

19/12/2013

PLENÁRIO

HABEAS CORPUS 112.776 MATO GROSSO DO SUL

RELATOR : MIN. TEORI ZAVASCKI
PACTE.(S) : FELICIANO FERREIRA ACACIO
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. QUANTIDADE DA DROGA APREENDIDA. CIRCUNSTÂNCIA UTILIZADA NA FIXAÇÃO DA PENA-BASE E NA APLICAÇÃO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI 11.343/2006. *BIS IN IDEM*. OBRIGATORIEDADE DO REGIME INICIAL FECHADO PARA CUMPRIMENTO DA PENA. INCONSTITUCIONALIDADE DO § 1º, DO ART. 2º, DA LEI 8.072/1990. ANÁLISE DAS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR SANÇÃO RESTRITIVA DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. NATUREZA E QUANTIDADE DE DROGA APREENDIDA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. ORDEM PARCIALMENTE CONDEDIDA.

1. Segundo o art. 42 da Lei 11.343/06, “o juiz, na fixação das penas, considerará, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da substância ou do produto, a personalidade e a conduta social do agente”. Configura ilegítimo *bis in idem* considerar a natureza e a quantidade da substância ou do produto para fixar a pena base (primeira etapa) e, simultaneamente, para a escolha da fração de redução a ser imposta na terceira etapa da dosimetria (§ 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006). Todavia, nada impede que essa circunstância seja considerada para incidir, alternativamente, na primeira etapa (pena-base) ou na terceira (fração de redução). Essa opção permitirá ao juiz aplicar mais adequadamente o princípio da individualização da pena (art. 5º, XLVI, da CF) em cada caso concreto.

2. O magistrado sentenciante considerou a natureza e a quantidade de droga simultaneamente na primeira e na terceira fase de

HC 112776 / MS

individualização da reprimenda, em flagrante *bis in idem*.

3. Ao julgar o HC 111.840/ES (Pleno, Min. DIAS TOFFOLI), esta Corte, por maioria, declarou incidentalmente a inconstitucionalidade do § 1º, do art. 2º, da Lei 8.072/1990, com a redação que lhe foi dada pela Lei 11.464/2007, afastando, dessa forma, a obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crimes hediondos e equiparados.

4. É firme a jurisprudência desta Corte no sentido de que a vedação de substituição de reprimenda com base apenas na proibição legal ofende o princípio da individualização, cumprindo ao julgador analisar os requisitos do art. 44 do Código Penal. No caso, porém, tal conversão foi negada à luz das circunstâncias do caso concreto.

5. Ordem concedida parcialmente, para determinar ao juízo competente que proceda à nova fixação da pena imposta ao paciente, bem como fixe o novo regime prisional, à luz do art. 33 do Código Penal.

A C Ó R D ã O

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Sessão Plenária, sob a Presidência do Ministro JOAQUIM BARBOSA, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por maioria, em conceder parcialmente a ordem para determinar ao juízo competente que proceda à nova fixação da pena imposta ao paciente (sem *bis in idem* quanto à natureza e a quantidade da droga) e fixe o regime prisional, à luz do art. 33 do Código Penal, nos termos do voto do Relator, vencidos, parcialmente, os Ministros Luiz Fux, Rosa Weber, Dias Toffoli e Marco Aurélio, que concediam a ordem em menor extensão. Votou o Presidente, Ministro Joaquim Barbosa. O Tribunal autorizou os Ministros a decidirem monocraticamente as questões idênticas. Ausente, justificadamente, o Ministro Celso de Mello. Falaram, pela Defensoria Pública da União, o Dr. Gustavo de Almeida Ribeiro, Defensor Público, e, pelo Ministério Público Federal, o Dr. Rodrigo Janot Monteiro de Barros, Procurador-Geral da República.

Brasília, 19 de dezembro de 2013.

HC 112776 / MS

Ministro TEORI ZAVASCKI

Relator

12/11/2013

SEGUNDA TURMA

HABEAS CORPUS 112.776 MATO GROSSO DO SUL

**SEGUNDA TURMA
HABEAS CORPUS 112.776
REMETIDO AO PLENO**

O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI (RELATOR) - E o 112.776, que trata da questão de aplicação simultânea na primeira e na terceira.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) - Mas esse, eu tenho que, então, apregoar e afetar.

E apregão, então, o Habeas Corpus 112.776, do Mato Grosso do Sul, sendo paciente: Feliciano Ferreira Acácio; impetrante: a Defensoria Pública; apontando-se como coator o Superior Tribunal de Justiça.

Afetado ao Plenário por decisão da Segunda Turma.

SEGUNDA TURMA

EXTRATO DE ATA

HABEAS CORPUS 112.776

PROCED. : MATO GROSSO DO SUL

RELATOR : MIN. TEORI ZAVASCKI

PACTE.(S) : FELICIANO FERREIRA ACACIO

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 decisão unânime, afetou ao Plenário o julgamento do feito. **2ª Turma**, 12.11.2013.

Presidência da Senhora Ministra Cármen Lúcia. Presentes à sessão os Senhores Ministros Celso de Mello, Gilmar Mendes, Ricardo Lewandowski e Teori Zavascki.

Subprocurador-Geral da República, Dr. Paulo Gustavo Gonet Branco.

Ravena Siqueira
Secretária Substituta

19/12/2013

PLENÁRIO

HABEAS CORPUS 112.776 MATO GROSSO DO SUL

RELATOR	: MIN. TEORI ZAVASCKI
PACTE.(S)	: FELICIANO FERREIRA ACACIO
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 TEORI ZAVASCKI (RELATOR):

Trata-se de *habeas corpus* impetrado em favor de Feliciano Ferreira Acácio contra acórdão proferido pela Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, que denegou a ordem no HC 212.856/MS, nos termos da seguinte ementa:

“HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS PRETENSÃO DE APLICAÇÃO DA MINORANTE PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI 11.343/06 NO PATAMAR MÁXIMO. INVIABILIDADE. SUBSTITUIÇÃO DA PENA E MODIFICAÇÃO DE REGIME PRISIONAL. IMPOSSIBILIDADE.

1. Segundo o § 4º do art. 33 da Lei 11.343/06, nos crimes de tráfico ilícito de entorpecentes, as penas poderão ser reduzidas de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços), desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique a atividades criminosas, nem integre organização criminosa.

2. Na hipótese, houve a aplicação da causa de diminuição da pena no patamar inferior ao máximo legal (dois terços), valendo-se a instância ordinária de suficiente fundamentação, o que afasta a alegação de constrangimento ilegal.

3. Para concluir em sentido diverso, infirmando-se os argumentos expendidos na origem, haveria necessidade de revolvimento do acervo fático-probatório, providência descabida na via estreita do *habeas corpus*. Precedentes do STJ e

HC 112776 / MS

do STF.

4. Mantida a pena em patamar superior a 4 (quatro) anos, descabe falar em substituição por restritivas de direitos, sob pena de ofensa à regra prevista no art. 44, I, do Código Penal.

