

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS 212.023 MINAS GERAIS

RELATOR : MIN. ALEXANDRE DE MORAES
RECTE.(S) :---
PROC.(A/S)(ES) :DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO ESTADO DE MINAS GERAIS
RECDO.(A/S) :MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROC.(A/S)(ES) :PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA
RECDO.(A/S) :MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS
PROC.(A/S)(ES) :PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS

DECISÃO

Trata-se de Recurso Ordinário em *Habeas Corpus* interposto contra acórdão da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, no AgRg no *Habeas Corpus* 687.531/MG, Rel. Min. JOEL ILAN PACIORNIK.

Consta dos autos, em síntese, que o recorrente -- foi condenado à pena de 7 (sete) anos de reclusão, em regime inicial semiaberto, e 700 (setecentos) dias-multa, no mínimo legal, pela prática do crime previsto no art. 33, *caput*, c/c art. 40, III, ambos da Lei n. 11.343/06.

Segundo a denúncia,

(...)

no dia 04 de agosto de 2020, por volta das 21:00 horas, nas imediações da Unidade Prisional de Januária, situada na Praça dos Pescadores, s/n, bairro Centro, nesta comarca, o acusado, consciente e voluntariamente, trazia consigo 01 (uma) porção de *crack*, sem autorização e em desacordo com determinação regulamentar.

Emerge dos autos que, na referida data e horário, o denunciado deslocou-se até a Praça dos Pescadores, onde se localiza a Unidade Prisional de Januária, e depositou objetos em

uma caçamba que se encontrava na via pública, em frente ao presídio.

Tem-se que a ação do denunciado foi flagrada pelo circuito de câmeras de segurança do estabelecimento carcerário, restando -- prontamente abordado por policiais penais, que verificaram que os objetos dispensados por ele na caçamba tratavam-se de 01 (um) invólucro contendo *crack*, 01 (um) aparelho celular, 03 (três) baterias de celular e 01 (um) chip da operadora Vivo, bem como 01 (um) mapa com orientações sobre o local onde os objetos deveriam ser deixados.

(...)

Interposto recurso de apelação, a 8ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, por unanimidade de votos, deu parcial provimento ao apelo defensivo, para fixar a pena-base no mínimo legal, totalizando a pena final em 05 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão e 583 (quinhentos e oitenta e três) dias-multa, no mínimo legal, mantido o regime inicial semiaberto, conforme a ementa abaixo:

APELAÇÃO CRIMINAL — TRÁFICO DE DROGAS — PRIVILÉGIO - ARTIGO 33, §4º, DA LEI DE DROGAS - REQUISITOS NÃO PREENCHIDOS — PENA-BASE — REDUÇÃO - NECESSIDADE.

1. Ausentes os requisitos do artigo 33, §4º, da Lei n. 11.343/06, impossível o reconhecimento da minorante do tráfico de drogas privilegiado, uma vez que o acusado se dedica às atividades ilícitas.

2. Se houve exame equivocado das balizas judiciais, impõe-se sua reanálise e conseqüente redução da pena, que restou fixada de forma exacerbada.

Contra essa decisão, impetrou-se *Habeas Corpus* no Superior Tribunal de Justiça, objetivando, em linhas gerais, a aplicação do redutor do art. 33, §4º, da Lei n. 11.343/06, no patamar máximo, a fixação de regime aberto e a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos. A

liminar foi indeferida. Por decisão monocrática, o Min. JOEL ILAN PACIORNIK não conheceu do *writ*.

Sobreveio, então, Agravo Regimental, julgado pela Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, acórdão do Min. JOEL ILAN PACIORNIK, que negou provimento ao recurso interposto, conforme a ementa abaixo:

AGRAVO REGIMENTAL NO *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. DOSIMETRIA. APLICAÇÃO DA REDUTORA DO TRÁFICO PRIVILEGIADO. AGRAVANTE QUE SE DEDICA ÀS ATIVIDADES CRIMINOSAS. REEXAME FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE NA VIA ESTREITA DO *HABEAS CORPUS*. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. A causa especial de diminuição de pena prevista no §4º do art. 33 da Lei n. 11.343/06, é aplicável desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique a atividades criminosas nem integre organização criminosa.

2. O fundamento utilizado pelas instâncias ordinárias para afastar a aplicação da causa de diminuição de pena prevista no §4º do art. 33 da Lei n. 11.343/06, foi o de dedicação do agravante às atividades criminosas.

3. A reforma desse entendimento constitui matéria que refoge ao restrito escopo do *habeas corpus*, porquanto demanda percuciente reexame de fatos e provas, inviável no rito eleito.

4. Agravo regimental desprovido.

Neste Recurso Ordinário Constitucional, a defesa sustenta que "*considerar que o réu se dedica a atividades criminosas em face de anotação na ficha criminal pelo delito de uso de drogas é notadamente ilegal e irrazoável, tendo em vista que o artigo 28 da Lei de Drogas foi despenalizado*".

Aduz, ainda, que "*considerar inquéritos, ações em curso, passagens pretéritas sem condenação para caracterizar dedicação criminosa do paciente é patente violação ao princípio da presunção de inocência. Não é possível que qualquer comunicação em delegacia ou ação judicial, sem decisão definitiva, obste a diminuição de pena*".

