

25/09/2012

SEGUNDA TURMA

HABEAS CORPUS 113.348 MINAS GERAIS

RELATOR	: MIN. RICARDO LEWANDOWSKI
PACTE.(S)	: RENATO MARIANO MACHADO
IMPTE.(S)	: DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO
PROC.(A/S)(ES)	: DEFENSOR PÚBLICO-GERAL FEDERAL
COATOR(A/S)(ES)	: SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

EMENTA: *HABEAS CORPUS*. PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. INCIDÊNCIA DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI 11.343/2006. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. AUSÊNCIA. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA.

I – A fixação da causa especial de redução do § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006 em 1/3 não foi devidamente fundamentada, haja vista que o magistrado de primeiro grau não declinou as razões de fato que determinaram a escolha desse patamar, em patente violação ao dever de fundamentação das decisões judiciais, previsto no art. 93, IX, da Constituição Federal.

II – Presentes os requisitos para a concessão da referida benesse, não está o juízo processante obrigado a concedê-la em seu grau máximo. Precedentes.

III – Ordem parcialmente concedida para determinar ao juízo de piso que refaça a dosimetria da pena, expondo os motivos de fato que o levaram à escolha do fator de diminuição da reprimenda.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, sob a Presidência do Senhor Ministro Ricardo Lewandowski, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por unanimidade, conceder parcialmente a ordem para determinar ao juízo processante que proceda a nova dosimetria da pena, expondo as razões de fato que determinaram a escolha do fator de redução previsto no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006,

HC 113.348 / MG

respeitando o patamar de 1/3 já deferido ao paciente, nos termos do voto do Relator. Não participaram, justificadamente, deste julgamento, o Senhor Ministro Joaquim Barbosa e a Senhora Ministra Cármen Lúcia.

Brasília, 25 de setembro de 2012.

RICARDO LEWANDOWSKI – PRESIDENTE E RELATOR

25/09/2012

SEGUNDA TURMA

HABEAS CORPUS 113.348 MINAS GERAIS

RELATOR	: MIN. RICARDO LEWANDOWSKI
PACTE.(S)	: RENATO MARIANO MACHADO
IMPTE.(S)	: DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO
PROC.(A/S)(ES)	: DEFENSOR PÚBLICO-GERAL FEDERAL
COATOR(A/S)(ES)	: SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO **RICARDO LEWANDOWSKI** (RELATOR): Trata-se de *habeas corpus* impetrado pela Defensoria Pública da União, em favor de **RENATO MARIANO MACHADO**, contra acórdão da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, que negou provimento ao agravo regimental interposto da decisão proferida no HC 221.709/MG, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze.

A impetrante narra, inicialmente, que o paciente foi condenado à pena de 3 anos e 4 meses de reclusão, em regime inicial fechado, pela prática do crime previsto no art. 33, *caput*, da Lei 11.343/2006, sendo beneficiado com a causa especial de redução prevista no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas, na fração de 1/3.

Inconformada, a defesa apelou, pugnando pela absolvição por ausência de provas para a condenação e, subsidiariamente, pela aplicação da minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei de Drogas em seu patamar máximo, com a consequente substituição do regime inicial fechado pelo aberto e, por fim, pela conversão da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos.

O Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais deu parcial provimento ao recurso tão somente para conceder a substituição da pena privativa de liberdade por duas restritivas de direitos.

HC 113.348 / MG

Ainda irresignada, a defesa impetrou *habeas corpus* no Superior Tribunal de Justiça, mas a ordem foi denegada.

É contra essa decisão que se insurge a impetrante.

Alega, inicialmente, que o paciente faz jus à causa especial de redução de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006, no seu grau máximo, pois é primário, possui bons antecedentes e não há provas de que se dedique a atividades criminosas ou de que integre organização voltada à prática de crimes.

Afirma, assim, que, “*não obstante ter efetivamente reconhecido a causa de diminuição, não houve na sentença e no acórdão a indicação de motivos suficientes que levaram os magistrados a aplicar o índice de apenas 1/3 de redução*”.

Aduz também que, para que se configure a dedicação à atividade criminosa, há necessidade de que o agente pratique condutas infracionais penais reiteradamente, de forma estável e permanente, o que não ocorreu no caso em tela.