5. Embora a sanção não alcance 8 (oito) anos, as circunstâncias do caso – considerável quantidade e natureza do entorpecente – autorizam o estabelecimento do regime fechado para o início da expiação.

6. Ordem denegada”.

A impetrante alega, em síntese, que: (a) o paciente foi condenado, em primeira instância, à pena 4 anos, 1 mês e 15 dias de reclusão, em regime inicial fechado, pela prática do crime de tráfico de drogas (art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006), sentença que foi mantida pelo Tribunal de Justiça estadual; (b) ao contrário do que lá decidido, *“Não se pode considerar a quantidade e natureza da droga apreendida para aplicação da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º do mesmo diploma legal, pois estaria incorrendo em analogia no bis in idem, vez que esta circunstancia já fora analisada para fixação da pena-base”*; (c) o paciente faz jus a regime aberto para o cumprimento da pena, à luz do art. 33 do Código Penal; (d) estabelecida a pena corporal em patamar inferior a 4 anos, deve ela ser substituída por sanção restritiva de direitos, ante a existência de circunstâncias judiciais favoráveis ao paciente (art. 59 do CP). Requer a concessão da ordem, para (a) aplicar ou determinar que se aplique a minorante do § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006 na fração de 2/3 e, com a redução da reprimenda, (b) a sua substituição por sanção restritiva de direitos.

O pedido de liminar foi indeferido.

Em parecer, a Procuradoria-Geral da República manifesta-se pela denegação da ordem.

A Segunda Turma deliberou submeter o julgamento ao Plenário em face de diferente orientação das Turmas a respeito da interpretação e aplicação do art. 42 da Lei 11.343/2006.

É o relatório.

19/12/2013

PLENÁRIO

HABEAS CORPUS 112.776 MATO GROSSO DO SUL

VOTO

O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI (RELATOR): 1. A submissão do presente *habeas corpus* à deliberação do Plenário, nos termos do parágrafo único do art. 22 do RISTF, decorreu da diferente orientação das Turmas a respeito do disposto no art. 42 da Lei 11.343/2006, que assim dispõe:

“O juiz, na fixação das penas, considerará, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da substância ou do produto, a personalidade e a conduta social do agente”).

Na Segunda Turma, os precedentes são no sentido de que esse dispositivo diz respeito à primeira fase da dosimetria da pena, a significar que “a quantidade e qualidade da droga apreendida são circunstâncias que devem ser analisadas na 1ª 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 113376, Min. GILMAR MENDES, DJe de 03-06-2013). No mesmo sentido: HC 118267, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, DJe de 29-11-2013; HC 115708, Min. RICARDO LEWANDOWSKI, DJe de 18-10-2013; RHC 116066, Min. CÁRMEN LÚCIA, DJe de 18-04-2013; RHC 115486, Min. CÁRMEN LÚCIA, DJe de 01-04-2013; HC 113210, Min. RICARDO LEWANDOWSKI, DJe de 22-10-2012; HC 113376, Min. GILMAR MENDES, DJe de 03-06-2013). Em orientação oposta, a Primeira Turma é “no sentido de admitir que a natureza e a quantidade de droga apreendida sejam utilizadas tanto na primeira fase de dosimetria quanto na graduação da minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006” (HC 111485, Min. ROBERTO BARROSO, DJe de 18-10-2013) No mesmo sentido: HC 117024, Min. ROSA WEBER, DJe de 25-09-2013; HC 111288, Min. LUIZ FUX,

HC 112776 / MS

Primeira Turma, DJe de 08-08-2013; entre outros.

2. Na espécie, o magistrado de primeiro grau fixou a pena-base acima do mínimo legal, destacando, entre outras ponderações, a natureza e a quantidade da droga apreendida; na terceira etapa da dosimetria, ou seja, no exame do § 4º do art. 33 da Lei de Drogas, considerou essas mesmas circunstâncias para estabelecer a redução na fração de 1/4. Transcrevo excertos da sentença, no que importa:

“Atento ao disposto no art. 59 do Código Penal e obedecido o critério trifásico, fixo-lhe a(s) pena(s).

O acusado não possui *antecedentes* penais (fl. 59).

Os *motivos do crime* estão ligados à ânsia do ganho fácil, sem exercício de atividade profissional lícita.

As circunstâncias e consequências do crime extrapolam o normal ao tipo penal, considerando a quantidade de droga apreendida, ou seja, 14,945kg (...) de maconha e 150g (...) de ‘haxixe’, bem como pelo fato de que o acusado transportaria a droga para Goiânia/GO.

O art. 42 da Lei 11.343/2006 prevê, de forma expressa, que na fixação da penas o juiz considerará, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do Código Penal, ‘a quantidade da substância ou do produto’, de modo que tal circunstância constitui elemento hábil a ser considerado para agravar a pena.

Em tal contexto, as circunstâncias judiciais não são plenamente favoráveis ao acusado, fundamento pelo qual fixo as penas-base acima do mínimo legal, ou seja, 5 (cinco) anos e 06 (seis) meses de reclusão e 520 (quinhentos e vinte) dias-multa.

(...)

Em relação ao acusado incide a causa de diminuição de pena a que alude o § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006, posto que devidamente preenchidos os requisitos legais.

(...)

No que pertine ao *quantum* de redução, o mesmo será fixado levando em consideração as circunstâncias do art. 59 do

HC 112776 / MS

Código Penal, bem como a natureza e quantidade de droga apreendida.

Assim, na terceira fase da fixação da pena, faço incidir a causa de diminuição reconhecida e, considerando a natureza e quantidade da droga apreendida, reduzo as penas em ¼ (um quarto), tornando-as definitiva em 04 (quatro) anos, 01 (um) mês e 15 (quinze) dias de reclusão e 390 (trezentos e noventa) dias-multa à míngua de outros elementos que influenciem na sua fixação”.

O cerne da controvérsia é, portanto, saber se é legítima a invocação da natureza e da quantidade da droga apreendida, de forma cumulativa, nas duas fases da dosimetria, sem que isso importe *bis in idem*.

