



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 155.014 - SP (2009/0232416-4) (f)

RELATOR : **MINISTRO MARCO AURÉLIO BELLIZZE**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO
ADVOGADO : FÁBIO RICARDO CORRÉGIO QUARESMA - DEFENSOR PÚBLICO DA UNIÃO
IMPETRADO : TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3A REGIÃO
PACIENTE : SUPANSA KONGMAN (PRESA)

EMENTA

HABEAS CORPUS. TRÁFICO INTERNACIONAL DE DROGAS. DELITO COMETIDO SOB A ÉGIDE DA LEI Nº 6.368/1976. **1.** APLICAÇÃO DA CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO CONTIDA NO ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/2006. IMPOSSIBILIDADE. RESSALVA DE ENTENDIMENTO DO RELATOR. **2.** SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. GRANDE QUANTIDADE DE DROGA APREENDIDA. NÃO CABIMENTO. PACIENTE ESTRANGEIRO SEM VÍNCULO FAMILIAR OU LABORAL COM O BRASIL. **3.** APELO EM LIBERDADE. RÉU PRESO CAUTELARMENTE DURANTE TODA A INSTRUÇÃO CRIMINAL. PRESENÇA DOS REQUISITOS DO ART. 312 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. INEXISTÊNCIA. **4.** ORDEM DENEGADA.

1. A partir do julgamento do EREsp n.º 1.094.499/MG, a Terceira Seção desta Corte Superior firmou a compreensão no sentido de ser inadmissível a combinação de leis, de modo a evitar a criação de uma terceira norma não prevista no ordenamento jurídico, inviabilizando, portanto, a aplicação da causa de diminuição de pena prevista no artigo 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/2006, ao preceito do artigo 12 da Lei n.º 6.368/1976. Adiro à orientação encampada pela Seção, ressaltando, todavia, meu entendimento contrário, no sentido da possibilidade de retroatividade da norma penal mais benéfica.

2. Assim, ressaltando minha posição divergente sobre o tema, deve o magistrado avaliar, no caso concreto, se a aplicação da nova Lei de Drogas, na íntegra, será ou não mais favorável ao réu.

3. De acordo com o que preceituam os arts. 33, § 2º e 3º, do Código Penal, e 42 da Lei de Tóxicos, tratando-se de pena superior a 4 (quatro) anos, a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos é medida que se mostra inadequada, levando em consideração a quantidade, a natureza e a variedade de droga apreendida em poder da paciente - 12.925 g (doze mil novecentos e vinte e cinco gramas) de cocaína, afora tratar-se de paciente estrangeiro, sem qualquer vínculo familiar ou laboral com o Brasil.

4. Segundo a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, não se concede o direito de recorrer em liberdade a réu que permaneceu preso durante toda a instrução do processo, pois a manutenção na prisão constitui um dos efeitos da respectiva condenação. Precedentes.

5. No caso, o Juízo monocrático e o Tribunal de Justiça estadual entenderam adequado manter a prisão cautelar, destacando persistirem os motivos ensejadores da custódia provisória durante toda a instrução processual.

6. Habeas corpus denegado.

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, denegar a ordem.

Os Srs. Ministros Adilson Vieira Macabu (Desembargador convocado do



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

TJ/RJ), Laurita Vaz e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.
Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Gilson Dipp.
Brasília (DF), 05 de junho de 2012 (data do julgamento).

MINISTRO MARCO AURÉLIO BELLIZZE, Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 155.014 - SP (2009/0232416-4) (f)

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO BELLIZZE:

Trata-se de **habeas corpus** impetrado em favor de Supansa Kongman, apontando-se como autoridade coatora o Tribunal Regional Federal da 3ª Região.

Consta dos autos que no dia 30 de agosto de 2006 a paciente foi presa em flagrante, no Aeroporto Internacional de Guarulhos, quando embarcava com destino à Tailândia com aproximadamente 12.925 g (doze mil novecentos e vinte e cinco gramas) de cocaína.

Após o transcurso da instrução criminal foi condenada à pena de 6 (seis) anos de reclusão, a ser cumprida inicialmente em regime fechado, e ao pagamento de 100 (cem) dias-multa, pela prática do delito tipificado no art. 12, c/c o art. 18, I, da Lei n.º 6.368/1976, negado o apelo em liberdade.

