

25/02/2014

PRIMEIRA TURMA

**HABEAS CORPUS 119.976 SÃO PAULO**

**RELATOR** : **MIN. LUIZ FUX**  
**PACTE.(S)** : **CHISTHIAN GABRIEL LOPEZ GRONDONA**  
**IMPTE.(S)** : **DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO**  
**PROC.(A/S)(ES)** : **DEFENSOR PÚBLICO-GERAL FEDERAL**  
**COATOR(A/S)(ES)** : **SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

**EMENTA: PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. TRÁFICO INTERNACIONAL DE DROGAS (ART. 33, CAPUT, C/C ART. 40, I, AMBOS DA LEI 11.343/2006). DOSIMETRIA DA PENA. QUANTIDADE DA DROGA APREENDIDA (3.650 g DE COCAÍNA). CIRCUNSTÂNCIA UTILIZADA PARA MAJORAR A PENA-BASE E PARA FIXAR A CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI 11.343/2006 EM PATAMAR INFERIOR AO MÁXIMO PREVISTO. EXISTÊNCIA DE *BIS IN IDEM*. ENTENDIMENTO PACIFICADO PELO PLENO DO STF. PEDIDO DE APLICAÇÃO DO BENEFÍCIO DA DELAÇÃO PREMIADA (ART. 41 DA LEI 11.343/2006). IMPOSSIBILIDADE. NECESSIDADE DE REEXAME DE MATÉRIA PROBATÓRIA, INVIÁVEL NA VIA DO *HABEAS CORPUS*. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA.**

1. A natureza e a quantidade de drogas apreendidas em poder de um réu condenado por tráfico de entorpecentes não podem ser utilizadas na primeira e na terceira fase da dosimetria da pena de forma cumulativa. Precedentes: HC 112.776/MS e HC 109.193/MG, **Pleno**, julgamento realizado em 19/12/2013.

2. O magistrado sentenciante, de acordo com seu poder de discricionariedade, deve definir em que momento da dosimetria da pena a circunstância referente à quantidade e à natureza da droga há de ser utilizada, vedada a forma cumulativa sob pena de ocorrência de *bis in idem*.

3. *In casu*, a) o paciente foi condenado à pena de 4 (quatro) anos, 2 (dois) meses e 16 (dezesesseis) dias de reclusão, em regime inicial fechado, pela prática do crime previsto no art. 33, *caput*, c/c art. 40, I, ambos da Lei

**HC 119976 / SP**

11.343/2006, (tráfico internacional de drogas), posto flagrado no Aeroporto Internacional de São Paulo portando 3.650 g (três mil, seiscentos e cinquenta gramas) de cocaína, presos em sua cintura, em sua pernas e em seu tênis, quando tentava embarcar para Madrid, Espanha. b) O Tribunal Regional Federal da 3ª Região considerou a quantidade da droga apreendida em poder do paciente para fixar a pena-base acima do mínimo legal e utilizou desse mesmo fundamento para aplicar a causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006, na fração de 1/3 (um terço).

4. A concessão do benefício da delação premiada exige revolvimento de matéria probatória para fins de identificar o preciso grau de efetividade das contribuições da paciente para as investigações do crime, o que é incompatível com a via estreita do *habeas corpus*, conforme a remansosa jurisprudência desta Corte Suprema. Precedentes (HC 106393, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Primeira Turma, julgado em 15/02/2011; RHC 98731, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Primeira Turma, julgado em 02/12/2010; HC 72979, Relator(a): Min. MOREIRA ALVES, Primeira Turma, julgado em 23/02/1996; HC 93369, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 15/09/2009).

5. No caso *sub examine*, a Corte Regional vedou a aplicação da delação premiada pois, *“não se pode falar que houve colaboração efetiva. O acusado se limitou a formular declarações vagas, indicando apenas os prenomes dos supostos aliciadores, sendo provável que as informações de que dispõe provavelmente não correspondem à verdade, (...) os dados fornecidos não trouxeram qualquer proveito concreto à efetiva localização dos integrantes da organização criminosa que financiou a prática do delito”*.

6. Ordem parcialmente concedida para determinar ao Juízo sentenciante ou, se for o caso, ao Juízo da execução penal, que proceda à nova dosimetria, analisando as circunstâncias da natureza e da quantidade da droga apenas em uma das fases do cálculo da pena.

