

13/08/2013

PRIMEIRA TURMA

HABEAS CORPUS 113.136 DISTRITO FEDERAL

RELATOR : MIN. LUIZ FUX
PACTE.(S) : ROBERTO CESAR DUTRA BALBUENA
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. CRIME DE TRÁFICO DE ENTORPECENTES (LEI N. 11.343/06, ART. 33, CAPUT). DOSIMETRIA DA PENA. SIGNIFICATIVA QUANTIDADE DE DROGA APREENDIDA. EMPREGO DE ADOLESCENTE NA EMPREITADA CRIMINOSA. MAJORAÇÃO DA PENA-BASE (ART. 42, LEI 11.343/06) E DEFINIÇÃO DA CAUSA DE AUMENTO DE PENA (ART. 40, VI, LEI 11.343/06). POSSIBILIDADE. *BIS IN IDEM* NÃO CONFIGURADO. FUNDAMENTAÇÃO ADEQUADA. REEXAME DO REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DA PENA. NÃO CONHECIMENTO DO PLEITO. PEDIDO NÃO ARTICULADO NAS INSTÂNCIAS ANTERIORES. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO CONSTITUCIONAL. INADMISSIBILIDADE. COMPETÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL PARA JULGAR *HABEAS CORPUS*: CRFB, ART. 102, I, *d* E *i*. ROL TAXATIVO. *WRIT* EXTINTO POR INADEQUAÇÃO DA VIA PROCESSUAL.

1. A droga apreendida, na sua dimensão quantitativa, pode servir de fundamento para a majoração da pena-base, na primeira fase da dosimetria, bem como para a exasperação da reprimenda, na terceira etapa, em razão do envolvimento de menor no ilícito (art. 40, VI, da Lei nº 11.343/06) porquanto a finalidade da punição, em cada uma das fases é distinta, de modo que uma condição mais gravosa pode ser utilizada em ambas sem que se configure violação do princípio do *ne bis in idem*.

2. *In casu*, o paciente foi condenado a 7 (sete) anos, 2 (dois) meses e 12 (doze) dias de reclusão ao remeter, por intermédio de um adolescente,

HC 113136 / DF

mais de 15 (quinze) quilos de substância entorpecente conhecida como “maconha” para o Estado de São Paulo, sendo certo que a dosimetria da pena imposta 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.

3. O pedido de reexame do regime de cumprimento inicial não foi apreciado pelo Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso do Sul, nem pelo Superior Tribunal de Justiça, o que inviabiliza seu conhecimento nesta fase procedimental, sob pena de configurar-se supressão de instância.

4. A competência originária do Supremo Tribunal Federal para conhecer e julgar *habeas corpus* está definida, taxativamente, no artigo 102, inciso I, alíneas *d* e *i*, da Constituição da República, sendo certo que a presente impetração não está arrolada em nenhuma das hipóteses sujeitas à jurisdição desta Corte. Inexiste, no caso, excepcionalidade que justifique a concessão, *ex officio*, da ordem.

5. *Habeas corpus* extinto por inadequação da via processual.

ACÓRDÃO

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 julgar extinta a ordem de *habeas corpus* por inadequação da via processual, nos termos do voto do Relator.

Brasília, 13 de agosto de 2013.

LUIZ FUX – Relator

Documento assinado digitalmente

13/08/2013

PRIMEIRA TURMA

HABEAS CORPUS 113.136 DISTRITO FEDERAL

RELATOR : MIN. LUIZ FUX
PACTE.(S) : ROBERTO CESAR DUTRA BALBUENA
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): Cuida-se de *habeas corpus* impetrado pela Defensoria Pública da União em proveito de Roberto César Dutra Balbuena contra acórdão emanado da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça nos autos do HC nº 233.149/MS, com a seguinte ementa:

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA DE AUMENTO DE PENA PREVISTA NO ART. 40, VI, DA LEI Nº 11.343/06. APLICAÇÃO EM PATAMAR ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. GRANDE QUANTIDADE DE ENTORPECENTE. BIS IN IDEM. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. MODIFICAÇÃO DE REGIME PRISIONAL. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. 1. No que se refere ao tráfico ilícito de entorpecentes, ao prever frações diferenciadas para o aumento da pena, o legislador deu ao magistrado certa liberdade para fixar o patamar mais adequado a cada caso, motivadamente. 2. A grande quantidade de entorpecente constitui particularidade capaz de viabilizar o recrudescimento da pena, tanto na primeira quanto na terceira fase de sua dosagem. Isso porque os critérios e a finalidade da punição, em cada etapa da dosimetria, são valorados de forma distinta, de modo que uma condição mais grave pode ser

