

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS 210.189 RIO DE JANEIRO

RELATOR : MIN. ALEXANDRE DE MORAES
RECTE.(S) : _____
ADV.(A/S) :THAIS MENEZES TEIXEIRA DA SILVA PINTO
RECDO.(A/S) :MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROC.(A/S)(ES) :PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA
RECDO.(A/S) :MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE
JANEIRO
PROC.(A/S)(ES) :PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO
RIO DE JANEIRO

DECISÃO

Trata-se de Recurso Ordinário em *Habeas Corpus*, com pedido liminar, interposto contra acórdão da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça [EDcl no AgRg no *Habeas Corpus* 667.846/RJ, Rel. Min. JESUÍNO RISSATO (Desembargador Convocado do TJDFT)].

Consta dos autos, em apertada síntese, que o recorrente foi denunciado como "*incurso nas penas do artigo 16, caput e artigo 16, parágrafo único, Inciso IV, ambos da Lei 10.826/2003 e artigo 35 da Lei 11.343/06, tudo na forma do artigo 69, do Código Penal.*". Após, viu-se condenado como incurso no art. 35, da Lei n. 11.343/06, à pena de 03 (três) anos de reclusão, regime aberto, além de 700 (setecentos) dias-multa, no piso, sendo-lhe substituída a pena corporal por duas restritivas de direitos e absolvido do crime previsto no art. 16, da Lei n. 10.826/03, nos termos do art. 386, III, do Código de Processo Penal.

Inconformada, a defesa e a acusação interpuseram apelações ao Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, que "*deu parcial provimento aos apelos, para absolver o paciente do crime do artigo 35 da Lei 11.343/06 e condená-lo, na forma do art. 383 do CPP, por infração ao artigo 16 da Lei 10.826/03, às sanções finais de 03 (três) anos de reclusão e 10 (dez) dias multa, em regime aberto, sendo substituída a PPL por duas restritivas de direitos.*". Após, a

defesa opôs embargos de declaração, os quais foram rejeitados pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro:

Embargos de declaração opostos pela Defesa sobre v. acórdão unânime desta Eg. Câmara Criminal, que deu provimento ao apelo defensivo e parcial provimento ao ministerial, para absolver o Réu do crime do artigo 35 da Lei 11.343/06 e condená-lo, na forma do art. 383 do CPP, por infração ao art. 16 da Lei 10.826/03, às sanções finais de 03 (três) anos de reclusão e 10 (dez) dias-multa, em regime aberto, substituída a PPL por duas restritivas de direitos, à cargo do juízo da execução. Alegação de contradição do julgado com fim de prequestionamento, diante da aplicação do art. 383, do CPP. Mérito que se resolve em desfavor do Recorrente. Higidez do acórdão recorrido. Embargante que pretende, na verdade, rediscutir teses recursais, já examinadas por este Tribunal de Justiça, porquanto insatisfeita com o resultado do julgamento. Firme orientação do STJ sublinhando que “não se prestam os embargos de declaração para a rediscussão do acórdão recorrido quando revelado mero inconformismo com o resultado do julgamento.” Ausência da contradição apontada (CPP, art. 619). Embargos rejeitados.

Contra essa decisão, impetrou-se *Habeas Corpus*, com pedido liminar, no Superior Tribunal de Justiça, apontando-se como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, alegando, em linhas gerais, *"a ilegalidade, sob a premissa de que após o encerramento da instrução probatória, o próprio Ministério Público, aditou a denúncia requerendo a exclusão de qualquer acusação com base na Lei nº 10.826/03. O próprio apelante, no caso Parquet, não citou em suas razões recursais aplicação da Lei nº 10.826/03, não podendo, assim, o Julgador de 2ª Instância aplicar o entendimento do artigo 384 do Código de Processo Penal. O acórdão, ao condenar o Paciente com base no incurso da pena do 16 da Lei nº 10.826/03 sob a justificativa de poder se utilizar do artigo 383 do CPP, afrontou o entendimento da Súmula 453 do C. STF." Requer, ao final, a concessão da ordem, para absolver o paciente da condenação do incurso da pena do artigo 16 da Lei nº 10.826/03."*

A liminar foi indeferida. O Relator, Min. JESUÍNO RISSATO (Desembargador Convocado do TJDFR), em decisão monocrática, não conheceu do *habeas corpus*.

