



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 153.391 - RJ (2009/0221746-8)

RELATOR : **MINISTRO JORGE MUSSI**
IMPETRANTE : ARIOSVALDO DE GOIS COSTA HOMEM - DEFENSOR PÚBLICO DA UNIÃO
IMPETRADO : TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 2A REGIÃO
PACIENTE : RICHARD NIJKAMP (PRESO)

EMENTA

HABEAS CORPUS. TRÁFICO TRANSNACIONAL DE DROGAS. DOSIMETRIA. PENA-BASE. FIXAÇÃO ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. CONSEQUÊNCIAS DO CRIME. DANOSIDADE INERENTE AO DELITO ABSTRATAMENTE CONSIDERADO. FUNDAMENTO INIDÔNEO. AFASTAMENTO. NATUREZA E QUANTIDADE DE DROGA APREENDIDA. ART. 42 DA LEI 11.343/06. EXASPERAÇÃO DA REPRIMENDA. MOTIVAÇÃO CONCRETA NESSE PONTO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EM PARTE EVIDENCIADO. SANÇÃO REDIMENSIONADA.

1. Em se tratando de crime de tráfico de drogas, como ocorre na espécie, na fixação da pena deve-se considerar, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do CP, a natureza e a quantidade da substância entorpecente, a personalidade e a conduta social do agente, consoante o disposto no art. 42 da Lei 11.343/06.

2. Mostra-se inviável considerar as consequências do crime como circunstância desfavorável ao agente, quando estas apontam tão somente para a danosidade decorrente da prática do crime de tráfico de drogas, abstratamente considerado.

3. Verificado que as instâncias ordinárias levaram em consideração a natureza e a elevada quantidade de droga apreendida - 11 (onze) quilos de cocaína -, não há constrangimento ilegal quando a sanção básica foi fixada acima do mínimo legalmente previsto, vez que apontados fundamentos concretos a justificar maior reprimenda.

CONFISSÃO ESPONTÂNEA. UTILIZAÇÃO PARA A CONDENAÇÃO. PRISÃO EM FLAGRANTE. IRRELEVÂNCIA. ATENUANTE CONFIGURADA. RECONHECIMENTO E APLICAÇÃO OBRIGATÓRIOS. COAÇÃO CARACTERIZADA.

1. A confissão realizada em juízo sobre a prática do delito de tráfico de entorpecentes é suficiente para fazer incidir a atenuante do art. 65, III, d, do Código Penal, quando expressamente utilizada para a formação do convencimento do julgador, sendo irrelevante que o agente tenha sido preso em flagrante.

2. *Habeas corpus* concedido, em parte, para reduzir a pena-base e reconhecer, em favor do paciente, a atenuante genérica da confissão espontânea, tornando a sua reprimenda definitiva em 3 (três) anos e 5 (cinco) dias de reclusão e pagamento de 311 (trezentos e onze) dias-multa, mantidos, no mais, a sentença e o



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

acórdão impugnados.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conceder parcialmente a ordem, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Adilson Vieira Macabu (Desembargador convocado do TJ/RJ), Gilson Dipp e Laurita Vaz votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 23 de agosto de 2011. (Data do Julgamento).

MINISTRO JORGE MUSSI
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 153.391 - RJ (2009/0221746-8) (f)

IMPETRANTE : ARIOSVALDO DE GOIS COSTA HOMEM - DEFENSOR
PÚBLICO DA UNIÃO
IMPETRADO : TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 2ª REGIÃO
PACIENTE : RICHARD NIJKAMP (PRESO)

RELATÓRIO

EXMO. SR. MINISTRO JORGE MUSSI (Relator): Trata-se de *habeas corpus* impetrado pela Defensoria Pública da União em favor de RICHARD NIJKAMP contra acórdão proferido pela 1ª Turma Especializada do Tribunal Regional Federal da 2ª Região que negou provimento à Apelação Criminal n.º 2008.51.01.817998-5, interposta pelas partes, mantendo a sentença que condenou o paciente à sanção de 3 (três) anos, 8 (oito) meses e 10 (dez) dias de reclusão, em regime inicial fechado, e multa, pela prática do crime previsto no art. 33, *caput*, c/c art. 40, inciso I, ambos da Lei n.º 11.343/06.

