



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

**HABEAS CORPUS Nº 203.197 - MS (2011/0079811-7)**

**RELATOR** : **MINISTRO JORGE MUSSI**  
**IMPETRANTE** : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO  
**ADVOGADO** : MAÍRA SANTOS ABRÃO - DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO  
**IMPETRADO** : TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3A REGIÃO  
**PACIENTE** : ROMUALDO COLOMBO NETO (PRESO)

### EMENTA

*HABEAS CORPUS*. TRÁFICO TRANSNACIONAL DE DROGAS. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI 11.343/2006. FRAÇÃO DO REDUTOR. DISCRICIONARIEDADE. NATUREZA E QUANTIDADE DE DROGA. REDUÇÃO INFERIOR AO MÁXIMO ACERTADA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL AUSENTE.

1. Tendo o legislador previsto apenas os pressupostos para a incidência do benefício legal, deixando, contudo, de estabelecer os parâmetros para a escolha entre a menor e a maior frações indicadas para a mitigação pela incidência do § 4º do art. 33 da nova Lei de Drogas, devem ser consideradas as circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do CP, e, com preponderância, a natureza e a quantidade da droga, a personalidade e a conduta social do agente.

2. Inexiste ilegalidade na aplicação do redutor no percentual de 1/6 (um sexto), de acordo com o previsto nos arts. 42 da Lei 11.343/06 e 59 do CP, dada a natureza - cocaína - e a considerável quantidade de substância entorpecente apreendida com o paciente - 683 gramas.

3. Não há *bis in idem* na consideração da quantidade de droga para agravar a pena-base e para negar a maior redução de pena na terceira etapa da dosimetria, mas apenas a utilização de um mesmo parâmetro de referência para momentos e finalidades distintas, objetivando a aplicação de reprimenda proporcionalmente suficiente à prevenção e reprovação do delito, nas circunstâncias em que cometido.

REGIME PRISIONAL. TRÁFICO. COMETIMENTO NA VIGÊNCIA DA LEI 11.464/07. MODO FECHADO. IMPOSIÇÃO LEGAL. COAÇÃO NÃO EVIDENCIADA.

1. A Lei 11.464/2007, introduzindo nova redação ao art. 2º, § 1º, da Lei 8.072/90, estabeleceu o regime inicial fechado para o resgate da reprimenda firmada em relação aos delitos hediondos, cometidos após a sua entrada em vigor.

PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE. SUBSTITUIÇÃO POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. VEDAÇÃO LEGAL. ART. 44 DA NOVA LEI DE DROGAS. REPRIMENDA SUPERIOR A 4 (QUATRO) ANOS DE RECLUSÃO. REQUISITO OBJETIVO. NÃO PREENCHIMENTO. CONSTRANGIMENTO NÃO EVIDENCIADO.

1. Não preenchido o requisito objetivo para a concessão da



## **SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

permuta, já que a pena definitivamente estabelecida é superior a 4 (quatro) anos de reclusão, inexistindo constrangimento ilegal a ser sanado no tocante à negativa de substituição da sanção reclusiva por medidas alternativas.

2. Ordem denegada.

### **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 Marco Aurélio Bellizze, Adilson Vieira Macabu (Desembargador convocado do TJ/RJ) e Laurita Vaz votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Gilson Dipp.

Brasília (DF), 18 de outubro de 2011. (Data do Julgamento).

**MINISTRO JORGE MUSSI**  
**Relator**



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

### HABEAS CORPUS Nº 203.197 - MS (2011/0079811-7)

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO  
ADVOGADO : MAÍRA SANTOS ABRÃO - DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO  
IMPETRADO : TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO  
PACIENTE : ROMUALDO COLOMBO NETO (PRESO)

### RELATÓRIO

**EXMO. SR. MINISTRO JORGE MUSSI (Relator):** Trata-se de *habeas corpus* com pedido de liminar impetrado pela Defensoria Pública em favor de ROMUALDO COLOMBO NETO contra acórdão da 1ª Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, que deu parcial provimento à Apelação Criminal n.º 0001949-67.2009.4.03.6000/MS, interposta pela defesa, para reduzir a pena fixada ao paciente, afastando a causa de aumento relativa ao uso de transporte público, bem como para aplicar a causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei de Tóxicos, no percentual de 1/6 (um sexto), restando a sanção definitiva estabelecida em 4 (quatro) anos, 10 (dez) meses e 10 (dez) dias de reclusão, pelo cometimento do delito previsto no art. 33 da Lei de Drogas.