Ressalta, por fim, que "*foi apreendido uma quantia ÍNFIMA, qual seja:*

0,65 gramas de crack."

Requer, assim, "*seja concedida a ordem do habeas corpus impetrado, ainda que de ofício, para reconhecer a primariedade do paciente e aplicar o redutor previsto no artigo 33, §4º, da Lei de Drogas, na fração máxima, bem como estabelecer o regime inicial aberto para cumprimento de pena e substituir a pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, nos termos do artigo 44, do Código Penal.*".

É o relatório. Decido.

No caso em tela, o Superior Tribunal de Justiça, na trilha do que foi decidido pelas instâncias ordinárias, negou a aplicação da causa especial de diminuição de pena prevista no §4º, do art. 33, da Lei n. 11.343/06, sob os seguintes fundamentos:

Conforme asseverado na decisão agravada, o Tribunal *a quo* deixou de aplicar a causa de diminuição de pena do §4º do art. 33 da Lei de Drogas por entender, com base nas circunstâncias do caso concreto e nas condições pessoais do ora agravante que havia dedicação a atividades criminosas, *in verbis*:

"[...] In casu, não obstante o apelante seja primário e de bons antecedentes, possui anotações em sua ficha policial pela prática do delito de uso de droga, além de responder a outro processo, que se encontra em fase de instrução pelo cometimento do mesmo crime de tráfico de drogas, autos de nº 0352.16.0083411-56, conforme CAC fls.55/56.

Além disso, não podem ser desconsideradas informações trazidas no relatório de vida pregressa do apelante, evidenciado o seu envolvimento com o submundo do crime (fls. 35/43).

Dessa feita, não restando comprovado que -- seja um 'marinheiro de primeira viagem', incabível a causa de diminuição de pena do §4º do art. 33 da Lei n. 11.343/06. [...]"

(fl. 67)

A reforma desse entendimento constitui matéria que refoge ao restrito escopo do *habeas corpus*, porquanto demanda percuciente reexame de fatos e provas, inviável no rito eleito.

Confira-se, a propósito, o seguinte julgado:

(...)

Importante anotar que, na data da sentença condenatória (18/12/2020) referente aos fatos ora em apuração, ocorridos em 4/8/2020, já havia condenação do agravante, inclusive em segundo grau, na referida Ação Penal n. 0352.16.0083411-56, por delito de tráfico de drogas praticado em 17/12/2016, conforme consta no site do Tribunal *a quo*.

Ante o exposto, voto pelo desprovimento do recurso.

O essencial em relação às liberdades individuais, em especial a *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 arbitrárias, 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 arbitrárias 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.).

Na espécie, o recorrente foi condenado à pena de 05 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão, no regime inicial semiaberto, além de 583 (quinhentos e oitenta e três) dias-multa, no mínimo legal, pela prática do crime previsto no art. 33, *caput*, c/c art. 40, III, ambos da Lei n. 11.343/06. Registra-se a apreensão de *uma porção de crack, pesando 0,65g*.

Consideradas as especiais circunstâncias e condições em que se desenvolveu a ação, assim como o fato de não haver registro de que ele integre organização criminosa, não vislumbro fundamentação apta a justificar o afastamento do denominado tráfico privilegiado. De modo que melhor se amolda ao caso a conclusão pela aplicação da causa especial de redução de pena prevista no §4º, do art. 33, da Lei n. 11.343/06, cujo dispositivo é voltado a hipóteses como a presente, que retratam quadro de traficância eventual ou de menor gravidade. Nesse mesmo sentido: HC 143.577-AgR/SP, Rel. Min. ALEXANDRE DE MORAES, Primeira Turma, DJe de 27/10/2017; HC 129.466/SP, Rel. Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, DJe de 16/10/2015; RHC 118.195/DF, Rel.

Min. DIAS TOFFOLI, Primeira Turma, DJe de 4/10/2013; HC 101.265/DF, Rel. Min. AYRES BRITTO, Red. p/ acórdão, Min. JOAQUIM BARBOSA, Segunda Turma, DJe de 6/8/2012.

Registre-se que, em abono a essa conclusão, manifestou-se o Ministério Público Federal, em contrarrazões (Documento 36).

Dessa maneira, 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).

Assim, fixada a pena pela instância recursal – qual seja, 05 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão, no regime inicial semiaberto, além de 583 (quinhentos e oitenta e três) dias-multa –, com a incidência da minorante (art. 33, §4º, da Lei n. 11.343/06), que ora aplico na fração de 2/3, consolido a sanção em 01 (um) ano, 11 (onze) meses e 10 (dez) dias de reclusão, em regime inicial aberto, além de 194 (cento e noventa e quatro) dias-multa, no mínimo legal, nos moldes do art. 33, §2º, "c", do Código Penal, e substituo a pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, cabendo ao Juízo de origem fixar as condições das penas substitutivas (processo-crime n. 0352.16.007202-6/MG – 2ª Vara da Comarca de Januária, do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais).

Diante do exposto, com fundamento no art. 21, §1º, do Regimento Interno do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, DOU PROVIMENTO AO RECURSO ORDINÁRIO EM *HABEAS CORPUS* nos moldes acima especificados.

Comunique-se, com urgência. Publique-se.

Brasília, 17 de março de 2022.

Ministro **ALEXANDRE DE MORAES**

Relator

Documento assinado digitalmente