



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

**HABEAS CORPUS Nº 220.996 - SP (2011/0239752-0)**

**RELATOR** : **MINISTRO SEBASTIÃO REIS JÚNIOR**  
**IMPETRANTE** : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO  
**ADVOGADO** : FÁBIO RICARDO CORREGIO QUARESMA - DEFENSOR PÚBLICO DA UNIÃO  
**IMPETRADO** : TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3A REGIÃO  
**PACIENTE** : DAVID ROSOTON JENNINGS BARTLETT (PRESO)

### EMENTA

*HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO. INADMISSIBILIDADE. TRÁFICO INTERNACIONAL DE DROGAS (3.515 G). DOSIMETRIA. PENA-BASE AFASTADA DO MÍNIMO LEGAL. QUANTIDADE E ESPÉCIE DA DROGA APREENDIDA (COCAÍNA). FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. APLICAÇÃO DO REDUTOR PREVISTO NO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. IMPOSSIBILIDADE. DEDICAÇÃO A ATIVIDADE CRIMINOSA. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA POR RESTRITIVA DE DIREITOS. INCABÍVEL. PENA APLICADA SUPERIOR A 4 ANOS. REGIME DIVERSO DO FECHADO. POSSIBILIDADE. VEDAÇÃO LEGAL.

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

2. Quando manifesta a ilegalidade ou sendo teratológica a decisão apontada como coatora, situação verificada de plano, admite-se a impetração do *mandamus* diretamente nesta Corte para se evitar o constrangimento ilegal imposto ao paciente.

3. A quantidade e a espécie da droga apreendida, segundo o art. 42 da Lei n. 11.343/2006, prepondera sobre as circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal, constituindo fundamento idôneo para afastar a pena-base do mínimo legal.

4. Não incide o redutor do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006. No caso dos autos, constatou-se que o réu se dedicava a atividades criminosas. A pretensão em sentido contrário, a infirmar a conclusão das instâncias originárias, implicaria o revolvimento do conjunto fático-probatório, inviável na sede estreita do *habeas corpus*.

5. Ainda que a jurisprudência das Cortes Superiores seja no sentido de que a vedação à substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos para o crime de tráfico de drogas é inconstitucional, matéria esta já pacificada, tal substituição só poderá ocorrer se forem preenchidos os requisitos objetivos e subjetivos previstos no art. 44 do Código Penal, quais sejam: pena privativa de liberdade não superior a 4 anos, crime cometido sem violência ou grave ameaça à pessoa, réu não reincidente em crime doloso e circunstâncias judiciais favoráveis. *In casu*, impossível a substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva ante a quantidade da pena imposta (7 anos de reclusão).



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

6 Após o Supremo Tribunal Federal ter declarado, incidentalmente, a inconstitucionalidade do art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/1990, não subsiste mais a imposição automática do regime inicial fechado de cumprimento da pena aos crimes hediondos e equiparados, devendo o magistrado observar as regras previstas no art. 33, c/c o art. 59, ambos do Código Penal, e fundamentar concretamente a imposição do regime inicial mais rigoroso do que o correspondente à pena aplicada.

7. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida de ofício, tão somente para afastar a vedação legal quanto ao regime de cumprimento de pena, observando-se que o paciente já se encontra em livramento condicional.

### 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 do pedido de *habeas corpus*, expedindo, contudo, ordem de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Rogerio Schietti Cruz, Nefi Cordeiro e Ericson Maranhão (Desembargador convocado do TJ/SP) votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, a Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura.

Brasília, 25 de novembro de 2014 (data do julgamento).

Ministro Sebastião Reis Júnior  
Relator



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 220.996 - SP (2011/0239752-0)

### RELATÓRIO

**O EXMO. SR. MINISTRO SEBASTIÃO REIS JÚNIOR:** Trata-se de *habeas corpus* com pedido liminar impetrado pela Defensoria Pública em benefício de **David Rosoton Jennings Bartlett**, em que se aponta como autoridade coatora a Quinta Turma do Tribunal Regional Federal da Terceira Região, que negou provimento aos recursos defensivo e ministerial (Apelação Criminal n. 0004909-27.2009.4.03.611 – fl. 114).

Consta dos autos que o Juízo da 5ª Vara Federal de Guarulhos, da 19ª Subseção Judiciária do Estado de São Paulo, na Ação Penal n. 2009.61.19.004909-5, condenou o paciente a 7 anos de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 700 dias-multa, pela prática dos delitos previstos no art. 33, *caput*, c/c o art. 40, I, da Lei n. 11.343/2006 (fl. 47).

Interposta apelação pela defesa e pelo *Parquet*, o Tribunal Regional Federal negou provimento e manteve intacta a sentença condenatória.

Daí o presente *writ*, em que a Defensoria Pública sustenta que a *quantidade da droga apreendida serve para caracterizar o delito de tráfico de drogas, não sendo, contudo, suficiente à exacerbação da pena-base* (fl. 6).