Não satisfeita, a defesa interpôs, perante a Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, Agravo Regimental no *Habeas Corpus* 667.846/RJ, Rel. Min. JESUÍNO RISSATO (Desembargador Convocado do TJDFR), a qual, por unanimidade, negou provimento ao recurso, conforme a seguinte ementa:

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO *HABEAS CORPUS*. CONDOTA INICIALMENTE CAPITULADA COMO ASSOCIAÇÃO AO TRÁFICO. CONDENAÇÃO PELO CRIME DE POSSE DE MUNIÇÃO DE USO RESTRITO. FATOS DEVIDAMENTE NARRADOS NA INICIAL. *EMENDATIO LIBELLI*. POSSIBILIDADE DE DEFINIÇÃO JURÍDICA DIVERSA PELO TRIBUNAL EM SEGUNDO GRAU DE JURISDIÇÃO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. AGRAVO DESPROVIDO.

I - A parte que se considerar agravada por decisão de relator, à exceção do indeferimento de liminar em procedimento de *habeas corpus* e recurso ordinário em *habeas corpus*, poderá requerer, dentro de cinco dias, a apresentação do feito em mesa relativo à matéria penal em geral, para que a Corte Especial, a Seção ou a Turma sobre ela se pronuncie, confirmando-a ou reformando-a.

II - Este col. STJ e o STF, ao interpretarem a regra contida no art. 383, do Código de Processo Penal, entendem que o réu se defende dos fatos narrados na denúncia e não da sua capitulação legal, que é sempre provisória, podendo o juiz, no momento da sentença, atribuir definição jurídica diversa, nos termos do artigo 383, do Código de Processo Penal, ainda, que em consequência, tenha de aplicar pena mais grave (AgRg no AREsp n. 193.387/SP, Quinta Turma, Rel. Min. Felix Fischer, DJe de 12/3/2015, v.g.).

III - Acerca da controvérsia, o eg. Tribunal de origem, **em sede de recurso de apelação opostos por ambas as partes,**

reconheceu a subsunção dos fatos à hipótese prevista no art. 16 da Lei nº 10.826/03, ante a apreensão de 29 munições, não incorrendo, em flagrante ilegalidade, uma vez que o réu se defende dos fatos e não do tipo penal imputado.

IV - *In casu*, o agravante foi absolvido do crime previsto no art. 35 da Lei nº 11.343/06. Porém, com fulcro no art. 383 do CPP, a Corte reclassificou juridicamente os fatos para o crime previsto no art. 16 da Lei nº 10.826/03. **Mesmo se tratando de recurso exclusivo da defesa, é possível nova ponderação das circunstâncias que conduza à reavaliação sem que se incorra em reformatio in pejus, desde que a situação final do réu não seja agravada, conforme ocorreu na hipótese.** Destarte, não há que se falar em violação ao princípio da congruência ou da *non reformatio in pejus*, pois existe, efetivamente, a correlação entre os fatos atribuídos ao acusado na denúncia e a condenação resultante.

Agravo regimental desprovido.

Os embargos de declaração opostos pela defesa foram rejeitados:

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO REGIMENTAL NO *HABEAS CORPUS*. CONDUTA INICIALMENTE CAPITULADA COMO ASSOCIAÇÃO AO TRÁFICO. CONDENAÇÃO PELO CRIME DE POSSE DE MUNIÇÃO DE USO RESTRITO. FATOS DEVIDAMENTE NARRADOS NA INICIAL. *EMENDATIO LIBELLI*. POSSIBILIDADE DE DEFINIÇÃO JURÍDICA DIVERSA PELO TRIBUNAL EM SEGUNDO GRAU DE JURISDIÇÃO. INEXISTÊNCIA DE OMISSÃO. ACLARATÓRIOS REJEITADOS.