3. O princípio do *ne bis in idem* ou *non bis in idem*, como se sabe, traduz a proibição de sancionar ou punir alguém duas ou mais vezes pelo mesmo fato. Constitui, por isso, inequívoco limite ao poder punitivo do Estado consagrado no âmbito da legislação penal internacional (cf. PRADO. Luiz Regis. Curso de Direito Penal Brasileiro, volume 1: parte geral. Sao Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. p. 158). A propósito, a Convenção Americana dos Direitos Humanos – Pacto de São José da Costa Rica, ratificado no Brasil pelo Decreto 678, de 1992, acolheu o princípio do *non bis in idem* em contexto específico, ao estabelecer que “o acusado absolvido por sentença passada em julgado não poderá ser submetido a novo processo pelos mesmos fatos” (art. 8º, 4). A partir de uma compreensão ampliada desse princípio, não restrito à impossibilidade das persecuções penais múltiplas, desenvolveu-se uma das suas mais relevantes funções no direito penal constitucional: balizar a individualização da pena, com vistas a impedir mais de uma punição individual pelo mesmo fato em momentos diversos do sistema trifásico adotado pelo Código Penal (art. 68). Daí o fundamento pelo qual não se admite, por exemplo, o reconhecimento da agravante “contra mulher grávida” (art. 61, II, “h”, do CP) para aumentar a reprimenda do crime de aborto, ou que o homicídio qualificado pelo motivo torpe (CP, art. 121, § 2º, I) sofra a incidência da

HC 112776 / MS

agravante genérica do art. 61, II, “a”, do Código Penal (“por motivo fútil ou torpe”). Ainda nesse sentido, a jurisprudência desta Corte - na linha, aliás, da Súmula 241 do Superior Tribunal de Justiça (“A reincidência penal não pode ser considerada como circunstância agravante e, simultaneamente, circunstância judicial”) -, reconhece ilegítimo *bis in idem* (ou dupla valoração) “quando os fatos considerados maus antecedentes embasem **também** o agravamento da pena pela reincidência” (HC 96046, Relator(a): Min. AYRES BRITTO, Segunda Turma, DJe de 02-05-2012). No mesmo sentido: (HC 99044, Min. ELLEN GRACIE, Segunda Turma, DJe de 21-05-2010; HC 107556, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Primeira Turma, DJe de 01-07-2011; HC 99044, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, Segunda Turma, DJe de 21-05-2010; HC 80066, Relator(a): Min. ILMAR GALVÃO, Primeira Turma, DJ 06-10-2000). Ainda recentemente, no julgamento dos AP 470 EDj-décimos terceiros, Relator(a): Min. JOAQUIM BARBOSA, Tribunal Pleno, DJe de 10-10-2013, ficou assentado que “há *bis in idem* quando um mesmo fato for considerado mais de uma vez na dosimetria de um mesmo crime”.

4. À luz dessas premissas, é inafastável a conclusão de que há caracterização do *bis in idem* na hipótese em julgamento, pois o magistrado de primeiro grau fixou a pena-base acima do mínimo legal, destacando, entre outras considerações, a natureza e a quantidade da droga apreendida, e, na terceira etapa da dosimetria - ou seja, no exame do § 4º do art. 33 da Lei de Drogas -, invocou essas mesmas circunstâncias para estabelecer a redução na fração de $\frac{1}{4}$. Essa dupla valoração negativa de um mesmo fato como circunstância judicial desfavorável e critério para fixação do *quantum* da diminuição da pena, não tem sustento no direito. Nessa linha de orientação, os seguintes julgados da Segunda Turma: HC 118267, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, DJe de 29-11-2013; HC 115708, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, DJe 18-10-2013; HC 113641, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, DJe de 16-08-2013; HC 108523, Relator(a): Min. JOAQUIM BARBOSA, Segunda Turma, DJe

HC 112776 / MS

de 14-03-2012; HC 119654, Relator(a) TEORI ZAVASCKI, julgado em 29/10/2013, acórdão ainda não publicado, RHC 116066, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Segunda Turma, DJe de 18-04-2013, esse último assim ementado:

(...) 3. O fundamento relativo à natureza e à quantidade do entorpecente foi utilizado tanto na primeira fase da dosimetria, para a fixação da pena-base, como na terceira fase, para a definição do patamar da causa de diminuição do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 em 1/6. *Bis in idem*. (...)

Importante registrar, todavia, que esse entendimento não é incompatível com a opção do juiz de invocar a natureza e a quantidade de droga apreendida, não para fixar a pena-base (primeira fase), mas para efeito de redução prevista na Lei de Drogas, ou seja, para a terceira fase da dosimetria. Nesses casos, não haverá *bis in idem*. Em outras palavras, embora o art. 42 da referida lei estabelecer que “o juiz, na fixação das penas, considerará, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da substância ou do produto, a personalidade e a conduta social do agente”, nada impede que determinada circunstância – por exemplo, a quantidade de droga apreendida –, possa ser considerada, alternativamente, ou para fixação da pena-base ou para cálculo da fração de redução a ser imposta na última etapa da dosimetria (§ 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006).

Esse critério, além de afastar ocorrência de *bis in idem*, prestigia o princípio da individualização da pena (art. 5º, XLVI, da CF), possibilitando um sancionamento mais adequado e condizente com a realidade processual.

Merece acolhida, no ponto, o pedido, para determinar-se ao juiz competente que proceda a nova dosimetria da pena, nos termos da fundamentação.

5. Quanto ao regime prisional, o magistrado sentenciante fixou o regime inicial fechado com base apenas na vedação abstrata prevista na

HC 112776 / MS

Lei 8.072/1990. Veja-se:

“Nos termos do § 1º do art. 2º da Lei 8.072/90, na redação dada pela Lei 11.464/2007, o regime inicial de cumprimento de pena será o fechado, sendo que a progressão de regime obedecerá o disposto no § 2º do mesmo dispositivo legal”.

Ao deixar de analisar as circunstâncias concretas do caso, aquele magistrado contrariou o entendimento firmado por esta Corte no HC 111.840/ES, Min. DIAS TOFFOLI, em que o Plenário, por maioria, declarou incidentalmente a inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei 8.072/1990, com a redação que lhe foi dada pela Lei 11.464/2007, afastando, dessa forma, a obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crimes hediondos e equiparados. Sendo esse o quadro, a ordem deve ser concedida para determinar ao juízo de origem que, depois de fixada a nova reprimenda do paciente, proceda à análise do regime inicial de cumprimento da pena, à luz do art. 33 do CP.

6. Por fim, relativamente à substituição da sanção corporal por pena restritiva de direitos, não tem razão a impetrante. Isso porque a sentença condenatória negou ao paciente a referida substituição, sob os seguintes fundamentos:

“A quantidade de pena, o expressivo volume de droga apreendida, o fato de as circunstâncias judiciais não serem plenamente favoráveis ao acusado e por decorrência de tal regime legal, resta incompatível a substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos, mesmo porque as penas substitutivas devem ser aplicadas unicamente naqueles crimes de pequeno ou médio potencial ofensivo, de acordo com o previsto no art. 44, I e III, do Código Penal”.

Vê-se, portanto, que a decisão não revela nenhum constrangimento ilegal imposto ao paciente, pois ressalta que a referida conversão da pena

HC 112776 / MS

não seria socialmente adequada em razão das circunstâncias concretas da prática delitiva, em especial a natureza e a quantidade de entorpecente apreendido com o paciente (14,945kg de “maconha”, divididos em 13 porções, e 150g do entorpecente conhecido como “haxixe”). Registre-se, por outro lado, que a nova dosimetria da pena em nada afetará os fundamentos utilizados pelo juízo de primeira instância, nesse ponto, tendo em vista que, seja qual for a fase que se aplique, a natureza e a quantidade da droga apreendida são circunstâncias que persistirão para negar ao paciente a substituição da reprimenda, a teor do art. 44, III, do CP. Com efeito, as duas Turmas desta Corte orientam-se pela legitimidade da negativa de substituição da pena em situações como a que se apresenta nestes autos, conforme se verifica dos seguintes julgados:

“*HABEAS CORPUS*. CONSTITUCIONAL. PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. (...) PEDIDO DE FIXAÇÃO DO REGIME ABERTO PARA INÍCIO DE CUMPRIMENTO DA PENA E DE SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. NÃO PREENCHIMENTO DOS CRITÉRIOS OBJETIVO E SUBJETIVO. ORDEM DENEGADA.