HC 113136 / DF

utilizada em ambas as etapas sem que isso configure violação do princípio do *ne bis in idem*. 3. Na hipótese, a vultosa quantidade de entorpecente apreendida é fundamento que justifica a aplicação da majorante em fração diversa do mínimo. 4. O tema relativo à fixação do regime prisional não foi debatido na instância precedente, de modo que avaliá-lo, nesta sede implicaria em indevida supressão de instância. 5. Ordem parcialmente conhecida e, nessa extensão, denegada.

Depreende-se dos autos que o paciente foi preso em flagrante delito na data de 13 de abril de 2010, na cidade de Novo Mundo, no Estado do Mato Grosso do Sul, ao remeter, por intermédio de um adolescente, mais de 15 (quinze) quilos de substância entorpecente conhecida como “maconha” para o Estado de São Paulo. Em razão disso, o paciente foi condenado em primeiro grau às penas de 9 (nove) anos e 1 (um) mês de reclusão, em regime inicial fechado, e pagamento de 504 (quinhentos e quatro) dias-multa, pela prática do crime previsto nos arts. 33, *caput*, c/c 40, VI, ambos da Lei nº 11.343/06.

Contra a sentença condenatória, foi interposto recurso de apelação pela defesa, o qual restou parcialmente provido pelo Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso do Sul para diminuir a sanção para 7 (sete) anos, 2 (dois) meses e 12 (doze) dias, mantendo, no mais, a decisão de primeira instância.

Ainda irresignada, a defesa impetrou *habeas corpus* perante o Superior Tribunal de Justiça, alegando, em síntese: (i) que a quantidade de droga apreendida foi valorada duplamente, na primeira e na terceira fase da dosimetria da pena, incorrendo o julgador em vedado *bis in idem*; (ii) que a causa de aumento prevista no art. 40, VI, da Lei 11.343/06 se deu em patamar acima do mínimo legal sem justificção plausível; e, por fim, (iii) que, consideradas as circunstâncias do art. 33, § 2º, “b” e § 3º, do Código Penal, não poderia o julgador estabelecer regime mais gravoso para cumprimento da pena simplesmente com base na

HC 113136 / DF

hediondez do delito. A ordem, porém, foi denegada, nos termos da ementa supratranscrita.

Daí a presente impetração, em que a Defensoria Pública da União requer a aplicação da fração mínima da causa de aumento de pena prevista no artigo 40, VI, da Lei nº 11.343/06, em razão do princípio do *non bis in idem*, ou, subsidiariamente, em homenagem ao princípio da proporcionalidade, a adoção de patamar inferior a 1/5 na aludida majorante. Postula ainda que a Corte determina ao juízo de primeira instância o “reexame da fixação do regime de cumprimento de pena, com o afastamento da vedação apriorística do art. 2º, §1º, da Lei nº 8.072/90, com redação dada pela Lei nº 11.464/07”. Reitera, como causa de pedir, os mesmos argumentos ventilados perante o Superior Tribunal de Justiça.

Instado a se manifestar como *custos legis*, o Ministério Público federal opinou, preliminarmente, pelo não conhecimento do *writ*, forte na sua natureza substitutiva de recurso ordinário constitucional (CRFB, art. 102, II, *a*). No mérito, o MPF manifestou-se pela denegação da ordem. Eis a ementa do pronunciamento ministerial:

TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES (ARTS. 33, CAPUT, C/C 40, VI, AMBOS DA LEI 11.343/2006). CONDENAÇÃO EM PRIMEIRO GRAU. APELAÇÃO DA DEFESA PARCIALMENTE PROVIDA PELO TJ/MS. WRIT NO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA VISANDO A ATENUAÇÃO DA REPRIMENDA. INEXISTÊNCIA DOS VÍCIOS APONTADOS. ORDEM DENEGADA. HABEAS NO STF SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. VIA RECURSAL IMPRÓPRIA. INCOMPETÊNCIA DA SUPREMA CORTE PARA JULGAR O FEITO. PRELIMINAR DE NÃO CONHECIMENTO DO MANDAMUS. MÉRITO. ALEGAÇÃO DE BIS IN IDEM NA DOSIMETRIA DA PENA. NOVA DE DIMINUIÇÃO DA REPRIMENDA E FIXAÇÃO DE REGIME PRISIONAL MAIS BENÉFICO. PRETENSÕES INVIÁVEIS.