I - Os embargos de declaração são cabíveis somente nas hipóteses do art. 619 do Código de Processo Penal, isto é, nos casos de ambiguidade, obscuridade, contradição ou omissão no acórdão embargado. São inadmissíveis, portanto, quando, a pretexto da necessidade de esclarecimento, aprimoramento ou complemento da decisão embargada, objetivam, em essência, o rejuízo do caso.

II - O réu se defende dos fatos narrados na denúncia e não da sua capitulação legal, que é sempre provisória, podendo o juiz, no momento da sentença, atribuir definição jurídica diversa, nos termos do artigo 383, do Código de Processo Penal, ainda, que em consequência, tenha de aplicar pena mais grave (AgRg no AREsp n. 193.387/SP, Quinta Turma, Rel. Min. Felix Fischer, DJe de 12/3/2015, v.g.).

III - Acerca da controvérsia, mesmo se tratando de recurso exclusivo da defesa, é possível nova ponderação das circunstâncias que conduza à reavaliação sem que se incorra em *reformatio in pejus*, desde que a situação final do réu não seja agravada, conforme ocorreu na hipótese. Destarte, não há que se falar em violação ao princípio da congruência ou da *non reformatio in pejus*, pois existe, efetivamente, a correlação entre os fatos atribuídos ao acusado na denúncia e a condenação resultante.

IV - Na hipótese, não houve omissão no julgado, de modo que demais ilações a respeito da insurgência da embargante, acarretará no reexame de matéria já julgada, situação que não se coaduna com o instrumento dos declaratórios.

Embargos de declaração rejeitados.

Neste Recurso Ordinário Constitucional a defesa alega, em síntese, que as "*o r. acórdão de apelação do Tribunal Regional, afrontou veementemente o entendimento da Súmula 453 do C. STF, ao proferir a decisão, diferente do requerido pelo Parquet.*".

Alega, ainda, que "*com a devida venia, errou o Eg. Tribunal Regional, pois, como já mencionado preambularmente, em razões recursais, o Ministério Público pugnou tão somente pelo aumento de pena do artigo 40, inciso IV, da Lei nº 11.343/2006.*".

Observa, ainda, que "*após o encerramento da instrução probatória, o próprio Ministério Público, aditou a denúncia requerendo a exclusão de qualquer acusação com base na Lei nº 10.826/03.*".

Por fim, aduz que "*o próprio apelante, no caso Parquet, não citou em suas razões recursais aplicação da Lei nº 10.826/03, não podendo, assim, o Julgador de*

2ª Instância aplicar o entendimento do artigo 384 do Código de Processo Penal. O acórdão Regional, ao condenar o réu com base no incurso da pena do 16 da Lei nº 10.826/03 sob a justificativa de poder utilizar do artigo 383 do CPP, afrontou o entendimento da Súmula 453 desta Corte, além de ter, na verdade, ajustado equívoco das razões de apelação da acusação."

Requer, assim, "a concessão da liminar, e ao final, a confirmação da ordem, para absolver o Recorrente da condenação do incurso da pena do artigo 16 da Lei nº 10.826/03, em razão de afronta cabal ao entendimento da súmula 453 do C. STF."

É o relatório. Decido.

Na espécie, o Superior Tribunal de Justiça chancelou a conclusão das instâncias ordinárias quanto à impossibilidade da absolvição do recorrente pela alegada ilegalidade da utilização do instituto da *emendatio libelli* em sede de apelação, nos termos seguintes:

[...]

A parte que se considerar agravada por decisão de relator, à exceção do indeferimento de liminar em procedimento de *habeas corpus* e recurso ordinário em *habeas corpus*, poderá requerer, dentro de cinco dias, a apresentação do feito em mesa relativo à matéria penal em geral, para que a Corte Especial, a Seção ou a Turma sobre ela se pronuncie, confirmando-a ou reformando-a.

