



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 226.918 - SP (2011/0289545-0)

RELATOR : MINISTRO SEBASTIÃO REIS JÚNIOR
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO
ADVOGADO : FLÁVIA BORGES MARGI - DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO
IMPETRADO : TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO
PACIENTE : JONSON SOLIZ JUSTINIANO (PRESO)

EMENTA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. PENA-BASE EXASPERADA EM RAZÃO DA QUANTIDADE E QUALIDADE DA DROGA APREENDIDA. ATENUANTE DA CONFISSÃO. SÚMULA 231/STJ. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA. ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. PERCENTUAL MÁXIMO. NECESSIDADE DE REEXAME DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. REGIME FECHADO. POSSIBILIDADE. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE. NÃO CABIMENTO. PENA SUPERIOR A 4 ANOS. ILEGALIDADE INEXISTENTE.

1. Não é cabível a utilização do *habeas corpus* como substitutivo do recurso adequado. Precedentes.

2. Não existe constrangimento ilegal a ser sanado na via estreita do *habeas corpus* quando a pena-base é fixada de forma fundamentada em elementos idôneos, observando-se o princípio da proporcionalidade, de modo a se preservar o livre convencimento motivado e a discricionariedade vinculada do julgador. Na espécie, a pena-base foi exasperada em 3 meses, levando-se em consideração a quantidade e a qualidade da droga apreendida (4.485 g cocaína) – art. 42 da Lei n. 11.343/2006.

3. A incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal (Súmula 231/STJ).

4. A partir da interpretação das disposições do art. 42 da Lei n. 11.343/2006, não há ilegalidade no ponto em que foi aplicada a fração de 1/6 de diminuição de pena, considerando-se as peculiaridades do caso concreto, especialmente a sofisticação com que a droga foi transportada, bem como o *iter criminis* que se pretendia percorrer, o que justifica uma maior reprimenda penal e impede a aplicação da fração de 2/3, como pretendido.

5. O regime de cumprimento de pena deve ser fixado conforme a regra do § 2º do art. 33 do Código Penal. Tal regra, contudo, pode ser excepcionada, de forma justificada, exatamente como ocorreu na presente hipótese, em que o magistrado sentenciante salientou as peculiaridades do caso concreto e as circunstâncias judiciais desfavoráveis, pelo que é possível a imposição de regime prisional



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

mais gravoso.

6. *Habeas corpus* não conhecido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da SEXTA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, não conhecer da ordem nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. As Sras. Ministras Assusete Magalhães e Maria Thereza de Assis Moura votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausentes, justificadamente, os Srs. Ministros Og Fernandes e Alderita Ramos de Oliveira (Desembargadora convocada do TJ/PE).

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Sebastião Reis Júnior.

Brasília, 20 de junho de 2013 (data do julgamento).

Ministro Sebastião Reis Júnior
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 226.918 - SP (2011/0289545-0)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO SEBASTIÃO REIS JÚNIOR: Trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso especial, com pedido liminar, impetrado em benefício de **Jonson Soliz Justiniano**, de nacionalidade boliviana, apontando-se como autoridade coatora a Primeira Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região.

Consta dos autos que o paciente foi condenado à pena de 6 anos e 10 dias de reclusão, em regime inicial fechado, mais multa, pela prática do delito tipificado no art. 33, *caput*, c/c o art. 40, I, da Lei n. 11.343/2006.

Irresignada, a defesa interpôs a Apelação Criminal n. 0003912-10.2010.4.03.6119, tendo o Tribunal de origem dado parcial provimento ao recurso para reduzir a pena imposta ao paciente a 4 anos, 10 meses e 10 dias de reclusão, mantido o regime fechado (fls. 207/208):

PENAL E PROCESSUAL PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO INTERNACIONAL DE ENTORPECENTES. DIREITO DE RECORRER EM LIBERDADE. PREJUDICADO. AUTORIA. MATERIALIDADE E DOLO COMPROVADOS. INEXISTÊNCIA DE ESTADO DE NECESSIDADE. INTERNACIONALIDADE. CARACTERIZADA. PENA-BASE MANTIDA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. ATENUANTE DA CONFISSÃO APLICADA NUM PERCENTUAL MAIOR. INCIDÊNCIA DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/06 NO PERCENTUAL MÍNIMO. PENA DE MULTA. MANTIDA. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

I - Prejudicado o pedido de concessão do direito de recorrer em liberdade, em razão do julgamento do presente recurso.