(...)

4. Não tem o Paciente direito à substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos ou à alteração do regime inicial fechado de cumprimento da pena privativa de liberdade para o aberto, por não terem sido atendidos os critérios objetivo e subjetivo previstos em lei.

5. Ordem denegada” (HC 105764, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Primeira Turma, DJe de 06-05-2011).

“Recurso ordinário em *habeas corpus*. 2. Tráfico ilícito de entorpecentes (art. 33, *caput*, da Lei 11.343/2006). Condenação: pena de 2 anos e 6 meses de reclusão. Regime inicial fechado. 3. Pedidos de fixação do regime inicial aberto e substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direito. 4. Expressiva quantidade de droga apreendida (17,400kg de

HC 112776 / MS

maconha). Regime mais brando não recomendado. Inviabilidade da substituição, pois insuficiente e inadequada à reprovação e prevenção do crime. 5. Recurso a que nega provimento” (RHC 117697, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, DJe de 27-11-2013).

Ainda: RHC 116175, Relator(a): Min. ROSA WEBER, Primeira Turma, DJe de 01-07-2013; RHC 115227, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Primeira Turma, DJe de 14-08-2013; HC 112755, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Segunda Turma, DJe de 11-12-2012; RHC 113380, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, DJe de 18-09-2012; HC 114413, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, DJe de 21-05-2013.

7. Ante o exposto, voto no sentido da concessão parcial da ordem, para determinar ao juízo competente que proceda à nova fixação da pena imposta ao paciente (sem *bis in idem* quanto à natureza e a quantidade da droga) e fixe o regime prisional, à luz do art. 33 do Código Penal. É o voto.

19/12/2013

PLENÁRIO

HABEAS CORPUS 112.776 MATO GROSSO DO SUL

ESCLARECIMENTO

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Presidente, como observou o Ministro Teori, a Primeira Turma tem uma posição divergente.

Eu, recentemente, juntei-me à Primeira Turma, de modo que vou deferir, por uma rodada, a manifestação de voto ao eminente Ministro Luiz Fux, que vai fazer o contraponto e sustentar a posição da Primeira Turma, se Vossa Excelência estiver de acordo.

19/12/2013**PLENÁRIO****HABEAS CORPUS 112.776 MATO GROSSO DO SUL****VOTO**

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Egrégio Tribunal Pleno, Senhor Presidente, ilustre representante do Ministério Público, Senhores Advogados presentes, estudantes.

Senhor Presidente, as premissas, nas quais se baseia a Primeira Turma, são diversas das premissas fixadas aqui, em grande parte, por aplicação analógica de dispositivos pela Segunda Turma.

A Primeira Turma, no tocante às premissas teóricas, entende que a natureza e a quantidade da droga apreendida podem ser utilizadas tanto na primeira fase da dosimetria do crime do art. 33, **caput**, § 1º, da Lei nº 11.343, quanto para a gradação da causa de diminuição de pena prevista no § 4º do mesmo artigo, pois tais circunstâncias constituem elementos indiciários de dois fatores distintos. Em primeiro lugar, a intensidade da lesão à saúde pública; e, em segundo lugar, o grau de envolvimento do agente com a criminalidade; porque, como destacou o Ministro Teori Zavascki, aqui a hipótese não é de agravar a pena. Não é uma causa de aumento de pena. Aqui a hipótese é a de sopesar se é possível aplicar uma minorante, tendo em vista a quantidade da droga.

Então, o que nós, na Primeira Turma, ressaltamos é que a nova Lei veio proteger, de um lado, a saúde pública e, de outro lado, agravar a situação daquele que está envolvido na atividade criminosa e na organização criminosa.

Isso, porque a Lei nº 11.343 foi editada com a finalidade declarada de proteger a saúde pública de todos os malefícios que as drogas podem causar. Para atingir esse desiderato, o legislador - e isto está na exposição de motivos - dirigiu maior rigor penal às condutas daqueles que se dedicam ao tráfico organizado de drogas, dispensando, em contrapartida, um tratamento mais brando àqueles que se envolvem com a mercancia ilícita de entorpecentes de maneira apenas eventual.

HC 112776 / MS

Nesse sentido, o § 4º do artigo 33 da Lei nº 11.343 dispõe o seguinte:

"§ 4º Nos delitos definidos no caput e no § 1º deste artigo, as penas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, vedada a conversão em penas restritivas de direito, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa."

Os pressupostos para a diminuição da pena - que é o que está em jogo aqui - são, portanto, a primariedade, os bons antecedentes, a não dedicação às atividades criminosas e a não integração à organização criminosa.

Deve-se entender que só faz jus à minorante aquele que não se dedica à prática de atividades criminosas, seja de que natureza for, nem faz parte de organização criminosa de qualquer espécie, uma vez que o dispositivo legal não distingue essa organização criminosa.

Percebe-se, assim, que o crime de tráfico de drogas, previsto no **caput** e no § 1º do artigo 33 da Lei em comento visa a tutelar o bem jurídico saúde pública, enquanto que a minorante do § 4º, denominado tráfico privilegiado, baseia-se no diminuto envolvimento do agente com a criminalidade organizada.

Obviamente que sujeitos que praticam o tráfico de drogas sempre possuem algum tipo de envolvimento com o submundo criminoso, ainda que pontual e momentâneo.

Nesse contexto, há que se eleger parâmetros para atender ao princípio constitucional da individualização da pena, como mencionou o eminente Procurador-Geral da República, tanto com vistas a avaliar o grau de lesão à saúde pública, quanto no afã de mensurar o grau de dedicação do criminoso ao tráfico de drogas.

Então, são duas razões de ser completamente diferentes: essa, que manda considerar a preponderância da quantidade e a natureza da droga para fixar a pena, e a outra razão de ser do § 1º, que só se concede a minorante se não houver esse envolvimento com organização criminosa.

O artigo 42 da Lei elege a natureza e a quantidade da substância ou

HC 112776 / MS

do produto com balizas para a atividade do Magistrado na primeira fase da dosimetria, precisamente por serem fatores aptos a definir o tamanho do impacto, ainda que em potencial, que o fato delituoso é capaz de causar ao bem jurídico tutelado, que é saúde pública.

Olvidou-se o legislador, no entanto, quanto aos critérios para determinar a dimensão do envolvimento do agente com o tráfico organizado.