Dessa decisão a defesa apelou e a Primeira Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região negou provimento ao apelo, concedendo, no entanto, **habeas corpus** de ofício, para reduzir a pena da paciente para 5 (cinco) anos e 3 (três) meses de reclusão, e ao pagamento de 87 (oitenta e sete) dias-multa, por admitir a retroatividade do art. 40 da Lei nº 11.343/2006.

Daí a presente impetração fundamentada na necessidade da aplicação da causa de diminuição de que cuida o art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/2006, em seu grau máximo, mesmo para aqueles delitos praticados quando da vigência da Lei n.º 6.368/1976, mormente nesses casos em que o paciente preenche os requisitos objetivos e subjetivos para a consecução desse mister.

Pugna, outrossim, pela substituição da pena privativa de liberdade pela restritivas de direitos, pois se fazem presentes os requisitos do art. 44 do Código Penal e, por fim, pelo direito de recorrer em liberdade, ante a inexistência dos motivos autorizadores insertos no art. 312 do Código de Processo Penal.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

O pedido liminar foi indeferido (fl. 117) e as informações prestadas (fls. 124/148).

A douta Procuradoria Geral da República, ao manifestar-se (fls. 150/153), opinou pela denegação da ordem.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 155.014 - SP (2009/0232416-4) (f)

VOTO

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO BELLIZZE (RELATOR):

Busca a presente impetração a aplicação da causa de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/2006, pela prática do delito tipificado no art. 12 c/c o art. 18, III, da Lei n.º 6.368/76, a substituição da pena privativa de liberdade por pena restritiva de direitos e pela possibilidade de recorrer da condenação em liberdade.

Os pleitos não merecem prosperar.

De início, é importante ressaltar que, a partir do julgamento do EREsp nº 1.094.499/MG, a Terceira Seção desta Corte Superior firmou compreensão no sentido de ser inadmissível a combinação de leis, de modo a evitar a criação de uma terceira norma não prevista no ordenamento jurídico, inviabilizando, portanto, a aplicação da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006, ao preceito do art. 12 da Lei nº 6.368/1976 (antiga Lei de Drogas).

Adiro à orientação encampada pela Seção, ressaltando, todavia, meu entendimento contrário, no sentido da possibilidade de retroatividade da norma penal mais benéfica, como o próprio Superior Tribunal de Justiça, pelas duas Turmas Penais, adota em relação às causas de aumento de pena previstas no art. 40 da Lei nº 11.343/2006, que estabelece majorante de pena menor que aquele estabelecido na Lei nº 6.368/1976.

Dessa maneira, e ressaltada minha posição divergente sobre o tema, inviável o pleito da paciente no sentido de se aplicar a causa de diminuição de pena da Lei nº 11.343/2006 à pena fixada com base na Lei nº 6.368/1976.

Segundo entendimento dominante sobre o tema, deve o magistrado avaliar, no caso concreto, se a aplicação da nova Lei de Drogas (Lei nº 11.343/2006), na íntegra, será ou não mais favorável ao réu.

Registre-se que os requisitos previstos no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006, são cumulativos, isto é, para que o réu seja beneficiado com a redução da



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

pena deverá preencher todos os requisitos legais, quais sejam, ser primário, portador de bons antecedentes, não se dedicar a atividades ilícitas e nem participar de organização criminosa.

Confira-se:

HABEAS CORPUS. TRÁFICO INTERNACIONAL DE DROGAS. INCIDÊNCIA DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO DO ARTIGO 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/2006. IMPOSSIBILIDADE. RÉU REINCIDENTE ESPECÍFICO. ORDEM DENEGADA.

1. Para a incidência da causa de diminuição de pena prevista no artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006, o réu deve preencher cumulativamente os requisitos ali previstos, quais sejam, ser primário, de bons antecedentes, não se dedicar às atividades criminosas, nem integrar organização criminosa.

2. Reconhecendo a sentença que o paciente é reincidente específico, não há como aplicar a minorante.

3. Habeas corpus denegado. (HC nº 137.159/PR, Relator o Ministro CELSO LIMONGI (Desembargador convocado do TJSP), DJe de 23/8/2010.)

