

01/09/2015

PRIMEIRA TURMA

**HABEAS CORPUS 101.051 RIO GRANDE DO SUL**

<b>RELATOR</b>	<b>: MIN. MARCO AURÉLIO</b>
<b>REDATOR DO ACÓRDÃO</b>	<b>: MIN. EDSON FACHIN</b>
<b>PACTE.(S)</b>	<b>: JOSINEI DA ROSA</b>
<b>IMPTE.(S)</b>	<b>: DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO</b>
<b>PROC.(A/S)(ES)</b>	<b>: DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DA UNIÃO</b>
<b>COATOR(A/S)(ES)</b>	<b>: SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA</b>

EMENTA: *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO DE DROGAS. CONDENAÇÃO. DOSIMETRIA DA PENA. QUANTIDADE DA DROGA. CIRCUNSTÂNCIA CONSIDERADA TANTO NA PRIMEIRA QUANTO NA TERCEIRA FASE. ART. 33, §4º, DA LEI 11.343/06. *BIS IN IDEM* CONFIGURADO. ILEGALIDADE. CONCESSÃO PARCIAL DA ORDEM.

1. Configura *bis in idem* a utilização da circunstância atinente à quantidade da droga tanto para fins de fixação da pena-base acima do mínimo legal, quanto para definição da fração relativa à causa de diminuição de pena, prevista no art. 33, §4º, da Lei 11.343/06.

2. Concessão parcial da ordem de *habeas corpus* para que a dosimetria da pena seja refeita em obediência aos parâmetros legais.

**ACÓRDÃO**

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, sob a Presidência da Senhora Ministra Rosa Weber, na conformidade da ata de julgamento e das notas taquigráficas, por maioria de votos, em conceder, em parte, a ordem de *habeas corpus* para determinar que o Juízo de 1º Grau refaça a dosimetria da pena, afastando o *bis in idem*, nos termos do voto do Senhor Ministro Edson Fachin, vencido o Senhor Ministro Marco Aurélio.

Brasília, 1º de setembro de 2015.

**HC 101051 / RS**

**Ministro EDSON FACHIN - Redator p/ o acórdão**

01/09/2015

PRIMEIRA TURMA

**HABEAS CORPUS 101.051 RIO GRANDE DO SUL**

<b>RELATOR</b>	<b>: MIN. MARCO AURÉLIO</b>
<b>REDATOR DO ACÓRDÃO</b>	<b>: MIN. EDSON FACHIN</b>
<b>PACTE.(S)</b>	<b>: JOSINEI DA ROSA</b>
<b>IMPTE.(S)</b>	<b>: DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO</b>
<b>PROC.(A/S)(ES)</b>	<b>: DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DA UNIÃO</b>
<b>COATOR(A/S)(ES)</b>	<b>: SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA</b>

**RELATÓRIO**

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – O assessor Dr. Marcos Paulo Dutra Santos prestou as seguintes informações:

O Juízo da Vara Federal e Juizado Especial Federal de Santa Rosa – Seção Judiciária do Rio Grande do Sul, condenou o paciente, no Processo nº 2007.71.15.000175-6/RS, à pena de um ano, onze meses e dez dias de reclusão e ao pagamento de 193,6 dias-multa, ante a prática do delito versado no artigo 33, cabeça, combinado com o artigo 40, inciso I, da Lei nº 11.343/06 (tráfico internacional). A pena-base foi arbitrada no mínimo legal, cinco anos, mas, ante a causa de diminuição do § 4º do citado artigo, veio a ser reduzida em dois terços e, depois, aumentada em um sexto, considerada a internacionalidade.

O Ministério Público Federal interpôs apelação, sustentando que a natureza e a quantidade da droga apreendida justificariam a estipulação da pena-base acima do mínimo legal e o afastamento do redutor máximo de dois terços, atinente à causa de diminuição do mencionado § 4º do

**HC 101051 / RS**

artigo 33 da Lei nº 11.343/06. A 8ª Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região deu provimento ao recurso, redimensionando a pena-base para seis anos de reclusão. Manteve o aumento de um sexto atinente à internacionalidade e restringiu a causa da diminuição à metade, em vez de dois terços, tornando-a definitiva em três anos e seis meses de reclusão, em regime inicial fechado.

A defesa formalizou recurso especial – de nº 1.069.767/RS –, objetivando a fixação da pena-base no mínimo legal e a redução máxima de dois terços concernente ao disposto no § 4º do artigo 33 da Lei nº 11.343/06. Apontou a dupla incidência, porquanto a quantidade de entorpecente não poderia ser levada em conta na primeira e na terceira fases. A Quinta Turma desproveu o recurso, assentando ser possível sopesar a natureza e a quantidade da droga nos dois momentos.