A defesa aduz a ocorrência de flagrante ilegalidade sob a premissa de que: "*O próprio apelante, no caso Parquet, não citou em suas razões recursais aplicação da Lei nº 10.826/03, não podendo, assim, o Julgador de 2ª Instância aplicar o entendimento do artigo 384 do Código de Processo Penal. Com a devida venia o acórdão que decidiu os recursos de apelação, em sua fundamentação afrontou veementemente o entendimento da Súmula 453 do C. STF, ao proferir decisão, diferente do requerido pelo Parquet, e ter justificado a mutati libeli, com base nos artigos 383 e 384 do Código de Processo Penal.*"

Em relação ao pedido, o agravante não trouxe qualquer argumento novo capaz de ensejar a alteração do entendimento firmado por ocasião da decisão monocrática já proferida.

Conforme consta na decisão agravada, este col. STJ e o eg. STF, ao interpretarem a regra contida no art. 383, do Código de Processo Penal, entendem que o réu se defende dos fatos narrados na denúncia e não da sua capitulação legal, que é sempre provisória, podendo o juiz, no momento da sentença, atribuir definição jurídica diversa, nos termos do artigo 383, do Código de Processo Penal, ainda, que em consequência, tenha de aplicar pena mais grave (AgRg no AREsp 193.387/SP, Quinta Turma, de Felix Fischer, DJe de 12/3/2015, v.g.).

Nesse sentido, diversos são os precedentes. Destaco, ilustrativamente, os seguintes:

[...]

A hipótese versada nos autos revela que a r. denúncia destacou a incidência das normas inscritas no artigo 16, caput, artigo 16, parágrafo único, inciso IV ambos da Lei 10.826/2003 e artigo 35 da Lei 11.343/06, com a exposição de todos os fatos juridicamente relevantes e necessários à tipificação dos delitos imputados ao paciente, *in verbis*:

"No dia 27 de dezembro de 2018, por volta das 10h 30min, na Rua dos Lírios, Nossa Senhora das Graças Ilha do Governador, Rio de Janeiro, RJ, o DENUNCIADO, livre e consciente, portava e transportava 01 (um) revólver, calibre (.38), cano médio, sem nome do fabricante e sem numeração, 01 (um) revólver, calibre (.38), cano curto, sem nome do fabricante e com numeração raspada, 01 (um) componente (carregador), calibre (.380), 01 (uma) munição CBC, cartucho intacto, calibre (.50), 05 (cinco) munições CBC, cartucho intacto, calibre (.38), 01 (uma) munição indeterminada (cartucho intacto), calibre (.40), 03 (três) munições indeterminadas (cartucho intacto), calibre (5,56 mm), 01 (uma) munição indeterminada (cartucho intacto), calibre (.40), 01 (uma) munição indeterminada (cartucho intacto), calibre (9mm), 17 (dezessete) munições indeterminadas (cartucho intacto), calibre (7,62), sem autorização e em desacordo com determinação legal, tudo conforme auto de apreensão de fls.08/09."

Acerca da controvérsia, *in casu*, o eg. Tribunal de origem, **em sede de recurso de apelação opostos por ambas as partes**, reconheceu a subsunção dos fatos à hipótese prevista no art. 16 da Lei nº 10.826/03, ante a apreensão de 29 munições, não incorrendo, em flagrante ilegalidade, uma vez que o réu se defende dos fatos e não do tipo penal imputado.

Assim, "*plenamente possível ao Tribunal realizar emendatio libelli para a correta aplicação da hipótese de incidência, desde que dentro da matéria devolvida e não implique reformatio in pejus, caso haja recurso exclusivo da defesa.*" (HC 427.965/SP, Quinta Turma, Rel. Ministro Ribeiro Dantas, DJe 20/03/2018).

In casu, o agravante foi absolvido do crime previsto no art. 35 da Lei nº 11.343/06. Porém, com fulcro no art. 383 do CPP, a Corte reclassificou juridicamente os fatos para o crime previsto no art. 16 da Lei nº 10.826/03.

Mesmo se tratando de recurso exclusivo da defesa, é possível nova ponderação das circunstâncias que conduza à reavaliação sem que se incorra em reformatio in pejus, desde que a situação final do réu não seja agravada, conforme ocorreu na hipótese.