**ACÓRDÃO**

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da

**HC 119976 / SP**

Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, sob a Presidência do Senhor Ministro Marco Aurélio, na conformidade da ata de julgamento e das notas taquigráficas, por maioria de votos, em deferir, em parte, a ordem de *habeas corpus*, nos termos do voto do Relator, vencido o Senhor Ministro Marco Aurélio.

Brasília, 25 de fevereiro de 2014.

**LUIZ FUX – Relator**

*Documento assinado digitalmente*

25/02/2014

PRIMEIRA TURMA

HABEAS CORPUS 119.976 SÃO PAULO

RELATOR : MIN. LUIZ FUX  
PACTE.(S) : CHISTHIAN GABRIEL LOPEZ GRONDONA  
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 LUIZ FUX (RELATOR): Trata-se de *habeas corpus* impetrado em benefício de Chistian Gabriel Lopez Grondona, contra acórdão proferido pela Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, que negou provimento ao agravo regimental no Recurso Especial 1.244.641/SP, cuja ementa possui o seguinte teor:

“AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. PENAL E PROCESSO PENAL. TRÁFICO. DOSIMETRIA. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL EM RAZÃO DA QUANTIDADE DE DROGA APREENDIDA. POSSIBILIDADE. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA. ALTERAÇÃO DO PATAMAR. SÚMULA 7/STJ. DELAÇÃO PREMIADA. REEXAME FÁTICO E PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. SEGUIMENTO NEGADO.

1. A jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça é uniforme no sentido de que não ocorre *bis in idem* na consideração da quantidade e natureza de droga para a fixação da pena-base e também do patamar da causa especial de diminuição de pena, com a utilização de um mesmo parâmetro de referência, mas em momentos distintos e com finalidades diversas, visando à fixação de reprimenda proporcionalmente suficiente à reprovação e prevenção do delito, diante das circunstâncias em que perpetrado.

2. Não pode esta Corte Superior, que não constitui

**HC 119976 / SP**

instância revisora, proceder à alteração da fração aplicada a título de causa de diminuição de pena, nos termos do artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006, seja para majorá-la, seja para reduzi-la, sem revolver o acervo fático-probatório.

3. A análise acerca do direito do recorrente ao benefício da delação premiada também demandaria o exame de fatos e provas, o que é vedado nesta instância extraordinária pela Súmula 7 deste Superior Tribunal de Justiça.

4. Agravo regimental improvido.”

Consta dos autos que o paciente foi preso em flagrante no Aeroporto Internacional de São Paulo, em 26/08/2009, por ter sido surpreendido na posse de 3.650 g (três mil, seiscentos e cinquenta gramas) de cocaína, trezentos e dezenove dólares e quatrocentos euros, quando tentava embarcar para Madrid, Espanha.

Ao final da instrução criminal, o paciente foi condenado à pena de 2 (dois) anos, 5 (cinco) meses e 5 (cinco) dias de reclusão, em regime inicial fechado, pela prática do crime previsto no art. 33, *caput*, c/c art. 40, I, ambos da Lei 11.343/2006 (tráfico internacional de drogas).

Inconformada, a defesa e o Ministério Público Federal interpuseram recurso de apelação no Tribunal Regional Federal da 3ª Região, que deu parcial provimento aos apelos, fixando a pena aplicada ao paciente em 4 (quatro) anos, 2 (dois) meses e 16 (dezesesseis) dias de reclusão.

Irresignada, a defesa interpôs Recurso Especial no Superior Tribunal de Justiça, que teve seguimento negado por meio de decisão monocrática. Interposto agravo regimental, a Sexta Turma, por unanimidade, negou provimento ao recurso.

É contra esse acórdão que se insurge o impetrante.

Sustenta, em suma, que o Tribunal Regional Federal da 3ª Região

**HC 119976 / SP**

incorreu em *bis in idem* na fixação da pena do paciente, ao fundamento de que se baseou na natureza e na quantidade da droga apreendida tanto para majorar a pena-base, quanto para vedar a aplicação da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006 no percentual máximo de 2/3.

Alega, ainda, que o art. 42 da Lei 11.343/2006 “*faculta ao juiz considerar com preponderância sobre o previsto no art. 59 do código, a natureza e quantidade de droga, tanto na fixação da pena-base quanto na aplicação da causa de diminuição de pena prevista no art. 33 §4º, desde que não utilize em duplicidade.*”

Argumenta, ainda, que o paciente faz jus ao benefício da delação premiada, pois “*em seu interrogatório, forneceu informações de grande valia para elucidação dos fatos e apreensão de chefes e participantes da organização criminosa*”.