Assevera, em acréscimo, que o STJ vem se manifestando no sentido de ser obrigatória a redução no patamar máximo quando presentes os requisitos do art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006, se as circunstâncias forem todas favoráveis e se for pequena a quantidade de droga apreendida.

Requer, ao final, a concessão da ordem, para aplicar ou determinar seja aplicada a causa especial de redução prevista no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006, no patamar máximo (2/3), bem como estabelecido o regime prisional aberto.

Em 8/5/2012, não havendo pedido de medida liminar a ser apreciado e estando bem instruídos os autos, determinei fosse ouvido o Procurador-

HC 113.348 / MG

Geral da República.

O Ministério Público Federal, em parecer da lavra do Subprocurador-Geral da República Mario José Gisi, opinou pela denegação da ordem.

É o relatório.

25/09/2012

SEGUNDA TURMA

HABEAS CORPUS 113.348 MINAS GERAIS

VOTO

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (RELATOR): Bem examinados os autos, tenho que o caso é de concessão parcial da ordem.

O acórdão questionado possui a seguinte ementa:

“AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. JULGAMENTO POR DECISÃO MONOCRÁTICA DE RELATOR. OFENSA AO PRINCÍPIO DA COLEGIALIDADE. NÃO OCORRÊNCIA. RECURSO IMPROVIDO.

1. Nos termos do art. 557, caput, do Código de Processo Civil, c/c o art. 3.º do Código de Processo Penal, é possível, em matéria criminal, que o relator negue seguimento ao recurso ou ao habeas corpus manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou em confronto com súmula ou jurisprudência dominante, sem que, em tese, se configure ofensa ao princípio da colegialidade, desde que o tema tratado seja exclusivamente de direito.

2. Ademais, o cabimento de agravo regimental contra decisão proferida singularmente pelo relator, por si só, afasta a alegada violação ao princípio da colegialidade. Precedentes.

3. Agravo regimental a que se nega provimento”.

Conforme relatado, a impetrante postula a aplicação do redutor previsto do § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006 no seu grau máximo (2/3) e, por conseguinte, a fixação do regime inicial aberto.

A pretensão merece acolhida, em parte.

O juízo de primeiro grau, ao realizar a dosimetria da pena, teceu as seguintes considerações:

HC 113.348 / MG

“Os réus possuem condições para entender o caráter ilícito do fato e para que se determinem de acordo com esse entendimento; a culpabilidade se acentua pela intensa censurabilidade da conduta, objeto de intensa aversão da comunidade ordeira.

Segundo o que dos autos consta, José Aparecido e Daniel Alexandre são primários e possuem bons antecedentes.

Nenhum dos três réus fez prova convincente quanto ao exercício de ocupações lícitas e tanto é assim que foram presos em flagrante delito numa tarde de sexta-feira, quando se encontravam ociosos e não trabalhando.

Motivos e circunstâncias são normais para o delito.

As consequências absolutamente nefastas do crime de tráfico de drogas exigem que a tal conduta se imponha rigoroso combate.

Nos termos do artigo 42 da Lei n. 11.343/06, consideram-se com preponderância sobre as circunstâncias do artigo 59 do Código Penal a natureza e a quantidade da substância ou do produto, a personalidade e a conduta social do agente.

A quantidade de drogas apreendidas em poder dos réus [37 pedras de crack] é considerável – não é insignificante.

Feita a análise das circunstâncias acima, fixo a pena-base em 5 anos de reclusão relativamente aos três réus.

Não se fazem presentes circunstâncias atenuantes.

Quanto a José Aparecido e Renato Mariano também não incide nenhuma circunstância agravante. Daniel Alexandre de Souza é reincidente e por isso elevo a pena de 16, passando a perfazer 5 anos e 10 meses de reclusão.

Não incidem causas de aumento de pena.

Presentes os requisitos legais, aplico o disposto no artigo 33, § 4º da Lei 11.343/06 em benefício dos réus José Aparecido Ribeiro e Renato Mariano Machado, reduzindo de 1/3 suas penas, as quais passam a perfazer 3 anos e 4 meses de reclusão” (grifos meus).

