



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 693148 - SP (2021/0293410-5)

RELATOR : **MINISTRO JOÃO OTÁVIO DE NORONHA**
IMPETRANTE : WESLEY LEANDRO DE LIMA
ADVOGADO : WESLEY LEANDRO DE LIMA - SP377775
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : ROSALVO LOPES FILHO (PRESO)
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus* com pedido de liminar impetrado em favor de ROSALVO LOPES FILHO em que se aponta como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (Apelação Criminal n. 1501461-07.2020.8.26.0559).

Em primeiro grau, o paciente foi condenado às penas de 5 anos e 10 meses de reclusão em regime inicial fechado e de 583 dias-multa, pela prática do delito tipificado no art. 33, *caput*, c/c o art. 40, V, da Lei n. 11.343/2006.

O Tribunal de origem deu parcial provimento ao apelo da defesa para reduzir a pena-base aplicada, sem repercussão na pena-final, mantendo-se a sentença. A pena-base foi fixada no mínimo legal, mantida na segunda fase da dosimetria da pena. Foi afastado o tráfico privilegiado e reconhecida a causa de aumento de pena, prevista no art. 40, V, da Lei n. 11.343/2006, na fração de 1/6.

A defesa alega que o paciente é primário, possui bons antecedentes, sem envolvimento com organização criminosa e estaria sofrendo constrangimento ilegal, uma vez que faz jus à aplicação, em seu patamar máximo, da causa de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006.

Argumenta que a quantidade de drogas não justifica o afastamento do redutor, devendo ser utilizada apenas na primeira fase da dosimetria da pena.

Requer a concessão da ordem a fim de que seja aplicada, em seu patamar máximo, a causa de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006. Por conseguinte, após o refazimento da dosimetria da pena, pleiteia, com fundamento na Súmula n. 440 do STJ e nas Súmulas n. 718 e 719 do STF, a fixação de regime menos gravoso para o cumprimento da pena.

A liminar foi indeferida às fls. 93-94.

O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo apresentou informações às fls. 135-179.

O Ministério Público Federal manifestou-se pelo não conhecimento do *writ* (fls. 185-193).

É o relatório. Decido

Ainda que inadequada a impetração de *habeas corpus* em substituição à revisão criminal ou a recurso constitucional próprio, passo à verificação da presença de irregularidades que justifiquem eventual correção de ofício.

Observa-se a presença, na espécie, de ilegalidade no afastamento do tráfico privilegiado, circunstância que autoriza a concessão da ordem *ex officio*.

A dosimetria da pena é o procedimento em que o magistrado, utilizando-se do sistema trifásico de cálculo, chega ao *quantum* ideal da pena com base em suas convicções e nos critérios previstos abstratamente pelo legislador.

Conforme a orientação jurisprudencial do STJ, o cálculo da pena é questão afeta ao livre convencimento do juiz, passível de revisão por este Tribunal somente nos casos de notória ilegalidade, para resguardar a observância da adequação, da proporcionalidade e da individualização da pena (AgRg no AREsp n. 1.843.362/SP, relator Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, DJe de 14/5/2021; HC n. 405.765/SP, relator Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, DJe de 11/10/2017; e AgRg no HC n. 524.277/SP, relator Ministro Antonio Saldanha Palheiro, Sexta Turma, DJe de 18/5/2020).

A aplicação da causa de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, com o consequente reconhecimento do tráfico privilegiado, exige que o agente seja primário, tenha bons antecedentes, não se dedique a atividades criminosas e não integre organização criminosa (AgRg no HC n. 578.687/SP, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, DJe de 2/6/2020; e AgRg no HC n. 372.423/RS, relator Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, DJe de 2/4/2019). Referidas condições devem ser cumpridas cumulativamente para fins de concessão do benefício.

No julgamento do REsp n. 1.887.511/SP, de minha relatoria, a Terceira Seção decidiu acerca das regras a serem observadas na dosimetria da pena, no que se refere à natureza e quantidade de drogas apreendidas, nos termos assim sintetizados:

a) devem ser valoradas na primeira etapa da dosimetria da pena, pela necessidade de observância dos vetores indicados no art. 42 da Lei n. 11.343/2006 como preponderantes;

b) supletivamente, podem ser utilizadas na terceira fase da dosimetria da pena, para afastamento da diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2016, apenas quando esse vetor for conjugado com outras circunstâncias do caso concreto que, unidas, caracterizem a dedicação do agente à atividade criminosa ou a integração a organização criminosa; e

c) não podem ser utilizadas para modular a fração de diminuição de pena.