Muito embora a incidência da causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006, aos condenados na vigência da lei revogada, seja expressamente negada pela jurisprudência desta Corte Superior, em especial a partir do julgamento do EResp nº 1.094.499/MG, da relatoria do Ministro Felix Fischer, julgado em 10/5/2010, cujo entendimento tenho me curvado em meus votos, com ressalva de opinião, adotando aquela orientação dominante na Terceira Seção, não vislumbro qualquer diferença entre as duas situações.

Veja-se que aqui há apenas uma peculiaridade: o benefício da causa especial de diminuição de pena contemplado no § 4º, do art. 33, da Lei nº 11.343/2006 sequer era previsto na lei revogada, ao passo que as causas especiais de aumento estão dispostas em ambas as leis, mas, a mais recente, como dito anteriormente, trouxe novas diretrizes para a majoração da reprimenda aos condenados por crime de tráfico de drogas.

Por fim, saliento que a aplicação da aludida majorante com a fração mais benéfica trazida pela Lei nº 11.343/2006, sobre a pena do art. 12 da Lei n.º 6.368/1976, vem sendo admitida em diversos julgados posteriores ao citado julgamento do EResp nº 1.094.499/MG.

Nesse sentido, trago à colação os seguintes precedentes:

A - AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

TRÁFICO DE DROGAS. CRIME COMETIDO NA VIGÊNCIA DA LEI 6.368/76. CAUSA DE AUMENTO. INTERNACIONALIDADE. ART. 40, I, DA LEI 11.343/2006. RETROATIVIDADE. POSSIBILIDADE.

1. Na linha do entendimento desta Corte, a Lei 11.343/06, em seu art. 40, I, passou a prever para a causa de aumento referente à transnacionalidade, quantum menor de acréscimo – 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços). A novel legislação não inova e, por ser mais benéfica, deve retroagir em tais casos. Precedentes.

2. Não trazendo o agravante tese jurídica capaz de modificar o posicionamento anteriormente firmado, é de se manter a decisão agravada na íntegra, por seus próprios fundamentos.

3. Agravo regimental a que se nega provimento. (AgRg no REsp nº 1.164.944/RJ, Relator o Ministro **OG FERNANDES**, DJe de 27/2/2012)

B - HABEAS CORPUS. ART. 12, C/C ART. 18, DA LEI 6.368/76. PENA-BASE. PEDIDO DE DIMINUIÇÃO. CONSIDERAÇÕES ABSTRATAS E UTILIZAÇÃO DE DIRETRIZES UTILIZADAS PARA CARACTERIZAR A INTERNACIONALIDADE DO DELITO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. PRETENSÃO DE APLICAÇÃO DA MINORANTE PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI 11.343/06. IMPOSSIBILIDADE DE COMBINAÇÃO DE LEIS. DIMINUIÇÃO PARA UM SEXTO DA EXASPERAÇÃO DEVIDA PELA TRANSNACIONALIDADE DO DELITO. VIABILIDADE. NOVA NORMA MAIS BENÉFICA. MODIFICAÇÃO DO REGIME PRISIONAL E SUBSTITUIÇÃO POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. DESCABIMENTO. (...)

4. Não prospera o pedido de aplicação da minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, pois a jurisprudência desta Corte se consolidou no sentido de ser impossível a combinação de leis, cabendo lembrar que a condenação do paciente foi pela suposta prática do delito previsto no art. 12 da Lei nº 6.368/76.

5. Ainda que assim não o fosse, as instâncias ordinárias, soberanas na análise do conjunto probatório, concluíram que o paciente não preenchia os requisitos previstos na lei de regência. Assim, a inversão do decidido demandaria o revolvimento de provas, providência vedada na via eleita.

6. Para a caracterização da internacionalidade do delito não se faz necessária a efetiva transposição de fronteiras. Precedentes.

7. É certo que a Lei 11.343/06, ao disciplinar a majorante da transnacionalidade do delito, pontuou que a sanção deveria ser majorada "de um sexto a dois terços". Nesse particular, ela representa novatio legis in mellius, uma vez que, pelo



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

regramento anterior - art. 18, I, da Lei 6.368/76 - a exasperação partia de um terço.

(...)

