

22/10/2013

PRIMEIRA TURMA

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS 117.822 MATO GROSSO

RELATOR : MIN. LUIZ FUX
RECTE.(S) : ANTONIO MARQS CARVALHO DA CRUZ
ADV.(A/S) : DEFENSOR PÚBLICO-GERAL FEDERAL
RECDO.(A/S) : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA

EMENTA: PENAL E PROCESSUAL PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTES PRATICADO EM RECINTO DESTINADO À RECREAÇÃO (ART. 33, CAPUT, C/C O ART. 40, III, DA LEI 11.343/2006). CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI DE DROGAS. AFASTAMENTO PELO TRIBUNAL DE JUSTIÇA ESTADUAL. ANÁLISE DA DEDICAÇÃO OU NÃO DO PACIENTE À ATIVIDADE CRIMINOSA. NECESSIDADE DO REVOLVIMENTO DO CONJUNTO FÁTICO PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE SUPERIOR A 4 (QUATRO) ANOS E NÃO EXCEDENTE A 8 (OITO) ANOS. REGIME INICIAL SEMIABERTO (ART. 33, § 2º, ALÍNEA B, DO CP). FIXAÇÃO DE REGIME INICIAL FECHADO. ART. 2º, § 1º, DA LEI 8.072/90. INCONSTITUCIONALIDADE DECLARADA PELO PLENÁRIO DESTA CORTE NO HC 111.840. IMPOSIÇÃO DE REGIME INICIAL MAIS SEVERO. INEXISTÊNCIA DE MOTIVAÇÃO IDÔNEA. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 719 DO STF. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS PARCIALMENTE PROVIDO.

1. A causa especial de diminuição de pena prevista no § 4º do artigo 33 da Lei 11.343/06 está condicionada ao preenchimento, cumulativo, dos requisitos legais: primariedade, bons antecedentes e agente que não se dedique a atividades criminosas nem integre organização criminosa.

2. A análise da dedicação, ou não, do agente com atividade criminosa demandaria o revolvimento do conjunto fático-probatório, inviável na via do *habeas corpus*. Precedentes: RHC 105.150, Primeira

RHC 117822 / MT

Turma, Rel. Min. Dias Toffoli, DJe de 04.05.12; HC 101.265, Segunda Turma, Red. p/ o acórdão Min. Joaquim Barbosa, DJe de 06.08.12; RHC 107.860, Primeira Turma, Rel. a Min. Rosa Weber, DJe de 25.09.12.

3. A conduta social do réu, o concurso de agentes, a quantidade e a natureza do entorpecente, os apetrechos utilizados e as circunstâncias em que a droga foi apreendida podem constituir o amparo probatório para o magistrado reconhecer a dedicação do réu à atividade criminosa. Precedentes: RHC 94.806/PR, Primeira Turma, Rel. Min. Cármen Lúcia, DJe de 16/04/2010; HC 116.541/ES, Rel. Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma, DJe de 6/6/2013; HC 98.366/MG, Rel. Min. Dias Toffoli, Primeira Turma, DJe de 5/2/2010.

4. O artigo 2º, § 1º, da Lei 8.072/90 que determina o início do cumprimento da pena privativa de liberdade imposta em razão da prática de crime hediondo, necessariamente, no regime fechado foi declarado inconstitucional pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal no julgamento do HC 111.840, Pleno, Relator o Ministro Dias Toffoli, sessão de 27 de junho de 2012.

5. O artigo 33, § 2º, alínea *b*, do Código Penal determina que “*o condenado não reincidente, cuja pena seja superior a 4 (quatro) anos e não exceda a 8 (oito), poderá, desde o princípio, cumpri-la em regime semiaberto*”.