Como visto, o magistrado sentenciante, ao decidir pela fixação da causa especial de diminuição no patamar de 1/3, não o fez de forma fundamentada, uma vez que não declinou as razões que determinaram a

HC 113.348 / MG

escolha do referido fator, o que contraria o dever de motivação das decisões judiciais, e, portanto, o disposto no art. 93, IX, da Constituição Federal. Nessa esteira, menciono os seguintes julgados desta Turma:

*“RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA (§ 4º DO ART. 33 DA LEI 11.343/2006). ELEIÇÃO DO GRAU DE REDUÇÃO. AUSÊNCIA DE MOTIVAÇÃO VÁLIDA PARA A REDUÇÃO NO GRAU MÍNIMO. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. 1. A **necessidade de fundamentação dos pronunciamentos judiciais (inciso IX do art. 93 da Constituição Federal)** tem na fixação da pena um dos seus momentos culminantes. Trata-se de garantia constitucional que submete o magistrado a coordenadas objetivas de imparcialidade e propicia às partes conhecer os motivos que levaram o julgador a decidir neste ou naquele sentido. 2. A eleição do grau de redução da pena aplicada ao paciente (§ 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006) requer **fundamentação idônea**. 3. Recurso parcialmente provido para determinar ao Juízo processante que refaça a dosimetria da pena quanto à causa de diminuição da reprimenda, como entender de direito. Juízo que deverá examinar se estão presentes os requisitos da substituição da pena privativa de liberdade por pena restritiva de direitos (art. 44 do Código Penal), conforme decisão proferida nos autos do HC 97.256 (Plenário), de minha relatoria” (RHC 104.445/DF, Rel. Min. Ayres Britto – grifos meus).*

*“Habeas Corpus. Tráfico de drogas. Utilização de transporte público. Incidência da causa de aumento prevista no art. 40, inc. III, da Lei nº 11.343/06. **Fixação do quantum relativo à causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º da Lei nº 11.343/06. Necessidade de fundamentação idônea. Inocorrência. Ordem parcialmente concedida.** A jurisprudência desta Corte é firme no sentido de que a simples utilização de transporte público para a circulação da substância entorpecente ilícita já é motivo suficiente para a aplicação da causa de aumento de pena prevista no art. 40, inc.*

HC 113.348 / MG

III, da Lei nº 11.343/2006 (dentre outros, HC 107.274/MS, rel. min. Ricardo Lewandowski, DJe-075 de 25.04.2011). O magistrado não está obrigado a aplicar a causa de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/06 em seu patamar máximo quando presentes os requisitos para a concessão de tal benefício, tendo plena autonomia para aplicar a redução no 'quantum' reputado adequado de acordo com as peculiaridades do caso concreto" (HC 99.440/SP, da minha relatoria, DJe-090 de 16.05.2011). **Contudo, a fixação do quantum de redução deve ser suficientemente fundamentada e não pode utilizar os mesmos argumentos adotados em outras fases da dosimetria da pena.** Como se sabe, 'a quantidade e a qualidade de droga apreendida são circunstâncias que devem ser sopesadas na primeira fase de individualização da pena, nos termos do art. 42 da Lei 11.343/2006, sendo impróprio invocá-las por ocasião de escolha do fator de redução previsto no § 4º do art. 33, sob pena de bis in idem' (HC 108.513/RS, rel. min. Gilmar Mendes, DJe nº 171, publicado em 06.09.2011). Ordem parcialmente concedida para determinar ao TRF da 3ª Região que realize nova dosimetria da pena, reaprecie o regime inicial de cumprimento de pena segundo os critérios previstos no art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal, e avalie a possibilidade de conversão da pena privativa de liberdade em restritiva de direito conforme os requisitos previstos no art. 44 do CP" (HC 108.532/MS, Rel. Min. Joaquim Barbosa - grifos meus).

