

HABEAS CORPUS 233.741 SÃO PAULO

RELATOR : MIN. ALEXANDRE DE MORAES
PACTE.(S) : PEDRO HENRIQUE MONTEIRO PEREIRA BARBOSA
IMPTE.(S) : LUIS GUSTAVO DA SILVA PEREIRA E OUTRO(A/S)
COATOR(A/S)(ES) : RELATORA DO HC Nº 809.640 DO SUPERIOR
TRIBUNAL DE JUSTIÇA

DECISÃO

Trata-se de *Habeas Corpus*, com pedido de liminar, impetrado contra decisão proferida pela Ministra LAURITA VAZ, do Superior Tribunal de Justiça, no HC 809.640/SP.

Consta dos autos, em síntese, que o paciente foi condenado à pena de 5 anos de reclusão, em regime semiaberto, pela prática do crime de tráfico de drogas (art. 33, *caput*, da Lei 11.343/2006).

O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo negou provimento ao apelo defensivo.

Impetrou-se, então, *Habeas Corpus* no Superior Tribunal de Justiça, cuja ordem foi denegada pela Ministra relatora, nos termos seguintes:

Consta nos autos que o Paciente foi condenado às penas de 5 (cinco) anos de reclusão, em regime inicial semiaberto, e 500 (quinhentos) dias-multa, como incurso no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006, em razão da apreensão de 13,1g de cocaína e 15,9g de maconha.

[...]

O Juízo sentenciante afastou a incidência da causa de diminuição da pena prevista no art. 33, §4º, da Lei 11.343/2006 com a seguinte fundamentação (fls. 19-20; grifos diversos do original):

[...]

Nos termos do art. 33, § 4.º, da Lei de Drogas, fará jus à aplicação da causa especial de diminuição prevista no mencionado dispositivo o acusado primário, portador de bons antecedentes, que não se dedique às atividades criminosas nem

integre organização criminosa.

No caso, as instâncias ordinárias declinaram fundamento idôneo para afastar a incidência da minorante do tráfico privilegiado, consistente no anterior processamento do Paciente por ato infracional equiparado ao tráfico de entorpecentes.

[...]

No caso, o crime foi praticado em 10/08/2022 e foi destacada a existência de duas internações pela prática de ato infracional análogo ao crime de tráfico de drogas, uma delas referente a ato praticado em outubro de 2020 (fl. 23 - Execução de Medida Sócio-Educativa n. 0000099-90.2021.8.26.0597).

Desse modo, incabível a aplicação da causa de diminuição prevista no § 4.º do art. 33 da Lei de Drogas.

Ante o exposto, DENEGO a ordem de *habeas corpus*.

Nesta ação, busca a defesa a concessão da ordem, para o fim de aplicar ao Paciente a redução, em seu grau máximo, da causa de diminuição de pena prevista no artigo 33, §4º, da Lei 11.343/2006 e, por via de consequência, converter a pena restritiva de liberdade em restritiva de direito, nos exatos termos do art. 44 do Código Penal, bem como fixar o regime aberto, consoante disposição legal contida no artigo 33, §2º, alínea 'c', do Código Penal.

É o relatório. Decido.

Em regra, incidiria óbice ao conhecimento da ordem impetrada neste SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, uma vez que se impugna decisão monocrática de Ministro do Superior Tribunal de Justiça (HC 151.344-AgR/SP, Rel. Min. ALEXANDRE DE MORAES, Primeira Turma, DJe de 21/3/2018; HC 138.687-AgR/RS, Rel. Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, DJe de 1º/3/2017; HC 122.381-AgR/SP, Rel. Min. DIAS TOFFOLI, Primeira Turma, DJe de 9/10/2014; HC 122.718/SP, Rel. Min. ROSA WEBER, Primeira Turma, DJe de 3/9/2014; HC 121.684-AgR/SP, Rel. Min. TEORI ZAVASCKI, Segunda Turma, DJe de 16/5/2014; HC 119.821/TO, Rel. Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, DJe de 29/4/2014; HC 117.798/SP, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, DJe de 24/4/2014; HC 117.346/SP, Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA, Segunda

HC 233741 / SP

Turma, DJe de 22/10/2013; HC 116.875/AC, Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA, Segunda Turma, DJe de 17/10/2013; RHC 114.961/SP, Rel. Min. DIAS TOFFOLI, Primeira Turma, DJe de 8/8/2013; RHC 114.737/RN, Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA, Segunda Turma, DJe de 18/4/2013).