Requer, ao final, a concessão da ordem para que seja aplicada a minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006 em seu patamar máximo de 2/3 (dois terços), bem como o reconhecimento da delação premiada e como consequência sua aplicação em grau máximo.

A Procuradoria Geral da República manifestou-se pela denegação da ordem, em parecer que possui a seguinte ementa:

“*HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. PENAL. DOSIMETRIA DA PENA. CIRCUNSTÂNCIAS LEGAIS DO ART. 59 DO CÓDIGO PENAL E APLICAÇÃO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA INSCRITA NO ARTIGO 33, §4º DA LEI N.º 11.343/06. QUANTIDADE E NATUREZA DA SUBSTÂNCIA ILÍCITA APREENDIDA. BIS IN IDEM. INOCORRÊNCIA. PRECEDENTES DO STF. DELAÇÃO PREMIADA. NÃO ATENDIMENTO DOS REQUISITOS LEGAIS.VIA MANDAMENTAL. RITO CÉLERE E SUMÁRIO.*”

**HC 119976 / SP**

**DILAÇÃO PROBATÓRIA. IMPOSSIBILIDADE. COAÇÃO  
ILEGAL NÃO VERIFICADA.**

**- Parecer pela denegação da ordem."**

É o relatório.

25/02/2014

PRIMEIRA TURMA

HABEAS CORPUS 119.976 SÃO PAULO

VOTO

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (RELATOR): Conforme relatado, a controvérsia dos autos refere-se à consideração da natureza e da quantidade da droga apreendida na primeira e na terceira fase da dosimetria da pena imposta ao paciente, bem como se está caracterizada a existência de delação premiada.

Com efeito, a dosimetria da pena, bem como os critérios subjetivos considerados pelos órgãos inferiores para a sua realização, não são passíveis de aferição na via estreita do *habeas corpus*, por demandar minucioso exame fático e probatório inerente a meio processual diverso. Precedentes: HC 97058, Rel. Min. Joaquim Barbosa, Segunda Turma, julgado em 01/03/2011; HC 94073, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Primeira Turma, julgado em 09/11/2010.

Todavia, o caso em exame apresenta patente ilegalidade do *quantum* da reprimenda fixada, em razão da consideração da natureza e da quantidade de droga apreendida em poder do paciente para aumentar a pena-base e também para servir como critério para fixar a fração da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006, o que justifica a concessão da ordem para sanar a flagrante ilegalidade.

A questão discutida nos autos foi pacificada pelo Supremo Tribunal Federal em recente julgado realizado pelo Plenário, ocorrido em 19/12/2013, na análise dos HC 112.776/MS e HC 109.193/MS, ambos de relatoria do Min. Teori Zavascki.

Naquela oportunidade, a Corte firmou o entendimento de que as circunstâncias relativas à natureza e à quantidade de drogas apreendidas



**HC 119976 / SP**

em poder de um réu condenado por tráfico de entorpecentes apenas podem ser utilizadas, **na primeira ou na terceira fase** da dosimetria da pena, **sempre de forma não cumulativa**. Ressaltou-se, ainda, que a utilização em duas fases do cálculo da pena caracteriza, o *bis in idem*.

Desse modo, cabe ao juiz sentenciante, de acordo com seu poder de discricionariedade, definir em qual momento da dosimetria da pena a circunstância referente à quantidade e à natureza da droga será utilizada, desde que não seja de maneira cumulativa para evitar-se a ocorrência de *bis in idem*.

Contudo, no caso *sub examine*, a dosimetria da pena imposta ao paciente encontra-se em dissonância com o entendimento adotado por esta Corte, justificando a correção e reparo por este Supremo Tribunal Federal, em razão do constrangimento ilegal verificado.