Destarte, não há que se falar em violação ao princípio da congruência ou da *non reformatio in pejus*, pois existe, efetivamente, a correlação entre os fatos atribuídos ao acusado na denúncia e a condenação resultante.

Sobre o tema:

[...]

Ante o exposto, nego provimento ao agravo regimental, mantendo a decisão agravada por seus próprios fundamentos. É o voto.

O essencial em relação às liberdades individuais, em especial à *liberdade de ir e vir*, não é somente sua proclamação formal nos textos constitucionais ou nas declarações de direitos, mas a absoluta necessidade de sua pronta e eficaz consagração no mundo real, de maneira prática e eficiente, a partir de uma justa e razoável

compatibilização com os demais direitos fundamentais da sociedade, de maneira a permitir a efetividade da Justiça Penal.

MAURICE HAURIOU ensinou a importância de compatibilização entre a *Justiça Penal* e o *direito de liberdade*, ressaltando a consagração do *direito à segurança*, ao salientar que em todas as declarações de direitos e em todas as Constituições revolucionárias figura a *segurança* na primeira fila dos direitos fundamentais, inclusive apontando que os publicistas ingleses colocaram em primeiro plano a preocupação com a segurança, pois, conclui o Catedrático da Faculdade de Direito de Toulouse, por meio do *direito de segurança*, se pretende garantir a liberdade individual contra o arbítrio da justiça penal, ou seja, contra as jurisdições excepcionais, contra as penas arbitrarias, contra as detenções e prisões preventivas, contra as arbitrariedades do processo criminal (*Derecho público y constitucional*. 2. ed. Madri: Instituto editorial Réus, 1927. p. 135- 136).

Essa necessária compatibilização admite a relativização da *liberdade de ir e vir* em hipóteses excepcionais e razoavelmente previstas nos textos normativos, pois a consagração do Estado de Direito não admite a existência de restrições abusivas ou arbitrarias à *liberdade de locomoção*, como historicamente salientado pelo grande magistrado inglês COKE, em seus comentários à CARTA MAGNA, de 1642, por ordem da Câmara dos Comuns, nos estratos do *Segundo Instituto*, ao afirmar: *que nenhum homem seja detido ou preso senão pela lei da terra, isto é, pela lei comum, lei estatutária ou costume da Inglaterra* (capítulo 29). Com a consagração das ideias libertárias francesas do século XVIII, como lembrado pelo ilustre professor MIRKINE GUETZÉVITCH (russo de nascimento e francês por opção), essas limitações se tornaram exclusivamente *trabalho das Câmaras legislativas*, para se evitar o abuso da força estatal (*As novas tendências do direito constitucional*. Companhia editora nacional, 1933. p. 77 e ss.).

No presente caso, no entanto, não houve a devida compatibilização. É certo que o Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro denunciou o recorrente pela prática dos crimes previstos no "artigo 16, caput e artigo 16, parágrafo único, Inciso IV ambos da Lei' 10.826/2003 e artigo 35 da Lei 11.343/06, tudo na forma do artigo 69, do Código Penal.". Após, em sede de alegações finais, o *Parquet* requereu fosse "*julgado parcialmente procedente o pedido*

postulado na denúncia, com a conseqüente condenação do acusado _____ como incurso nas penas do artigo 35, c/c artigo 40, inciso IV, da Lei n.º 11.343/06."

Sobreveio, então, sentença proferida pelo Juízo de primeiro grau, com o seguinte dispositivo: "*Face ao exposto, JULGO PARCIALMENTE PROCEDENTE a pretensão punitiva estatal para CONDENAR _____, pela prática do delito previsto no art. 35 da Lei 11.343/06, absolvendo da imputação do artigo 16 da lei 10.826/03 conforme artigo 386, III do CPP."*

Os embargos de declaração opostos pelo Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro foram rejeitados.