10. Ordem parcialmente concedida, para, diminuindo a 1/6 a exasperação decorrente da transnacionalidade do delito e afastando as circunstâncias judiciais indevidamente valoradas como desfavoráveis, reduzir a pena recaída sobre o ora paciente, de 6 anos de reclusão e 93 dias-multa para 4 anos e 1 mês de reclusão, mais 65 dias-multa, mantido o regime fechado para o início da expiação. (HC nº 129.413/SP, Relator o Ministro **OG FERNANDES**, julgado em 31/05/2011, DJe 13/06/2011)

C - HABEAS CORPUS. PENAL. CRIME DE TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. INTERNACIONALIDADE. ART. 18, INCISO I, DA LEI N.º 6.368/76. DIMINUIÇÃO DO **QUANTUM** DA CAUSA ESPECIAL DE AUMENTO PELA LEI N.º 11.343/06. **NOVATIO LEGIS IN MELLIUS.** ORDEM CONCEDIDA.

1. O aumento da pena decorrente da transnacionalidade do delito de tráfico de drogas recebeu tratamento mais favorável pelo art. 40, inciso I, da Lei n.º 11.343/2006, devendo, assim, no caso concreto, incidir o **quantum** previsto na **novatio legis in melius**.

2. Ordem concedida para fixar o aumento da pena em 1/6 (um sexto). (HC nº 124.763/SP, Relatora a Ministra **LAURITA VAZ**, julgado em 28/6/2011, DJe de 1º/8/2011)

D - PENAL. PROCESSUAL PENAL. **HABEAS CORPUS.** TRÁFICO DE ENTORPECENTES. CRIME COMETIDO SOB A ÉGIDE DA LEI Nº 6.368/76. IMPOSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO RETROATIVA APENAS DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI N.º 11.343/06. APLICAÇÃO POR INTEIRO DA NOVA LEI Nº 11.343/2006 DEPENDENDO DO CASO CONCRETO. ADOÇÃO DO ENTENDIMENTO FIXADO NA TERCEIRA SEÇÃO (ERESP Nº 1.094.499/MG). TRANSNACIONALIDADE. CAUSA DE AUMENTO. APLICAÇÃO DO **QUANTUM** DA LEI NOVA, MAIS BENÉFICA. POSSIBILIDADE EM TESE. MANUTENÇÃO CONTUDO DA EXASPERAÇÃO DE 1/3 ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. CARACTERÍSTICAS DESFAVORÁVEIS DO CASO CONCRETO. PRIVATIVA DE LIBERDADE. SUBSTITUIÇÃO POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE.

1. A Sexta Turma, na assentada de 16 de novembro de 2010, no julgamento do HC nº 94.188/MS, deliberou, acompanhando o entendimento firmado pela Terceira Seção, no EResp nº 1.094.499/MG, da Relatoria do Ministro Félix Fischer, aplicar a nova lei, ou seja, a Lei nº 11.343/2006, por inteiro, a fatos ocorridos na vigência da lei antiga, dado que o novo regramento, com a possibilidade de aplicação da causa especial de diminuição, trazida a lume no art. 33, §4º, pode ser mais benéfica, dependendo do caso concreto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

2. Entretanto, na espécie, há de ser mantida a condenação, tal como já firmada, pois, não há como aplicar a nova lei na sua integralidade, já que o caso concreto não permite a incidência da causa especial de diminuição, dada a expressiva quantidade de entorpecente e o fato de o paciente fazer do tráfico seu modo de vida, chegando a fazer, num espaço de tempo de três meses, vinte e duas viagens ao exterior, para trazer drogas ao país.

3. Segundo vem entendendo esta Corte, o aumento no patamar mínimo de 1/3 (um terço) da pena, pela transnacionalidade do tráfico ilícito de drogas, previsto na antiga lei (Lei n.º 6.368/76 – art. 18, I), deve ceder à nova configuração da Lei n.º 11.343/06, que prevê o acréscimo na fração de 1/6 (um sexto) - art. 40, inciso I.