Alega a impetrante a ocorrência de constrangimento ilegal, aduzindo que a incidência da causa especial de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006 em seu patamar mínimo não foi devidamente motivada, tendo sido utilizados fundamentos não existentes na norma aplicável ao caso (quantidade e qualidade da droga).

Entende que *"não é possível ao magistrado impor critérios não expostos na norma penal de modo a prejudicar o réu, mormente se considerarmos a taxatividade da lei quanto aos requisitos para a aplicação da causa de diminuição de penal, a qual não deixa ao seu aplicador qualquer possibilidade de completá-la"* (fls. 5).

Argumenta que a qualidade e quantidade de droga não poderiam ser sopesadas quando da escolha do redutor de pena pela aplicação da minorante insculpida no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/056, porquanto essas circunstâncias já teriam sido valoradas quando da fixação da reprimenda-base, sob pena de *bis in idem*.

Assevera que sendo o paciente primário, de bons antecedentes, não



## **SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

integrando organização criminosa e nem se dedicando a atividades ilícitas, faria jus à redução prevista no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas no patamar máximo.

Alega que o paciente faz jus à fixação do regime semiaberto para resgate da pena, haja vista que não é reincidente e a sanção foi estabelecida em 4 anos, 10 meses e 10 dias de reclusão o que, nos termos do art. 33, § 2º, *b*, do CP, daria ao sentenciado o direito ao modo mais brando de cumprimento de pena.

Requeru a concessão sumária da ordem para que fosse estabelecido o modo intermediário para início da sanção, bem como fosse a reprimenda privativa de liberdade substituída por restritiva de direitos. No mérito, pugna pela redução da pena.

Liminar indeferida.

Informações prestadas.

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

É o relatório.



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 203.197 - MS (2011/0079811-7)

### VOTO

**EXMO. SR. MINISTRO JORGE MUSSI (Relator):** Da análise dos autos, verifica-se que o paciente foi condenado, em primeiro grau, à pena de 6 (seis) anos e 8 (oito) meses de reclusão, em regime inicial fechado, mais multa, pela prática da infração penal capitulada no art. 33, *caput*, c/c art. 40, incisos I e III, ambos da Lei n.º 11.343/06, porque, no **dia 16-2-2009**, foi flagrado, *"nas dependências do Aeroporto Internacional da Campo Grande - MS, após ter despachado 2 (duas) malas contendo, de forma oculta, para fins de comércio ou de entrega, de qualquer forma, a consumo de terceiros, aproximadamente, 683 (seiscentos e oitenta e três gramas) de cocaína adquirida na Bolívia"* (e-STJ fls. 72).

Inconformada, a defesa interpôs apelação perante o Tribunal de origem, à qual foi dado parcial provimento para reduzir a pena fixada ao paciente pelo cometimento do crime de tráfico de drogas, afastando a causa de aumento relativa ao uso de transporte público, bem como para aplicar a causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei de Tóxicos, no percentual de 1/6 (um sexto), restando a sanção definitiva estabelecida em 4 (quatro) anos, 10 (dez) meses e 10 (dez) dias de reclusão.

Relativamente à pretendida aplicação de um redutor maior de pena na terceira etapa da dosimetria, pelo reconhecimento da causa especial de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da Lei n.º 11.343/06, cumpre destacar que, no tocante aos critérios para escolha da fração prevista legalmente para a redução pela benesse em questão, esse Superior Tribunal já firmou jurisprudência no sentido de que: *"Se o legislador da Lei 11.343/06 não forneceu especificamente os requisitos para fixação do quantum da diminuição prevista no seu artigo 33, § 4º, impõe-se como critério a observância da análise das circunstâncias judiciais, não só as constantes do artigo 59, do Código Penal, como as demais mencionadas na Lei Antidrogas, e amplamente utilizadas como referencial quando se trata de fixação das penas previstas"* (HC n.º 118.098/RS, Relator(a) JANE SILVA (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/MG), SEXTA TURMA, j. em 20/11/2008).



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Vale dizer, o legislador previu apenas os pressupostos para a incidência do benefício legal, deixando, contudo, de estabelecer os parâmetros para a escolha entre a menor e maior frações indicadas para a mitigação pela incidência do § 4º do art. 33 da nova Lei de Drogas, disciplinando a doutrina e a jurisprudência que, na sua falta, devem ser consideradas as circunstâncias judiciais - art. 59 do CP - e especialmente o disposto no art. 42 da Lei Antitóxicos, que expressamente ordena que: *"O juiz, na fixação das penas, considerará 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"*.

Assim, na esteira do firme entendimento sufragado no âmbito desta Quinta Turma, a quantidade de droga apreendida, aliada às demais circunstâncias do caso concreto, poderá atuar como parâmetro que defina o grau de redução (HC n.º 127.247/SP, Rel. Ministra Laurita Vaz, QUINTA TURMA, DJe 26-10-2009).

Na espécie, da leitura da sentença condenatória verifica-se que o togado singular afastou a incidência do redutor em questão, *"visto que a droga era oriunda da Bolívia e seria levada até Natal/RN, mediante pagamento de certa quantia, isto é, ocorreu efetiva contribuição a uma organização criminosa voltada ao tráfico transnacional de drogas e se trata de cocaína, que apresenta maior nocividade à saúde pública"* (e-STJ fls. 17).

A Corte impetrada, por sua vez, deu parcial provimento ao recurso defensivo, para determinar a incidência da minorante e, *"considerando a natureza da droga, cocaína, de grande poder maléfico aos usuários, a quantidade razoável apreendida de 683 g (seiscentos e oitenta e três gramas), bem como a conduta social reprovável do apelante, que, como relatou em seu interrogatório policial, possuía a profissão de taxista na Bolívia, com a qual ganhava cerca de R\$ 1.500,00 (mil e quinhentos reais) mensais e, portanto, aceitou fazer o transporte da droga simplesmente para obter dinheiro fácil"* (e-STJ fls. 88), houve por bem fixar a fração de **1/6 (um sexto)** para a redução da pena.

Por essas razões, não se pode considerar ilegal o acórdão objurgado no ponto em que não aplicou a fração máxima legalmente prevista no § 4º do art. 33 da Lei n.º 11.343/06, tendo em vista que a natureza e a considerável quantidade de droga



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

apreendida - **683 (seiscentos e oitenta e três gramas) de cocaína** - justificam a aplicação da fração mínima legalmente prevista, qual seja, em 1/6 (um quarto), sobretudo porque a nocividade dessa substância entorpecente é maior do que a de outras drogas, à exceção do *crack*.

Apenas ressalte-se que, ao contrário do afirmado na impetração, não se pode dizer que implica *bis in idem* a consideração da quantidade de droga para agravar a pena-base e para negar a maior redução de pena na terceira etapa da dosimetria, mas apenas a utilização de um mesmo parâmetro de referência para momentos e finalidades distintas, objetivando a aplicação de reprimenda proporcionalmente suficiente à prevenção e reprovação do delito, nas circunstâncias em que cometido.

Nesse sentido:

*"RECURSO ESPECIAL. PENAL. CRIME DE TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL NÃO DEMONSTRADA. GRANDE QUANTIDADE DE DROGA. AUMENTO DA PENA-BASE. MINORANTE PREVISTA NO ART. 33, § 4.º, DA NOVA LEI DE TÓXICOS. APLICAÇÃO NO PATAMAR MÍNIMO DE 1/6 DEVIDAMENTE FUNDAMENTADA.*

*1. A simples transcrição de ementas, sem que se evidencie a similitude das situações, não se presta para demonstração do dissídio, na forma preconizada nos arts. 541, parágrafo único, do Código de Processo Civil, e 255, §§ 1.º e 2.º, do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça.*

*2. O art. 42 da Lei n.º 11.343/2006 impõe ao Juiz considerar, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da droga, tanto na fixação da pena-base quanto na aplicação da minorante prevista no § 4.º do art. 33 da nova Lei de Tóxicos.*

*4. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, desprovido." (REsp n. 1.069.767/RS, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 13/08/2009). (Grifos próprios).*

Quanto ao regime de cumprimento de pena fixado ao sentenciado, o magistrado sentenciante determinou a imposição do modo inicialmente fechado para o resgate da reprimenda, nos termos do art. 2º, § 1º, da Lei n.º 8.072/90, com a nova redação dada pela Lei n.º 11.464/07 (e-STJ fl. 20), entendimento que foi ratificado pelo Tribunal *a quo*.

Dessa forma, verifica-se que, não obstante a sanção do paciente tenha sido definitivamente dosada em patamar inferior a 8 (oito) anos de reclusão, o crime de tráfico de entorpecentes pelo qual restou condenado **ocorreu em 16-2-2009** (e-STJ fls.



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

9 e 72), após, portanto, o advento da Lei n.º 11.464/2007, que entrou em vigor no dia 29-3-2007, a qual, introduzindo nova redação ao art. 2º, § 1º, da Lei dos Crimes Hediondos, estabeleceu o regime inicial fechado aos condenados pela prática desses tipo de delitos ou equiparados, o que demonstra que a escolha do sistema carcerário impugnado é imposição feita pela lei, independentemente da quantidade de sanção firmada.

Nesse sentido, o seguinte julgado desta Corte Superior de Justiça:

*HABEAS CORPUS. NARCOTRAFICÂNCIA (ART. 33, § 4o., DA LEI 11.343/06). PENA: 2 ANOS E 9 MESES DE RECLUSÃO, EM REGIME INICIAL FECHADO E 275 DIAS-MULTA. PEDIDO DE INCREMENTO DA FRAÇÃO REDUTORA PREVISTA NO ART. 33, § 4o. DA LEI 11.343/06. INADMISSIBILIDADE DA PRETENSÃO NA VIA ELEITA. REDUÇÃO EM 1/2 JUSTIFICADA NA QUANTIDADE E NA NATUREZA DA DROGA APREENDIDA (1 BUCHA DE MACONHA E 11 PEDRAS DE CRACK). DELITO COMETIDO APÓS A VIGÊNCIA DA LEI 11.464/07 (13.08.2008). INADMISSIBILIDADE DA FIXAÇÃO DO REGIME INICIAL ABERTO. [...].*

*1. Embora o paciente seja primário, a quantidade e a natureza da droga apreendida (11 pedras de crack e 1 bucha de maconha) justificam a diminuição em 1/2, eis que adequada à finalidade repressiva e educativa da pena.*

*2. Quanto à possibilidade de regime inicial aberto, se o delito ocorreu após a vigência da Lei 11.464/2007 (fls. 60), impõe-se obrigatoriamente o regime fechado como o inicial, independentemente do quantum de pena aplicado. Precedentes.*

*[...]*

*10. Habeas Corpus parcialmente concedido, com ressalva do ponto de vista do relator, para que o Juiz da VEC analise a possibilidade de conversão da pena privativa de liberdade em restritivas de direitos. (HC n.º 187.962/MG, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, julgado em 22-2-2011, DJe 21-3-2011)*

Ainda, o seguinte precedente da Suprema Corte:

*DIREITO PENAL. HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. REGIME INICIAL FECHADO. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. DENEGAÇÃO.*

*1. A pretensão do paciente esbarra na literalidade da norma legal - seja na redação original, seja na redação atual -, já que as penas privativas de liberdade aplicadas para os agentes que cometem crimes hediondos ou equiparados terão obrigatoriamente que ser cumpridas em regime inicialmente fechado.*

*2. Não há que se falar em violação aos princípios de dignidade da pessoa humana, individualização da pena e proporcionalidade, como pretende o impetrante.*



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

*3. Ordem denegada. (HC n.º 103.011/RN, Segunda Turma, Rel. Min. Ellen Gracie, julgado em 24-8-2010, DJe 10-9-2010)*

Assim, ausente constrangimento ilegal a ser sanado neste ponto.

Quanto à almejada substituição da sanção privativa de liberdade por restritivas de direitos, igualmente não há o que se falar em constrangimento ilegal a ser sanado através da via eleita, pois a pena do paciente foi estabelecida definitivamente em 4 (quatro) anos, 10 (dez) meses e 10 (dez) dias de reclusão, ou seja, é superior a 4 (quatro) anos, pelo que inviável a permuta, visto que não preenchido o requisito objetivo exigido pelo art. 44 do CP.

Ante o exposto, denega-se a ordem.

É o voto.



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

### CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2011/0079811-7

**HC 203.197 / MS**  
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 19496720094036000 200960000019497

EM MESA

JULGADO: 18/10/2011

#### **Relator**

Exmo. Sr. Ministro **JORGE MUSSI**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro JORGE MUSSI

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. JULIETA E. FAJARDO C. DE ALBUQUERQUE

Secretário

Bel. LAURO ROCHA REIS

#### **AUTUAÇÃO**

|            |                                                    |
|------------|----------------------------------------------------|
| IMPETRANTE | : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO                      |
| ADVOGADO   | : MAÍRA SANTOS ABRÃO - DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO |
| IMPETRADO  | : TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3A REGIÃO           |
| PACIENTE   | : ROMUALDO COLOMBO NETO (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 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 Marco Aurélio Bellizze, Adilson Vieira Macabu (Desembargador convocado do TJ/RJ) e Laurita Vaz votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Gilson Dipp.