HC 113136 / DF

DOSIMETRIA ESCORREITA. REGIME PRISIONAL ADEQUADO. INEXISTÊNCIA DE ILEGALIDADE A SANAR. PARECER PELA DENEGAÇÃO DA ORDEM.

É o relatório.

13/08/2013

PRIMEIRA TURMA

HABEAS CORPUS 113.136 DISTRITO FEDERAL

VOTO

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (RELATOR): Preliminarmente, observo que se trata de *habeas corpus* substitutivo de recurso ordinário, porquanto impetrado em face de acórdão da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça proferido nos autos do HC nº 233.149/MS, rel. Min. Og Fernandes, originário daquela própria Corte.

Considero inadmissível *writ* impetrado em substituição do recurso ordinário cabível (CRFB, art. 102, II, *a*), na medida em que a competência originária do Supremo Tribunal Federal para conhecer e julgar *habeas corpus* está definida, taxativamente, no artigo 102, inciso I, alíneas *d* e *i*, da Constituição da República, *verbis*:

Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

I - processar e julgar, originariamente:

(...)

d) o *habeas corpus*, sendo paciente qualquer das pessoas referidas nas alíneas anteriores; o mandado de segurança e o *habeas data* contra atos do Presidente da República, das Mesas da Câmara e do Senado Federal, do Tribunal de Contas da União, do Procurador-Geral da República e do próprio Supremo Tribunal Federal;

(...)

i) o *habeas corpus*, quando o coator for Tribunal Superior ou quando o coator ou o paciente for autoridade ou funcionário cujos atos estejam sujeitos diretamente à jurisdição do Supremo Tribunal Federal, ou se trate de crime sujeito à mesma jurisdição em uma única instância.

A ementa do acórdão proferido na Pet nº 1.738-AgR, Pleno, rel. Min. Celso de Mello (DJ de 1º.10.99), é elucidativa e precisa quanto à

HC 113136 / DF

taxatividade da competência do Supremo Tribunal Federal:

E M E N T A: (...). A COMPETÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - CUJOS FUNDAMENTOS REPOUSAM NA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA - SUBMETE-SE A REGIME DE DIREITO ESTRITO. A competência originária do Supremo Tribunal Federal, por qualificar-se como um complexo de atribuições jurisdicionais de extração essencialmente constitucional - e ante o regime de direito estrito a que se acha submetida - não comporta a possibilidade de ser estendida a situações que extravasem os limites fixados, em *numerus clausus*, pelo rol exaustivo inscrito no art. 102, I, da Constituição da República. Precedentes. O regime de direito estrito, a que se submete a definição dessa competência institucional, tem levado o Supremo Tribunal Federal, por efeito da taxatividade do rol constante da Carta Política, a afastar, do âmbito de suas atribuições jurisdicionais originárias, o processo e o julgamento de causas de natureza civil que não se acham inscritas no texto constitucional (ações populares, ações civis públicas, ações cautelares, ações ordinárias, ações declaratórias e medidas cautelares), mesmo que instauradas contra o Presidente da República ou contra qualquer das autoridades, que, em matéria penal (CF, art. 102, I, b e c), dispõem de prerrogativa de foro perante a Corte Suprema ou que, em sede de mandado de segurança, estão sujeitas à jurisdição imediata do Tribunal (CF, art. 102, I, d). Precedentes. (grifou-se).

Afigura-se paradoxal, em tema de direito estrito, conferir interpretação extensiva para abranger no rol de competências do Supremo Tribunal hipóteses não sujeitas à sua jurisdição. A prevalência do entendimento de que o Supremo Tribunal Federal deve conhecer de *habeas corpus* substitutivo de recurso ordinário constitucional contrasta com os meios de contenção de feitos, remota e recentemente implementados - Súmula Vinculante e Repercussão Geral - com o objetivo de viabilizar o exercício pleno, pelo Supremo Tribunal Federal, da nobre

HC 113136 / DF

função de guardião da Constituição da República.

