

## HABEAS CORPUS Nº 663265 - SP (2021/0129872-0)

**RELATOR** : **MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ**  
**IMPETRANTE** : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO  
**ADVOGADOS** : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO  
DANIEL MOBLEY GRILLO - RJ134850  
**IMPETRADO** : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO  
**PACIENTE** : DIEGO BELO DA SILVA (PRESO)  
**INTERES.** : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

### EMENTA

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. ART. 41 DA LEI N. 11.343/2006. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA. COLABORAÇÃO PREMIADA. IDENTIFICAÇÃO DOS DEMAIS COAUTORES E RECUPERAÇÃO DO PRODUTO DO CRIME. REQUISITOS ALTERNATIVOS, NÃO CUMULATIVOS. INTERPRETAÇÃO HISTÓRICA E SISTEMÁTICA. ENTREGA DAS DROGAS ESCONDIDAS AOS POLICIAIS. APLICAÇÃO DO BENEFÍCIO. POSSIBILIDADE. ORDEM CONCEDIDA.

1. Diz o art. 41 da Lei n. 11.343/2006 que “O indiciado ou acusado que colaborar voluntariamente com a investigação policial e o processo criminal na identificação dos demais co-autores ou partícipes do crime e na recuperação total ou parcial do produto do crime, no caso de condenação, terá pena reduzida de um terço a dois terços”. Na interpretação do referido dispositivo legal, dois pontos geram especial controvérsia: a) o conceito de “produto do crime” e b) a cumulatividade ou a alternatividade dos requisitos legais.

2. Embora haja certa divergência quanto ao exato enquadramento técnico da droga como “produto do crime”, há razoável consenso doutrinário de que, independentemente da categoria jurídica adotada, a interpretação da regra contida no art. 41 da Lei n. 11.343/2006 deve abarcar necessariamente a recuperação total ou parcial das drogas, tal como dispunha o revogado art. 32, § 2º, da Lei n. 10.409/2002, segundo o qual era possível a diminuição da reprimenda quando a colaboração do indiciado permitisse “[...] a apreensão do produto, da substância ou da droga ilícita [...]”.

3. Mais do que isso, em consonância com o disposto no art. 4º, IV, da Lei n. 12.850/2013 – lei posterior responsável por sistematizar e disciplinar com maior detalhamento o tema da colaboração premiada –, o conceito de “produto do crime”, no contexto do art. 41 da Lei n. 11.343/2006, deve ser interpretado para abranger tanto os produtos diretos propriamente ditos quanto a substância entorpecente e os proveitos (produtos indiretos) obtidos a partir da prática delitiva.

4. Naturalmente, não há como negar que a leitura do art. 41 da Lei n. 11.343/2006 aponta, ao menos à primeira vista, para a cumulatividade dos requisitos legais ali estabelecidos, em razão do emprego da conjunção coordenada aditiva “e” entre eles. Entretanto, a interpretação gramatical de um dispositivo legal, embora seja um importante ponto de partida, nem sempre reflete a mais adequada exegese para dele extrair a norma jurídica pertinente.

4.1. Situações nas quais a literalidade do texto não é suficiente para extrair o adequado sentido da norma nele contida podem ser constatadas com frequência na legislação, em que não raro o legislador se vale da conjunção “e” quando deveria empregar a conjunção “ou”, e vice-versa. Basta lembrar do novel art. 28-A do CPP, segundo o qual “[...] o Ministério Público poderá propor acordo de não persecução penal [...], mediante as seguintes condições ajustadas cumulativa e alternativamente”. Por certo que no lugar da conjunção “e” deve ser lida a conjunção “ou”, visto que as expressões são mutuamente excludentes: ou as condições elencadas são fixadas juntas (cumulativamente) ou separadas (alternativamente).

4.2. A interpretação literal também já foi descartada por esta Corte ao definir que, em certas situações, apesar de o texto legal empregar a expressão “poderá”, estabelece verdadeiro direito subjetivo do acusado. É o que ocorre, por exemplo, no livramento condicional, em que o art. 83 do CP estabelece que “O juiz poderá conceder livramento condicional ao condenado a pena privativa de liberdade igual ou superior a 2 (dois) anos, desde que [...]”, mas a jurisprudência do STJ se consolidou no sentido de que “O livramento condicional é direito subjetivo do reeducando” (AgInt no REsp n. 1.651.383/MS, Rel. Ministro Sebastião Reis Júnior, 6ª T., DJe 15/5/2017), de modo que, se preenchidos os requisitos legais, o juiz deverá concedê-lo ao sentenciado.

4.3. Cumpre lembrar, por oportuno, que o atual art. 41 da Lei de Drogas tem origem no antigo art. 32, § 2º, da Lei n. 10.409/2002, o qual trazia a conjunção “ou” entre os requisitos para a colaboração premiada, ao dispor que “O sobrestamento do processo ou a redução da pena podem ainda decorrer de acordo entre o Ministério Público e o indiciado que, espontaneamente, revelar a existência de organização criminosa, permitindo a prisão de um ou mais dos seus integrantes, ou a apreensão do produto, da substância ou da droga ilícita, ou que, de qualquer modo, justificado no acordo, contribuir para os interesses da Justiça”.

4.4. Ademais, além de não se identificar nenhuma justificativa para que tal mudança gramatical decorresse de eventual propósito deliberado do legislador, não se pode desconsiderar o advento da Lei n. 12.850/2013, que cuidou de definir, regular e sistematizar diversos aspectos relativos ao instituto da colaboração premiada, oportunidade em que, ao estabelecer seus requisitos no art. 4º, fê-lo de forma alternativa.