Informa o impetrante que, em sede de julgamento dos embargos de declaração interpostos pela defesa, foi afastada a agravante o art. 62, IV, do Código Penal, restando fixada a reprimenda definitivamente em 3 (três) anos e 6 (seis) meses de reclusão e pagamento de 350 (trezentos e cinquenta) dias-multa.

Sustenta a ocorrência de constrangimento ilegal, ao argumento de que a pena-base do paciente teria sido demasiadamente elevada e com fundamento em argumentos genéricos e inerentes ao próprio tipo penal pelo qual restou condenado, malferindo, assim, os princípios da culpabilidade, da razoabilidade e da pessoalidade das sanções.

Acrescenta que a Corte impugnada não teria apresentado fundamentação idônea para a negativa do reconhecimento da confissão espontânea em favor do paciente, argumentando, ao final, que o fato do paciente ter sido preso em flagrante não afastaria a aplicação da atenuante genérica em questão.

Requer a concessão da ordem, para que seja reduzida a pena-base ao mínimo legalmente previsto, bem como seja reconhecida a incidência da confissão espontânea, redimensionando, por conseguinte, a reprimenda imposta ao paciente.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Informações prestadas.

O Ministério Público Federal manifestou-se pela denegação da ordem.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 153.391 - RJ (2009/0221746-8) (f)

VOTO

EXMO. SR. MINISTRO JORGE MUSSI (Relator): Certo que a revisão da pena imposta pelas instâncias ordinárias via *habeas corpus* é possível, mas somente em situações excepcionais, de manifesta ilegalidade ou abuso de poder reconhecíveis de plano, sem maiores incursões em aspectos circunstanciais ou fáticos e probatórios, consoante reiteradamente vem decidindo este Superior Tribunal de Justiça.

In casu, verifica-se que o paciente foi condenado inicialmente à pena de de 3 (três) anos, 8 (oito) meses e 10 (dez) dias de reclusão, em regime inicial fechado, e multa, pela prática do crime previsto no art. 33, *caput*, c/c art. 40, inciso I, ambos da Lei n.º 11.343/06, porque, no dia 18-12-2008, foi preso em flagrante no Aeroporto Internacional do Rio de Janeiro/RJ, ao tentar embarcar para Lisboa/Portugal transportando a substância entorpecente conhecida como "cocaína", diluída em líquido semelhante a vinho, distribuída em três frascos contidos em sua bagagem, os quais, segundo laudo de constatação, perfizeram a massa bruta total de 6,97 Kg, 3,15 Kg e 0,90 Kg (fl. 21).

Inconformadas, ambas as partes interpuseram apelação perante o Tribunal de origem, tendo sido negado provimento a ambos os recursos, mantido, na íntegra, o édito condenatório.

Contra esse acórdão, foram opostos embargos de declaração pelo Ministério Público Federal, os quais foram conhecidos e parcialmente acolhidos, apenas para afastar a aplicação da agravante genérica prevista no art. 62, inciso IV, do Código Penal - execução do crime mediante paga ou promessa de recompensa -, reduzindo a reprimenda do paciente para 3 (três) anos e 6 (seis) meses de reclusão e pagamento de 350 (trezentos e cinquenta) dias-multa, conservando-se os demais termos da sentença.

Após, foram opostos novos embargos de declaração pela defesa, por meio dos quais alegou-se omissão no *decisum* embargado quanto ao almejado



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

reconhecimento da atenuante da confissão espontânea, os quais, no entanto, restaram inacolhidos.

No que se refere à alegada inadequação da pena-base imposta ao paciente, necessário se faz, para melhor análise da questão *sub examine*, transcrever o trecho da sentença condenatória relativo à primeira etapa da dosimetria, *verbis*:

Passo à individualização da pena, especialmente consignando obediência ao art. 42 da Lei nº 11.343/06, dispõe que na fixação das penas, devem ser consignadas, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do CP, a natureza e a quantidade de droga, a personalidade e a conduta social do agente.