II - A materialidade do delito restou demonstrada pelo laudo de exame químico toxicológico. A autoria e o dolo restaram claros pelo conjunto probatório, visto que não havia nenhuma escusa crível para droga encontrada na bagagem da apelante.

III - Estado de necessidade não caracterizado, porquanto não comprovados seus requisitos, não sendo suficiente a alegação de dificuldades econômicas.

IV - Não há que se falar em aplicação da causa de diminuição prevista no



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

art. 24, § 2º, do Código Penal, com fundamento na teoria do estado de necessidade exculpante.

V - Pena-base mantida acima do mínimo legal, em razão da quantidade e qualidade da droga transportada.

VI - Aplicada a causa de diminuição do art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06, no percentual mínimo de 1/6 (um sexto), em razão das condições objetivas e subjetivas do caso concreto.

VII - A pena de multa é elemento inerente ao tipo penal que não pode deixar de ser aplicado pelo magistrado em razão de eventual estado de miserabilidade do acusado.

VIII - Não há que se falar em substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, porquanto a pena aplicada supera 4 (quatro) anos de reclusão, não preenchendo, portanto, os requisitos do art. 44 do Código Penal. Além disso, a condição de estrangeiro do apelante que praticou crime no território nacional é incompatível com a substituição da pena, pois além de não

ter vínculo familiar e laboral no país, será submetido a processo de expulsão.

IX - Recurso parcialmente provido.

No presente *writ*, o impetrante requer: a) a redução da pena-base ao mínimo legal, em razão da quantidade de droga apreendida; b) a aplicação da atenuante da confissão espontânea, reduzindo-se a pena abaixo do mínimo legal; c) a aplicação da causa de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 em sua fração máxima; d) a fixação do regime semiaberto; e) a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

Pede-se, liminarmente, a expedição de alvará de soltura.

Indeferida a liminar (fls. 214/215) e prestadas as informações (fls. 226/228), o Ministério Público Federal opinou pela denegação da ordem (fls. 231/237).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 226.918 - SP (2011/0289545-0)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO SEBASTIÃO REIS JÚNIOR (RELATOR):

Primeiramente, o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça, em recentes decisões, não têm mais admitido a utilização do *habeas corpus* como sucedâneo do meio processual adequado, seja o recurso ou a revisão criminal, salvo em situações excepcionais.

A propósito: HC n. 109.956/PR, Primeira Turma, Ministro Marco Aurélio, DJe 11/9/2012 e HC n. 146.933/MS, Sexta Turma, Ministra Maria Thereza de Assis Moura, DJe 17/11/2011.

Entendo, contudo, que a aplicação de tal entendimento deve ser temperada nos casos de *habeas corpus* impetrados anteriormente ao estabelecimento da referida tese, como forma de se garantir a observância dos princípios da segurança jurídica e da proteção à confiança dos jurisdicionados, sobretudo em razão da profunda e superveniente restrição ao conhecimento do *writ*.

Sendo assim, é possível o não conhecimento da impetração, desde que se analise o mérito do caso concreto, demonstrando-se a inexistência de ilegalidade manifesta.

Na espécie dos autos, não há constrangimento ilegal a ser sanado, senão vejamos.

O Tribunal Regional Federal da 3ª Região, ao reduzir a pena imposta ao paciente, asseverou que (fls. 204/206):

[...] Na sua primeira fase, o magistrado sentenciante fixou a pena-base acima do mínimo legal, ou seja, em 05 (cinco) anos e 03 (três) meses de reclusão.