O Tribunal de Justiça mineiro, por sua vez, ao apreciar a apelação do paciente, decidiu pela manutenção do redutor no mesmo patamar. Em seu voto, o relator da apelação consignou que o pedido de aplicação do redutor em seu grau máximo não poderia ser atendido sob o fundamento de que

"as circunstâncias judiciais não são de todo desfavoráveis aos acusados, todavia, certo é que com eles foi apreendida expressiva quantidade de drogas, além de vários outros objetos destinados ao acondicionamento e preparo das substâncias entorpecentes, que, ao meu modesto aviso, impõem uma maior reprovação à conduta, que se reveste de maior gravidade",

HC 113.348 / MG

Tenho, contudo, que essa motivação não pode ser invocada para agravar a situação do paciente, pois a instrução não logrou comprovar sua associação aos demais corréus (com quem foram encontrados os referidos petrechos) para a prática do tráfico de drogas, do que decorreu, inclusive, sua absolvição da imputação do crime de associação para o tráfico. Para que não parem dúvidas a esse respeito, transcrevo o seguinte trecho da sentença:

“Ocorre que restou bem provado que Renato Mariano Machado trazia consigo um frasco contendo 13 pedras de substância contendo cocaína.

De outro lado, José Aparecido Ribeiro e Daniel Alexandre de Souza mantinham em depósito 24 pedras de ‘crack’ para fins de tráfico, além de objetos ligados também à mercancia ilícita.

Renato Mariano Machado, ao perceber a aproximação da viatura da Polícia Militar, saiu em desabalada carreira e jogou o frasco; foi perseguido, detido e o frasco que jogou foi recuperado e o réu preso, vindo o réu a ser preso (sic) em flagrante delito.

As condições em que se encontravam as pedras – todas embaladas em papel alumínio, além da quantidade de droga (13 pedras) indicam com plena certeza que sua destinação era o comércio ilícito.

Contudo, não restou plenamente demonstrado que Renato houvesse de fato acabado de sair da casa de José Aparecido no momento em que as guarnições policiais dali se aproximavam” (grifos meus).

Ressalto, por oportuno, que não estou aqui a acolher a tese da defesa no sentido de que, presentes os requisitos legais, a fixação do fator de redução em seu patamar máximo seria obrigatória, haja vista que o magistrado dispõe de plena discricionariedade para aplicar a redução no patamar que entenda necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime, segundo as peculiaridades de cada caso. Do contrário, seria inócua a previsão legal de um patamar mínimo e um máximo de redução.

HC 113.348 / MG

Essa é a orientação sedimentada nesta Corte, senão vejamos:

“HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. APLICAÇÃO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI 11.343/2006 EM SEU GRAU MÁXIMO (2/3). IMPOSSIBILIDADE. DOSIMETRIA DA PENA DEVIDAMENTE FUNDAMENTADA. REGIME INICIAL ABERTO E SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. POSSIBILIDADE. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA.

I – O Tribunal de Justiça local considerou favoráveis todas as circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do Código Penal, para fixar a pena-base no mínimo legal, valendo-se da natureza e da quantidade de entorpecente apreendido (sete invólucros contendo cocaína, com peso total de 1,44 gramas) apenas na aplicação do redutor na fração de 1/3.

II – A fixação do quantum de redução da pena no patamar intermediário foi devidamente fundamentada na natureza e na quantidade de entorpecente apreendido, aspectos não considerados na aplicação da pena-base.

III – A regra do art. 2º, § 1º, da Lei 8.072/1990 tem sido afastada por esta Turma quando presentes os requisitos do art. 33, II, c, do Código Penal, para impor ao paciente o regime inicial aberto.

IV – Ante a declaração incidental de inconstitucionalidade da expressão ‘vedada a conversão em penas restritivas de direitos’, constante do § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006, e da expressão ‘vedada a conversão de suas penas em restritivas de direitos’, contida no referido art. 44 do mesmo diploma legal, deve ser reconhecida, mediante avaliação do caso concreto, a possibilidade da concessão do benefício da substituição da pena, segundo os requisitos do art. 44 do Código Penal.

V – Ordem parcialmente concedida, para fixar o regime aberto como o regime inicial de cumprimento da pena, bem como para determinar que o juízo das execuções criminais avalie se o paciente reúne os requisitos necessários, previstos no art. 44 do Código Penal, para a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de

HC 113.348 / MG

direitos” (HC 111.247/MG, de minha relatoria).