Não satisfeito, o *Parquet* apelou ao Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro para requerer "*seja o presente recurso conhecido e no mérito, seja PROVIDO, reformando-se parcialmente a sentença atacada, no sentido de ser determinada a incidência do artigo 40, Inciso IV, da Lei 11.343/06 na pena imposta ao apelado pela prática do crime do artigo 35, da mesma lei de drogas."*

Já a defesa apelou para pleitear "*a absolvição do réu, vez que não restou provada a sua associação para fins de tráfico."*

No julgamento do recurso de apelação interposto pela defesa e pela acusação, junto ao Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, a Corte local, por unanimidade, conheceu dos recursos e deu provimento ao apelo defensivo e parcial provimento ao ministerial, "*para absolver o Réu do crime do artigo 35 da Lei 11.343/06 e condená-lo, na forma do art. 383 do CPP, por infração ao art. 16 da Lei 10.826/03, às sanções finais de 03 (três) anos de reclusão e 10 (dez) dias-multa, em regime aberto, substituída a PPL por duas restritivas de direitos, à cargo do juízo da execução, na forma do voto do Desembargador Relator."* Eis a ementa:

Apelação criminal defensiva e do Ministério Público. Condenação por crime de associação ao tráfico e absolvição do crime de porte de armas de fogo, carregador e munições. Recurso defensivo que persegue a solução absolutória. Recurso ministerial pela incidência da majorante do art. 40, IV, da LD, sob o crime do art. 35, da LD. Mérito que se resolve integralmente a favor da Defesa e parcialmente em favor do

MP. Materialidade e autoria parcialmente inquestionáveis. Conjunto probatório inapto a suportar a integral versão restritiva. Imputação acusatória indicando que o Réu transportava e portava, dentro de uma bolsa, duas armas de fogo, um carregador e vinte e nove munições de diversos calibres, além de dois radiocomunicadores e roupas. Acusação adicional indicando que o Denunciado estaria associado a outros elementos não identificados, com o fim de praticar o crime de tráfico na comunidade Boogie Hoogie, exercendo a função de “atividade”. Instrução reveladora de que Policiais militares em patrulhamento de rotina na comunidade da Ilha do Governador, avistaram o Réu em atitude suspeita, sendo certo que o mesmo empreendeu fuga, mas veio a ser capturado na posse de bolsa contendo os artefatos referidos. Acusado que exerceu o direito ao silêncio em sede policial e em juízo negou a imputação, sugerindo flagrante forjado. Crime de associação ao tráfico não configurado. Fragilidade probatória relacionada à efetiva comprovação dos atributos da estabilidade e permanência inerentes ao respectivo vínculo associativo, não sendo suficiente eventual situação de coautoria. Incurso policial deflagrada a partir de mera delação anônima, vaga e imprecisa, cujo relato judicial não fez menção ao prévio conhecimento do Réu ou de seu envolvimento com atividades ilícitas. Lastro probatório insuficiente para a suportar o gravame condenatório no particular. Princípio da íntima convicção que há de ceder espaço ao da livre persuasão racional (CPP, art. 155), devendo a decisão estar lastreada em evidências inequívocas, ao largo de convicções pessoais extraídas a partir de deduções inteiramente possíveis, porém não integralmente comprovadas, estreme de dúvidas. Majorante da arma que se exclui pelo afastamento do tipo fundamental (art. 35), sobretudo porque sua imposição exige prova hábil de que o agente se encontrava portando arma de fogo, com nexos finalístico entre tal conduta e as atividades inerentes ao tráfico, para cujo suporte e sucesso atuava faticamente. Aplicação do art. 383 do CPP (emendatio libelli), para, à luz da narrativa fática veiculada na denúncia, reclassificar juridicamente o fato para o crime da Lei de Armas (reformulação