4.5. Essa consideração ganha dimensão ainda mais significativa se ponderado que os crimes da Lei de Organizações Criminosas são plurissubjetivos, isto é, de concurso necessário de pessoas e, mesmo assim, o legislador não impôs obrigatoriamente a identificação dos demais coautores e partícipes, de modo que não se mostra razoável exigi-lo compulsoriamente nos crimes contidos na Lei de Drogas, em que o concurso de pessoas é meramente eventual.

4.6. Trata-se, ainda, de interpretação mais consentânea ao princípio da proporcionalidade, pois não desconsidera a relevante colaboração do réu com o Estado-acusaçã – para além da mera confissão –, dá maior efetividade a esse meio de obtenção de prova estabelecido pelo legislador e ainda evita a indevida confusão entre delação premiada e colaboração

premiada, uma vez que a delação de comparsas é apenas uma das formas pelas quais o indivíduo pode prestar colaboração.

4.7. Assim, tanto sob a perspectiva de uma interpretação histórica quanto à luz de uma interpretação sistemática, é mais adequado considerar alternativos, e não cumulativos, os requisitos legais previstos no art. 41 da Lei n. 11.343/2006 para a redução da pena.

4.8. Isso não significa, frise-se, conceder ao acusado que identifica seus comparsas e ainda ajuda na recuperação do produto do crime o mesmo tratamento conferido àquele que só realiza uma dessas duas condutas, pois os distintos graus de colaboração podem (e devem) ser sopesados para definir a fração de redução da pena de um a dois terços, nos termos da lei.

5. No caso dos autos, policiais em patrulhamento de rotina suspeitaram que o réu trazia drogas consigo e o revistaram, oportunidade em que encontraram nove porções de maconha e R\$35,50. Em seguida, de acordo com os militares, o paciente haveria supostamente confessado a traficância e indicado a eles o local onde ocultava o restante das drogas, as quais foram apreendidas.

5.1. As instâncias ordinárias consideraram suficiente para a condenação o relato dos agentes públicos e o Tribunal local ainda ressaltou no acórdão que “[...] segundo se extrai das declarações do militar Maurício em juízo, não fosse a colaboração do réu, indicando o local onde ocultadas as drogas, apenas 09 (nove) porções de maconha que estavam no bolso do réu teriam sido apreendidas e, nestas condições, a comprovação da traficância muito provavelmente restaria inviabilizada, uma vez que a abordagem foi ocasional, não havia investigações em curso que apontassem o apelante como traficante e, como cediço, a quantidade e variedade das drogas é sim um fator determinante a distinguir o mercador do mero usuário” (fl. 113).

5.2. Fica evidente, portanto, que a colaboração do acusado, de acordo com a premissa fática estabelecida no acórdão, foi essencial para a comprovação do delito de tráfico em seu desfavor no caso em exame e deve ensejar a aplicação da causa de diminuição de pena prevista no art. 41 da Lei de Drogas, tal como reconhecido pelo Magistrado de primeiro grau na sentença.

5.3. Ainda que a confissão, por haver sido valorada na condenação, já tenha sido considerada para aplicar a atenuante da confissão espontânea em favor do réu, não se trata da mesma circunstância ora analisada. Isso porque a confissão, no caso, se limita à admissão da prática do tráfico de drogas, ao passo que a colaboração foi além e indicou aos policiais a localização do restante das drogas, que estavam escondidas e, segundo os próprios agentes afirmaram, não seriam por eles encontradas sem a ajuda do réu. Trata-se de institutos distintos e que podem (e devem) ser aplicados conjuntamente, se ambos estiverem configurados.

6. Ordem de habeas corpus concedida para restabelecer em favor do paciente a aplicação da causa de diminuição de pena prevista no art. 41 da Lei n. 11.343/2006, na fração de 1/3, nos termos da sentença de primeiro grau, e, por consequência, retornar sua

reprimenda a 3 anos, 10 meses e 20 dias de reclusão, em regime inicial fechado, mais 388 dias-multa, no valor unitário mínimo.

## RELATÓRIO

### O SENHOR MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ:

**DIEGO BELO DA SILVA** alega ser vítima de coação ilegal em decorrência de acórdão proferido pelo **Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo** na Apelação Criminal n. 0095889-98.2018.8.26.0050.

Consta dos autos que o paciente foi condenado à pena de 5 anos de reclusão, em regime inicial fechado, mais multa, pela prática do crime de tráfico de drogas.

A defesa pretende, em síntese, a aplicação da causa de diminuição de pena prevista no art. 41 da Lei n. 11.343/2006, conforme feito pelo Juiz de primeiro grau na sentença.

Argumenta, para tanto, que os requisitos legais contidos no referido dispositivo – identificação de coautores/partícipes e recuperação do produto do crime – são alternativos, e não cumulativos, sobretudo na hipótese concreta dos autos, em que o acusado voluntariamente mostrou aos policiais onde estava escondido o restante dos entorpecentes e as circunstâncias fáticas do caso não indicam a possível existência de outras pessoas envolvidas na prática delitiva.

O Ministério Público Federal apresentou parecer pela **concessão** da ordem (fls. 190-195).

## VOTO

### O SENHOR MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ (Relator):

#### I. Art. 41 da Lei n. 11.343/2006

Diz o art. 41 da Lei n. 11.343/2006 que “O indiciado ou acusado que colaborar voluntariamente com a investigação policial e o processo criminal na identificação dos demais coautores ou partícipes do crime e na recuperação total ou parcial do produto do crime, no caso de condenação, terá pena reduzida de um terço a dois terços”.