Alega que nada há nos autos sobre a conduta do paciente, que é réu primário (ausência de antecedente) e praticou o crime em flagrante estado de necessidade e violenta emoção (motivos e circunstâncias), ou seja, não houve o exaurimento do tipo penal e as consequências já verificadas no próprio tipo.

Sustenta, por fim, que o *artigo 33, § 4º, da Lei 11.343/2006, que determina a redução da pena no caso de agente primário, de bons antecedentes, que não se dedique a atividades criminosas nem integre organização criminosa, deixou de ser aplicado corretamente no caso dos autos, fazendo a decisão condenatória contrária a lei penal vigente* (fl. 10).



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Requer, em liminar e no mérito, a redução da pena nos termos desta impetração, assim como a modificação do seu regime de cumprimento e a substituição por restritiva de direitos.

A liminar foi indeferida.

Não foram requeridas informações, uma vez que o feito está devidamente instruído.

O Ministério Público Federal opinou, pelas palavras da Subprocuradora-Geral da República Raquel Elias Ferreira Dodge, pelo não conhecimento da ordem (fls. 143/152).

Pela petição de fls. 166/167, **informa a Defensoria Pública da União que o ora paciente, David Rosoton Jennings Bartlett, foi excluído do sistema prisional aos 17/7/2014, em virtude de concessão de livramento condicional.**

É o relatório.



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 220.996 - SP (2011/0239752-0)

### VOTO

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

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

Quando manifesta a ilegalidade ou sendo teratológica a decisão apontada como coatora, situação verificada de plano, admite-se a impetração do *mandamus* diretamente nesta Corte para se evitar o constrangimento ilegal imposto ao paciente.

Pretende a Defensoria Pública, impetrante, a redução da pena, assim como a modificação do seu regime de cumprimento e a substituição por restritiva de direitos.

Na espécie, há, ao menos em parte, constrangimento ilegal a ensejar a concessão da ordem de ofício.

Antes de analisar os pedidos feitos pelo impetrante, é necessário verificar o que ficou consignado na sentença acerca da dosimetria (fls. 45/47):

[...]

Passo a dosimetria da pena.

No exame da culpabilidade, considerada como juízo de reprovação exercido sobre o autor de um fato típico e ilícito, verifico que sua intensidade manteve-se nos lindes normais ao tipo. O réu, embora possuidor de curso superior, informa que estava na rua sem medicação, comida e lugar para ficar, de modo que, à míngua de maiores elementos, tenho que entender que o réu era pessoa vulnerável socialmente, como são a grande maioria das pessoas contratadas como mulas para tráfico de entorpecentes. No tocante aos antecedentes, à conduta social e à personalidade do acusado, nada digno de nota foi evidenciado. As circunstâncias, conseqüências do crime e os motivos também não merecem considerações. **Considerando, no entanto, a natureza da droga apreendida (cocaína), psicotrópico de elevado efeito nocivo ao organismo dos usuários, assim como a enorme quantidade de entorpecente encontrado, avaliado em aproximadamente 85 mil euros, nos termos do art. 42 da Lei nº**



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

**11.343/06, resta justificada a fixação da pena-base em 06 (seis) anos e 06 (seis) meses de reclusão e 650 (seiscentos e cinquenta) dias-multa.**

Na segunda fase, reconheço a confissão espontânea e reduzo a pena para 6 (seis) anos de reclusão e 600 (seiscentos) dias-multa.

Na terceira fase, inexistem causas de redução de pena a serem aplicadas. Contudo, consoante fundamentação acima, reconheço a transnacionalidade do tráfico (art. 40, I, da Lei n. 11.343/2006), aumentando a pena na fração de 1/6 (um sexto), pelo que a pena definitiva resta fixada em 7 anos de reclusão e 700 dias-multa.

[...]

O Tribunal Regional Federal da 3ª Região, em grau de apelação criminal, manteve intacta a sentença; logo, concordou com os motivos exarados pelo magistrado para a aplicação da pena.

Em recente julgado, decidi a Sexta Turma deste Tribunal que, em se tratando dos crimes previstos na Lei de Drogas, a quantidade e a **natureza das substâncias entorpecentes são fatores que preponderam sobre as circunstâncias judiciais** do art. 59 do Codex, haja vista que, quanto maior o volume e **quanto mais deletérios os efeitos da droga, maior será a probabilidade de lesão ao bem jurídico tutelado, qual seja, a saúde pública** (HC n. 291.263/DF, Ministra Maria Thereza de Assis Moura, DJe 2/10/2014 – grifo nosso).

Ainda, nesse sentido: AgRg no AREsp n. 419.225/SP, de minha relatoria, Sexta Turma, DJe 7/10/2014.

Assim, verifica-se que a Corte local, ao manter a exasperação da pena-base acima do mínimo legal, agiu em consonância com a jurisprudência deste Tribunal Superior.