O tema é sensível não apenas por ser de rigor o afastamento da minorante do artigo 33, § 4º, da Lei de regência, quando comprovada a dedicação do agente às atividades criminosas, mas também devido à escala de diminuição da pena prevista nesse dispositivo que varia de um sexto a dois terços.

A realidade prática dos órgãos de persecução penal é particularmente ingrata, dada a notória dificuldade de definir, no caso concreto, a posição ocupada na hierarquia do tráfico por determinado sujeito.

Vale notar que o tráfico de drogas é atividade praticada em contexto de subjugação de comunidades inteiras, nas quais valem apenas duas leis: a lei do silêncio e a lei do mais forte.

Não é tarefa simples caracterizar a maior ou menor autonomia perante as organizações criminosas de alguém flagrado praticando uma das condutas previstas no tipo penal: vender, expor à venda, ter em depósito, transportar, guardar, entregar ou fornecer a droga, dentre outros.

Dentre os poucos critérios objetivos para auxiliar o Juiz nessa tarefa, figura indubitavelmente a natureza e a quantidade da droga.

Com efeito, pode-se dizer, com relativa segurança, que o indivíduo, em cuja residência são encontrados milhares de envólucros contendo cocaína, é alguém que se dedica à mercancia dessa substância entorpecente.

Com isso, torna-se imperioso o afastamento da causa de diminuição de pena, denominado tráfico privilegiado, sem prejuízo de o montante da droga apreendida servir também como forma de mensurar a ofensa

HC 112776 / MS

gerada à saúde pública. São coisas completamente diferentes. Noutras palavras, a natureza e a quantidade da droga apreendida podem constituir amparo probatório do afastamento e da gradação da minorante prevista no artigo 33, § 4º, da Lei de Drogas. É que, na seara do Direito Processual Penal, o princípio do favor-rei não inibe a possibilidade de utilização de presunções **hominis** ou **facti** por parte do magistrado para decidir questões relevantes para o exercício do **ius puniendi**. De tanto, procede essa afirmação que o Código de Processo Penal admite, num texto próprio, que nós já utilizamos aqui várias vezes, a prova indiciária sem que haja o tarifamento de provas no Código de Processo Penal.

E aqui eu trago, sobre essa necessidade de se buscar esses indícios para verificar se o paciente é dedicado ou não às atividades criminosas, as lições de Giovanni Leone sobre essas presunções:

“Assim como a quantidade e a natureza da droga apreendida podem indicar que o agente se dedica às atividades criminosas, ou seja, que ele se empenha, exclusivamente, nessa espúria tarefa, afastando de plano a figura do tráfico privilegiado - então, sem a aplicação da minorante -, esses fatores também revelam o quão ocasional é o tráfico de drogas na vida do condenado, que malgrado não se dedica ao crime, e nem integre organização criminosa, lamentavelmente optou por se envolver com esse tipo de delito. Dentre os traficantes não profissionais, há uns mais e outros menos devotados a essa atividade, circunstância que pode e deve orientar o estabelecimento da fração de diminuição da pena na escala legalmente prevista de 1/6 a 2/3.”

Aliás, eu chamo a atenção para uma situação que gerará perplexidade: nós vamos fixar uma pena, e os 2/3 figurarão obrigatoriamente como causa minorante.

Nesse sentido, não é possível alegar **bis in idem**, visto que, em verdade, o que eleva a pena-base é a intensidade da lesão à saúde pública, enquanto que a causa de diminuição - não se está falando aqui de causa de aumento de pena, não - é concedida em fração menos graciosa, dado o

HC 112776 / MS

maior grau de envolvimento do réu com a criminalidade organizada ou a sua maior devoção à atividade criminosa.

A natureza e a quantidade de droga servem, em ambos os casos, apenas como elemento indiciário de que se vale o juiz para formar o seu livre convencimento motivado, exigível pelo artigo 155 do Código de Processo Penal e artigo 93, IX, da Constituição Federal.

Então, por essa razão, eu denego ambas as ordens, muito embora no segundo...

19/12/2013

PLENÁRIO

HABEAS CORPUS 112.776 MATO GROSSO DO SUL

RELATOR	: MIN. TEORI ZAVASCKI
PACTE.(S)	: FELICIANO FERREIRA ACACIO
IMPTE.(S)	: DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO
PROC.(A/S)(ES)	: DEFENSOR PÚBLICO-GERAL FEDERAL
COATOR(A/S)(ES)	: SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

DEBATE

O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI (RELATOR) - Vossa Excelência, Ministro Luiz Fux, concede em menor extensão? Concede, num caso, em menor extensão?

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Não, na verdade, eu não adoto, eu admito essa cumulação de apreciação da quantidade da droga. Acompanho, Vossa Excelência, só no último, porque é uma conclusão inequívoca.

A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER - São duas questões.

O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI (RELATOR) - Não, mas é que, num deles, também, tem assim no último, Vossa Excelência acompanha o quanto foi fixado na terceira - certo -, onde eu denego.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - É, Vossa Excelência entendeu que setenta...

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - Não houve o **bis in idem**.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - A nossa tese não se

HC 112776 / MS

compromete com ...

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - O fundamento é que é diferente.

O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI (RELATOR) - Mas, no primeiro *Habeas Corpus*, eu concedi em maior extensão.

A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER - Vamos conceder em menor extensão.

O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI (RELATOR) - Vossa Excelência concede em menor extensão o regime prisional?

A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER - Em menor extensão.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - O Ministro denega nos dois casos.

O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA (PRESIDENTE) - Denega.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Eu denego.

A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER – Não, em um dos *Habeas*, se concede em menor extensão.

O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI (RELATOR) - Em parte, concede...

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Não. Em um deles, há a problemática, ministro Luiz Fux, da fixação do regime de cumprimento da pena, no que não se observou o § 3º do artigo 33 do Código Penal.

HC 112776 / MS

A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER – Em uma orientação nossa.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – E temos observado esse parágrafo na Turma.

Então, no *Habeas Corpus* nº 112.776, penso que Vossa Excelência concede parcialmente.

O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI (RELATOR) - Concede em menor extensão.

A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER - Isso, em menor extensão que o Ministro Teori.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - É verdade.

19/12/2013**PLENÁRIO****HABEAS CORPUS 112.776 MATO GROSSO DO SUL****VOTO**

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Presidente, eu, portanto, achei próprio ouvirmos primeiro o voto do Ministro Luiz Fux, porque eu tinha conhecimento de que a posição dele era distinta, e é a posição que tem prevalecido na Primeira Turma, inclusive com o meu voto, porque não intentei modificar essa jurisprudência.