6. *A imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea (Súmula 719 do STF).*

7. *In casu*, a) o paciente foi preso em flagrante, em 25/5/2010, em um ponto de ônibus, na posse de 48 (quarenta e oito) trouxinhas de cocaína, que estaria comercializando em uma praça pública, sendo condenado, em 12/7/2011, à pena de 6 (seis) anos e 5 (cinco) meses de reclusão pela prática do crime previsto no art. 33, *caput*, c/c art. 40, III, ambos da Lei 11.343/2006. b) O Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso, no julgamento do recurso de apelação, destacou que “*das provas dos autos extrai-se que o recorrido dedicava-se à atividade criminosa, fazendo do tráfico de drogas a sua fonte de renda, tendo confessado em juízo que já vinha comercializando entorpecentes há aproximadamente um mês e que ele mesmo adquiria e preparava o narcótico para venda. Ademais, foi apreendida na posse do*

RHC 117822 / MT

apelado quantidade expressiva de (48 trouxinhas de cocaína), (...) caracterizando, dessa forma, a sua dedicação à atividade criminosa, não cabendo, portanto, a aplicação da minorante em questão”.

8. Recurso ordinário parcialmente provido para determinar ao Juízo processante ou, se for o caso, ao Juízo da execução penal, que afastado o óbice constante do art. 2º, § 1º, da Lei 8.072/1990, verifique se o recorrente preenche, ou não, os requisitos necessários à fixação do regime diverso de fechado.

A C Ó R D ã O

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, sob a Presidência do Senhor Ministro Luiz Fux, na conformidade da ata de julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, em dar parcial provimento ao recurso ordinário em *habeas corpus*, nos termos do voto do Relator.

Brasília, 22 de outubro de 2013.

LUIZ FUX – Relator

Documento assinado digitalmente

22/10/2013

PRIMEIRA TURMA

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS 117.822 MATO GROSSO

RELATOR : MIN. LUIZ FUX
RECTE.(S) : ANTONIO MARQS CARVALHO DA CRUZ
ADV.(A/S) : DEFENSOR PÚBLICO-GERAL FEDERAL
RECDO.(A/S) : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (RELATOR): Trata-se de recurso ordinário em *habeas corpus* interposto por Antonio Marqs Carvalho da Cruz, contra acórdão proferido pela Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, que possui a seguinte ementa:

“HABEAS CORPUS IMPETRADO EM SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO PREVISTO NO ORDENAMENTO JURÍDICO. 1. NÃO CABIMENTO. MODIFICAÇÃO DE ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL. RESTRIÇÃO DO REMÉDIO CONSTITUCIONAL. EXAME EXCEPCIONAL QUE VISA PRIVILEGIAR A AMPLA DEFESA E O DEVIDO PROCESSO LEGAL. 2. TRÁFICO DE DROGAS. REDIMENSIONAMENTO DE PENA. APLICAÇÃO DA CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA. ART. 33, § 4º, DA LEI N.º 11.343/2006. IMPOSSIBILIDADE. PACIENTE QUE SE DEDICA A ATIVIDADE CRIMINOSA. INEXISTÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. 3. MODIFICAÇÃO DO REGIME PRISIONAL. NATUREZA E QUANTIDADE DO ENTORPECENTE. ADEQUAÇÃO DO REGIME FECHADO. 4. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. PLEITO PREJUDICADO 5. ORDEM NÃO CONHECIDA.

1. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, buscando a racionalidade do ordenamento jurídico e a

RHC 117822 / MT

funcionalidade do sistema recursal, vinha se firmando, mais recentemente, no sentido de ser imperiosa a restrição do cabimento do remédio constitucional às hipóteses previstas na Constituição Federal e no Código de Processo Penal. Atento a essa evolução hermenêutica, o Supremo Tribunal Federal passou a adotar decisões no sentido de não mais admitir **habeas corpus** que tenha por objetivo substituir o recurso ordinariamente cabível para a espécie. Precedentes. Contudo, devem ser analisadas as questões suscitadas na inicial no afã de verificar a existência de constrangimento ilegal evidente, a ser sanado mediante a concessão de **habeas corpus** de ofício, evitando-se prejuízos à ampla defesa e ao devido processo legal.