O réu não registra antecedentes (fls. 67/68 e 152), bem assim os demais



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

elementos do art. 59 do CP não lhe são desfavoráveis, mas em decorrência da quantidade (4.485 g) e da qualidade (cocaína) da droga apreendida, de maior potencial ofensivo que outras, entendo que a pena base deve ficar um pouco acima do mínimo legal, razão pela qual deve ser mantida em 05 (cinco) anos e 03 (três) meses de reclusão. Proporcionalmente, a pena de multa há que ser fixada em 525 (quinhentos e vinte e cinco) dias-multa.

Na segunda fase, não existem agravantes. Mas o magistrado sentenciante, corretamente, reconheceu a atenuante da confissão, reduzindo a pena em um mês. Entendo, entretanto, que a pena deve ser reduzida num percentual maior, ou seja, em três meses, restando a pena fixada no mínimo legal de 5 (cinco) anos de reclusão e 500 (quinhentos) dias-multa.

Na terceira fase da dosimetria da pena, foi majorada corretamente em 1/6 em razão da transnacionalidade do delito (art. 40, I, da Lei nº 11.343/06), razão pela qual a pena passa a ser fixada em 5 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão e 583 (quinhentos e oitenta e três) dias-multa, no valor de 1/30 (um trigésimo) do valor do salário mínimo vigente na data dos fatos.

Ainda na terceira fase de aplicação da pena, o magistrado sentenciante deixou de aplicar a causa de diminuição prevista no artigo 33, § 4º, que prevê a redução de 1/6 a 2/3 para o agente que seja primário, possua bons antecedentes e não se dedique a atividades criminosas nem integre organização criminosa, *"unicamente para realizar o transporte da droga que foi apreendida consigo"*.

Jonson é primário e não ostenta maus antecedentes (fls. 67/68 e 152). Não há prova nos autos de que se dedicava a atividades criminosas, nem elementos para concluir que integra organização criminosa, apesar de encarregado do transporte da droga. Ademais, caberia a acusação fazer tal comprovação, o que não ocorreu no caso dos autos. Certamente, estava transportando a droga para bando criminoso internacional, o que não significa, porém, que fosse integrante dele.

Sendo assim, faz jus à aplicação da causa de redução de pena prevista no § 4º, do art. 33 da Lei n.º 11.343/06, entretanto, no percentual mínimo de 1/6 (um sexto), em razão das circunstâncias objetivas e subjetivas do caso concreto, inclusive a sofisticação com que a droga foi transportada, ou seja, escondida em um fundo falso da mala do apelante, acondicionadas em quatro lâminas de material emborrachado envoltas em fita adesiva, além do *iter criminis* que pretendia percorrer, embarcando em Guarulhos/SP, com escala em Roma/Itália, e destino final em Istambul/Turquia, razão pela qual passa a pena a ser fixada, definitivamente, em 04 (quatro) anos, 10 (dez) meses e 10 (dez) dias de reclusão e 486 (quatrocentos e oitenta e seis) dias-multa.

[...] Não há que se falar em substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, porquanto a pena aplicada supera 4 (quatro) anos de reclusão, não preenchendo, portanto, os requisitos do art. 44 do Código Penal. Além disso, a condição de estrangeiro do apelante que praticou o crime no território nacional é incompatível com a substituição da pena, pois além de não ter vínculo familiar e laboral no país, será submetido a processo de expulsão.

[...] Deve ser mantido o regime inicial fechado para o cumprimento da



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

pena, nos termos do art. 2º, § 1º, da Lei n.º 8.072/90, alterado pela Lei n.º 11.464/2007.

Diante do exposto, dou parcial provimento ao recurso da defesa para, aplicando a atenuante da confissão num percentual maior e fazendo incidir a causa de diminuição no percentual mínimo de 1/6 (um sexto), fixar a pena definitiva em 04 (quatro) anos, 10 (dez) meses e 10 (dez) dias de reclusão e 486 (quatrocentos e oitenta e seis) dias-multa, no valor de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente na data dos fatos, mantida, no mais, a sentença recorrida. [...]