O acusado transportava 3 (três) frascos contendo solução aquosa, contendo o alcalóide cocaína e o fármaco levamisol, descritos no laudo com massa bruta total de 6,97 Kg, 3,15 Kg e 0.90 Kg, não havendo qualquer indicativo de que o réu seja usuário de drogas. O tráfico internacional de entorpecentes impulsiona e fomenta o crime organizado local e transnacional. Fomenta a violência local, influi negativamente na imagem do Brasil, país não produtor da droga mas que acaba por servir de 'corredor' ou entreposto do tráfico de drogas. A espécie de droga traficada (cocaína) tem alta capacidade de causar dependência física e psíquica aos seus usuários. Trata-se de droga que, em regra, arruína a vida das pessoas viciadas e comumente desagrega e desestabiliza entidades familiares. Merece, portanto, uma resposta penal mais intensa.

*Por isso, atendendo aos ditames do art. 42 e 43 da Lei nº 11.343/06, c/c art. 59 do Código Penal, fixo a pena-base em **9 (nove) anos de reclusão e 900 (novecentos) dias-multa.** (fls. 21 - grifamos)*

A Corte impetrada, por sua vez, manteve inalterada a sanção básica irrogada ao paciente, adotando, como razão de decidir, os mesmos fundamentos lançados pelo juiz sentenciante para a elevação da reprimenda do paciente na primeira etapa da dosimetria (fl. 29).

A aplicação da pena-base é o momento em que o juiz, dentro dos limites abstratamente previstos pelo legislador, deve eleger, fundamentadamente, o *quantum* ideal de pena a ser aplicada ao condenado criminalmente, visando à prevenção e à repressão do delito praticado.

Assim, para chegar a uma aplicação justa e suficiente da lei penal, o



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

sentenciante, dentro dessa discricionariedade juridicamente vinculada, deve atentar para as singularidades do caso concreto, guiando-se pelos oito fatores indicativos relacionados no *caput* do art. 59 do Código Penal, dos quais não deve se furtar de analisar individualmente, a saber: culpabilidade; antecedentes; conduta social; personalidade do agente; motivos, circunstâncias e consequências do crime; e comportamento da vítima, e indicar, especificamente, dentro destes parâmetros, os motivos concretos pelos quais as considera favoráveis ou desfavoráveis, pois é justamente a motivação da sentença que oferece garantia contra os excessos e eventuais erros na aplicação da resposta penal.

Em se tratando de crime previsto na novel Lei de Drogas, como ocorre na espécie, o juiz, na fixação da penas, deve considerar, ainda, e com preponderância sobre o previsto no art. 59 do CP, a natureza e a quantidade da substância entorpecente, a personalidade e a conduta social do agente, consoante o disposto no art. 42 da Lei n.º 11.343/06.

In casu, da leitura do trecho impugnado da sentença condenatória, verifica-se que o juiz singular, ao analisar as circunstâncias judiciais, considerou desfavoráveis ao paciente **as consequências do crime, bem como a natureza e a quantidade da substância entorpecente apreendida.**

Na hipótese que se apresenta, o juiz sentenciante entendeu que as consequências do delito seriam graves, considerando que o tráfico internacional de entorpecentes impulsiona e fomenta o crime organizado, a violência local e *"influi negativamente na imagem do Brasil, país não produtor da droga mas que acaba por servir de 'corredor' ou entreposto do tráfico de drogas"*, tendo acrescentado que a droga apreendida - cocaína - *"em regra, arruína a vida das pessoas viciadas e comumente desagrega e desestabiliza entidades familiares"* (fl. 21), argumentos que não são de molde a autorizar a elevação procedida na pena-base do paciente nesse ponto, vez que se trata de circunstâncias que apontam para a danosidade decorrente da prática de qualquer crime de tráfico de drogas abstratamente considerado, e sobretudo porque a substância entorpecente foi apreendida antes mesmo de ser colocada no comércio.