2. Para a não aplicação da causa de diminuição da pena do art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006, considerou-se, diante do conjunto fático-probatório, a acentuada periculosidade social do paciente e o fato de se dedicar às atividades criminosas, o que afasta a incidência da redutora, haja vista a quantidade e a natureza do entorpecente apreendido em seu poder - qual seja, 48 (quarenta e oito) trouxinhas de cocaína -, entorpecente de alto poder alucinógeno e viciante, em quantidade apta a atingir considerável número de usuários. Ressaltou-se, ainda, que o paciente fazia do tráfico seu meio de vida e sua fonte de renda, tendo confessado que comercializava os entorpecentes há aproximadamente um mês, além de ser o responsável por adquirir e preparar o narcótico para a venda. Essa conjuntura afasta, a meu ver, eventual constrangimento ilegal passível de ser remediado por meio deste **writ**.

3. No caso em apreço, consoante preceituam os arts. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal, e 42 da Lei de Tóxicos, embora a sanção imposta seja inferior a 8 (oito) anos de reclusão, pelos mesmos motivos já expostos (natureza e quantidade da droga apreendida), não se vislumbra a possibilidade de cumprimento de pena em regime diferente do fechado.

4. Mantidos os limites da sentença condenatória, fica superado o pleito de substituição da pena segregatória por

RHC 117822 / MT

medida restritiva de direitos, porquanto o **quantum** de pena fixado, acima de 4 (quatro) anos de reclusão, não comporta a concessão de benefício, conforme descrito no art. 44, I, do Código Penal.

5. Habeas corpus não conhecido.”

Consta dos autos que o paciente foi preso em flagrante, em 25/5/2010, na posse de 48 (quarenta e oito) trouxinhas de cocaína que apresentaram massa bruta no total de 21,43g (vinte e uma gramas e quarenta e três centigramas).

Após a instrução criminal, o paciente foi condenado à pena de 3 (três) anos, 2 (dois) meses e 5 (cinco) dias de reclusão, em regime inicial fechado, pela prática do delito tipificado no art. 33, *caput*, c/c o art. 40, III, ambos da Lei nº 11.343/2006.

Inconformado, o *parquet* interpôs apelação no Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso, que deu parcial provimento ao recurso, apenas para afastar a causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, elevando a pena imposta ao recorrente para 6 (seis) anos e 5 (cinco) meses de reclusão, e mais 583 (quinhentos e oitenta e três) dias-multa.

Irresignada, a defesa impetrou *habeas corpus* no Superior Tribunal de Justiça, que não conheceu do *writ*.

É contra esse acórdão que foi interposto o presente recurso ordinário.

A defesa do recorrente alega, em suma, que a causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006 deve ser restabelecida na forma que constou da sentença de primeiro grau, uma vez que a quantidade de tóxicos encontrada em seu poder se pequena, bem como pelo fato de possuir bons antecedentes, não ser reincidente, não integrar

RHC 117822 / MT

organização criminosa e não dedicar-se de forma permanente à atividade criminosa.

Assevera, nesse sentido, que “conforme restou assentado nos autos, trata-se de pequeno traficante ou de ‘1ª viagem’, que exercia essa atividade de forma precária, recente, por não mais de um mês, visto que dedicar-se a atividade criminosa significa o caráter habitual, o que não é o caso”.

Argumenta, outrossim, que a quantidade de drogas encontrada com o recorrente *“não foi expressiva (48 trouxinhas de cocaína), e quanto à pena fixada (6 anos e 5 meses de reclusão, mais 583 dias-multa)”* é permitido a fixação de regime prisional semiaberto, nos termos do art. 33, § 2º, “b”, do Código Penal.

Requer, ao final, o provimento do recurso para que seja restabelecida a decisão da 1ª instância que aplicou a causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006, bem como seja fixado o regime inicial semiaberto para cumprimento da reprimenda, nos termos do artigo 33, § 2º, alínea “b” do Código Penal.