*In casu*, o Tribunal Regional Federal da 3ª Região, no julgamento do recurso de apelação, realizou a dosimetria da pena, considerando a natureza e a quantidade de droga apreendida em poder do paciente (3.650g de cocaína), para fixar a pena-base acima do mínimo legal e utilizou desses mesmos fundamentos para aplicar a causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006, na fração de 1/3 (um terço), nos seguintes termos:

“(…)

Entretanto, não vislumbro procedência na pretensão do apelante. Isso porque o magistrado, ao dosar a pena-base, parte de uma situação ideal, favorável ao agente, na qual a reprimenda é estabelecida no patamar mínimo, vindo a elevar, de forma proporcional, a pena, conforme vão sendo identificadas circunstâncias que denotem uma maior reprovabilidade da conduta. A adoção de tal sistemática só privilegia o princípio da individualização da pena.

Além do mais, por expressa determinação do artigo 42 da

HC 119976 / SP

Lei n 11.343/06, o juiz, na fixação das penas, considerará, com preponderância sobre o previsto no artigo 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da substância ou produto, a personalidade e a conduta social do agente.

Assim sendo, tenho por razoável a fixação da pena-base acima do patamar mínimo em função da natureza e da quantidade da droga. Todavia, considero o *quantum* de elevação desproporcional à gravidade do delito, razão pela qual reduzo a pena-base em 01 (um) ano, estabelecendo-a em 06 (seis) anos e 06 (seis) meses de reclusão.

2. Circunstâncias agravantes e atenuantes

Verificada a confissão em juízo, a pena foi reduzida à razão de 1/6 (um sexto).

(...)

Portanto, mantenho a aplicação da circunstância atenuante, pelo que a pena fica provisoriamente estabelecida em 05 (cinco) anos e 05 (cinco) meses de reclusão.

3. Causas de aumento e diminuição

Caracterizada a transnacionalidade do delito, o magistrado sentenciante houve por bem aplicar a causa de aumento do artigo 40, inciso I, da Lei n° 11.343/06, na fração mínima, de 1/6 (um sexto) da pena.

(...)

Ademais, o acusado foi barrado logo no estágio inicial do trajeto que pretendia percorrer, sequer tendo logrado transpor os limites territoriais do país. Assim, também deve ser mantida a fração aplicada na sentença, pelo que a pena fica majorada para 06 (seis) anos, 03 (três) meses e 25 (vinte e cinco) dias de reclusão.

A causa de diminuição veiculada pelo artigo 33, § 4°, da Lei n° 11.343/06, foi aplicada no patamar máximo (...).

O MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL requer o afastamento da minorante ou, subsidiariamente, a redução da fração para o mínimo, sob o argumento de que o réu revelou ser integrante de organização criminosa, bem como em vista do grau de lesividade de sua conduta, considerando a quantidade

HC 119976 / SP

e a qualidade da droga apreendida.

Não se encontra, nos autos, prova de que o réu seja integrante de organização criminosa ou mesmo que se dedique, com habitualidade, à prática de atividades ilícitas.

O mero fato de figurar, de forma eventual, na ponta de uma organização criminosa internacional, colaborando, na condição de mula, para a difusão mundial do entorpecente, não obsta a incidência da minorante.

Por outro lado, entendo que **o delito praticado nestas circunstâncias, em franco auxílio a associações voltadas para o tráfico, não recomenda a aplicação da fração máxima de diminuição, que deve ser reservada para casos menos graves. A operação de fixação da razão de minoração deverá se pautar pelo grau de colaboração do acusado para o sucesso dos objetivos ilícitos da organização financiadora do tráfico, o pode ser mensurado com base na quantidade e no poder lucrativo da droga, bem assim na abrangência territorial a ser coberta pelo réu. Forte em tais critérios, tenho por razoável a aplicação da mencionada causa de redução na fração de 1/3 (um terço) da pena, que fica estabelecida em 04 (quatro) anos, 02 (dois) meses e 16 (dezesseis) dias de reclusão”** (grifos meus e no original).

Deveras, a quantidade da droga apreendida em poder do paciente foi utilizada tanto para majorar a pena-base na primeira fase da dosimetria, quanto serviu de critério para fixar a causa de diminuição de pena em patamar abaixo do máximo previsto no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006 na terceira fase, ocorrendo o vedado *bis in idem*, conforme entendimento pacificado pelo Supremo Tribunal Federal.