Trata-se de modalidade especial de colaboração premiada, meio de obtenção de prova em que “[o] legislador, consciente da necessidade de estimular a colaboração como uma das poucas formas de combater o crime organizado, premia o agente que o faz, concedendo-lhe uma causa de diminuição de pena de 1/3 a 2/3” (MENDONÇA, Andrey Borges de; CARVALHO, Paulo Roberto Galvão de. *Lei de drogas: Lei 11.343, de 23 de agosto de 2006 – Comentada artigo por artigo*, Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2012, p. 189).

Na interpretação do referido dispositivo legal, dois pontos geram especial controvérsia: **a)** o conceito de “produto do crime” e **b)** a cumulatividade ou a alternatividade dos requisitos legais.

### I. a) Produto do crime

Por “**produto do crime**” tradicionalmente se entende aquilo que “foi **diretamente** conquistado com a prática delituosa, tal como o dinheiro subtraído do banco ou a coleção de armas retirada de um colecionador. Além do produto, é possível que o delinquente converta em outros bens ou valores o que auferiu por conta do crime, dando margem ao confisco. Nesse caso, fala-se em **proveito do crime**” (NUCCI, Guilherme de Souza. *Código penal comentado*, Rio de Janeiro: Forense, 2023, p. 554, grifei).

Para Guilherme Nucci, em comentário específico ao art. 41 da Lei de Drogas, o produto do crime de que trata o dispositivo “**é a droga** e não o lucro ou vantagem que a sua inserção no mercado acarreta. Menciona a norma do art. 41 o produto do delito e não o proveito. Logo, **é a substância entorpecente, que necessita ser recuperada, total ou parcialmente**” (NUCCI, Guilherme de Souza. *Leis Penais e Processuais Penais Comentadas*, v. 1, Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 424, destaquei).

César Dario Mariano da Silva vai além e afirma que o conceito de produto do crime no art. 41 “há de ser interpretado em seu sentido amplo, englobando o proveito do crime. Assim, **não só a droga (produto direto** ou instrumento do crime, dependendo da hipótese), **mas também o indireto, chamado de proveito** pela maioria da doutrina, que, no caso, é a vantagem auferida pelo sujeito ou por terceiros com a prática do delito” (SILVA, César Dario Mariano da. *Lei de drogas comentada*, Curitiba: Editora Juruá, 2019, p. 163).

A rigor, entretanto, a substância entorpecente no tráfico de drogas não constitui tecnicamente nem produto nem proveito, mas sim **objeto material do delito**, salvo nas condutas de preparar, produzir e fabricar, em que a droga é resultado direto da ação delitiva.

**É preciso, de todo modo, considerar os entorpecentes como também abrangidos pela expressão “produto do crime”,** tal como dispunha o revogado art. 32, § 2º, da Lei n. 10.409/2002, segundo o qual era possível a diminuição da reprimenda quando a colaboração do indiciado permitisse “a prisão de um ou mais dos seus integrantes, ou **a apreensão do produto, da substância ou da droga ilícita**, ou que, de qualquer modo, justificado no acordo, contribuir para os interesses da Justiça”. É dizer, “apesar da expressão utilizada pelo legislador, deve-se entender que será aplicável a causa de diminuição de pena **tanto quando o agente auxilia na localização da droga quanto do dinheiro advindo da venda da substância** (este, em regra, o verdadeiro produto do crime de tráfico)” (MENDONÇA, Andrey Borges de; CARVALHO, Paulo Roberto Galvão de. *Lei de drogas: Lei 11.343, de 23 de agosto de 2006 – Comentada artigo por artigo*, Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2012, p. 189, destaquei).

Nesse ponto, verifico que, embora haja certa divergência quanto ao exato enquadramento técnico da droga como “produto do crime”, há razoável consenso doutrinário de que, **independentemente da categoria jurídica adotada, a interpretação da regra contida no art. 41 da Lei n. 11.343/2006 deve abarcar necessariamente a recuperação total ou parcial das drogas.**

Mais do que isso, em consonância com o disposto no art. 4º, IV, da Lei n. 12.850/2013 (IV – “a recuperação total ou parcial do **produto ou do proveito** das infrações penais praticadas pela organização criminosa”) – lei posterior responsável por sistematizar e disciplinar com maior detalhamento o tema da colaboração premiada –, penso que **o conceito de “produto do crime”, no contexto do art. 41 da Lei n. 11.343/2006, deve ser interpretado para abranger tanto os produtos diretos propriamente ditos quanto a substância entorpecente e os proveitos (produtos indiretos) obtidos a partir da prática delitiva.**

### **I. b) Cumulatividade ou alternatividade dos requisitos legais**

Maior celeuma se instala quanto à conjugação – **cumulativa ou alternativa** – dos requisitos estabelecidos pelo art. 41 da Lei n. 11.343/2006, quais sejam: **i) “identificação dos demais co-autores ou partícipes do crime” e ii) “recuperação total ou parcial do produto do crime”.**

**De um lado,** Guilherme Nucci encampa a primeira vertente ao afirmar que “os **requisitos são, obviamente, cumulativos**” (NUCCI, Guilherme de Souza. *Leis Penais e Processuais Penais Comentadas*, v. 1,, Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 424, grifei), seguido nesse aspecto por César Dario Mariano da Silva, para quem “**ausente qualquer um deles, o benefício não poderá ser concedido.** [...] Também há necessidade de que a colaboração leve ao esclarecimento dos demais participantes do crime e, havendo produto, que ele seja recuperado, mesmo que parcialmente” (SILVA, César Dario Mariano da. *Lei de drogas comentada*, Curitiba: Editora Juruá, 2019, p. 163, destaquei).