A Procuradoria Geral da República manifestou-se pelo desprovimento do recurso.

É o relatório.

22/10/2013

PRIMEIRA TURMA

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS 117.822 MATO GROSSO

VOTO

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (RELATOR): Conforme relatado, a controvérsia dos autos refere-se à possibilidade, ou não, da aplicação da causa de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006, bem como da modificação do regime inicial de cumprimento da pena.

Com efeito, a dosimetria da pena imposta ao paciente encontra-se devida e suficientemente motivada, não justificando qualquer correção ou reparo por este Supremo Tribunal Federal, o que somente se justifica em casos excepcionais de arbitrariedade ou teratologia.

Verifica-se que o Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso, no julgamento do recurso de apelação criminal, considerando que o apelado não preenche requisito subjetivo, por ficar comprovada a sua dedicação à atividade criminosa, decidiu, fundamentadamente, pela não incidência da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006, nos seguintes termos:

“Como é cediço, para fazer jus ao benefício da referida causa redutora de pena, o condenado deve preencher concomitantemente os requisitos previstos no citado dispositivo legal, quais sejam, ser primário, ostentar bons antecedentes, não se dedicar a atividades criminosas, nem integrar organização com essa finalidade, condições, essas, que efetivamente o recorrido não possui, uma vez que, segundo as provas constantes nos autos, ele fazia do crime o seu meio de vida, dedicando-se à atividade ilícita do tráfico de drogas.

Ressalte-se que a intenção do legislador, ao estabelecer a minorante do § 4º do art. 33 da Lei Antidrogas, foi diferenciar o

RHC 117822 / MT

traficante contumaz daqueles que cometeram o ilícito ocasionalmente, concedendo-lhe benefício proporcional ao seu merecimento, para ensejar a sanção suficiente à prevenção e reprovação do delito.

(...)

No entanto, conforme asseverado pelo recorrente, **das provas dos autos extrai-se que o recorrido dedicava-se à atividade criminosa, fazendo do tráfico de drogas a sua fonte de renda, tendo confessado em juízo que já vinha comercializando entorpecentes há aproximadamente um mês e que ele mesmo adquiria e preparava o narcótico para venda.**

Ademais, foi apreendida na posse do apelado **quantidade expressiva de (48 trouxinhas de cocaína), situação que leva à conclusão de que não se trata de traficante "de primeira viagem", indicando, ao contrário, que ele fez do tráfico de drogas o seu meio de vida, caracterizando, dessa forma, a sua dedicação à atividade criminosa, não cabendo, portanto, a aplicação da minorante em questão.**

(...)

Assim, levando em conta o caráter teleológico do instituto objetivado pelo legislador, qual seja, somente o traficante eventual merece ser agraciado, é mister registrar que basta para a configuração da dedicação à atividade criminosa a demonstração da habitualidade da prática de atividade ilícita, uma vez que esse requisito tem natureza residual, congregando tudo que não caracterize maus antecedentes.

Dessarte, é mister concluir que a causa especial de diminuição de pena foi indevidamente aplicada nos autos, na fração de 1/2 (metade) sobre a pena intermediária de 5 (cinco) anos e 6 (seis) meses de reclusão e 500 (quinhentos) dias-multa, motivo pelo qual afasto a sua incidência, retornando a pena intermediária para o referido *quantum*.

No que concerne ao pleito ministerial de elevação da fração aumentativa de pena decorrente da majorante prevista no art. 40, III, da Lei n. 11.343/06, entendo que essa pretensão não merece prosperar, haja vista que as circunstâncias dos atos

RHC 117822 / MT

não demonstram nenhuma excepcionalidade que autorize a fixação da referida fração em patamar superior ao mínimo previsto, devendo, portanto, ser mantida inalterada a sentença, nesse ponto, motivo pelo qual faço incidir o aumento de 1/6 (um sexto) na sanção provisória acima estabelecida, ficando a pena calculada em 6 (seis) anos e 5 (cinco) meses de reclusão e o pagamento de 583 (quinhentos e oitenta e três) dias-multa, na razão de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente à época dos fatos, a qual torno definitiva, mantendo o regime inicial fechado para cumprimento da reprimenda”