Também ficou definido que quaisquer circunstâncias judiciais não preponderantes, previstas no art. 59 do Código Penal, desde que não valoradas na primeira etapa, para fixação da pena-base, podem ser utilizadas para modulação da causa de diminuição de pena do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006.

Todavia, em recente julgamento, a tese firmada em referido julgado foi flexibilizada para admitir a utilização da quantidade e natureza das drogas para modulação da fração de redução na terceira fase da dosimetria, desde que não valoradas na fixação da pena-base (HC n. 725.534/SP, relator Ministro Ribeiro Dantas, julgado em 27/4/2022, pendente de publicação).

Dessa forma, ficou mantido o posicionamento anterior de que a conclusão quanto à dedicação do agente às atividades criminosas voltadas ao tráfico de entorpecentes deve fundar-se em elementos concretos, não se admitindo que o afastamento do tráfico privilegiado seja baseado isoladamente na natureza, quantidade ou nocividade das drogas apreendidas.

Por sua vez, a *quantidade e/ou nocividade dos entorpecentes*, se não valoradas na primeira fase, passaram a ser admitidas, observando-se o princípio do *non bis in idem*, como critério para fixação da fração de incidência da minorante do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006.

A propósito:

AGRAVO REGIMENTAL NO *HABEAS CORPUS*. PENAL. TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. DOSIMETRIA. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4.º, DA LEI N. 11.343/2006. MODULAÇÃO DO *QUANTUM* DE DIMINUIÇÃO. QUANTIDADE EXPRESSIVA DE DROGAS APREENDIDAS. POSSIBILIDADE. ACÓRDÃO DO TRIBUNAL *A QUO* REFORMADO PARA SE FIXAR A FRAÇÃO DO REDUTOR EM 1/2 (METADE). MANUTENÇÃO. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. A Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do REsp n. 1.887.511/SP, fixou orientação no sentido de que a quantidade e a natureza das drogas apreendidas não são circunstâncias que permitem aferir, por si sós, o grau de envolvimento do acusado com a criminalidade organizada ou de sua dedicação às atividades delituosas, ou, ainda, justificar a modulação da fração desse benefício.

2. Deve ser preservado o entendimento da Terceira Seção no sentido de que a quantidade de entorpecente deve ser levada em consideração na primeira fase da dosimetria penal e não pode ser o único fundamento utilizado para negar a causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4.º, da Lei n. 11.343/2006, podendo, no entanto, legitimar a modulação da fração, desde que já não tenha sido considerada na primeira etapa do cálculo da pena, conforme entendimento consolidado no julgamento do HC n. 725.534/SP (Terceira Seção, rel. Min. Ribeiro Dantas, julgado em 27/04/2022, acórdão pendente de publicação.) 3. Na hipótese dos autos, a expressiva quantidade de entorpecente apreendida, não valorada na primeira fase dosimétrica pelo Tribunal *a quo*, justifica a modulação da minorante, que deve incidir na fração de 1/2 (metade).

4. Agravo regimental desprovido. (AgRg no HC n. 733.917/SP, relatora Ministra Laurita Vaz, Sexta Turma, DJe de 6/5/2022.)

No mesmo sentido, as seguintes decisões monocráticas: REsp n. 1.926.249/SP, relatora Ministra Laurita Vaz, Sexta Turma, DJe de 16/5/2022; HC n. 716.487/SP, relator Ministro Reinaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, DJe de 16/5/2022; HC n. 548.987/RS, relator Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, DJe de 13/5/2022; HC n. 736.686/SP, relator Ministro Joel Ilan Paciornik, Quinta

Turma, DJe de 11/5/2022; REsp n. 1.188.016/SP, relator Ministro Jesuíno Rissato, DJe de 10/5/2022; e AREsp n. 1.870.960/PR, relator Ministro Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, DJe de 5/5/2022.

Nesse ponto, com ressalva de entendimento pessoal, acompanho a mais recente posição firmada pela Terceira Seção do STJ.

No que diz respeito ao tráfico de entorpecente realizado entre municípios, estados ou destinado a outros países, deve-se verificar se o agente agiu apenas como transportador da droga na qualidade de “mula do tráfico”.