Na sequência, o magistrado de primeiro grau entendeu desfavoráveis a natureza e a quantidade de substância entorpecente apreendida, pois, segundo consta



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

dos autos, o paciente foi preso em flagrante no Aeroporto Internacional do Rio de Janeiro/RJ, ao tentar embarcar para Lisboa/Portugal, transportando a substância entorpecente conhecida como "cocaína", diluída em líquido semelhante a vinho, a qual estava distribuída em três frascos contidos em sua bagagem, sendo certo que, segundo o laudo de constatação, a droga apreendida totalizou, respectivamente, a massa bruta de 6,97 Kg (seis quilos e novecentos e setenta gramas), 3,15 Kg (três quilos e cento e cinquenta gramas) e 0,90 Kg (novecentos gramas) (fls. 11 e 20), respectivamente, o que evidencia que as instâncias ordinárias, quando da elevação da pena-base irrogada ao paciente, atuaram em consonância com o disposto no art. 42 da Lei n.º 11.343/06, considerando, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do CP, a natureza e a quantidade da droga apreendida, a afastar o alegado constrangimento ilegal de que estaria sendo vítima nesse ponto, sobretudo porque a quantidade apreendida é elevada e o grau de nocividade da substância entorpecente apreendida - "cocaína" - é maior do que o de outras drogas.

Dessa forma, justamente porque verificada a **inadequação apenas parcial** da análise das circunstâncias judiciais, e considerando que remanescem 2 (duas) desfavoráveis ao paciente - natureza e quantidade de substância entorpecente apreendida -, merecem a sentença condenatória e o acórdão impugnado ser parcialmente reformados nesse ponto, reduzindo a pena-base do paciente de 9 (nove) anos de reclusão e pagamento de 900 (novecentos) dias-multa para **8 (oito) anos de reclusão e 800 (oitocentos) dias-multa**.

No que se refere à pretendida aplicação da atenuante genérica da confissão espontânea em favor do paciente, constata-se a existência de ilegalidade a ensejar o reconhecimento, na espécie, da atenuante prevista no art. 65, inciso III, "d", do CP.

Com efeito, o juiz sentenciante, quando da prolação da sentença condenatória, entendeu devidamente comprovada a autoria delitiva, aduzindo, para tanto, que o paciente, quando do seu interrogatório em juízo, *"admitiu os fatos, afirmando que passava por dificuldades financeiras, que sabia que transportava em torno de quatro quilos ou quatro quilos e meio de droga e receberia seis mil euros quando chegasse na Bélgica"* (fl. 20). Não obstante, considerou inviável o



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

reconhecimento, na espécie, da atenuante genérica em questão, sob o fundamento de que *"não se admite a confissão no caso em tela, vez que o acusado foi preso em flagrante"* (fl. 21).

A Corte Estadual, por sua vez, destacou que, para a configuração da atenuante genérica da confissão espontânea, *"mister se faz haja arrependimento sincero e intenção de auxiliar a justiça, o que não se vislumbra na hipótese dos autos"* aduzindo ainda que, na espécie, *"a prisão em flagrante afasta a aplicação da atenuante"* (e-STJ fl. 31).

Da leitura dos trechos acima transcritos, verifica-se que as instâncias ordinárias afastaram a aplicação da atenuante em questão sob o argumento de que a prisão em flagrante do agente exclui a possibilidade do reconhecimento de eventual confissão espontânea, pelo que evidenciado está o alegado constrangimento ilegal de que estaria sendo vítima, pois o entendimento sufragado nessa Corte Superior é no sentido de que: *"configura-se a confissão espontânea tão somente pelo reconhecimento em Juízo da autoria do delito, sendo irrelevante que, preso em flagrante, não tenha restado outra alternativa para o agente"* (REsp 435.430/MS, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, QUINTA TURMA, julgado em 28/11/2006, DJ 18/12/2006, p. 460).

Nesse diapasão, os seguintes julgados:

AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. CONFISSÃO ESPONTÂNEA. PRISÃO EM FLAGRANTE. INCIDÊNCIA. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

1. A Sexta Turma deste Superior Tribunal de Justiça considera que o flagrante não impede se reconheça a atenuante da confissão. Precedentes.