Renato Marcão segue esse raciocínio e sustenta, com base na premissa de que um dos requisitos legais é a identificação de comparsas, que “**só é possível cogitar de delação quando se estiver diante de crime praticado mediante pluralidade de agentes (em concurso eventual ou associação estável)**” (MARCÃO, Renato. *Lei de drogas: Comentários e interpretação jurisprudencial da Lei n. 11.343, de 23 de agosto de 2006 – crimes, investigação e procedimento em juízo*, São Paulo: Saraiva, 2021, p. 173).

**De lado oposto,** há quem defenda que os requisitos sejam interpretados como **alternativos**, a despeito da conjunção coordenada aditiva “**e**” que os une na redação do texto legal.

Vicente Greco Filho argumenta, nesse passo, que a colaboração deve ser “relevante, decisiva e de molde a propiciar a identificação dos demais co-autores ou partícipes do crime e a recuperação total ou parcial do produto do crime concretamente. **Entenda-se o “e” também como “ou”, porque pode não haver produto do crime a recuperar ou a recuperação já ser relevante em si mesma**” (GRECO FILHO, Vicente; *Tóxicos: prevenção-repressão: Lei 11.343/06*, São Paulo: Saraiva. 2011, p. 242, grifei).

Samuel Miranda Arruda, na mesma linha, assevera que a colaboração deve ser “frutífera, gerando **um de dois resultados**: a identificação dos demais coautores ou partícipes do crime ou a recuperação total ou parcial do produto crime”. Para o autor, “**Não é imprescindível, portanto, que o agente delate eventuais comparsas. Basta que dê informações úteis à recuperação do produto do**

**crime.** Assim, o agente que sem dizer quem lhe vendeu a substância entorpecente diz aonde o produto se acha armazenado, possibilitando a apreensão de grande quantidade de droga, faz inequivocamente jus à aplicação de benefício” (ARRUDA, Samuel Miranda. *Drogas: aspectos penais e processuais penais*. São Paulo: Editora Método, 2007, p. 99, destaquei).

Situada entre as duas anteriores há, ainda, **terceira corrente**, capitaneada por Andrey Borges de Mendonça e Paulo Roberto Galvão de Carvalho, segundo a qual os requisitos só devem ser vistos como cumulativos se o acusado tiver conhecimento de ambas as circunstâncias – localização do produto do crime e identificação dos coautores/partícipes –, mas optar por fornecer apenas uma delas. Confira-se, a propósito:

**Como o legislador utilizou a conjunção alternativa "e" entre as hipóteses de aplicação do benefício (colaboração na identificação dos demais coautores ou partícipes do crime e na recuperação total ou parcial do produto do crime), poderia parecer, à primeira vista, que somente se aplicaria a causa de redução de pena se o delator identificasse os partícipes e, ao mesmo tempo, auxiliasse na recuperação do produto do crime. Porém, apesar da conjunção aditiva, nada impede que o magistrado aplique a causa de redução se o agente tiver delatado apenas quem são os demais partícipes da empreitada criminosa ou apenas onde se encontra a droga, dentro de suas possibilidades.** Isto porque, em determinadas hipóteses, o agente não saberá onde se encontra o produto do crime ou, ainda, porque este já foi recuperado ou, ao contrário, saberá onde se encontra o produto do crime, mas não terá possibilidade de identificar os demais autores e partícipes. **Tal situação demonstra que o magistrado deverá ter como parâmetro sempre estas duas circunstâncias na aplicação do benefício, mas sem perder de vista as possibilidades do colaborador. Se este tiver conhecimento das duas circunstâncias, mas somente indicar uma delas, não poderá se valer do benefício. Porém, se tinha conhecimento de apenas uma das circunstâncias e, dentro de suas possibilidades, contribuiu com os interesses da Justiça, poderá o magistrado aplicar-lhe o benefício, levando em consideração tal circunstância na fixação do *quantum* a reduzir.** Deve o magistrado, em síntese, observar qual foi a contribuição do delator para os interesses da Justiça, à luz das circunstâncias indicadas no tipo, tendo em vista as possibilidades concretas do agente.

(MENDONÇA, Andrey Borges de; CARVALHO, Paulo Roberto Galvão de. *Lei de drogas: Lei 11.343, de 23 de agosto de 2006 – Comentada artigo por artigo*, Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2012, p. 189)

Renato Brasileiro, na mesma linha, afirma:

**Não obstante a existência da partícula “e” no art. 41, da Lei nº 11.343/2006, tem prevalecido o entendimento de que não é indispensável a identificação dos demais concorrentes e também a recuperação total ou parcial do produto do**

**crime. Aos olhos da doutrina, dentro das possibilidades do colaborador, basta que resulte um dos dois resultados: identificação dos demais concorrentes ou recuperação total ou parcial do produto do crime. Evidentemente, se o colaborador tiver conhecimento de ambas as circunstâncias, indicando apenas uma delas, não poderá ser beneficiado pelo prêmio legal constante do art. 41 da Lei nº 11.343//2006.**

Todavia, se o colaborador tiver conhecimento apenas da localização do produto do crime, sendo incapaz de identificar os demais integrantes da organização criminosa – de se lembrar que uma das características das organizações criminosas é a divisão hierárquica, de modo que um agente costuma conhecer apenas aqueles que atuam no mesmo ramo de atribuições –, não há por que se negar a concessão do benefício, cujo *quantum* de diminuição de pena deve ser sopesado de acordo com o grau de sua colaboração.