de posição), “ainda que, em consequência, tenha de aplicar pena mais grave”, situação em que não há esgarçamento do princípio da congruência. Inviabilidade da majorante que não conduz à conclusão de que a conduta criminosa perpetrada pelo Réu simplesmente deixou de existir ou se tornou penalmente irrelevante (STJ). Porte da arma que, no entanto, se afasta pela ausência da sua potencialidade lesiva. Exame pericial que, todavia, evidencia a potencialidade lesiva das munições, justificando a positivação do crime autônomo do art. 16 da Lei 10826/03, devidamente narrado pela exordial. Juízos de condenação e tipicidade retificados para o art. 16 da Lei 10.826/03. Dosimetria ensejando pena-base no mínimo legal, sem alterações nas etapas derradeiras. Concessão de restritivas que se faz segundo o art. 44 do CP. Regime prisional que se estabiliza na modalidade aberta, considerando o volume de pena e a disciplina da Súmula 440 do STJ. Provimento do recurso defensivo e parcial provimento do recurso do MP, para absolver o Réu do crime do artigo 35 da Lei 11.343/06 e condená-lo, na forma do art. 383 do CPP, por infração ao art. 16 da Lei 10.826/03, às sanções finais de 03 (três) anos de reclusão e 10 (dez) dias-multa, em regime aberto, substituída a PPL por duas restritivas de direitos, a cargo do juízo da execução.

Presentes essas circunstâncias, é certo que o *Parquet* expressamente devolveu ao Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro apenas a tese da aplicação do " artigo 40, Inciso IV, da Lei 11.343/06 na pena imposta ao apelado pela prática do crime do artigo 35, da mesma lei de drogas ", sob o mesmo contexto fático descrito na denúncia.

É de se ver que as apelações interpostas pelas partes **não** devolveram à Corte local a análise do crime previsto no art. 16, da Lei n. 10.826/03. Assim, ao condenar o recorrente, na forma do art. 383, do Código de Processo Penal, pela prática desse crime, evidente a ocorrência da *reformatio in pejus*.

Como corolário da devolutividade recursal vertical ampla, inerente à apelação, desde que a matéria tenha sido devolvida em extensão, plenamente possível ao Tribunal realizar *emendatio libelli* para a correta

aplicação da hipótese de incidência, desde que dentro da matéria devolvida e não implique *reformatio in pejus*, caso haja recurso exclusivo da defesa.

Na lição de BENTO DE FARIAS, a “*reformatio in pejus* é a proibição de pronunciar sobre o mesmo julgamento uma nova sentença mais desfavorável ao acusado, em recurso por ele somente interposto”. Destaca o autor que essa proibição “foi sempre rigorosamente aplicada como dogma dominante na política criminal” (FARIA, Bento de. *Código de processo penal*. Rio de Janeiro, Record, 1960, v. 2. p. 336-7).

No Código de Processo Penal, dispõe o artigo 617 que, quando somente o réu houver apelado da sentença condenatória, o Tribunal, Câmara ou Turma não poderá agravar a pena dele. Como a acusação se conformara com a decisão que absolveu o recorrente pela prática do crime previsto no art. 16, da Lei n. 10.826/03, não apelando dela neste ponto, não pode a Corte de apelação proferir uma decisão mais severa contra o réu. Do mesmo modo, o art. 626, parágrafo único, ao tratar da revisão criminal, estabelece que não poderá ser agravada a pena imposta pela decisão revista.

É o caso, portanto, de absolvição do recorrente pela prática do crime previsto no art. 16, da Lei n. 10.826/03, nos termos da sentença de primeiro grau.

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 Recurso Ordinário em *Habeas Corpus* é meio idôneo para garantir todos os direitos legais previstos ao paciente e relacionados com sua liberdade de locomoção, mesmo que, como salientado pelo Min. 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, com fundamento no art. 21, §1º, do Regimento Interno do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, DOU PROVIMENTO AO RECURSO ORDINÁRIO EM *HABEAS CORPUS* para absolver o recorrente _____, do crime previsto no art. 16, da Lei n. 10.826/03, no tocante à ação penal n. 032561751.2018.8.19.0001, em trâmite na 43ª Vara Criminal, da Comarca da Capital, do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro.

Publique-se.

Brasília, 18 de janeiro de 2022.

Ministro ALEXANDRE DE MORAES

Relator

Documento assinado digitalmente