É importante ressaltar que o mero transporte eventual ou esporádico de droga – ainda que em grandes quantidades –, sem outros elementos que evidenciem o envolvimento do agente com organização criminosa, **não é suficiente para afastar o redutor do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006.**

Confira-se julgado desta Corte que trata da questão:

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO EXPRESSIVO QUANTIDADE DE DROGA (28 KG DE MACONHA). MINORANTE DO TRÁFICO PRIVILEGIADO. FUNÇÃO DE "MULA". CONTRATAÇÃO PARA TRANSPORTE ESPORÁDICO DE DROGAS. CIRCUNSTÂNCIA QUE NÃO EVIDENCIA, POR SI SÓ, QUE O ACUSADO INTEGRAVA GRUPO CRIMINOSO. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

1. Para aplicação da causa de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, o condenado deve preencher, cumulativamente, todos os requisitos legais, quais sejam, ser primário, de bons antecedentes, não se dedicar a atividades criminosas, nem integrar organização criminosa, podendo a reprimenda ser reduzida de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços), a depender das circunstâncias do caso concreto.

2. O Tribunal *a quo* reconheceu, em que pese não restar caracterizada a vinculação do réu de modo permanente à eventual grupo criminoso, a colaboração esporádica para organização criminosa, ou seja, que o envolvido estava a serviço do crime, para o transporte pontual do entorpecente, o que configura a função de "mula". Assim, **tratando-se de acusado que exerceu a função de "mula", de forma pontual, inexistindo envolvimento em outras condutas no crime de tráfico**, necessário o reconhecimento da incidência da causa de diminuição da pena descrita no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas.

3. Nessa linha, precedentes deste Corte e do Supremo Tribunal Federal firmam a **possibilidade de concessão do benefício do tráfico privilegiado, a despeito da apreensão de grande quantidade de droga, quando estiver caracterizada a condição de "mula" do tráfico.**

4. Agravo regimental não provido. (AgRg no AREsp n. 1.897.932/MS, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, DJe de 13/10/2021, destaqui.)

Por outro lado, não se reconhece o tráfico privilegiado se, a partir do *modus operandi* da prática delitiva, for possível aferir que o agente integra organização criminosa ou exerce o transporte de entorpecentes a serviço delas com habitualidade.

Ainda que o agente tenha ciência do transporte da droga e receba como contraprestação vantagem pecuniária pequena ou expressiva, se o fizer de modo eventual, não há como concluir que se dedica à traficância.

Isso porque tanto a habitualidade delitiva quanto a participação em organização criminosa devem fundar-se em elementos concretos e não em presunção amparada tão somente no quantitativo de drogas apreendido.

Aliás, é nesse sentido o entendimento da **Segunda Turma do STF**, que, no julgamento do AgRg no HC n. 152.001/MT (relator para o acórdão Ministro Gilmar Mendes, DJe de 28/11/2019), por maioria, assim decidiu (destaquei):

Penal e Processual Penal. 2. Tráfico de drogas e aplicação do redutor previsto no art. 33, §4º da Lei 11.343/2006.

3. **A habitualidade e o pertencimento a organizações criminosas deverão ser comprovados, não valendo a simples presunção, de modo que o acusado tem direito à redução se ausente prova nesse sentido.**

4. A quantidade e natureza da droga são circunstâncias que, apesar de configurarem elementos determinantes na modulação da causa de diminuição de pena, por si sós, não são aptas a comprovar o envolvimento com o crime organizado ou a dedicação à atividade criminosa. Precedente: RHC 138.715, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Segunda Turma, DJe 9.6.2017.

5. Ordem de *habeas corpus* concedida para restabelecer a sentença de primeiro grau.

Em referido *habeas corpus* (que fora manejado contra acórdão proferido pela Sexta Turma do STJ no Agravo Regimental no AREsp n. 1.062-014/MT), no voto vencedor, o Ministro Gilmar Mendes destacou que, ainda que expressiva, a quantidade de drogas apreendida, que fora transportada por intermédio de um táxi da Bolívia para o Brasil, em compartimento oculto da bagagem do agente, não seria fundamento apto "a demonstrar envolvimento do paciente em organização criminosa". Asseverou também que "a habitualidade e o pertencimento a organizações criminosas deverão ser comprovados, não valendo a simples presunção. Não havendo prova nesse sentido, o condenado fará jus à redução da pena. Assim, a quantidade e natureza são circunstâncias que, apesar de configurarem elementos determinantes na modulação da causa de diminuição, por si sós, não são aptos a comprovar envolvimento com o crime organizado ou a dedicação a atividades criminosas".