(LIMA, Renato Brasileiro de. *Legislação criminal especial comentada*: volume único, Salvador: JusPodivm, 2016, p. 527, grifei)

Em igual sentido:

**[...] o texto legal em exame utiliza a conjunção aditiva "e" para estabelecer as duas condições necessárias ao merecimento do prêmio penal: identificação dos demais agentes e recuperação do produto do crime. Isto pode levar à interpretação de que a norma exige o preenchimento destas condições, de forma cumulativa, para a concessão deste benefício penal. Cremos, no entanto, que o benefício pode ser concedido diante do preenchimento de um único requisito, desde que relevante para o esclarecimento da ação delituosa e que seja a única informação de que dispõe o acusado colaborador.** Assim, a minorante pode ser aplicada tanto no caso de informações idôneas que permitam identificar os demais participantes, quanto no caso de recuperar o produto ou objeto material do crime (considerável quantidade de drogas, matéria-prima ou petrechos para produzi-la).

(LEAL, João José; LEAL, Rodrigo José. *Controle penal das drogas*: estudo dos crimes descritos na Lei 11.343/06, Curitiba: Editora Juruá, 2010, p. 320, destaquei)

Na jurisprudência deste Superior Tribunal, parece-me que a matéria não está totalmente consolidada, mas tem prevalecido o entendimento de que os requisitos legais são cumulativos, conforme se extrai ilustrativamente do seguinte julgado:

[...]



II - As instâncias ordinárias deixaram de aplicar a causa especial de diminuição de pena prevista no art. 41 da Lei n. 11.343/2006 por entender que, **embora o paciente tenha indicado onde estavam os entorpecentes, não cooperou com a identificação e a prisão de coautores ou partícipes**. Dessarte, a ausência de atendimento dos requisitos previstos em lei justifica a vedação da benesse, de acordo com o disposto no texto legal e com a jurisprudência desta Corte Superior. Precedentes.

[...]

(AgRg no HC n. 753.790/SP, Rel. Ministro **Messod Azulay Neto**, 5ª T., DJe 16/12/2022, grifei)

Identifico, porém, acórdão no qual, embora não se tenha feito análise detalhada da questão, parece haver sido adotada a alternatividade dos requisitos, o que se depreende do uso da conjunção “ou”:

[...]

- A aplicação da redutora do art. 41, da Lei de Drogas foi afastada, na origem, porque "[o] instituto da delação premiada, para ser aplicado, exige que o beneficiado integre quadrilha ou organização criminosa, e que suas informações determinem a identificação dos demais integrantes, ou, ainda, a recuperação do produto do crime (mesmo porque droga não é produto de crime, senão seu objeto)" (fl. 320).

- **Não é qualquer cooperação do acusado ou investigado com as autoridades do sistema de justiça criminal que conduz à incidência da redutora, mas apenas a que levar à identificação dos integrantes de determinada quadrilha ou à recuperação do produto do crime.**

- Na hipótese, a Corte de origem concluiu que a colaboração do agravante não teria levado a nenhum dos resultados previstos na lei como requisitos do benefício (ausência de colaboração efetiva), juízo de fato que não pode ser reformado nesta via estreita, de cognição sumária, do writ.

[...]

(AgRg no HC n. 658.477/SP, Rel. Ministro **Reynaldo Soares da Fonseca**, 5ª T., DJe 3/5/2021, destaquei)

Feitas essas considerações, compreendo assistir razão à tese esposada pela defesa neste *writ*, conforme passo a expor.

Naturalmente, não há como negar que a leitura do art. 41 da Lei n. 11.343/2006 aponta, **ao menos à primeira vista**, para a cumulatividade dos requisitos legais ali estabelecidos, em razão do emprego da conjunção coordenada aditiva “e” entre eles.

Entretanto, a interpretação gramatical de um dispositivo legal, embora seja um importante ponto de partida, nem sempre reflete a mais adequada exegese para dele extrair a norma jurídica pertinente. Trata-se de método hermenêutico que, muitas vezes, a pretexto de se ater aos limites semânticos dos signos ali contidos, acaba por ignorar lição fundamental de Teoria Geral do Direito segundo a qual o ato normativo não se resume à mera dicção explícita de sua literalidade, pois o texto só se converte em norma depois de interpretado.

Não por outra razão, considera-se há muito superado o brocardo latino *in claris cessat interpretativo* (“quando a lei é clara, não é necessário interpretá-la”), visto que, mesmo nas hipóteses em que o texto legal aparenta ser cristalino, é necessário interpretá-lo para alcançar seu sentido normativo (a propósito, FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. *In claris cessat interpretatio?* Algumas considerações em torno dos limites da interpretação jurídica. In: Hugo de Brito Machado Segundo; Marcio Augusto de Vasconcelos Diniz. (Org.). *Teoria do Direito: Estudos em homenagem a Arnaldo Vasconcelos*. 1 ed. São Paulo: Editora Foco, 2021, v. 1, p. 153-166).