4. Contudo, na espécie, o acórdão atacado, não obstante reconheça a incidência do novel regramento, fundamenta a manutenção de 1/3, ou seja, acima do mínimo legal, em face da circunstância de que o paciente, procedendo do exterior, atravessara todo o Estado de Mato Grosso do Sul em direção a São Paulo para fazer a entrega da droga, conclusão consonante, não só com intervalo de aumento previsto no art. 40, inciso I, mas também com o art. 42 da mesma Lei nº 11.343/2006, impondo ao juiz, ao fixar a pena, observar, "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".

5. Diante desse quadro, inviável se apresenta a pretendida substituição da privativa de liberdade por restritiva de direitos, totalmente contraindicada para alguém que, como o ora paciente, faz da traficância modo de vida, máxime porque, há informações de que, estando em livramento condicional, foi preso em flagrante por outro delito e, ao que tudo indica, encontra-se preso, em outra Unidade da Federação, pela prática de mais um crime. Não estão satisfeitos, portanto, os requisitos do art. 44 do Código Penal.

6. Ordem denegada. (HC nº 131.389/MS, Relator a Ministra **MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA**, julgado em 23/11/2010, DJe de 16/12/2010)

E - (...)

INTERNACIONALIDADE DO DELITO. ART. 18, I, DA LEI 6.368/76. AUMENTO PREVISTO DE 1/3 A 2/3. ENTRADA EM VIGOR DA REGRA DO ART. 40, I, DA LEI 11.343/06. DIMINUIÇÃO DO QUANTUM DA MAJORANTE DE 1/6 A 2/3. PRETENDIDA APLICAÇÃO. MATÉRIA NÃO EXAMINADA PELA CORTE DE ORIGEM. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. LEX MITIOR. APLICAÇÃO IMEDIATA. COAÇÃO ILEGAL VERIFICADA DE OFÍCIO. SANÇÃO REDIMENSIONADA.

1. Inviável a análise, diretamente por esta Corte Superior de Justiça, da almejada aplicação da fração da causa especial de aumento prevista no art. 40, inciso I, da Lei 11.343/06, ao invés da insculpida no art. 18, inciso I, da Lei 6.368/76, tendo em vista que essa matéria



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

não foi apreciada pelo Tribunal de origem, sob pena de incidir-se na vedada supressão de instância.

1. Constitui coação ilegal, sanável de ofício através da via eleita, o aumento de pena, em razão da transnacionalidade do tráfico denunciado, no mínimo legalmente previsto na antiga legislação - art. 18, I, da Lei n. 6.368/76 - , quando a nova regra, obviamente mais favorável, e por isso de aplicação imediata, prevê a elevação no patamar de 1/6 a 2/3.

2. Writ parcialmente conhecido e, nessa extensão, denegada a ordem, concedendo-se, contudo, *habeas corpus* de ofício tão-somente para, em observância ao previsto no art. 40, I, da Lei n. 11.343/06, elevar a pena-base imposta ao paciente em 1/6, fixando-a definitivamente em 6 anos, 4 meses e 6 dias de reclusão e ao pagamento de 103 dias-multa, mantidos, no mais, a sentença e o acórdão impugnado. (HC nº 112.865/SP, Relator o Ministro **JORGE MUSSI, DJe de 21/6/2010)**

Relativamente a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, de acordo com o que preceituam os arts. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal, e 42 da Lei de Tóxicos, tratando-se pena superior a 4 (quatro) anos - diga-se, 5 (cinco) anos e 3 (três) meses de reclusão, a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos é medida que se mostra inadequada, levando em consideração a quantidade, a natureza e a variedade de droga apreendida em poder da paciente - 12.925 g (doze mil novecentos e vinte e cinco gramas) de cocaína.

Não destoia desse entendimento a jurisprudência deste Tribunal:

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 do STF.

4. Embora a sanção não alcance 4 (quatro) anos, as circunstâncias



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

do caso - considerável quantidade, diversidade e natureza do entorpecente, bem como a estrutura existente na residência do paciente para facilitar a comercialização da droga - recomendam o estabelecimento do regime fechado, tal qual asseverado na origem.

5. Pelos mesmos motivos, não se mostra socialmente recomendável o deferimento da substituição da sanção corporal por restritivas de direitos.

*6. Ordem denegada. (HC nº 182.316/SP, Relator o Ministro **OG FERNANDES**, DJe de 19/10/2011)*

Assevere-se, ainda, que a paciente é estrangeira, sem qualquer vínculo familiar ou laboral com o Brasil, o que impossibilita a substituição da pena privativa de liberdade.