Do mesmo modo, o entendimento adotado pela Sexta Turma do STJ, no julgamento do AgRg no HC n. 345.237/MS – em que ficou consignado que, “conquanto primários, é inequívoco que os apelados são integrantes de grupo marginal. Isso porque, segundo a denúncia, foram apreendidos 310 (trezentos e dez) 'tabletes' de droga vulgarmente conhecida como maconha, pesando aproximadamente 221 kg (duzentos e vinte e um quilos). Dessa forma, não se está, a toda evidência, diante de míseros e eventuais traficante, mas de pessoas que, de forma iniludível, integram grupo criminoso, com alto poder aquisitivo, vez que o valor de tamanha droga é vultoso, e, ainda, que se dedica à disseminação do vício nefasto em larga escala no meio social” –, foi reformado pela **Primeira Turma do STF**, no julgamento do AgRg no RHC n. 138.117/MS (relatora Ministra Rosa Weber, DJe de 6/4/2021), nos termos da seguinte ementa:

AGRAVO REGIMENTAL NO *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. CAUSA DE DIMINUIÇÃO. TRÁFICO PRIVILEGIADO. ARTIGO 33, § 4º, DA LEI 11.343/2006. QUANTIDADE DE DROGA. INCIDÊNCIA DA MINORANTE. PATAMAR DE REDUÇÃO NA FRAÇÃO MÍNIMA.

1. A quantidade de droga apreendida não é, por si só, fundamento idôneo para afastamento da minorante do art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006. Precedentes.

2. As circunstâncias concretas colhidas e sopesadas pelo magistrado sentenciante, autoridade judicial mais próxima dos fatos e das provas, apontam para a primariedade e para os bons antecedentes da agravada, e não indicam dedicação a atividade criminosa ou integração à organização criminosa.

3. Modulação do redutor na fração mínima de 1/6, considerada a quantidade de droga apreendida. Proporcionalidade e adequação. Precedentes.

4. Agravo regimental conhecido e não provido.

No caso, o tráfico privilegiado foi afastado porque o paciente confessara que receberia determinada quantia em dinheiro para transportar do Paraná para Minas Gerais a droga que com ele fora apreendida no interior do veículo (107 conjuntos de 10 tijolos de maconha, pesando ao todo 1.061,5kg), o que levou a Corte de origem à presunção de dedicação a atividades criminosas. Confira-se trecho do julgado (fls. 49-50, destaquei):

Na terceira e última fase da dosimetria, **não era mesmo o caso de aplicação da redutora do art. 33, §4º, da Lei Antidrogas, em razão da grande quantidade de drogas apreendida, o que indica dedicação a atividades criminosas, sendo certo que não assiste razão quanto à alegação de ser apenas uma “mula do tráfico”, pois não é convincente a versão de que pessoa que carregava tal quantidade de drogas e um alto valor em dinheiro, entre Estados da Federação, não fosse um participante contumaz da traficância ilícita.**

Anote-se que a expressiva quantidade droga apreendida é incompatível com a figura privilegiada, cabendo vir a talhe o entendimento do C. STJ no sentido de que a quantidade e variedade de entorpecentes são consideradas, na terceira fase (art. 42 da Lei Antidrogas), sob o prisma do grau de envolvimento dos incriminados com estrutura criminosa destinada ao tráfico.

Ressalte-se que não consta nos fundamentos do *decisum* impugnado referência a fatos concretos que evidenciem a habitualidade delitiva ou dedicação à narcotraficância, motivo pelo qual está caracterizado o tráfico privilegiado, que exige a aplicação da indicada causa de diminuição de pena.

Assim agindo, decidiu em desacordo com a atual jurisprudência do STJ, o que configura constrangimento ilegal, passível de correção por esta via.

Quanto à modulação da fração de redução a ser aplicada, compete às instâncias ordinárias a escolha daquela que se ajuste melhor ao caso concreto, por se tratar de tarefa que exige a análise de todo o contexto fático que envolve a conduta delituosa, com a eventual consideração de elementos que não podem ser originariamente valorados por esta Corte.

Ante o exposto, com fundamento no art. 34, XX, do RISTJ, **não conheço deste habeas corpus, mas concedo a ordem de ofício, nos termos do art. 654, § 2º, do Código de Processo Penal, para reconhecer o direito do paciente à consideração, na dosimetria da pena, da aplicação da causa de diminuição de pena do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, que deverá ser adequadamente modulada pelo julgador em fração a ser motivadamente fixada, nos termos da fundamentação.**

Determino ao Juízo de primeiro grau que refaça a dosimetria da pena de acordo com as premissas indicadas, analisando também, com a devida motivação, a possibilidade de conversão da pena em restritiva de direitos e o regime inicial adequado à nova pena fixada.

Comunique-se **com urgência** ao Juízo de primeira instância e ao Tribunal de origem para que adotem as providências necessárias.

Publique-se. Intimem-se.

Cientifique-se o Ministério Público Federal.

Após o trânsito em julgado, remetam-se os autos ao arquivo.

Brasília, 27 de maio de 2022.

Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA
Relator