Destaca-se, por fim, que, ao contrário do aduzido na peça inaugural do *writ*, o paciente não faz jus a delação premiada, sendo que o acórdão da Corte Regional restou devidamente fundamentado. Desse modo, é inviável o conhecimento dessa matéria nesta sede processual, porquanto exige revolvimento de matéria probatória de modo a identificar o preciso

**HC 119976 / SP**

grau de efetividade das contribuições da paciente para as investigações do crime, o que é incompatível com a via estreita do *habeas corpus*, conforme a remansosa jurisprudência desta Corte Suprema: (HC 106393, Relator(a): Min. Cármen Lúcia, Primeira Turma, julgado em 15/02/2011; RHC 98731, Relator(a): Min. Cármen Lúcia, Primeira Turma, julgado em 02/12/2010; HC 72979, Relator(a): Min. Moreira Alves, Primeira Turma, julgado em 23/02/1996; HC 93369, Relator(a): Min. Celso de Mello, Segunda Turma, julgado em 15/09/2009).

Nesse sentido, assentou a Procuradoria Geral da República em seu parecer, *verbis*:

“(…)

Da mesma forma, não assiste razão ao paciente quanto ao pedido para que seja reconhecido o benefício da delação premiada.

Conforme ponderou a Corte Regional, **não foram atendidos os requisitos do art. 41 da Lei n.º 11.343/06**. Sobre o tema, estas foram as suas considerações:

‘O artigo 41 da Lei n’ 11.343/06 prevê uma causa especial de redução de pena a beneficiar o acusado que colaborar, voluntariamente, na identificação dos demais coautores e partícipes, assim como na recuperação total ou parcial do produto do crime.

(…)

Depreende-se, pois, que a colaboração deve ser efetiva, produtiva, deve trazer algum proveito concreto à identificação dos demais co-autores ou partícipes do crime e a recuperação total ou parcial do produto do crime concretamente. Ocorre que, **no caso dos autos, não se pode falar que houve colaboração efetiva. O acusado se limitou formular declarações vagas, indicando apenas os prenomes dos supostos aliciadores, sendo provável que as informações de que dispõe provavelmente não correspondem à verdade, posto que os criminosos não costumam fornecer os seus verdadeiros nomes.**

**HC 119976 / SP**

**Como os dados fornecidos não trouxeram qualquer proveito concreto à efetiva localização dos integrantes da organização criminosa que financiou a prática do delito, não incide a benesse legal.”** (DOCUMENTOS COMPROBATÓRIOS VII – fls. 76/77)

Não bastasse a idoneidade dos fundamentos expendidos, não se pode descurar que a via augusta do *habeas corpus*, de rito célere e sumário, não condiz com dilações probatórias e que, para fins de concessão da ordem, demanda prova inequívoca da ilegalidade, o que não se verifica no caso em testilha, especialmente porquanto fundadas dúvidas pairam sobre a versão dos fatos sustentada pela Defesa” (grifei).

*Ex positis*, concedo parcialmente a ordem para determinar ao Juízo sentenciante ou, se for o caso, ao Juízo da execução penal, que proceda à nova dosimetria da pena do paciente, analisando as circunstâncias da quantidade e da natureza da droga apenas em uma das fases do cálculo da pena.

**25/02/2014**

**PRIMEIRA TURMA**

**HABEAS CORPUS 119.976 SÃO PAULO**

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (PRESIDENTE) – Fico com a compreensão da maioria da Turma e, em jogo a liberdade de ir e vir, não acato a deliberação mencionada por Vossa Excelência, embora originária do Plenário.

**PRIMEIRA TURMA**

**EXTRATO DE ATA**

**HABEAS CORPUS 119.976**

PROCED. : SÃO PAULO

**RELATOR : MIN. LUIZ FUX**

PACTE.(S) : CHISTHIAN GABRIEL LOPEZ GRONDONA

IMPTE.(S) : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO

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

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

**Decisão:** Por maioria de votos, a Turma deferiu, em parte, a ordem de *habeas corpus*, nos termos do voto do relator, vencido o Senhor Ministro Marco Aurélio, Presidente. Ausente, justificadamente, o Senhor Ministro Dias Toffoli. Primeira Turma, 25.2.2014.

Presidência do Senhor Ministro Marco Aurélio. Presentes à Sessão os Senhores Ministros Luiz Fux, Rosa Weber e Roberto Barroso. Ausente, justificadamente, o Senhor Ministro Dias Toffoli. Compareceu o Senhor Ministro Teori Zavascki para julgar processo a ele vinculado.

Subprocurador-Geral da República, Dr. Odim Brandão Ferreira.

Carmen Lilian Oliveira de Souza  
Secretária da Primeira Turma