Nesse sentido:

Política criminal. Pena de prisão (limitação aos casos de reconhecida necessidade). Entorpecente (tráfico internacional). Estrangeiro não-residente no país (caso). Art. 44 do Cód. Penal (não-aplicação). Substituição da pena (impossibilidade).

1. A norma penal prevê a possibilidade de se aplicarem sanções outras que não a pena privativa de liberdade para crimes de pequena e média gravidade, como meio eficaz de combater a crescente ação criminógena do cárcere.

2. A disciplina da Lei nº 8.072/90 e o disposto no Cód. Penal (art. 44) não são incompatíveis.

3. Tratando-se de condenado de nacionalidade outra, certamente tal não impede a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, porquanto brasileiros e estrangeiros são iguais perante a lei – di-lo a Constituição –, pressupondo-se, porém, quanto aos estrangeiros, a regular residência no país.

4. Caso, todavia, a envolver sentenciado que não tem residência no Brasil, não lhe sendo também de todo favoráveis as circunstâncias judiciais, o que impossibilita a substituição da pena privativa de liberdade.

*5. Recurso especial ao qual se negou provimento. (REsp 908.384/SP, Relator Ministro **NILSON NAVES**, DJe 16/06/2008)*

Por fim, quanto ao pleito de recorrer de sua condenação em liberdade, não se pode olvidar que esta é a regra em nosso ordenamento constitucional, somente sendo possível sua mitigação em hipóteses estritamente necessárias. Contudo, a prisão de natureza cautelar não conflita com a presunção de inocência, quando devidamente fundamentada pelo juiz a sua necessidade, como é o caso dos autos.

Na espécie, as instâncias ordinárias justificaram a manutenção da custódia provisória, enfatizando o Tribunal de origem, ainda, que a paciente " é estrangeira e não



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

tem residência fixa no país, podendo, em liberdade, furtar-se ao cumprimento da lei penal - máxime se o agente respondeu preso a todo o processo em razão da prisão em flagrante - exatamente a hipótese sub judice - ou de prisão preventiva" (fl. 106).

Note-se, assim, que, durante toda a instrução criminal, a sentenciada permaneceu segregada, e tanto o Juízo monocrático, quanto o Tribunal **a quo** entenderam adequado manter a prisão cautelar, destacando permanecerem hígidos os motivos que autorizaram a custódia e a sua necessidade na forma da lei.

Assim, mostra-se intangível a realidade indiciária cognitiva decorrente da prisão cautelar e preservada pela sentença condenatória, sendo certo que a própria mecânica delitiva empregada pela paciente expressa ofensa à ordem pública, que deve ser resguardada, não se vislumbrando o alegado constrangimento ilegal, mormente porque este Tribunal Superior firmou compreensão de que o paciente mantido custodiado durante toda a instrução criminal deve assim permanecer, como um dos consectários lógicos e necessários da condenação.

Nesse sentido:

A- HABEAS CORPUS LIBERATÓRIO. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. PENA-BASE FIXADA NO MÍNIMO LEGAL: 4 ANOS DE RECLUSÃO. PENA CONCRETIZADA: 5 ANOS E 6 MESES DE RECLUSÃO EM REGIME INICIAL FECHADO. REGIME INICIAL FECHADO FUNDAMENTADO APENAS NA GRAVIDADE ABSTRATA DO DELITO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. SÚMULAS 718/STF E 440/STJ. NEGATIVA DO DIREITO DE APELAR EM LIBERDADE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO, **IN CASU. PACIENTE MANTIDO PRESO DURANTE A INSTRUÇÃO CRIMINAL. INEXISTÊNCIA DE INCOMPATIBILIDADE ENTRE A FIXAÇÃO DO REGIME PRISIONAL SEMIABERTO E A NEGATIVA DO APELO EM LIBERDADE. SITUAÇÃO QUE SE RESOLVE COM A TRANSFERÊNCIA DO SENTENCIADO PARA ESTABELECIMENTO PENAL ADEQUADO. PARECER DO MPF PELA CONCESSÃO DO **WRIT**. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA, COM RESSALVA DO PONTO DE VISTA DO RELATOR, APENAS PARA ESTABELECER O REGIME SEMIABERTO PARA O INÍCIO DO CUMPRIMENTO DA PENA. CPB).**

[...]