Como se vê, o Tribunal de origem manteve a exasperação da pena-base em 3 meses, com fundamento na quantidade e na qualidade da droga apreendida (4.485 g cocaína), elementos, pois, capazes de justificar a elevação da reprimenda na primeira fase da dosimetria, conforme previsto no art. 42 da Lei n. 11.343/2006. Outrossim, o *quantum* não se mostrou desproporcional, tendo em vista o que consta dos autos.

Com efeito, não existe constrangimento ilegal a ser sanado na via estreita do *habeas corpus* quando a pena-base é fixada de forma fundamentada em elementos idôneos, observando-se o princípio da proporcionalidade, de modo a se preservar o livre convencimento motivado e a discricionariedade vinculada do julgador.

A esse respeito: HC n. 222.997/SP, Ministra Maria Thereza de Assis Moura, DJe 27/8/2012 e HC n. 104.045/RJ, Ministra Rosa Weber, Primeira Turma, DJe 6/9/2012.

Quanto à atenuante da confissão, não é possível a redução da pena em percentual maior do que o que foi adotado pela Corte *a quo*. Isso porque, na segunda fase, a reprimenda foi reduzida ao mínimo legal, e a Súmula 231/STJ assim prevê: *A incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal.*

No tocante aos critérios para a escolha da fração legalmente prevista para a redução de pena pela causa especial de diminuição em questão, o Superior Tribunal de Justiça firmou o entendimento de que, se o legislador não



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

forneceu especificamente os parâmetros para a fixação do *quantum* da diminuição, mas apenas os pressupostos para a incidência desse benefício legal, impõem-se como critérios a análise das circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do Código Penal e, especialmente, o disposto no art. 42 da Lei n. 11.343/2006.

Por essas razões, a partir da interpretação das disposições do art. 42 da Lei n. 11.343/2006, não há nenhum constrangimento ilegal a ser sanado no ponto em que foi aplicada a fração de 1/6 de diminuição de pena, considerando-se as peculiaridades do caso concreto, especialmente a sofisticação com que a droga foi transportada, bem como o *iter criminis* que se pretendia percorrer, o que justifica uma maior reprimenda penal e impede a aplicação da fração de 2/3, como pretendido.

Outrossim, concluir de outro modo implicaria o reexame do conjunto fático-probatório, incabível em sede de *habeas corpus*. Veja-se: HC n. 199.619/SP, Ministro Og Fernandes, Sexta Turma, DJe 27/8/2012.

Em relação ao regime imposto para cumprimento da reprimenda, percebe-se que as instâncias ordinárias fizeram referência, também, à vedação contida na Lei n. 8.072/1990. Ocorre que o Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento do HC n. 111.840/ES, declarou a inconstitucionalidade do art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/1990, possibilitando aos condenados por crime de tráfico de drogas cumprir pena em regime prisional inicial diverso do fechado.

Afastada a referida vedação, no ponto, o magistrado sentenciante ainda consignou que (fls. 123/124 – grifo nosso):

[...] O cumprimento de pena privativa de liberdade dar-se em regime inicialmente fechado, nos termos da Lei nº 11.464/2007, inclusive pelo quanto decidido pelo Egrégio Supremo Tribunal Federal no HC 82.959, P. 23.2.06, Rel. Min. Marco Aurélio (Informativo STF Nº 418), ressaltando que os requisitos para eventual progressão do regime serão avaliados pelo Juízo da Execução Penal.

Além dos elementos analisados na dosimetria, as condições



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

pessoais do acusado recomendam o regime gravoso independentemente de qualquer outra consideração, de modo que outro tipo de regime inicialmente imposto poderia representar risco à aplicação efetiva da lei penal e desta sentença. Há de se salientar, ainda, que o delito perpetrado equipara-se a hediondo (art. 2º, caput, da Lei 8.072/90).