De fato, o exaurimento da instância recorrida é, como regra, pressuposto para ensejar a competência do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, conforme vem sendo reiteradamente proclamado por esta CORTE (HC 129.142/SE, Rel. Min. MARCO AURÉLIO, Rel. p/ Acórdão Min. ALEXANDRE DE MORAES, Primeira Turma, DJe de 10/8/2017; HC 118.189/MG, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, DJe de 24/4/2014; HC 97.009/RJ, Rel. p/ Acórdão: Min. TEORI ZAVASCKI, Tribunal Pleno, DJe de 4/4/2014; RHC 111.935/DF, Rel. Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, DJe de 30/9/2013).

Como bem apontado pelo Min. LUIZ FUX, com base em diversos outros precedentes desta Primeira Turma, em regra, a flexibilização dessa norma implicaria afastamento do texto da Constituição, pois a competência deste SUPREMO TRIBUNAL, sendo matéria de direito estrito, não pode ser interpretada de forma ampliada para alcançar autoridades, no caso, membros de Tribunais Superiores, cujos atos não estão submetidos à apreciação do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (HC 139.262/TO, Rel. Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, DJe de 23/3/2017).

Esta Primeira Turma vem autorizando, somente em circunstâncias específicas, o exame de *habeas corpus* quando não encerrada a análise na instância competente, óbice superável apenas em hipótese de teratologia (HC 138.414/RJ, Primeira Turma, DJe de 20/4/2017) ou em casos excepcionais (HC 137.078/SP, Primeira Turma, DJe de 24/4/2017), como bem destacado pela Min. ROSA WEBER.

A presente hipótese, contudo, apresenta excepcionalidade.

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 a 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 russo de nascimento e francês por opção, MIRKINE GUETZÉVITCH, 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 ss).

Na espécie, o paciente foi condenado à pena de 5 anos de reclusão, em regime semiaberto, pela prática do crime de tráfico de drogas, *em razão da apreensão de 13,1g de cocaína e 15,9g de maconha*.

Nesse contexto, não vislumbro quadro apto a afastar a minorante do

HC 233741 / SP

tráfico privilegiado. A quantidade de droga apreendida, apesar do indiscutível potencial nocivo, não se mostra excessiva, 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 11.343/2006, 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, Rel. Min. ALEXANDRE DE MORAES, Primeira Turma, DJe de 27/10/2017; HC 129.466, Rel. Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, DJe de 16/10/2015; RHC 118.195, Rel. Min. DIAS TOFFOLI, Primeira Turma, DJe de 4/10/2013; HC 101.265, Rel. Min. AYRES BRITTO, Rel. p/ acórdão, Min. JOAQUIM BARBOSA, Segunda Turma, DJe de 6/8/2012.

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 *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 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).

Assim, fixada a pena pela instância ordinária – qual seja, 5 anos de reclusão –, com a incidência da minorante (art. 33, §4º, da Lei 11.343/2006), que ora aplico na fração de 2/3, consolido a pena em 1 ano e 8 meses de reclusão, a ser cumprida em regime aberto, 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 (Autos 1501604-49.2022.8.26.0066 - 1ª Vara Criminal de Barretos/SP).

Diante do exposto, CONCEDO a ordem de *HABEAS CORPUS*, nos

HC 233741 / SP

moldes acima especificados.

Comunique-se, com urgência.

Publique-se.

Brasília, 11 de outubro de 2023.

Ministro ALEXANDRE DE MORAES

Relator

Documento assinado digitalmente