Assentada a idoneidade da fundamentação exposta pela Corte estadual, frise-se, em seguida, que, como bem apontado pelo Superior Tribunal de Justiça no acórdão ora impugnado, *“observa-se que, para a não aplicação da causa especial de redução, considerou-se, diante do conjunto fático-probatório, a acentuada periculosidade social do paciente e o fato de se dedicar às atividades criminosas, o que afasta a incidência da redutora, tendo em vista a quantidade e a natureza do entorpecente apreendido em seu poder - qual seja, 48 (quarenta e oito) trouxinhas de cocaína -, entorpecente de alto poder alucinógeno e viciante, em quantidade apta a atingir considerável número de usuários”*.

Destarte, o montante, a natureza e as circunstâncias em que a droga foi apreendida podem constituir o amparo probatório para o magistrado verificar o envolvimento do agente com a criminalidade, de modo a reconhecer a dedicação do réu a atividade criminosa.

Destarte, o montante, a natureza, os apetrechos utilizados e as circunstâncias em que a droga foi apreendida podem constituir o amparo probatório para o magistrado verificar o envolvimento do agente com a criminalidade, de modo a reconhecer a dedicação do réu a atividade criminosa.

Giovanni Leone nos brinda com magistral explicação a respeito do tema:

RHC 117822 / MT

Presunção é a indução da existência de um fato desconhecido pela existência de um fato conhecido, supondo-se que deva ser verdadeiro para o caso concreto aquilo que ordinariamente sói ser para a maior parte dos casos nos quais aquele fato acontece.

(...)

A presunção é legal (*praesumptio iuris seu legis*) se a ilação do conhecido ao desconhecido é feita pela lei; por outro lado, a presunção é do homem (*praesumptio facti, seu hominis, seu iudicis*) se a ilação é feita pelo juiz, constituindo, portanto, uma operação mental do juiz.

(...)

No Direito Processual Penal não existem, de regra, ficções e presunções legais (...). Existe, ao contrário, a possibilidade de inclusão, no processo penal, como em qualquer outro processo, das presunções hominis.

A expressão máxima da presunção hominis é dada pela prova indiciária.

(Tradução livre do texto: Presunzione è "l'induzione della esistenza di un fatto ignoto da quella di un fatto noto, sul presupposto che debba essere vero pel caso concreto ciò che ordinariamente suole essere vero per la maggior parte dei casi in cui quello rientra".

(...)

La presunzione è legale (*praesumptio iuris seu legis*) se la illazione dal noto all'ignoto è fatta dalla legge; ovvero dell'uomo (*praesumptio facti, seu hominis, seu iudicis*) se la illazione è fatta dal giudice, costituendo pertanto una operazione mentale del giudice.

(...)

Nel diritto processuale penale non esistono, di regola, finzioni e presunzioni legali (...). Trovano invece possibilità di inserimento nel processo penale, come in ogni altro processo, le presunzioni hominis.

L'espressione massima della presunzione hominis è data

RHC 117822 / MT

dalle prove indiziarie.)

(LEONE, Giovanni. Trattato di Diritto Processuale Penale. v. II. Napoli: Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, 1961. p. 161-162)

Através de um fato devidamente provado que não constitui elemento do tipo penal, o julgador pode, mediante raciocínio engendrado com supedâneo nas suas experiências empíricas, concluir pela ocorrência de circunstância relevante para a qualificação penal da conduta e para a dosimetria.

Eugênio Pacelli de Oliveira explica, com exemplar clareza, o instituto:

Na verdade, o indício mencionado no art. 239 do CPP não chega a ser propriamente um meio de prova. Trata-se, antes disso, da utilização de um raciocínio dedutivo, para, a partir da valoração da prova de um fato ou de uma circunstância, chegar-se à conclusão da existência de um outro ou de uma outra.

