOR : MIN. GILMAR MENDES**

PACTE.(S) : FELIPPE BRUNO MALAVASI BREGA

IMPTE.(S) : JOSE BRUNO DE TOLEDO BREGA

ADV.(A/S) : JOSE SILVINO PERANTONI

COATOR(A/S) (ES) : SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

**Decisão:** A Turma, por votação unânime, concedeu a ordem, de ofício, para absolver o paciente Felipe Bruno Malavasi Brega, em razão de ausência de prova da existência do fato (CPP, art. 386, inciso II), nos termos do voto do Relator, com recomendações ao Conselho Nacional de Justiça (CNJ), devendo ser a esse Órgão remetidas cópia do acórdão e das correspondentes notas taquigráficas. **2ª Turma**, 28.10.2014.

Presidência do Senhor Ministro Teori Zavascki. Presentes à sessão os Senhores Ministros Celso de Mello, Gilmar Mendes e Cármen Lúcia.

Subprocurador-Geral da República, Dr. Edson Oliveira de Almeida.

Ravena Siqueira  
Secretária