Neste *habeas*, a Defensoria Pública da União aduz constrangimento ilegal, reiterando os mesmos argumentos anteriormente veiculados no Superior Tribunal de Justiça. Alega que a personalidade e a conduta social do paciente foram minimizadas na definição da pena-base em detrimento da quantidade de entorpecente, embora tenham igual envergadura. Sustenta a ocorrência da dupla incidência, porque a quantidade apreendida foi vetor, simultaneamente, para fixar a reprimenda acima do mínimo legal, bem como para afastar a redução máxima de dois terços. Postula o restabelecimento da sentença condenatória e, sucessivamente, a diminuição da pena. Requer a intimação pessoal do Defensor Público-Geral da União quanto à sessão de julgamento.

O Ministério Público Federal manifesta-se pelo deferimento parcial da ordem, para que seja observado o redutor maior previsto no § 4º do artigo 33 da Lei nº 11.343/06, não se levando em conta a quantidade de entorpecente apreendida.

**HC 101051 / RS**

Consulta ao sítio do Tribunal Regional Federal da 4ª Região revelou que o Processo nº 2007.71.15.000175-6/RS foi remetido ao Juízo de origem.

Lancei visto no processo em 21 de agosto de 2015, liberando-o para ser examinado na Turma a partir de 1º de setembro seguinte, isso objetivando a ciência da impetrante.

É o relatório.

01/09/2015

PRIMEIRA TURMA

HABEAS CORPUS 101.051 RIO GRANDE DO SUL

VOTO

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR):

PENA – CAUSA DE DIMINUIÇÃO – TRÁFICO DE DROGAS. Inexiste ofensa a lei se, na fixação do percentual de diminuição da pena, é considerada a quantidade da substância entorpecente.

No *Habeas Corpus* nº 112.776, da relatoria do ministro Teori Zavascki, julgado em 19 de dezembro de 2013, com acórdão publicado no Diário da Justiça de 30 de outubro de 2014, o Plenário assentou, tendo ficado vencidos eu próprio, bem como os ministros Luiz Fux, Rosa Weber e Dias Toffoli, que a quantidade de entorpecente não pode ser sopesada tanto na fixação da pena-base quanto na definição da fração de diminuição relativa ao disposto no artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, a fim de evitar a dupla punição. Inexiste, entretanto, a dupla incidência.

Em primeiro lugar, ante o aumento da prática criminosa, houve, após trinta anos da edição da lei primitiva, a de nº 6.368/76, tomada de posição, no campo político-normativo, pelo Congresso, quanto ao maior rigor em tratar a matéria. Em segundo, a Lei nº 11.343/2006 é silente no tocante aos fatores que norteiam a fixação do percentual de diminuição. Há de considerar-se a prática criminosa. Cabe ao intérprete encontrar base no Código Penal, nas normas gerais nele constantes, para a fixação.

Há tendência, é certo, de potencializar-se o princípio que impede, no campo penal, a duplicidade. Chega-se a dizer que, na fixação da pena-base, presentes as circunstâncias judiciais do artigo 59 do Código Penal, não se pode levar em conta elementar do crime, quando, para o tipo, está previsto um piso e um teto. Evidentemente, considerada a prática delituosa, estipula-se a pena-base, adequada para o caso concreto, a partir do artigo mencionado.

**HC 101051 / RS**

A causa de diminuição pode conduzir a quantitativo inferior ao piso previsto na norma que define o tipo. Por isso mesmo, deve-se marchar com absoluta segurança quanto, no caso concreto, à fixação do percentual. Dá-se a definição – e não veria outro critério a levar-se em conta – tendo-se presentes as circunstâncias judiciais, ou seja, a motivação, as circunstâncias e as consequências da prática criminosa, sem que se possa falar em duplicidade no que se considerou antes, na primeira fase de fixação da pena, a mesma circunstância. Não há duplicidade. É o único critério que surge na interpretação sistemática dos diversos dispositivos envolvidos na espécie.

Venho insistindo, na Turma, que não cabe cogitar de ilegalidade – apenas de justo ou injusto, enfoque não passível de exame em sede de *habeas* – no que se considera, na fixação da pena-base, ante o artigo 59 do Código Penal, elementar do crime, relativamente a causa de diminuição, estabelecendo-se a percentagem.

Observem que a quantidade de drogas consubstancia, consoante os artigos 59 do Código Penal e 42 da Lei nº 11.343/06, circunstância judicial. Sob o aspecto do primeiro, presentes as circunstâncias da prática delituosa. Sob o prisma do segundo, a natureza e a quantidade da substância entorpecente.