E não se argumente com o que se convencionou chamar de jurisprudência defensiva. Não é disso que se trata, mas de necessária, imperiosa e urgente reviravolta de entendimento em prol da organicidade do direito, especificamente no que tange às competências originária e recursal do Supremo Tribunal Federal para processar e julgar *habeas corpus* e o respectivo recurso ordinário, valendo acrescer que essa ação nobre não pode e nem deve ser banalizada a pretexto, em muitos casos, de pseudo nulidades processuais com reflexos no direito de ir e vir.

A propósito da organicidade e dinâmica do direito, impondo-se a correção de rumos, bem discorreu o Ministro Marco Aurélio no voto proferido no HC nº 109.956, que capitaneou a mudança de entendimento na Primeira Turma, *verbis*:

O Direito é orgânico e dinâmico e contém princípios, expressões e vocábulos com sentido próprio. A definição do alcance da Carta da República há de fazer-se de forma integrativa, mas também considerada a regra de hermenêutica e aplicação do Direito que é sistemática. O *habeas corpus* substitutivo de recurso ordinário, além de não estar abrangido pela garantia constante do inciso LXVIII do artigo 5º do Diploma Maior, não existindo qualquer previsão legal, enfraquece este último documento, tornando-o desnecessário no que, nos artigos 102, inciso II, alínea a, e 105, inciso II, alínea a, tem-se a previsão de recurso ordinário constitucional a ser manuseado, em tempo, para o Supremo, contra decisão proferida por tribunal superior indeferindo ordem, e para o Superior Tribunal de Justiça, contra ato de tribunal regional federal e de tribunal de justiça. O Direito é avesso a sobreposições e impetrar-se novo *habeas*, embora para julgamento por tribunal diverso, impugnando pronunciamento em idêntica medida implica inviabilizar, em detrimento de outras situações em que requerida, a jurisdição.

HC 113136 / DF

Cumpre implementar visando restabelecer a eficácia dessa ação maior, a valia da Carta Federal no que prevê não o habeas substitutivo, mas o recurso ordinário a correção de rumos. Consigno que, no tocante a habeas já formalizado sob a óptica da substituição do recurso constitucional, não ocorrerá prejuízo para o paciente, ante a possibilidade de vir-se a conceder, se for o caso, a ordem de ofício.

(HC 109956, rel. Min. Marco Aurélio, Primeira Turma, julgado em 07/08/2012 - grifou-se)

In casu, o paciente não está arrolado em nenhuma das hipóteses sujeitas à jurisdição originária desta Corte, o que desautoriza o conhecimento do presente *writ*.

Outrossim, inexistente, no caso, excepcionalidade que justifique a concessão, *ex officio*, da ordem. 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.

A dosimetria realizada pelas instâncias ordinárias foi precisamente descrita pelo parecer do MPF, cujo trecho reproduzo *in verbis*:

“O acórdão, ao redimensionar a pena do paciente, considerou em um primeiro momento a quantidade/natureza da droga majorando a pena base ‘pouco acima do mínimo legal em decorrência da quantidade (15,700 Kg) e a natureza (maconha) da droga apreendida, a fim de realmente prevenir e reprovocar o crime ora discutido’, fixando-a em 5 anos e 6 meses de reclusão, e mantendo os 420 dias-multa estabelecidos na sentença; já na segunda fase da dosimetria, consignou a inexistência de atenuantes, constatando, no entanto, a presença da agravante da reincidência (art. 61, I, CP), resultando na majoração da pena em 1 ano de reclusão e 38 dias-multa,

HC 113136 / DF

passando a pena provisória à 6 anos e 6 meses de reclusão e 458 dias-multa; por fim, na terceira fase, não obstante a ausência de causas de diminuição, ao verificar a presença da majorante do inciso VI do art. 40 da Lei nº 11.343/2006, acentuou que ‘as peculiaridades do crime praticado pelo recorrente reclamam um maior rigorismo por parte do judiciário, máxime diante de sua complexidade, com o envolvimento de um adolescente e aliado a natureza e a quantidade de entorpecente apreendido’, aumentando-a em 1/5, sendo a reprimenda definitivamente fixada em 7 anos, 2 meses e 12 dias, além do pagamento de 504 dias-multa, mantendo, no mais, a r. sentença”.