Com efeito, pelo indício, afirma-se a existência do conhecimento de uma circunstância do fato delituoso, por meio de um processo dedutivo cujo objeto é a prova da existência de outro fato.

Parte-se, então, para um juízo de lógica dedutiva para a valoração de circunstâncias que estejam relacionadas com o fato em apuração.

(Curso de Processo Penal. 10^a ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 367)

Nesse sentido, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, inclusive, vem reconhecendo que a conduta social do agente, o concurso eventual de pessoas, a receptação, os apetrechos relacionados ao tráfico, a quantidade de droga e as situações de maus antecedentes exemplificam situações caracterizadoras de atividades criminosas, conforme indicam os seguintes precedentes:

RHC 117822 / MT

“EMENTA:RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. CONTROVÉRSIA REFERENTE À APLICAÇÃO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI 11.343/06. DEDICAÇÃO ÀS ATIVIDADES CRIMINOSAS. DECISÃO QUE INDEFERE O BENEFÍCIO AO RECORRENTE COM BASE NA QUANTIDADE DA DROGA E NA FORMA DE ACONDICIONAMENTO: POSSIBILIDADE. RECURSO NÃO PROVIDO.

1. O entendimento deste Supremo Tribunal é de não ser possível aplicar a causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06 à pena-base relativa à condenação por crime cometido na vigência da Lei 6.368/76, sob pena de se estar criando uma nova lei que conteria o mais benéfico de cada qual das leis. Precedentes.

2. Na espécie, os fatos que ensejaram a não-aplicação da causa de diminuição prevista na nova Lei de Tóxicos (quantidade da droga e forma de condicionamento) são hígidos e suficientes para atestar a dedicação do Recorrente às atividades criminosas.

3. A conduta social do agente, o concurso eventual de pessoas, a receptação, os apetrechos relacionados ao tráfico, a quantidade de droga e as situações de maus antecedentes exemplificam situações caracterizadoras de atividades criminosas.

4. O *habeas corpus* não é prestante para revisar os elementos de prova invocados pelas instâncias de mérito a refutar a aplicação da causa de diminuição da pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006.

5. Recurso Ordinário em Habeas Corpus ao qual se nega provimento” (RHC 94.806/PR, 1.ª Turma, Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA, DJe de 16/04/2010. - grifei)

“EMENTA: *Habeas corpus*. 2. Tráfico ilícito de entorpecentes. 3. Pedido de aplicação da causa especial de diminuição de pena (art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006), fixação de

RHC 117822 / MT

regime inicial aberto e substituição da pena. 4. Minorante da Lei de Drogas. Requisitos não preenchidos. Paciente que se dedica à atividade criminosa. 5. Regime inicial fixado somente em razão da hediondez do delito, na forma do artigo 2º, § 1º, da Lei 8.072/90, com a redação dada pela Lei 11.464/2007. Com o julgamento do HC 111.840/ES, relatoria do Ministro Dias Toffoli, superada a obrigatoriedade de início do cumprimento de pena no regime fechado aos condenados por crimes hediondos ou a eles equiparados. 6. Impossibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos. Paciente condenado à pena superior a 4 anos (art. 44, I, do CP). 7. Ordem parcialmente deferida, confirmando a liminar, para determinar que o Juízo de origem proceda a nova fixação do regime inicial de cumprimento de pena, segundo os critérios previstos no art. 33, §§ 2º e 3º do CP.” (HC 116.541/ES, Rel. Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, DJe de 6/6/2013 - grifei).