2. Agravo regimental a que se nega provimento. (AgRg no REsp 816.375/MS, Rel. Ministro CELSO LIMONGI (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP), SEXTA TURMA, julgado em 14/04/2011, DJe 02/05/2011)

CRIMINAL. HC. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. RECONHECIMENTO DA ATENUANTE DE CONFISSÃO ESPONTÂNEA. DESCONSIDERAÇÃO PELO MAGISTRADO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. PROGRESSÃO DE REGIME PRISIONAL. DECLARAÇÃO, INCIDENTER TANTUM, DA INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 2º, § 1º, DA LEI N.º 8.072/90 PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. AFRONTA AO PRINCÍPIO DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA. HABEAS CORPUS PARCIALMENTE CONHECIDO, E NESSA EXTENSÃO, CONCEDIDO.

Pleito de aplicação da atenuante da confissão espontânea na



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

fixação da reprimenda que lhe foi imposta.

Não se exige que a autoria do crime seja desconhecida, nem que o réu demonstre arrependimento pelo cometimento do delito, para a incidência da atenuante da confissão espontânea.

III. A prisão em flagrante, por si só, não constitui fundamento suficiente para afastar a incidência da confissão espontânea.

Precedente.

IV. É viável o exame da dosimetria da pena por meio de habeas corpus, devido a eventual desacerto na consideração da atenuante da confissão espontânea.

[...]

VIII. Ordem parcialmente conhecida e concedida, nos termos do voto do Relator.

(HC 54.196/MS, Rel. Ministro GILSON DIPP, QUINTA TURMA, julgado em 25/04/2006, DJ 22/05/2006, p. 236)

Assim, na esteira do entendimento adotado por esta Corte Superior, a confissão realizada em juízo sobre a prática do delito de tráfico de entorpecentes, quando expressamente utilizada para a formação do convencimento do julgador, é suficiente para fazer incidir a atenuante do art. 65, III, *d*, do Código Penal, sendo irrelevante tenha o agente sido preso em flagrante.

Por essas razões, de rigor o reconhecimento, na espécie, da atenuante genérica da confissão espontânea em favor do paciente, reduzindo-se sua sanção em 3 (três) meses, restando, nessa segunda etapa da dosimetria, em **7 (sete) anos e 9 (nove) meses de reclusão, mantida a pecuniária em 800 (oitocentos) dias-multa**, pois não sofre alteração nessa etapa.

Na terceira fase de aplicação da reprimenda, eleva-se a pena em 1/6 (um sexto), por força da causa especial de aumento prevista no inciso I do art. 40 da Lei n.º 11.343/06 - tráfico internacional de drogas -, e, na sequência, reduz-se a sanção em 2/3 (dois terços), em razão da minorante insculpida no § 4º do art. 33 da mencionada lei federal, mesmos critérios utilizados pelas instâncias ordinárias, ficando **a reprimenda do paciente definitivamente estabelecida em 3 (três) anos e 5 (cinco) dias de reclusão e pagamento de 311 (trezentos e onze) dias-multa.**

Ante o exposto, **concede-se em parte a ordem**, para reduzir a pena-base imposta ao paciente e reconhecer, em seu favor, a incidência da atenuante genérica da confissão espontânea, tornando a sua reprimenda definitiva em **3 (três) anos e 5 (cinco) dias de reclusão e pagamento de 311 (trezentos e onze)**



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

dias-multa, mantidos, no mais, a sentença condenatória e o acórdão objurgado.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2009/0221746-8

HC 153.391 / RJ
MATÉRIA CRIMINAL

Número Origem: 200851018179985

EM MESA

JULGADO: 23/08/2011

Relator

Exmo. Sr. Ministro **JORGE MUSSI**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro JORGE MUSSI

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. BRASILINO PEREIRA DOS SANTOS

Secretário

Bel. LAURO ROCHA REIS

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : ARIOSVALDO DE GOIS COSTA HOMEM - DEFENSOR PÚBLICO DA UNIÃO
IMPETRADO : TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 2A REGIÃO
PACIENTE : RICHARD NIJKAMP (PRESO)

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

CERTIDÃO

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

"A Turma, por unanimidade, concedeu parcialmente a ordem, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator."

Os Srs. Ministros Adilson Vieira Macabu (Desembargador convocado do TJ/RJ), Gilson Dipp e Laurita Vaz votaram com o Sr. Ministro Relator.