No entanto, vindo este processo a Plenário, eu fiz novas reflexões sobre a matéria e gostaria de declinar, muito brevemente, a minha pré-compreensão sobre essa questão que envolve a política de drogas no país de uma maneira geral, especialmente pela minha constatação de que boa parte dos processos em que há condenação se refere à droga maconha. E, portanto, eu partilho as seguintes reflexões que integram a minha pré-compreensão. Eu não vou entrar na discussão sobre os malefícios maiores ou menores que a maconha efetivamente cause, mas é fora de dúvida que essa é uma droga que não torna as pessoas antissociais. E, diante do volume dos processos que nós recebemos, eu cheguei à constatação, que me preocupa, de que boa parte das pessoas que cumprem pena nos presídios brasileiros por tráfico de drogas são pobres que foram enquadradas como traficantes por portarem quantidades - que caracterizavam tráfico, mas não eram significantes - de maconha. E a minha constatação pior é a de que esses jovens, geralmente negros e pobres, entram nos presídios por possuírem quantidades não tão significativas de maconha, e saem desses presídios escolados no crime e pessoas muito piores do que eram quando entraram. E é por esta razão que, em relação à maconha - sobre esse tópico de que eu estou falando -, penso que o debate público sobre a descriminalização é menos discutir acerca de uma opção filosófica e mais a circunstância de se fazer uma escolha pragmática. Veja que o foco do meu argumento não é a questão do usuário; não que considere esse foco desimportante, mas a minha

HC 112776 / MS

preocupação é outra, e é dupla.

A primeira é reduzir o poder que a criminalização dá ao tráfico e aos seus barões nas comunidades mais pobres do País, e especialmente na minha cidade de origem, o Rio de Janeiro. A criminalização fomenta o submundo, dá poder político e econômico a esses barões do tráfico, que oprimem essas comunidades, porque eles conseguem oferecer utilidades e remuneração maiores do que o Estado e o setor privado em geral.

Portanto, o meu primeiro questionamento diz respeito ao poder do tráfico e o meu segundo questionamento diz respeito à conveniência de uma política pública que manda para a penitenciária jovens, geralmente primários e de bons antecedentes, que saem dessa penitenciária pós-graduados em criminalidade. Porque tenho essa pré-compreensão de que boa parte dos presos do País são pessoas não perigosas e incriminadas por quantidades de maconha, e evidentemente não estando ao meu alcance, nem deste Tribunal, modificar a legislação nessa matéria, está, no entanto, ao meu alcance e possibilidade optar por uma interpretação menos dura dessa legislação.

De modo que, por essas razões, que são razões metajurídicas, razões que formam o modo como eu penso e vejo essa questão da droga e da política criminal, eu estou reajustando a posição que anteriormente mantinha na Turma e aderindo à posição que foi aqui defendida pelo Ministro Teori Zavascki.

Diante do exposto, acompanho o Relator.

* * * *

19/12/2013**PLENÁRIO****HABEAS CORPUS 112.776 MATO GROSSO DO SUL****HABEAS CORPUS 109.193****112.776****VOTO**

A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER - Senhor Presidente, tanto o Ministro Teori quanto o Ministro Fux expuseram, com minudência e de forma absolutamente judiciosa, as posições díspares da Primeira e Segunda Turma com relação ao tema em debate. Agora o Ministro Barroso dá destaque a questões metajurídicas reveladoras da sensibilidade e delicadeza do tema de que estamos a tratar.

Observo, em um primeiro momento, a necessidade de estabelecer o critério. Fiquei com uma dúvida, no voto do Ministro Luís Roberto, quanto à adoção do critério qualidade, natureza e quantidade de droga, para efeito de definição da dosimetria da pena, na sua primeira e terceira fase, de forma alternativa.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Eu adiro à posição do Ministro Teori de que tem de ser ou na primeira fase ou na terceira fase. Pode ser na terceira fase. Eu até, preferencialmente, adotaria na terceira fase, mas haveria um problema de texto para fazer isso. De modo que, na aplicação do 33, Ministra Rosa, ainda subsistem como critérios para valorar a minorante a questão de pertencer à organização criminosa ou de se dedicar a atividades criminosas. Mas, a natureza e a quantidade não poderiam ser critérios na terceira fase.

A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER - Obrigada, Ministro Luís Roberto.

Senhor Presidente, adoto e sigo a orientação da Primeira Turma, porque me convenci de que não há o fenômeno do *bis in idem*. Na verdade, uma coisa, com todo o respeito, é considerar a natureza e quantidade da droga para efeito de fixação da pena-base como circunstância judicial, e obedecendo ao artigo 42 da Lei nº 11.343/2006,

HC 112776 / MS

expresso quando diz:

"O juiz, na fixação das penas, considerará, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da substância ou do produto, a personalidade e a conduta social do agente."

E outra coisa, com o maior respeito, é entender que a natureza e a quantidade da droga podem servir, sem que implique *bis in idem*, como indicativos do grau de envolvimento do agente no mundo das drogas, como meros indicativos para efeito de aplicação do artigo 33, § 4º, também da Lei nº 11.343, que em sua dicção reza:

"Nos delitos definidos no caput e no § 1º deste artigo, as penas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa."

Tivemos, há algumas semanas, na Primeira Turma, uma discussão interessante sobre a possibilidade de aplicação da minorante desse § 4º em um caso de "mula", de pequeno traficante; um boliviano que foi surpreendido no terminal rodoviário de Barra Funda, em São Paulo, vindo de Puerto Suarez, e havia ingerido cinquenta cápsulas de cocaína. Entendi que era o caso de - e me louvando, inclusive, em um precedente da Segunda Turma, da lavra do Ministro Gilmar Mendes - aplicar, a ele, a minorante, enquanto mula.

Trata-se, realmente, de questão sensível e delicada. Agora, com todo respeito, não me parece o mais adequado entender pela inviabilidade de considerar a natureza das drogas e quantidade apreendida como indicativos do grau de envolvimento em atividades criminosas ou de eventual integração em organização criminosa diante desse espectro fixado pelo próprio legislador, que autoriza e comanda a diminuição da pena, numa fração que vai de 1/6 a 2/3. O próprio Ministro Teori, quando

HC 112776 / MS

invoca a doutrina de Nucci - se bem me recordo -, ainda faz essas ponderações. De fato, a própria lei, o texto legal atribui ao juízo uma discricionariedade. Como ele vai fixar e definir a minorante? Qual a fração a ser utilizada? Como o juiz vai definir o grau de dedicação a atividades criminosas? Não poderá considerar uma enorme quantidade de drogas - bem destacou, a meu juízo, o Ministro Fux - para esse efeito? Isso significa considerar duas vezes o mesmo fato para punir? A dupla consideração de um mesmo fato para a aplicação da pena, sem dúvida, seria um *bis in idem*. Mas aqui não é. Natureza e quantidade da droga são indicativos do menor ou maior grau para efeito de definição do percentual de redução. E não é de acréscimo, é de redução da pena, porque é uma minorante - é de uma minorante que estamos tratando.