*“Habeas Corpus. Tráfico de drogas e receptação (art. 33, caput, da Lei nº 11.343/06 e art. 180, caput, do Código Penal). Aplicação da causa de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/06 no quantum de 1/6. Decisão suficientemente fundamentada. Ausência de constrangimento ilegal. Ordem denegada. O juiz de primeiro grau não utilizou as mesmas circunstâncias judiciais como fundamento de mais de uma fase da dosimetria da pena, não havendo que se falar, portanto, na ocorrência de bis in idem. **O magistrado não está obrigado a aplicar a causa de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/06 em seu patamar máximo quando presentes os requisitos para a concessão de tal benefício, tendo plena liberdade para aplicar a redução no quantum reputado adequado de acordo com as peculiaridades do caso concreto. Ordem denegada”** (HC 99.440/SP, Rel. Min. Joaquim Barbosa – grifos meus).*

“HABEAS CORPUS. PENAL. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. APLICAÇÃO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI 11.343/2006 EM SEU GRAU MÁXIMO (2/3). UTILIZAÇÃO DAS MESMAS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS EM DUAS DAS TRÊS FASES DA DOSIMETRIA. INOCORRÊNCIA. REPRIMENDA ADEQUADA PARA REPROVAÇÃO E PREVENÇÃO DO CRIME. IMPOSSIBILIDADE DE SE AVALIAR, NA VIA DO HABEAS CORPUS, QUAL SERIA A PENA ADEQUADA AO FATO PELO QUAL FORAM CONDENADOS OS PACIENTES. ORDEM DENEGADA.

I - Tenho que o magistrado não se utilizou das mesmas circunstâncias judiciais (quantidade e qualidade da droga) para fixar as penas-bases dos pacientes e, em ato posterior, diminuí-las no patamar mínimo (1/6), decorrente da aplicação do § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006.

*II - **O juiz não está obrigado a aplicar o máximo da redução prevista, quando presentes os requisitos para a***

HC 113.348 / MG

concessão desse benefício, tendo plena liberdade de aplicar a redução no patamar conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime, segundo as peculiaridades de cada caso concreto. Do contrário, seria inócua a previsão legal de um patamar mínimo e um máximo.

III - O habeas corpus não pode ser utilizado como forma de se verificar qual a pena adequada para os delitos pelos quais o paciente foi condenado, uma vez que representaria um novo juízo de reprovabilidade.

IV - Ordem denegada” (HC 102.487/MS, de minha relatoria).

Com efeito, o que sustento é que, decidindo o magistrado pela concessão da benesse prevista no art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, a fixação do fator de redução que entender aplicável à espécie deve vir acompanhada da devida fundamentação, ou seja, das razões de fato que o levaram a estabelecer determinado grau de diminuição da reprimenda. Desatendida essa obrigação, patente o constrangimento ilegal a que se encontra submetido o paciente.

Por tais razões, concedo parcialmente a ordem para determinar ao juízo processante que proceda a nova dosimetria da pena, expondo as razões de fato que determinaram a escolha do fator de redução previsto no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006, respeitando o patamar de 1/3 já deferido ao paciente.

SEGUNDA TURMA

EXTRATO DE ATA

HABEAS CORPUS 113.348

PROCED. : MINAS GERAIS

RELATOR : MIN. RICARDO LEWANDOWSKI

PACTE.(S) : RENATO MARIANO MACHADO

IMPTE.(S) : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO

PROC.(A/S) (ES) : DEFENSOR PÚBLICO-GERAL FEDERAL

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

Decisão: A Turma, por unanimidade, concedeu parcialmente a ordem para determinar ao juízo processante que proceda a nova dosimetria da pena, expondo as razões de fato que determinaram a escolha do fator de redução previsto no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006, respeitando o patamar de 1/3 já deferido ao paciente, nos termos do voto do Relator. Não participaram, justificadamente, deste julgamento, o Senhor Ministro Joaquim Barbosa e a Senhora Ministra Cármen Lúcia. **2ª Turma**, 25.09.2012.

Presidência do Senhor Ministro Ricardo Lewandowski. Presentes à sessão os Senhores Ministros Celso de Mello, Gilmar Mendes, Joaquim Barbosa e Cármen Lúcia.

Subprocurador-Geral da República, Dr. Francisco de Assis Vieira Sanseverino.

p/ Fabiane Duarte
Secretária