Um clássico exemplo fornecido por Herbert Hart – notável filósofo do Direito – bem ilustra a questão: uma simples placa que proíba a entrada de veículos em um determinado parque, apesar de sua aparente clareza, pode dar margem a profundas discussões interpretativas sobre o que se entende por veículo; por exemplo, uma bicicleta poderia ser considerada um veículo? (HART, Herbert L. *O conceito de Direito*, tradução de A. Ribeiro Mendes, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001, pp. 141-143).

Imagine-se que em vez de veículo a placa vede a entrada de cães no local: poderia um indivíduo com deficiência visual ali ingressar acompanhado de seu cão-guia, sem o qual não consegue se locomover?

Situações nas quais a literalidade do texto não é suficiente para extrair o adequado sentido da norma nele contida também podem ser constatadas com frequência na legislação, em que não raro o legislador se vale da conjunção “e” quando deveria empregar a conjunção “ou”, e vice-versa.

Basta lembrar do novel art. 28-A do CPP, segundo o qual “[...] o Ministério Público poderá propor acordo de não persecução penal, desde que necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime, **mediante as seguintes condições ajustadas cumulativa e alternativamente**”. Por certo que no lugar da conjunção “e” deve ser lida a conjunção “ou”, visto que as expressões são mutuamente excludentes: **ou** as condições elencadas são fixadas juntas (cumulativamente) **ou** separadas (alternativamente).

A interpretação literal também já foi descartada por esta Corte ao definir que, em certas situações, apesar de o texto legal empregar a expressão “poderá”, estabelece verdadeiro direito subjetivo do acusado.

É o que ocorre, por exemplo, na minorante do tráfico privilegiado, em que o art. 33, § 4º, da Lei de Drogas prevê que “as penas **poderão** ser reduzidas de um sexto a dois terços, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa”, mas o Superior Tribunal de Justiça considera tratar-se de “direito subjetivo do réu, de sorte que, atendidos os requisitos legais, mister a aplicação da referida causa redutora de pena [...]” (**AgRg no HC n. 612.401/SP**, Rel. Ministro **Nefi Cordeiro**, 6ª T., DJe 17/2/2021).

Também é o que acontece no livramento condicional, em que o art. 83 do CP estabelece que “O juiz **poderá** conceder livramento condicional ao condenado a pena privativa de liberdade igual ou superior a 2 (dois) anos, desde que [...]”, mas a jurisprudência do STJ se consolidou no sentido de que “O livramento condicional é direito subjetivo do reeducando” (**AgInt no REsp n. 1.651.383/MS**, Rel. Ministro **Sebastião Reis Júnior**, 6ª T., DJe 15/5/2017), de modo que, se preenchidos os requisitos legais, o juiz **deverá** concedê-lo ao sentenciado.

Até mesmo no âmbito do direito privado este Superior Tribunal já afirmou que, apesar do uso da conjunção “ou” na redação do art. 6º, VIII, do CDC, pela qual é direito do consumidor a inversão do ônus da prova quando “**for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente**, segundo as regras ordinárias de experiências”, os requisitos devem ser vistos como **cumulativos**, isto é, **como se, em lugar do “ou”, houvesse a conjunção “e”**. Confira-se: “a inversão do ônus da prova como regra de procedimento ocorrerá quando forem verificados **os requisitos cumulativos da verossimilhança das alegações do consumidor ou a sua hipossuficiência**” (**REsp n. 1.286.273/SP**, Rel. Ministro **Marco Buzzi**, 4ª T., DJe 22/6/2021, grifei).

Tal interpretação sistemática do dispositivo tem respaldo em parcela da doutrina especializada:

Uma questão que ainda permanece em discussão é se os dois requisitos constantes do inciso VII do art. 6º do CDC devem simultaneamente ser identificados no caso concreto para a inversão ou não. **O dispositivo utiliza a partícula disjuntiva 'ou', mas se os requisitos fossem separados para fins de autorizar a inversão, ter-se-ia que admitir que a hipossuficiência informativa geraria a inversão, mesmo que inverossímil a alegação do consumidor, o que não revela um mínimo de coerência**, porque no momento de decisão pelo juiz estaria ele em dúvida e para tal simplesmente acolher favoravelmente ao consumidor quando até o verossímil (embora não provado) estivesse na alegação do fornecedor não guarda um mínimo de consistência com os princípios da harmonização de interesses dos participantes das relações de consumo.

Por outro lado, uma alegação verossímil sem hipossuficiência informativa, também não pode justificar a inversão do ônus da prova, visto que a inversão do ônus da prova deverá ocorrer somente nos casos que envolvam a viabilidade probatória e que estimulem a efetiva participação instrutória do fornecedor.

(FERREIRA, William Santos. Limites da inversão do ônus da prova, In: GUERRA, Alexandre; BENACCHIO, Marcelo (Coord.). *Responsabilidade civil bancária*. São Paulo: Quartier Latin, 2012, p. 378)

É necessário, portanto, interpretar os dispositivos legais principalmente à luz da sistemática em que estão inseridos, a fim de dar coerência e integridade ao ordenamento.

No que concerne ao tema ora em exame, cumpre lembrar, por oportuno, que o atual art. 41 da Lei de Drogas tem origem no antigo art. 32, § 2º, da Lei n. 10.409/2002, o qual **trazia a conjunção “ou” entre os requisitos para a colaboração premiada**, ao dispor que “O sobrestamento do processo ou a redução da pena podem ainda decorrer de acordo entre o Ministério Público e o indiciado que, espontaneamente, **revelar a existência de organização criminosa, permitindo a prisão de um ou mais dos seus integrantes, ou a apreensão do produto, da substância ou da droga ilícita, ou que, de qualquer modo, justificado no acordo, contribuir para os interesses da Justiça”** .