Peço vênia até por ter me estendido um pouco. Na verdade, reafirmo a minha posição na Primeira Turma. Voto, na linha proposta pelo Ministro Fux, denegando a ordem em um dos *habeas* e deferindo a ordem, numa menor extensão - apenas para a definição do regime de cumprimento da pena-, no outro *habeas*. Mas, Senhor Presidente, a se concluir pela existência de *bis in idem*, o meu voto seria no sentido da consideração da natureza e quantidade da droga exclusivamente na primeira fase de dosimetria da pena, pedindo vênia aos que têm respeitabilíssimo entendimento contrário.

19/12/2013

PLENÁRIO

HABEAS CORPUS 112.776 MATO GROSSO DO SUL**VOTO****O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:**

Senhor Presidente, peço vênia ao eminente Relator para manter a posição que tenho adotado na Primeira Turma.

Estamos aqui diante do tráfico privilegiado. E o § 4º do art. 33, ao permitir este favor ao sentenciado, estabelece que ele não pode ser deferido a quem seja reincidente, a quem não seja primário. Só pode ser deferido, portanto, a quem seja primário, tenha bons antecedentes, não se dedique a atividade criminosa ou não pertença a organização criminosa.

Pois bem. Aquele que tem maus antecedentes, aquele que se dedica a atividade criminosa, aquele que participa ou integra uma organização criminosa, organicamente, não tem esse benefício. Não é, portanto, beneficiado pelo § 4º do art. 33. Para aquele que se enquadra na figura do tráfico privilegiado, a lei estabeleceu uma calibragem, dizendo de quanto seria esse benefício. Se quisesse o legislador estabelecer que não caberia ao juiz ponderar, teria definido o **quantum** que deveria ser aplicado e ponto. Mas ele estabeleceu uma calibragem. Diante dessa calibragem que é deferida ao julgador, o que ele vai levar em consideração? Olha, a pessoa não tem maus antecedentes, é réu primário, não integra uma organização criminosa, foi uma mula eventual contratada para aquela viagem específica, não se dedicava a atividade criminosa; foi seduzida naquele momento, **ad hoc**, para fazer o transporte de droga - o caso mais comum. E essa pessoa está levando maconha. E temos uma outra que está levando não sei quantas pedras de crack, quantos quilos de cocaína. Não pode o juiz fazer essa ponderação, qual é o mais privilegiado, qual que é o menos privilegiado? Os dois são privilegiados, porque se tratam de casos de réus primários, nas hipóteses que estou aqui a construir; réus que não integram organização criminosa, réus que tenham dedicação, ali eventual, **ad hoc**, para o crime, de acordo com o que está nos autos. Um levou um quilo de maconha, outro levou um quilo de cocaína. Olha, essa

HC 112776 / MS

dosagem, essa calibragem é exatamente para o juiz distinguir, com a devida vênia do avanço, da evolução, que houve aqui, tal como apresentado pelo Ministro **Barroso**. Essa é exatamente a circunstância que Vossa Excelência ponderou, inicialmente, ao fazer a abordagem de uma análise sobre drogas mais ofensivas ou menos ofensivas, ou mesmo drogas que são inofensivas, em tese, mas que estão penalizadas pelo nosso ordenamento.

Esse desvalor da conduta é intrínseco a essa análise do tráfico privilegiado. Não há como deixar de se analisar aqui a conduta. Tanto que, quando a pena-base é fixada no mínimo legal, o que ocorre com o tráfico privilegiado? Ele é estabelecido no seu grau máximo. Exatamente quando a pena-base não é estabelecida no seu mínimo legal é que se discute a possibilidade de não haver a calibragem no grau máximo. Tanto que, na Turma, quando a pena-base é no mínimo legal, geralmente nós concedemos o **habeas corpus**. Porque, se é tráfico privilegiado, não houve nenhuma circunstância que levasse à elevação da pena-base. Por que não se concedeu, então, no maior grau possível, o tráfico privilegiado?

Eu penso que, aqui no caso, não se está aplicando o mesmo fato para se estabelecer penas; está-se analisando o mesmo fato em relação ao grau de privilégio, e esse grau de privilégio tem que levar em consideração a realidade, o caso concreto.

Por isso, subscrevo tudo quanto já foi dito pelo Ministro **Luiz Fux**, pela Ministra **Rosa Weber**, mas não sem deixar também de louvar a manifestação do ponto de vista metajurídico do Ministro **Luís Roberto Barroso**. Aliás, está pra ser lançado, no Brasil, um livro o qual demonstra o fracasso da chamada guerra às drogas, iniciada no Governo Nixon, nos Estados Unidos, e que tomou o mundo, como uma grande guerra. Esse livro do autor Roberto Saviano chamado Zero Zero Zero está sendo traduzido e deve ser lançado no Brasil no início no ano que vem. Ele traz à baila essa questão que foi colocada no Brasil pelo ex-Presidente Fernando Henrique sobre a necessidade de se discutir uma outra forma de se combater esse grande mau que aflige a nossa sociedade. Isso dito, acompanho a divergência.

19/12/2013

PLENÁRIO

HABEAS CORPUS 112.776 MATO GROSSO DO SUL

TRIBUNAL PLENO
HABEAS CORPUS 109.193
112.776

VOTO

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - Presidente, ouvi com muita atenção todas as ponderações e vou pedir vênias aos Ministros que divergem do Relator para manter minha posição exatamente como foi explanado, e muito bem-explanado, tal como foi feito também pela divergência e pelo Ministro Teori Zavascki.

Tenho, para mim, que a consideração de um mesmo critério em duas fases, na fase da fixação da pena-base, e, posteriormente, como disse a Ministra Rosa Weber, para efeito de minorante, caracteriza, de toda forma, utilização de um único dado para a apenação. E, portanto, neste caso, tem-se exatamente o que, na minha compreensão, caracteriza o **bis in idem**.

Essa é a razão pela qual, Senhor Presidente, eu peço vênias à divergência, mas acompanho o Ministro Teori, apenas salientando que estou acompanhando o que foi acentuado no voto de Sua Excelência no caso do **Habeas Corpus** nº 112.776, o primeiro deles, em que há a concessão parcial pelo Relator. E só chamando a atenção, o pedido é mais extenso, porque pede também que o juiz faça a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direito, parte essa que não está sendo aqui concedida. Ou seja, fixa-se o **bis in idem** no voto do Ministro-Relator - que eu estou acompanhando -, e, por isso, determina-se que seja fixada uma nova pena, com esse afastamento, e, a partir daí, um novo regime prisional. O que não se está concedendo é o que se refere, rigorosamente, à questão da substituição por restritiva de direito. É exatamente nesse sentido que voto.

No outro caso, como foi utilizado pelo Tribunal de Minas na terceira fase, há a denegação da ordem por inexistência de legalidade ou

HC 112776 / MS

constrangimento. E é nesse sentido que voto, mais uma vez, reiterando ter considerado do melhor valor os fundamentos apresentados pelas divergências, especialmente na palavra do Ministro Fux, com os acréscimos da Ministra Rosa Weber e do Ministro Dias Toffoli.