A necessidade de reprovação e prevenção do crime de tráfico transnacional de entorpecentes, as peculiaridades do caso concreto e a previsão normativa incidente à espécie recomendam o regime inicial mais gravoso, pois os parâmetros fixados no § 2º, do art. 33 do Código Penal não são de aplicação obrigatória, cabendo ao juiz fazer a análise casuística da situação e, neste caso concreto, como já salientado, são desfavoráveis as circunstâncias judiciais, pelo que aplicável o regime inicialmente fechado de cumprimento da pena. [...]

É certo que o regime de cumprimento de pena deverá ser fixado conforme a regra do § 2º do art. 33 do Código Penal. Tal regra, contudo, pode ser excepcionada, de forma justificada, exatamente como ocorreu na presente hipótese, em que o magistrado sentenciante salientou as nuances do caso concreto e as circunstâncias judiciais desfavoráveis, pelo que não há constrangimento ilegal na imposição de regime prisional fechado.

Nesse sentido:

HABEAS CORPUS. PENAL. CRIMES DE ROUBO CONSUMADO. INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA. PLEITO DE AFASTAMENTO DOS MAUS ANTECEDENTES. FOLHA PENAL DO PACIENTE NÃO JUNTADA. AUSÊNCIA DE PROVA PRÉ-CONSTITUÍDA. DELITOS PRATICADOS MEDIANTE UMA SÓ AÇÃO, CONTRA DIVERSAS VÍTIMAS. PATRIMÔNIOS DISTINTOS. CONCURSO FORMAL CONFIGURADO. REGIME PRISIONAL FECHADO. LEGALIDADE. INTELIGÊNCIA DOS ARTS. 59 E 33, § 2º, DO CÓDIGO PENAL. HABEAS CORPUS DENEGADO.

1. Impossível infirmar a conclusão de existência dos maus antecedentes, quando a Defesa, detentora do ônus de demonstrar de plano o constrangimento ilegal suportado pelo Paciente, não junta a folha de antecedentes penais ou certidão cartorária equivalente aos autos, não permitindo, assim, se aferir se, quando do cometimento do delito objeto do presente writ, o Paciente ostentava ou não, de fato, condenações definitivas anteriores.

2. Resta caracterizado o concurso formal quando praticado o crime de roubo, mediante uma só ação, contra vítimas distintas, pois atingidos patrimônios diversos. Precedentes.

3. Fixada a pena-base acima do mínimo legal, pelo reconhecimento fundamentado de circunstância judicial desfavorável ao réu, não há



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ilegalidade na imposição do regime prisional mais gravoso, valendo-se da interpretação conjunta dos arts. 59 e 33, § 2º, ambos do Código Penal.

4. *Habeas corpus* denegado.

(HC n. 203.597/SP, Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, DJe 1º/02/2013 - grifo nosso)

Por fim, incabível a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, pois a pena aplicada é superior a 4 anos, indicando o não preenchimento dos requisitos constantes do art. 44 do Código Penal.

Ante o exposto, **não conheço** do *habeas corpus*.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2011/0289545-0

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 226918 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 201061190039122 39121020104036119

EM MESA

JULGADO: 20/06/2013

Relator

Exmo. Sr. Ministro **SEBASTIÃO REIS JÚNIOR**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **SEBASTIÃO REIS JÚNIOR**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **MOACIR MENDES SOUSA**

Secretário

Bel. **ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO
ADVOGADO : FLÁVIA BORGES MARGI - DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO
IMPETRADO : TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3A REGIÃO
PACIENTE : JONSON SOLIZ JUSTINIANO (PRESO)

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes Previstos na Legislação Extravagante - Crimes de Tráfico Ilícito e Uso Indevido de Drogas - Tráfico de Drogas e Condutas Afins

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia SEXTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

A Sexta Turma, por unanimidade, não conheceu da ordem, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

As Sras. Ministras Assusete Magalhães e Maria Thereza de Assis Moura votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausentes, justificadamente, os Srs. Ministros Og Fernandes e Alderita Ramos de Oliveira (Desembargadora convocada do TJ/PE).

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Sebastião Reis Júnior.