“*Habeas corpus*. Tráfico ilícito de entorpecentes. Impossibilidade de aplicação da redução de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/06. Paciente que se dedicava à atividade criminosa. Precedentes. 1. A primariedade e os bons antecedentes não são suficientes ao deferimento do benefício, pois, nos termos do que contido no § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/06, a aplicação da redução da pena depende, ainda, de que o agente não se dedique a atividades criminosas nem integre organização criminosa, sendo certo que esta Suprema Corte, na via estreita do *habeas corpus*, não pode apreciar o conjunto probatório para conceder o benefício pleiteado. 2. As provas contidas nos autos bem demonstram que o paciente se dedicava ao tráfico ilícito de entorpecentes e fazia dessa atividade o seu meio de vida. 3. Habeas corpus denegado” (HC 98.366/MG, Rel. Min. Dias Toffoli, Primeira Turma, DJe de 5/2/2010 - grifei).

Além disso, para acolher-se as alegações desta impetração – e entender que o recorrente não se dedica à atividade criminosa – seria

RHC 117822 / MT

necessário o revolvimento do conjunto fático-probatório, inviável na via do *habeas corpus*. Nesse sentido, os seguintes julgados:

“EMENTA Recurso ordinário em *habeas corpus*. **Tráfico de entorpecentes. Causa de diminuição de pena (art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06). Afirmado envolvimento da paciente com o comércio ilícito de entorpecentes, fazendo disso o seu meio de vida. Impossibilidade de reapreciação do contexto fático-probatório na via estreita do habeas corpus.** Recurso não provido. 1. Encontra-se convenientemente motivado o afastamento da minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/06. 2. A primariedade e os bons antecedentes não são suficientes à concessão do benefício, pois, nos termos da redação do parágrafo acima mencionado, a aplicação da redução da pena depende, ainda, de que o agente não se dedique a atividades criminosas nem integre organização criminosa. Precedentes. 3. Pelas circunstâncias descritas nos autos, se percebe o envolvimento da paciente com o comércio ilícito de entorpecentes, fazendo disso o seu meio de vida, sendo certo que esta Suprema Corte, na via estreita do *habeas corpus*, não pode reapreciar o conjunto probatório dos autos para identificar eventual possibilidade de aplicar a pleiteada redução. Precedentes. 4. Recurso não provido” (RHC 105.150, Primeira Turma, Rel. Min. Dias Toffoli, DJe de 04/05/2012 – grifei).

“Ementa: Habeas Corpus. Tráfico transnacional de drogas. Aplicação da causa de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/2006. Impossibilidade. Não preenchimento dos requisitos cumulativos. Participação da paciente em organização criminosa devidamente reconhecida pelas instâncias inferiores. Necessidade de reexame fático e probatório. Inviabilidade. Ordem denegada. **Para a concessão do benefício previsto no § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/2006, é necessário que o agente, cumulativamente, seja primário, tenha bons antecedentes, não se dedique a atividades**

RHC 117822 / MT

criminosas nem integre organização criminosa. No caso em análise, o reconhecimento de que a paciente integra organização criminosa, considerando-se os concretos elementos probatórios coligidos nos autos, é circunstância suficiente a obstar a incidência da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06. A discussão sobre o acerto ou desacerto das decisões proferidas pelas instâncias inferiores exige a realização de minucioso reexame do lastro fático-probatório dos autos de origem, o que, como se sabe, é incompatível com a restrita via processual do habeas corpus, que não admite dilação probatória. Precedentes. Ordem denegada.” (HC 101.265, Segunda Turma, Rel. p/ acórdão o Min. Joaquim Barbosa, DJe de 06/08/2012 – grifei).

“EMENTA DIREITO PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS . TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. BENEFÍCIO DO ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/2006. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DE ILEGALIDADE OU ARBITRARIEDADE. 1. A dosimetria da pena é matéria sujeita a certa discricionariedade judicial. O Código Penal não estabelece rígidos esquemas matemáticos ou regras absolutamente objetivas para a fixação da pena. Cabe às instâncias ordinárias, mais próximas dos fatos e das provas, fixar as penas. Às Cortes Superiores, no exame da dosimetria das penas em grau recursal, compete apenas o controle da legalidade e da constitucionalidade dos critérios empregados, com a correção de eventuais discrepâncias, se gritantes e arbitrárias, nas frações de aumento ou diminuição adotadas pelas instâncias anteriores. 2. **Pertinente à dosimetria da pena, encontra-se a aplicação da causa de diminuição da pena objeto do §4º do art. 33 da Lei 11.343/2006. Cabe às instâncias inferiores decidir sobre a aplicação ou não do benefício e, se aplicável, a fração pertinente, não se mostrando hábil o habeas corpus para revisão, salvo se presente manifesta ilegalidade ou arbitrariedade. 3. Inviável apreciar a validade**