Tanto a pena-base quanto a causa de diminuição da pena são institutos que devem ser implementados sob o ângulo das circunstâncias. Daí não se poder concluir que levar em conta a quantidade de drogas para a fixação da pena-base e do percentual de diminuição configure duplicidade rechaçada pelo Direito Penal. Frise-se, por oportuno, que o próprio Código Penal considera as circunstâncias judiciais no tocante a dois momentos distintos, ou seja, o da fixação da pena-base e o do regime do cumprimento da pena final – artigos 33, § 3º, e 59.

No caso, diante da apreensão de 130 kg de maconha, acondicionada em 141 “tijolos”, não se pode ter como ilegal a fixação da pena-base em seis anos, numa escala que varia de cinco a quinze, nem a fração de redução na metade, próxima ao redutor máximo de dois terços.

Indefiro a ordem.

01/09/2015

PRIMEIRA TURMA

**HABEAS CORPUS 101.051 RIO GRANDE DO SUL**

**VOTO**

**O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN** - Senhora Presidente, eminente Relator, há uma questão que me permite indagar neste caso: na dosimetria da pena, a quantidade de droga parece ter servido de fundamento tanto para fixação da pena-base quanto para a fração do redutor do § 4º, que está contido na sentença. De modo que me parece, em tese, ter havido um **bis in idem** ao considerar a quantidade da droga tanto aumento da pena-base quanto para fixação da minorante à qual me referi.

Eu, na verdade, estou suscitando uma dúvida, em relação a isso, ao Ministro Marco Aurélio, o Relator. Não sei se seria a hipótese, nos termos do artigo 140, de eventualmente examinarmos isso numa conversão em diligência, mas estou suscitando.

**O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR)** – A premissa de Vossa Excelência é verdadeira. Realmente há esse aspecto. Só que não vejo, nessa consideração para efeito de fixação do percentual, uma sobreposição, uma duplicidade.

**O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN** - Vossa Excelência está acolhendo a preliminar do não conhecimento?

**O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR)** – Não. Digo quanto à matéria de fundo. Mas Vossa Excelência tem razão, porque, na primeira fase de fixação da pena-base, se teria considerado as circunstâncias do crime, da prática delituosa, e, depois, para definir-se o percentual relativo à causa de diminuição da pena, levou-se em conta a grande quantidade de droga.

**O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN** - O voto é nesta direção:



**HC 101051 / RS**

conceder parcialmente a ordem para refazer a dosimetria da pena.

01/09/2015

PRIMEIRA TURMA

**HABEAS CORPUS 101.051 RIO GRANDE DO SUL**

**VOTO**

**O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO** - Eu estou concedendo parcialmente a ordem por esse fundamento.

**O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN** - É também a inflexão que faço, no sentido de conceder parcialmente para refazer a dosimetria da pena.

**O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO** - Determinar o juízo da execução que refaça a dosimetria da pena, tendo em vista a ocorrência de **bis in idem**.

**O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN** - É o meu entendimento.

**O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO** - Então, Vossa Excelência está votando nesse sentido. Eu o acompanho.

01/09/2015

PRIMEIRA TURMA

**HABEAS CORPUS 101.051 RIO GRANDE DO SUL**

VOTO

**A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER (PRESIDENTE)** - Nós todos da Primeira Turma, à época, ficamos vencidos no Plenário, com ressalva do Ministro Luís Roberto, que acompanhou.

Eu particularmente tinha uma compreensão diversa, no caso entendia não haver **bis in idem**, com todo o respeito. Mas, em função da decisão do Colegiado, passei a concluir nessa linha.

Vossa Excelência, Ministro Fachin, abrindo a divergência, eu acompanho Vossa Excelência também.



**PRIMEIRA TURMA**

**EXTRATO DE ATA**

**HABEAS CORPUS 101.051**

PROCED. : RIO GRANDE DO SUL

**RELATOR : MIN. MARCO AURÉLIO**

REDATOR DO ACÓRDÃO : MIN. EDSON FACHIN

PACTE.(S) : JOSINEI DA ROSA

IMPTE.(S) : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO

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

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

**Decisão:** Por maioria de votos, a Turma concedeu, em parte, a ordem de *habeas corpus* para determinar que o Juízo de 1º Grau refaça a dosimetria da pena, afastando o *bis in idem*, nos termos do voto do Senhor Ministro Edson Fachin, Redator para o acórdão, vencido o Senhor Ministro Marco Aurélio, Relator. Ausente, justificadamente, o Senhor Ministro Luiz Fux. Presidência da Senhora Ministra Rosa Weber. 1ª Turma, 1º.9.2015.

Presidência da Senhora Ministra Rosa Weber. Presentes à Sessão os Senhores Ministros Marco Aurélio, Roberto Barroso e Edson Fachin. Ausente, justificadamente, o Senhor Ministro Luiz Fux.

Subprocuradora-Geral da República, Dra. Cláudia Sampaio Marques.

Carmen Lilian Oliveira de Souza  
Secretária da Primeira Turma