4. Não há constrangimento ilegal na negativa do direito de aguardar em liberdade o julgamento do recurso de Apelação, por ocasião da prolação da sentença condenatória, daquele que foi preso em flagrante, assim respondendo a toda a Ação Penal.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Precedentes do STJ.

[...]

9. Ordem parcialmente concedida, com ressalva do entendimento pessoal do Relator, apenas para estabelecer o regime semiaberto para o início do cumprimento da pena privativa de liberdade imposta ao paciente.

(HC n.º 192.024/SP, Relator Ministro **NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO**, DJe 09/08/2011.)

B- HABEAS CORPUS. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. RÉU QUE PERMANECEU PRESO DURANTE TODA A INSTRUÇÃO CRIMINAL POR FORÇA DE PRISÃO EM FLAGRANTE DELITO. GRAVIDADE CONCRETAMENTE DEMONSTRADA PELO **MODUS OPERANDI**. PERICULOSIDADE DO PACIENTE. EFEITO DA CONDENAÇÃO. EXCESSO DE PRAZO NA FORMAÇÃO DA CULPA. SENTENÇA CONDENATÓRIA PROFERIDA. QUESTÃO SUPERADA.

[...]

3. *A negativa do apelo em liberdade ao réu que, preso em flagrante, assim permaneceu durante toda a instrução criminal, não ofende a garantia constitucional da presunção da inocência, pois nada mais é do que efeito da sentença penal que o condenou, a teor do disposto no art. 393, inciso I, do Código de Processo Penal. Aplicação, na hipótese, do enunciado n.º 09 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça. Precedentes.*

4. Writ parcialmente conhecido e, nessa extensão, denegado. (HC n.º 114.916/SP, Relatora Ministra **LAURITA VAZ**, DJe de 8/9/2009.)

C- HABEAS CORPUS. ROUBO QUALIFICADO. PRISÃO PREVENTIVA. SUPERVENIÊNCIA DE SENTENÇA CONDENATÓRIA. MANUTENÇÃO DA CUSTÓDIA CAUTELAR. GRAVIDADE CONCRETA DO FATO CRIMINOSO. PERICULOSIDADE DOS AGENTES. RISCO À ORDEM PÚBLICA. MOTIVAÇÃO IDÔNEA PARA O INDEFERIMENTO DO APELO EM LIBERDADE. EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE E FIXAÇÃO DE REGIME MAIS GRAVOSO. MAUS ANTECEDENTES. PROCESSO EM ANDAMENTO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. QUESTÃO NÃO ANALISADA PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA.

1. *O Superior Tribunal de Justiça firmou compreensão no sentido de que, nos termos do artigo 393, inciso I, do Código de Processo Penal, não tem direito de apelar em liberdade o réu que permaneceu preso durante toda a instrução criminal, salvo quando o ato que originou a custódia cautelar for ilegal, notadamente por não possuir fundamentação idônea, situação incorrente no caso em exame.*

[...]



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

7. Ordem parcialmente concedida, tão-somente, para determinar que o paciente cumpra a pena em regime semiaberto.

*(HC n.º 112.727/RJ, Relator Ministro **OG FERNANDES**, DJe de 4/3/2009.)*

Inexiste, portanto, constrangimento ilegal a ser sanado na presente via.

Diante de todo o exposto, denego a ordem de **habeas corpus**.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2009/0232416-4

HC 155.014 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Número Origem: 200661190063546

EM MESA

JULGADO: 05/06/2012

Relator

Exmo. Sr. Ministro **MARCO AURÉLIO BELLIZZE**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro JORGE MUSSI

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. ALCIDES MARTINS

Secretário

Bel. LAURO ROCHA REIS

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO

ADVOGADO : FÁBIO RICARDO CORRÉGIO QUARESMA - DEFENSOR PÚBLICO DA
UNIÃO

IMPETRADO : TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3A REGIÃO

PACIENTE : SUPANSA KONGMAN (PRESA)

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, denegou a ordem."

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

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Gilson Dipp.