Acerca da não aplicação da causa de redução da Lei de Drogas, ficou consignado na sentença o seguinte (fls. 40/41 – grifo nosso):

[...]

4. Da redução de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006.

**Há prova nos autos de que o réu tem o crime como meio de vida.**

De fato, **além de constar duas outras entradas do réu ao Brasil (fls. 147), de forma injustificada, autorizando a conclusão de se tratar de**



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

**viagem típica de mulas do tráfico, especialmente em razão do curto período de estada no Brasil**, o próprio réu admite que na primeira vez que veio ao Brasil deveria ter transportado entorpecente, mas não conseguiu engolir as cápsulas, e que a pessoa Franz que a trouxe ao Brasil nessa primeira vez foi quem lhe apresentou Franck, a pessoa que o trouxe ao Brasil nessa segunda vez e que lhe teria oferecido o trabalho de gerente.

**Ora, é certo que o réu mantém relacionamento estreito com pessoas envolvidas com o tráfico de entorpecente e anuiu em prestar serviços ilícitos para o tráfico, podendo-se afirmar ao menos que se dedica a atividade criminosas.**

[...]

Desse modo, no que tange à aplicação da causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, as instâncias originárias entenderam que o ora paciente não faz jus ao benefício em razão de se dedicar a atividades criminosas. A pretensão em sentido contrário, a infirmar essa conclusão, implicaria o revolvimento do conjunto fático-probatório, inviável na sede estreita do *habeas corpus*. Nesse sentido, o HC n. 268.293/SP, Ministra Marylza Maynard (Desembargadora convocada do TJ/SE), Sexta Turma, DJe 7/3/2014.

A respeito da substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos, o magistrado deixou de aplicá-la com base no art. 44 da Lei de Drogas, por entender que *tal previsão não ofende o princípio da individualização da pena, porque a própria Constituição Federal de 1988 confere ao legislador a possibilidade de regular a individualização da pena* (fl. 44).

Assim, ainda que a jurisprudência das Cortes superiores seja no sentido de que a vedação à substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos para o crime de tráfico de drogas é inconstitucional, matéria esta já pacificada, tal substituição só poderá ocorrer se forem preenchidos os requisitos objetivos e subjetivos previstos no art. 44 do Código Penal, quais sejam: pena privativa de liberdade não superior a 4 anos, crime cometido sem violência ou grave ameaça à pessoa, réu não reincidente em crime doloso e circunstâncias judiciais favoráveis.

Dessa forma, não há como proceder à substituição da pena privativa de





## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

liberdade por restritiva de direitos ante a ausência do requisito objetivo, qual seja, pena inferior a 4 anos, visto que ao paciente foi aplicada pena de 7 anos de reclusão (HC n. 210.996/SP, Ministro Rogério Schietti Cruz, Sexta Turma, DJe 10/12/2013; e HC n. 265.203/RJ, Ministro Og Fernandes, Sexta Turma, DJe 4/10/2013).

Quanto ao regime inicial de cumprimento de pena, vê-se que, conquanto a condenação tenha ficado em 7 anos de reclusão, foi fixado pelas instâncias originárias o regime fechado com base na vedação legal do art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/1990 (fl. 47).

Nesse ponto, portanto, melhor sorte assiste ao paciente, pois o § 1º do art. 2º da Lei n. 8.072/1990, que impõe o regime inicial fechado aos crimes hediondos e equiparados, foi declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC n. 111.840/ES, em 27/6/2012.

Não subsiste, dessa forma, a imposição automática do regime inicial fechado de cumprimento da pena aos crimes hediondos e equiparados, devendo o magistrado observar as regras previstas no art. 33, c/c o art. 59, ambos do Código Penal e fundamentar concretamente a imposição do regime inicial mais rigoroso do que o correspondente à pena aplicada.

Ante o exposto, à vista dos precedentes, **não conheço** do *habeas corpus*, mas **concedo, de ofício**, a ordem, tão somente para afastar a vedação legal quanto ao regime de cumprimento de pena, observando, contudo, que o paciente já se encontra em livramento condicional.





## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

### CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2011/0239752-0

PROCESSO ELETRÔNICO

**HC 220.996 / SP**  
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 200961190049095 490927200994036119

EM MESA

JULGADO: 25/11/2014

#### **Relator**

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

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. MARIA ELIANE MENEZES DE FARIAS

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

#### **AUTUAÇÃO**

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO

ADVOGADO : FÁBIO RICARDO CORREGIO QUARESMA - DEFENSOR PÚBLICO DA  
UNIÃO

IMPETRADO : TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3A REGIÃO

PACIENTE : DAVID ROSOTON JENNINGS BARTLETT (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 do pedido de habeas corpus, expedindo, contudo, ordem de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Rogerio Schietti Cruz, Nefi Cordeiro e Ericson Maranhão (Desembargador convocado do TJ/SP) votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, a Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura.