



Poder Judiciário do Estado de Mato Grosso do Sul
Comarca de Nova Andradina
Vara Criminal

SENTENÇA

Autos: 0800585-36.2015.8.12.0017

Autor: Ministério Público Estadual

Réu: [REDACTED]

1. RELATÓRIO.

O Ministério Público denunciou [REDACTED] como incurso nas sanções do artigo 33, *caput*, da Lei 11.343/06 c.c. artigo 29 do Código Penal, porque teria participado do transporte de 15 Kg de *cannabis sativa* realizado por Eduardo Quevedo Costa e Eduardo Bezerra dos Santos Filho na data de 08/07/2014.

[REDACTED] teve o pedido de prisão preventiva indeferido, sendo mantido em liberdade. Notificado, apresentou defesa preliminar. A denúncia foi recebida, as testemunhas foram ouvidas e se realizou o interrogatório.

Em alegações finais o Ministério Público entendeu estar devidamente demonstradas a materialidade e a autoria, bem como a responsabilidade penal, tendo pugnado pela condenação nos termos da denúncia.

Por seu turno, a defesa entendeu não haver prova suficientes que deem



Poder Judiciário do Estado de Mato Grosso do Sul
Comarca de Nova Andradina
Vara Criminal

guardada à pretensão acusatória.

Decido.

2. FUNDAMENTAÇÃO

2.1. Responsabilidade Penal

A materialidade (existência) do fato previsto no art. 33 da Lei 11.343/06 está comprovada por laudo de exame em substância (p.354-357), por documentos (p. 9, 18 e 284-289) e por depoimentos, atestando o transporte de substância tida pelo Ministério da Saúde por droga (*cannabis sativa*), sem autorização legal ou regulamentar.

Por sua vez, a autoria restou certa e também deve ser atribuída ao acusado

████████████████████

Eduardo Quevedo Costa e Eduardo Bezerra dos Santos Filho foram identificados como os agentes que transportaram a droga com uma motocicleta pela estrada que liga o distrito de Nova Casa Verde à cidade de Nova Andradina, conforme comprovado nos autos 0002881-98.2014.8.12.0017.

Eduardo Quevedo Costa e Eduardo Bezerra eram integrantes de organização criminosa e funcionaram no transporte de drogas desde a fronteira e entre os locais de



Poder Judiciário do Estado de Mato Grosso do Sul
Comarca de Nova Andradina
Vara Criminal

depósito e os pontos de revenda espalhados por Nova Andradina, conforme comprovado nos autos 0000059-05.2015.8.12.0017.

█ admite que entregou a referida motocicleta a Eduardo Quevedo, mas alega não saber que o veículo seria utilizado para o transporte de droga. Contudo, os demais elementos do conjunto probatório evidenciam o contrário.

Não convence a alegação de █ de que emprestou a motocicleta à pessoa pouco conhecida, sem exigir maiores informações e sem receber nada em troca, tudo por insistência de Eduardo Quevedo.

Em diálogo interceptado por ordem judicial, nota-se que Eduardo Quevedo avisou █ sobre a apreensão da motocicleta e da "maconha" pouco tempo depois da ação policial (áudio de 08/07/2014, às 17:51 horas – p. 288).

Em outras palavras, não havia segredo de Eduardo Quevedo para com █, que esperava o retorno da motocicleta e da droga e que foi prontamente avisado do fracasso da empreitada.

Portanto, inegável a unidade de desígnios entre os agentes, mesmo porque █ registrou no mesmo dia a falsa ocorrência de furto da motocicleta (B.O. registrado em 08/07/2014, às 18:19 horas - p. 9), exatamente como indicado por Eduardo Quevedo, o que apenas manifesta a intenção dos agentes de se livrarem da responsabilidade penal.



Poder Judiciário do Estado de Mato Grosso do Sul
Comarca de Nova Andradina
Vara Criminal

Em suma, o conjunto probatório permite a certeza de que [REDACTED] sabia que sua motocicleta seria utilizada para o tráfico de drogas e auxiliou os demais agentes na movimentação de droga depositada no distrito de Nova Casa Verde para a cidade de Nova Andradina com o fornecimento da motocicleta.

Contudo, a participação de [REDACTED] se mostra de menor importância, a teor do art. 29, parágrafo 1, do Código Penal, visto que as provas não permitem identificar em que mais [REDACTED] seria útil aos executores do crime Eduardo Quevedo e Eduardo Bezerra.

Dessarte, sobejamente comprovada a tipicidade formal (houve conduta, resultado, nexos causal e adequação típica - art. 33, *caput*, da Lei 11.343/06), a tipicidade material (criou-se um risco desvalioso, devidamente realizado no resultado penalmente relevante), a tipicidade subjetiva (o agente tinha ciência e vontade de concretizar os elementos do tipo), a antijuridicidade (comportamento não abrigado por causa justificante) e a culpabilidade (a pena é efetivamente necessária, o agente é imputável, tem consciência do que fez e poderia ter agido de outra forma), a condenação se impõe como medida necessária e adequada à reprovação e prevenção, geral e especial.

2.2. Do privilégio

Em Direito Penal, em que vigem a legalidade estrita e a certeza como pressuposto para condenação, não cabem presunções contra o agente. O fato de alguém transportar determinada quantidade de droga não significa que integre organização



Poder Judiciário do Estado de Mato Grosso do Sul
Comarca de Nova Andradina
Vara Criminal

criminosa ou mesmo que se dedique à prática de crimes. O mesmo se diga de alguém que, há a algum tempo, mantém uma "boca de fumo" ou serve de "mula" ao tráfico de drogas.

No primeiro caso, afirmar que todos aqueles que transportam elevadas quantidades de drogas se dedicam a atividades criminosas ou integram organização criminosa significa afastar a possibilidade de que determinada pessoa seja *contratada* para o transporte. Se o sujeito é contratado, não pertence à organização.

A Lei 11.343/06 não se contenta com a "contribuição" do agente à organização criminosa. A letra do dispositivo é absolutamente clara ao exigir que o agente "integre" a organização. Não existe, portanto, meio termo. Ou o agente integra ou não integra.

E mesmo se integrasse, essa integração é de ser provada.

Se a quantidade de droga bastasse para provar a integração à organização criminosa, o legislador deveria ter previsto, em abstrato, causa de aumento de pena para quem transportasse determinada quantidade de entorpecente. Ou então deveria ter acrescentado outro impeditivo na redação do art. 33, § 4º.

Se o juiz admitir que em todos os casos nos quais se transporta determinada quantidade de droga está afastada a incidência da minorante, está, em verdade, a legislar, a usurpar função legislativa. É dizer que se um determinado juiz afirmar, no geral dos



Poder Judiciário do Estado de Mato Grosso do Sul
Comarca de Nova Andradina
Vara Criminal

casos, que basta ao agente transportar mais de 80 quilogramas para ser afastado o privilégio, está legislando, criando impeditivo legal que a lei não criou.

Somente se a própria lei tivesse previsto o impeditivo, genérico e abstrato, o Ministério Público estaria dispensado de provar outros fatores que não o peso da droga.

E mais, se integra, deve ser denunciado também pelo fato de integrar organização criminosa, crime previsto no art. 2º da Lei 12.850/2013. Se o Ministério Público tem elementos de prova para defender que um determinado sujeito integra uma organização criminosa, inexoravelmente deve ter elementos de prova para comprovar que esta organização existe. Não se pode dizer que alguém pertence a algo se não se sabe se este algo existe. Em outras palavras, uma organização criminosa não pode existir apenas para afastar o privilégio do art. 33, § 4º.

Não é juridicamente defensável, portanto, deixar de aplicar o privilégio do parágrafo 4º baseado na assertiva de que o agente integra associação criminosa se o mesmo agente não fora denunciado por isso, o que está a evidenciar que, em verdade, não há elementos para se concluir – com a firmeza típica do Direito Penal – se essa *integração* ou essa *organização* de fato existem.

Igualmente a *dedicação a atividades criminosas* não admite ilação, **e também exige que se denuncie pelos crimes para os quais o agente está a se dedicar.**



Poder Judiciário do Estado de Mato Grosso do Sul
Comarca de Nova Andradina
Vara Criminal

Para que o Ministério Público aduza que o réu se dedica a prática de crimes, deve ter prova desses crimes. Se tem provas, **está obrigado a denunciá-lo por todos os crimes**. Só assim o réu poderá exercer o contraditório e a ampla defesa. E só assim o Estado poderá verificar se os crimes foram ou não praticados.

Vislumbre-se a seguinte situação: o réu, a quem quer se negar o privilégio do art. 33, § 4º, pede para ser denunciado pelo crime de organização criminosa. Ou então pede para ser denunciado pelos crimes anteriores. O réu se dirige ao promotor de Justiça em audiência e diz: está a me acusar de pertencer a organização criminosa, então me denuncie. O mesmo raciocínio vele para os crimes habitualmente praticados pelo acusado.

O legislador, ao tentar diferenciar traficantes, quis justamente evitar o tratamento prisional de longo tempo indistinto a todos os condenados, o que de nada auxilia o combate ao tráfico. Colocar na cadeia alguém primário, desarmado, jovem de pouca idade e muitas vezes usuário de drogas não diminui o tráfico, ao contrário, vincula o pequeno traficante decisivamente ao crime organizado.

Em outras palavras, o agente primário e sem antecedentes não se transforma em traficante verdadeiramente nocivo porque vende drogas há um, dois ou três meses. Ou porque serve de "mula" ao tráfico de drogas. Segue sendo um pequeno traficante.

Em suma, se se dedica a prática de crimes, **deve ser denunciado e julgado por esses crimes**. Se o Ministério Público tiver elementos para comprovar que o réu



Poder Judiciário do Estado de Mato Grosso do Sul
Comarca de Nova Andradina
Vara Criminal

pratica crimes, deve denunciá-lo, submeter o fato ao contraditório, à ampla defesa e a julgamento.

Não havendo prova da dedicação a atividades criminosas ou da integração em organização criminosa, máxime quando o agente não registra condenação transitada em julgado, afastar o privilégio é contrariar a letra do art. 33, § 4º.

Precisa é a lição de Guilherme de Souza Nucci¹:

Estranha é a previsão a respeito de não se dedicar às atividades criminosas, pois não diz nada. Na norma do § 4º, para que se possa aplicar a diminuição da pena, afastou-se a possibilidade de ser reincidente ou ter maus antecedentes. Portanto, não se compreende o que significa previsão de não se dedicar às atividades criminosas. Se o sujeito é reincidente ou tem maus antecedentes pode-se supor que se dedique à atividade criminosa. No mais, sendo primário, com bons antecedentes, não há cabimento em se imaginar a dedicação a tal tipo de atividade ilícita.

Portanto, **punir mais severamente alguém que não registra condenação argumentando justamente que ele habitualmente comete crimes é uma verdadeira *contraditio in terminis***. Não há argumento que possa superar essa contradição, exceto se punirmos alguém pelo que ele é, e não pelo que ele fez. Se o sujeito não foi condenado por sentença transitada em julgado pela sua vida habitualmente delituosa, não se pode dizer que tenha habitualmente cometido crimes, ou seja, não se pode dizer que tenha *feito* algo delituoso.

¹ *Leis Penais e Processuais Penais Comentadas*. 7ª ed. São Paulo: RT, 2013, p. 327.



Poder Judiciário do Estado de Mato Grosso do Sul
Comarca de Nova Andradina
Vara Criminal

Em resumo, **a guerra às drogas não justifica a declaração de guerra ao Direito Penal.** A única interpretação adequada ao Estado Democrático de Direito é aquela que considera "dedicar-se às atividades criminosas" como sinônimo de condenação definitiva. Fora dessas hipóteses haveria afronta aos princípios que regem o Direito Penal. A mesma afronta se verifica ao eleger a quantidade de droga como prova de integração em organização criminosa, ou ainda o simples fato de servir de "mula". Ou há prova da integração – e prova não é ilação – ou o privilégio deve ser aplicado.

No caso, não se trata de réu reincidente ou com maus antecedentes, tampouco comprovado que seja integrante de organização criminosa. Vale dizer, [REDACTED] sequer fora denunciado nos autos 000059-05.2015.8.12.0017 em que os corréus Eduardo Bezerra e Eduardo Quevedo foram condenados por integrar organização criminosa. Portanto [REDACTED] deve ser beneficiado pelo privilégio do parágrafo 4º do artigo 33 da Lei 11.343/2006.

3. DOSIMETRIA DA PENA.

Para a fixação da pena-base, em atenção ao art. 42 da Lei 11.343/2006, considero, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do Código Penal, as seguintes circunstâncias (A, B e C):

A) Natureza e a quantidade da substância: trata-se de *cannabis sativa*, droga de menor nocividade, mas em elevada quantidade, elemento negativo que será



Poder Judiciário do Estado de Mato Grosso do Sul
Comarca de Nova Andradina
Vara Criminal

considerado apenas na última etapa da dosimetria para efeito de graduar a diminuição da pena resultante da aplicação do parágrafo quarto do art. 33, sob pena de afronta ao princípio do *ne bis in idem*, conforme orientação consolidada pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal no HC 112.776, de 19.12.2013 (neutra);

B) Personalidade: não foram produzidos elementos de prova que pudessem propiciar a análise acerca dessa operadora (neutra);

C) Conduta social: é desconhecida (neutra);

Quanto às demais circunstâncias:

D) Antecedentes: o agente não ostenta condenação transitada em julgado (neutra);

E) Motivos: o lucro fácil e as necessidades financeiras são comuns ao tipo (neutra);

F) Consequências: o abalo nas estruturas sociais, o aumento de violência, o fomento do vício etc, estão rigorosa e inarredavelmente incluídos no tipo penal, porque já considerados pelo legislador na fase de individualização legal da pena (neutra);

G) Circunstâncias: comuns (neutra);



Poder Judiciário do Estado de Mato Grosso do Sul
Comarca de Nova Andradina
Vara Criminal

H) Comportamento da vítima: não é possível analisar o comportamento de vítimas para esta espécie delituosa (neutra);

I) Culpabilidade: não há nenhum elemento ainda não examinado que possa ser considerado nesta circunstância específica e que faça mais ou menos reprovável a conduta (neutra).

Diante desse quadro, fixo a pena-base em 05 anos de reclusão.

Sem agravantes ou atenuantes, reduzo 1/2 da pena em razão da minorante do parágrafo 4º do art. 33 da Lei 11.343/06, fixando-a provisoriamente em 02 anos e 06 meses de reclusão. Para alcançar o *quantum* de atenuação observei especialmente a quantidade e a qualidade da droga, circunstâncias preponderantes.

Por último, reduzo 1/3 da pena em razão da participação de menor importância, a teor do art. 29, parágrafo 1, do Código Penal, fixando-a definitivamente em 01 ano e 08 meses de reclusão.

A pena de multa, observadas mais uma vez as circunstâncias já mencionadas, e atendida uma equação de proporcionalidade em relação à pena privativa de liberdade, é fixada em 180 dias-multa, à razão de 1/30 do salário mínimo a unidade.

4. REGIME.



Poder Judiciário do Estado de Mato Grosso do Sul
Comarca de Nova Andradina
Vara Criminal

O tráfico privilegiado não é crime hediondo, disse o plenário do Supremo Tribunal Federal no Habeas Corpus 118.533/MS, pois este crime, assim como o homicídio qualificado-privilegiado, não está previsto no rol estabelecido pela Lei 8.072/90.

Necessário ressaltar ainda que o Supremo Tribunal Federal declarou no Habeas Corpus 111.840, pelo seu órgão Pleno, julgado em 27/06/2012, a inconstitucionalidade do art. 2º, § 1º, da Lei 8.072/90, de modo que cabe ao juiz determinar o regime inicial de cumprimento de pena, mesmo para os crimes hediondos, sob pena de afronta ao Princípio Constitucional da Individualização da Pena.

No caso, a reprovabilidade da conduta, notadamente pela elevada quantidade de droga transportada, denota que a substituição por pena restritiva de direitos ou *sursis* não seriam suficientes ou adequadas, mas considerando as demais circunstâncias favoráveis e a participação de menor importância, o regime inicial será o aberto.

5. DISPOSITIVO.

Pelo exposto, julgo procedente a denúncia para condenar [REDACTED] **Borges**, qualificado nos autos, com base no art. 33 da Lei 11.343/2006 c.c. art. 29 do Código Penal, às penas de 01 ano e 08 meses de reclusão e 180 dias-multa, à razão de 1/30 do salário mínimo a unidade, em regime aberto, sem a incidência da Lei 8.072/90.



Poder Judiciário do Estado de Mato Grosso do Sul
Comarca de Nova Andradina
Vara Criminal

6. PROVIMENTOS.

O condenado poderá apelar em liberdade, porque não há fato novo que indique a necessidade de prisão cautelar.

Determino o perdimento em favor da União da motocicleta utilizada no crime, o que faço com base no art. 243, parágrafo único, da Constituição Federal e art. 63 da Lei 11.343/06.

Após o trânsito em julgado, notifique-se a Justiça Eleitoral, oficie-se aos institutos de identificação (estadual e nacional), remeta-se à SENAD a relação de bens para as providências cabíveis, cientifique-se o juízo da execução e oficie-se à autoridade policial para que proceda à destruição das amostras guardadas para contraprova, nos moldes do art. 72 da Lei 11.343/06, com a redação dada pela Lei 12.961/14.

Custas pelo condenado.

Publique-se. Registre-se. Intimem-se.

Nova Andradina, 12 de julho de 2016.

(assinado digitalmente)

José Henrique Kaster Franco

Juiz de Direito