Ademais, além de não se identificar nenhuma justificativa para que tal mudança gramatical decorresse de eventual propósito deliberado do legislador – e nada há na Exposição de Motivos da Lei n. 11.343/2006 que o indique (disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/2006/lei-11343-23-agosto-2006-545399-exposicaodemotivos-150201-pl.html>, acesso em: jul./2023) –, **não se pode desconsiderar o advento da Lei n. 12.850/2013**, que cuidou de definir, regular e sistematizar diversos aspectos relativos ao instituto da colaboração premiada, oportunidade em que, ao estabelecer seus requisitos no art. 4º, fê-lo de forma **alternativa**. Vejam-se:

Art. 4º O juiz poderá, a requerimento das partes, conceder o perdão judicial, reduzir em até 2/3 (dois terços) a pena privativa de liberdade ou substituí-la por restritiva de direitos daquele que tenha colaborado efetiva e voluntariamente com a investigação e com o processo criminal, **desde que dessa colaboração advenha um ou mais dos seguintes resultados:**

I - a identificação dos demais coautores e partícipes da organização criminosa e das infrações penais por eles praticadas;

II - a revelação da estrutura hierárquica e da divisão de tarefas da organização criminosa;

III - a prevenção de infrações penais decorrentes das atividades da organização criminosa;

IV - a recuperação total ou parcial do produto ou do proveito das infrações penais praticadas pela organização criminosa;

V - a localização de eventual vítima com a sua integridade física preservada.

Essa consideração ganha dimensão ainda mais significativa se ponderado que os crimes da Lei de Organizações Criminosas são plurissubjetivos, isto é, de concurso necessário de pessoas e, mesmo assim, o legislador não impôs obrigatoriamente a identificação dos demais coautores e partícipes, de modo que não se mostra razoável exigi-lo compulsoriamente nos crimes contidos na Lei de Drogas, em que o concurso de pessoas é meramente eventual.

Trata-se, ainda, em meu sentir, de interpretação mais consentânea ao princípio da proporcionalidade, pois não desconsidera a relevante colaboração do réu com o Estado-acusação – para além da mera confissão –, dá maior efetividade a esse meio de obtenção de prova estabelecido pelo legislador e ainda evita a indevida confusão entre delação premiada e colaboração premiada, uma vez que a delação de comparsas é apenas uma das formas pelas quais o indivíduo pode prestar colaboração.

Mesmo antes da edição da Lei n. 12.850/2013, aliás, já se defendia a necessidade de aplicar as normas até então presentes na Lei n. 9.807/1999 – inclusive a que permite a concessão de perdão judicial – à colaboração premiada da Lei de Drogas, “até mesmo por questão de isonomia, pois, ao se negar a possibilidade de aplicação do perdão na Lei de Drogas, os acusados por esta lei estariam sendo tratados de maneira mais severa que acusados por outros crimes graves (também hediondos ou equiparados), como homicídio e estupro, sem qualquer razão de *discrimen*” (MENDONÇA, Andrey Borges de; CARVALHO, Paulo Roberto Galvão de. *Lei de drogas*: Lei 11.343, de 23 de agosto de 2006 – Comentada artigo por artigo, Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2012, p. 192).

Assim, **tanto sob a perspectiva de uma interpretação histórica** – com amparo na redação da lei anterior –, **quanto à luz de uma interpretação sistemática** – em consonância com o tratamento geral que a Lei n. 12.850/2013 posteriormente conferiu à matéria –, **reputo mais adequado considerar alternativos, e não cumulativos, os requisitos legais previstos no art. 41 da Lei n. 11.343/2006 para a redução da pena.**

Isso não significa, frise-se, conceder ao acusado que identifica seus comparsas e ainda ajuda na recuperação do produto do crime o mesmo tratamento conferido àquele que só realiza uma dessas duas condutas, pois os distintos graus de colaboração podem (e devem) ser sopesados para definir a fração de redução da pena de um a dois terços, nos termos da lei.

## **II. O caso dos autos**

De acordo com a denúncia, os fatos imputados ao réu transcorreram da seguinte forma (fl. 19, destaquei):

Na conformidade do quanto se logrou apurar, os policiais militares Mauricio Dechiare (fl. 03) e Bruno Andre de Assis Silva (fl. 04) se encontravam em patrulhamento, quando avistaram o indiciado DIEGO, que, por sua vez, ao visualizar a viatura, demonstrou nervosismo e “teve o impulso de fugir” (fl. 8).

Ato contínuo, os milicianos abordaram o indiciado e procederam a uma busca pessoal em suas vestes, logrando encontrar junto ao mesmo uma pequena embalagem plástica contendo 9 (nove) porções de maconha na forma de erva esverdeada, bem como a quantia de R\$35,50 (trinta e cinco reais e cinquenta centavos) em dinheiro.

**Ao ser indagado informalmente, o indiciado confessou a prática de venda ilícita de entorpecentes, uma vez que “sua companheira estava grávida, e que não tinha outro meio de obter sustento de seu lar” (fl. 08). Ainda, informou aos**

**policiais que haveria mais porções de maconha sob sua guarda, igualmente destinadas à mercancia, do outro lado da rua.**

**Em incursão ao sítio apontado pelo denunciado, os milicianos efetivamente encontraram sobre o solo, oculta na vegetação ali existente, uma outra embalagem com mais 50 (cinquenta) papelotes de maconha na forma de erva esverdeada.**

Diante disso, foi o denunciado conduzido à Delegacia Policial, oportunidade em que, ao ser interrogado pela autoridade plantonista, quedou-se silente (fl. 05).