A questão jurídica suscitada é saber se o *quantum* de droga apreendido é capaz de servir, ao mesmo tempo, para a majoração da pena-base, na primeira fase da dosimetria, e para a fixação da fração de aumento de pena, na terceira fase da dosimetria. A meu sentir, a resposta é positiva: é juridicamente possível que se utilize o volume de droga apreendido em ambas as fase, até porque, como bem apontou o acórdão recorrido, “tanto os critérios quanto a finalidade da punição, em cada etapa da dosimetria, são valorados de forma distinta”, de sorte que “uma condição mais grave pode ser utilizada em ambas as etapas sem que isso configure violação ao princípio do **ne bis in idem**” (grifos no original).

Note-se que a Lei nº 11.343/06 determina que o juiz, na fixação da pena, considere, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da substância entorpecente (art. 42), o que viabiliza a majoração do apenamento básico. O propósito aqui é aquilatar o impacto da quantidade de droga sobre a sociedade em geral, na medida em que evidentemente distinta a comercialização de um único cigarro de maconha e a venda de quinze quilos da droga. Ao mesmo tempo, a Lei exige o aumento da pena imposta ao criminoso se “sua prática envolver ou visar a atingir criança ou adolescente ou a quem tenha, por qualquer motivo, diminuída ou suprimida a capacidade de entendimento e determinação” (art. 40, VI). Observa-se que aqui o propósito é outro: trata-

HC 113136 / DF

se de punir aquele que, além de causar um mal social difuso pelo tráfico de drogas, prejudica diretamente menores de idade, envolvendo-os em sua empreitada delituosa. Novamente, o dano ao menor será maior ou menor a depender do seu envolvimento com o crime e com a magnitude do crime, o que viabiliza a majoração da causa de aumento de pena com base na quantidade de droga apreendida.

Daí por que, como bem apontou o MPF, observa-se que o fator preponderante para a exasperação da pena no terceiro momento do critério trifásico foi a utilização de adolescente para o transporte interestadual de entorpecente, como autoriza o art. 40, VI, da Lei nº 11.343/06. Não há como caracterizar o *bis in idem*. O desvalor da ação de traficar drogas é maior ou menor a depender da quantidade de entorpecente traficada. De igual modo, quando o tráfico envolver menor, o desvalor da ação também será maior ou menor a depender, dentre outros fatores, da quantidade de drogas. Um mesmo fato (quantidade de droga) repercute de duas formas distintas na ordem jurídica (para desvalorar a conduta social, *per se*, do criminoso e, em seguida, para desvalorar a conduta do criminoso em relação ao menor prejudicado).

Entendo ainda que o valor arbitrado pelas instâncias ordinárias não merece reparo. A fração de 1/5 (um quinto) para aumento da pena com fulcro no art. 40, VI, da Lei nº 11.343/06 mostra-se necessária e suficiente para a repressão do ilícito praticado, além do que se revela muito próximo ao patamar mínimo de 1/6 (um sexto) de majoração. Não se verifica qualquer arbitrariedade ou excesso que mereça censura desta Corte.

Por fim, o pleito de reexame do regime de cumprimento inicial não foi apreciado pelo Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso do Sul, nem pelo Superior Tribunal de Justiça. Verifica-se que sequer o recurso de apelação criminal interposto pela defesa ventilou a matéria. Nesse contexto, é de todo inviável o conhecimento do pedido nesta fase do

HC 113136 / DF

procedimento, porquanto representaria verdadeira supressão de instância.

Ex positis, voto no sentido de extinguir o presente *habeas corpus* por inadequação da via processual.

PRIMEIRA TURMA

EXTRATO DE ATA

HABEAS CORPUS 113.136

PROCED. : DISTRITO FEDERAL

RELATOR : MIN. LUIZ FUX

PACTE.(S) : ROBERTO CESAR DUTRA BALBUENA

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 julgou extinta a ordem de *habeas corpus* por inadequação da via processual, nos termos do voto do Relator. Unânime. Presidência do Senhor Ministro Luiz Fux. 1ª Turma, 13.8.2013.

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 Lillian Oliveira de Souza
Secretária da Primeira Turma