É como voto, Senhor Presidente.

xxxxxxx

19/12/2013

PLENÁRIO

HABEAS CORPUS 112.776 MATO GROSSO DO SUL

VOTO

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - Senhor Presidente, eu peço vênia à divergência e reafirmo a posição que tenho tomado na Primeira Turma, que é a de acompanhar integralmente...

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - Da Segunda Turma.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - Da Segunda Turma. Eu participei honrosamente da Primeira; ainda me sinto emocionalmente vinculado à Primeira, pelo tempo que passei lá.

Mas, de fato, a posição que eu tenho afirmado e reafirmado na Segunda Turma é exatamente essa perfilhada pelo eminente Relator Ministro Teori Zavascki. Qual seja? A de que a natureza e a quantidade de substância entorpecente pode ser empregada pelo magistrado na dosimetria, tanto na primeira, quanto na terceira fase, não sendo possível que ele aplique esse critério em duplicidade, sob pena de incorrer em vedado *bis in idem*.

No mais, estou inteiramente de acordo com as conclusões do Relator, portanto, acompanho-o integralmente em ambos os casos.

19/12/2013**PLENÁRIO****HABEAS CORPUS 112.776 MATO GROSSO DO SUL**

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Presidente, faço duas observações. Em primeiro lugar, ante o recrudescimento da prática criminosa, houve, após trinta anos da edição da lei primitiva, a Lei nº 6.368/76, tomada de posição, no campo político-normativo, pelo Congresso, quanto ao maior rigor em tratar-se a matéria.

No tocante ao segundo ponto, Presidente, com a causa de diminuição prevista no § 4º do artigo 33 da nova Lei de Tóxicos, a Lei nº 11.343/2006, não se elucidou, o preceito não elucida, a fixação da percentagem ao cogitar-se de um sexto a dois terços. Evidentemente, essa consideração deve ocorrer no âmbito da ponderação quanto à prática criminosa. Certamente, o intérprete deve encontrar base no Código Penal, nas normas gerais deste, para essa fixação.

Há tendência, reconheço, de potencializar-se o princípio que impede, no campo penal, a duplicidade. Chega-se ao ponto de se 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, fixa-se a pena-base, adequada para o caso concreto, a partir do artigo referido.

Presidente, 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 à observância, ou seja, quanto, no caso concreto, à fixação do percentual. Dá-se a definição – e não veria outro critério a levar-se em conta – com base nas 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.

Por isso, tenho ressaltado na Turma que não cabe cogitar de

HC 112776 / MS

ilegalidade – pode-se cogitar de critério alusivo ao justo ou ao injusto – quer no que se considera, na fixação da pena-base, presente o artigo 59 do Código Penal, portanto, em termos de circunstâncias judiciais, elementar do crime, quer quando, fixada a pena-base, parte-se para a consideração do § 3º do artigo 33 da Lei de Tóxicos, da causa de diminuição, e se estipula uma percentagem.

No tocante ao *Habeas Corpus* nº 112.776, creio que todos estamos de acordo quanto ao regime de cumprimento, que é norteadado pelo § 3º do artigo 33 do Código Penal, ou seja, ante circunstâncias judiciais, e não se diz que há sobreposição no que as mesmas circunstâncias foram tomadas em consideração para fixar-se a pena-base. Não é dado cogitar de duplicidade.

Então, relativamente a ambos os *habeas*, acompanho o voto proferido pelo ministro Luiz Fux. Implemento a ordem parcialmente, em menor extensão, no *Habeas Corpus* nº 112.776 e a indefiro no *Habeas Corpus* nº 109.193.

É como voto.

19/12/2013

PLENÁRIO

HABEAS CORPUS 112.776 MATO GROSSO DO SUL

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Presidente, então a tese eleita pelo Colegiado maior, para a observância nas Turmas, é esta: quanto à causa de diminuição prevista no artigo 33, § 4º, da Lei de Tóxicos, não se pode considerar elemento já tomado de empréstimo na fixação da pena-base.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - Exato. Sob pena de *bis in idem*.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

Serão sempre dois terços.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - E também, salvo engano, Ministro Teori Zavascki, Vossa Excelência tem assentado que a quantidade e a natureza da droga pode ser considerada tanto na primeira quanto na terceira fase, desde que não seja considerada em duplicidade.

O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI (RELATOR) - Desde que não simultaneamente.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Em síntese, tira-se um par ou ímpar!

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI -
Fundamentadamente.

19/12/2013

PLENÁRIO

HABEAS CORPUS 112.776 MATO GROSSO DO SUL

EXPLICAÇÃO

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - Senhor Presidente, em relação ainda a essa proclamação, eu indago se não seria o caso do Plenário delegar que, quando se tratasse apenas da aplicação em casos sujeitos aos Juízes, se não poderíamos decidir monocraticamente.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Presidente, se é deliberação do Colegiado, peço a Vossa Excelência que registre o meu voto, até mesmo por coerência, em sentido contrário.

Entendo que essa ação nobre, a de *habeas corpus*, no que voltada a preservar a liberdade de locomoção, deve, com o processo devidamente aparelhado, vir ao Colegiado.

Não aplico, no tocante a ela, quer o artigo 557 do Código de Processo Civil, subsidiariamente, quer o 21 do Regimento Interno.

PLENÁRIO

EXTRATO DE ATA

HABEAS CORPUS 112.776

PROCED. : MATO GROSSO DO SUL

RELATOR : MIN. TEORI ZAVASCKI

PACTE.(S) : FELICIANO FERREIRA ACACIO

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 decisão unânime, afetou ao Plenário o julgamento do feito. **2ª Turma**, 12.11.2013.

Decisão: O Tribunal, por maioria, concedeu em parte a ordem para determinar ao juízo competente que proceda à nova fixação da pena imposta ao paciente (sem *bis in idem* quanto à natureza e a quantidade da droga) e fixe o regime prisional, à luz do art. 33 do Código Penal, nos termos do voto do Relator, vencidos, parcialmente, os Ministros Luiz Fux, Rosa Weber, Dias Toffoli e Marco Aurélio, que concediam a ordem em menor extensão. Votou o Presidente, Ministro Joaquim Barbosa. O Tribunal autorizou os ministros a decidirem monocraticamente as questões idênticas. Ausente, justificadamente, o Ministro Celso de Mello. Falaram, pela Defensoria Pública da União, o Dr. Gustavo de Almeida Ribeiro, Defensor Público, e, pelo Ministério Público Federal, o Dr. Rodrigo Janot Monteiro de Barros, Procurador-Geral da República. Plenário, 19.12.2013.

Presidência do Senhor Ministro Joaquim Barbosa. Presentes à sessão os Senhores Ministros Marco Aurélio, Gilmar Mendes, Ricardo Lewandowski, Cármen Lúcia, Dias Toffoli, Luiz Fux, Rosa Weber, Teori Zavascki e Roberto Barroso.

Procurador-Geral da República, Dr. Rodrigo Janot Monteiro de Barros.

p/ Luiz Tomimatsu
Assessor-Chefe do Plenário