RHC 117822 / MT

da prisão preventiva se não juntada aos autos cópia da decisão atacada. 4. Recurso ordinário em *habeas corpus* não provido” (RHC 107.860, Primeira Turma, Rel. Min. Rosa Weber, DJe de 25/09/2012).

Quanto ao regime inicial de cumprimento da pena, o magistrado de primeira instância fixou em fechado, sem, contudo apresentar qualquer fundamentação idônea para sua aplicação, limitando-se a afirmar, *verbis*: “Fixo o **regime fechado** como o regime inicial de cumprimento de pena”.

O Tribunal do Estado do Mato Grosso, manteve o regime inicial fechado, abstendo-se também, de apresentar qualquer motivação idônea para aplicação do regime inicial de cumprimento da pena, fixando-o nos seguintes termos:

“(...) readeguando a pena que foi imposta a Antonio Marqs Carvalho da Cruz para o patamar de 6 (seis) anos e 5 (cinco) meses de reclusão, **a ser cumprida no regime inicial fechado**, mais o pagamento de 583 (quinhentos e oitenta e três) dias-multa, na razão de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente ao tempo dos fatos, em decorrência do afastamento da causa de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da Lei Antidrogas”.

As decisões proferidas estão em dissonância com a jurisprudência desta Corte, porquanto restou evidenciado a ausência de fundamentação idônea para a fixação do regime inicial fechado para o cumprimento da pena. Destaca-se, ainda, que o Supremo Tribunal Federal declarou a inconstitucionalidade do artigo 2º, § 1º, da Lei 8.072/90, afastando a obrigatoriedade da fixação do regime fechado para o início do cumprimento da pena privativa de liberdade imposta em razão da prática de crimes hediondos (HC 111.840, Pleno, Relator o Ministro Dias Toffoli, sessão de 27 de junho de 2012).

Depreende-se que não foi declinada qualquer circunstância concreta

RHC 117822 / MT

atinentes aos requisitos objetivos e subjetivos para vedar o regime inicial diverso de fechado para cumprimento da reprimenda, contrariando, por isso, o enunciado da Súmula 719 desta Corte, *verbis*: “Súmula 719. A imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea”.

Ex positis, dou parcial provimento ao recurso ordinário em *habeas corpus*, apenas para determinar ao Juízo processante ou, se for o caso, ao Juízo da execução penal, que, afastado o óbice constante do artigo 2º, § 1º, da Lei 8.072/90, verifique se o recorrente preenche, ou não, os requisitos necessários à fixação do regime diverso de fechado.

PRIMEIRA TURMA

EXTRATO DE ATA

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS 117.822

PROCED. : MATO GROSSO

RELATOR : MIN. LUIZ FUX

RECTE.(S) : ANTONIO MARQS CARVALHO DA CRUZ

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

RECDO.(A/S) : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

PROC.(A/S) (ES) : PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA

Decisão: A Turma deu parcial provimento ao recurso ordinário em *habeas corpus*, nos termos do voto do Relator. Unânime. Presidência do Senhor Ministro Luiz Fux. 1ª Turma, 22.10.2013.

Presidência do Senhor Ministro Luiz Fux. Presentes à Sessão os Senhores Ministros Marco Aurélio, Dias Toffoli, Rosa Weber e Roberto Barroso.

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

Carmen Lilian Oliveira de Souza
Secretária da Primeira Turma