A Digna Autoridade Policial, por seu turno, convenceu -se que o indiciado efetivamente trazia consigo e guardava na vegetação próxima a si os entorpecentes em comento, com destinação mercantil, a uma por conta da significativa quantidade de estupefacientes com ele apreendido, a duas em razão da forma de acondicionamento dos entorpecentes, prontos que estavam para a distribuição a terceiros, a três devido à confissão informal do indiciado no curso da abordagem policial.

Na sentença, o Magistrado **aplicou** em favor do acusado a causa de diminuição de pena prevista no art. 41 da Lei de Drogas, nos termos a seguir (fl. 27, grifei):

**[...] tendo em vista o relato dos policiais militares Bruno e Maurício nessa audiência, segundo os quais o denunciado apontou-lhes espontaneamente o local onde estavam aqueles 50 invólucros de maconha,** portanto a maior parte da droga apreendida, entendendo ainda que o “produto do crime” diz também respeito à droga apreendida, com fundamento no art. 41 da Lei nº 11.343/06, reduz a pena em 1/3 (um terço), rebaixando-a a 03 (três) anos, 10 (dez) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, e mais 388 (trezentos e oitenta e oito) dias-multa.

O Tribunal estadual, porém, deu provimento à apelação ministerial e afastou a benesse com os argumentos que seguem (fls. 115-116, destaquei):

Indevida, ainda, a incidência da causa especial de diminuição de pena contemplada no art. 41, da Lei 11.343/06, nos termos do disputado pelo Parquet, uma vez ausentes os requisitos legais, que **hão de ser preenchidos cumulativamente para ensejar a benesse,** conforme leciona a doutrina:

[...]

Conforme se depreende dos excertos acima, policiais em patrulhamento de rotina suspeitaram que o réu trazia drogas consigo e o revistaram, oportunidade em que encontraram nove porções de maconha e R\$35,50. Em seguida, de acordo com os militares, o paciente haveria

supostamente confessado a traficância e indicado a eles o local onde ocultava o restante das drogas, as quais foram apreendidas.

As instâncias ordinárias consideraram suficiente para a condenação o relato dos agentes públicos e o Tribunal local ainda ressaltou no acórdão que (fl. 113, grifei):

[...] segundo se extrai das declarações do militar Maurício em juízo, **não fosse a colaboração do réu, indicando o local onde ocultadas as drogas, apenas 09 (nove) porções de maconha que estavam no bolso do réu teriam sido apreendidas e, nestas condições, a comprovação da traficância muito provavelmente restaria inviabilizada**, uma vez que a abordagem foi ocasional, não havia investigações em curso que apontassem o apelante como traficante e, como cediço, a quantidade e variedade das drogas é sim um fator determinante a distinguir o mercador do mero usuário.

Fica evidente, portanto, que **a colaboração do acusado**, de acordo com a premissa fática estabelecida no acórdão, **foi essencial para a comprovação do delito de tráfico em seu desfavor e deve ensejar a aplicação da causa de diminuição de pena** prevista no art. 41 da Lei de Drogas, tal como reconhecido pelo Magistrado de primeiro grau na sentença.

Nesse sentido, aliás, foi o parecer **favorável** do Ministério Público Federal (fl. 190), assim ementado:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. DESCABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. PLEITO PARA O RESTABELECIMENTO DA SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA QUE RECONHECEU A INCIDÊNCIA DA ATENUANTE PREVISTA NO ART. 41, DA LEI DE DROGAS. ACUSADO QUE COLABOROU DE FORMA EFETIVA E VOLUNTÁRIA. FLAGRANTE ILEGALIDADE. NÃO CONHECIMENTO DO HABEAS CORPUS E CONCESSÃO DA ORDEM, DE OFÍCIO.

Ainda que a confissão, por haver sido valorada na condenação, já tenha sido considerada para aplicar a atenuante da confissão espontânea em favor do réu, não se trata da mesma circunstância ora analisada. Isso porque a confissão, no caso, se limita à admissão da prática do tráfico de drogas, ao passo que a colaboração foi além e indicou aos policiais a localização do restante das drogas, que estavam escondidas e, segundo os próprios agentes afirmaram, não seriam por eles encontradas sem a ajuda do réu. **Trata-se de institutos distintos e que podem (e devem) ser aplicados conjuntamente, se ambos estiverem configurados.**

É pertinente destacar, por fim, que, na específica situação dos autos, **nem sequer se cogitava a existência de coautores ou partícipes que pudessem ser identificados pelo réu**, de modo que, **mesmo para a parcela da doutrina que adota a corrente intermediária entre as três expostas no item**

**anterior, também seria aplicável a minorante em favor do paciente**, uma vez que a acusação não demonstrou haver possibilidade concreta de cumprimento do segundo requisito.

### **III. Dispositivo**

À vista do exposto, **concedo a ordem de habeas corpus** para restabelecer em favor do paciente a aplicação da causa de diminuição de pena prevista no art. 41 da Lei n. 11.343/2006, na fração de 1/3, nos termos da sentença de primeiro grau, e, por consequência, retornar sua reprimenda a 3 anos, 10 meses e 20 dias de reclusão, em regime inicial fechado, mais 388 dias-multa, no valor unitário mínimo.