



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 834817 - MS (2023/0224134-0)

RELATOR : **MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ**
IMPETRANTE : HENRIQUE GONCALVES SANCHES
ADVOGADO : HENRIQUE GONÇALVES SANCHES - SP182797
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
PACIENTE : RAFAEL SANT ANA MOURA (PRESO)
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL

DECISÃO

RAFAEL SANTANA MOURA alega sofrer coação ilegal em decorrência de acórdão proferido pelo **Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul** na Apelação n. 0000763-23.2021.8.12.0012.

Consta dos autos que o paciente foi condenado à pena de 6 anos de reclusão, em regime inicial fechado, mais multa, pela prática do crime previsto no art. 33, *caput*, c/co art. 40, V, ambos da Lei n. 11.343/2006.

Pleiteia a defesa, neste *writ*, a aplicação da minorante prevista no art. 33, § 4º da Lei de Drogas, com a readequação da reprimenda a ele imposta.

Decido.

Em primeira instância, a reprimenda foi assim individualizada (fls. 55-56):

penal, verifica-se que: a culpabilidade, ou seja, o grau de reprovabilidade da conduta do condenado, não deve lhe prejudicar, porquanto normal ao tipo penal; o réu não possui antecedentes criminais; a conduta social e a personalidade do agente serão analisadas abaixo, como circunstâncias judiciais preponderantes; os motivos da infração penal não

desbordaram da normalidade; as circunstâncias e as consequências não desbordam da normalidade para essa espécie de crime.

Nos termos do art. 42 da Lei nº 11.343/06, passo à análise das circunstâncias judiciais preponderantes: a natureza da droga apreendida não deve prejudicá-lo, porquanto trata-se de maconha, que possui baixo poder de lesividade; a quantidade da substância entorpecente que o réu trazia consigo, por sua vez, deve lhe prejudicar, uma vez que trata-se 397, Kg (trezentos e noventa e sete quilos) da droga; conduta social não restou esclarecida nos autos;

inexistem elementos suficientes para se definir a personalidade do agente.

Assim sendo, na primeira fase, fixo sua pena-base em 06 (seis) anos de reclusão e 600 (seiscentos) dias-multa.

Na segunda fase, deve ser considerada a atenuante da confissão, utilizada, inclusive, como fundamento para a condenação, razão pela qual reduzo a pena para 05 (cinco) anos de reclusão e 500 (quinhentos) dias-multa.

Na terceira fase, deve ser considerada a existência da causa de aumento de pena descrita no inciso V do artigo 40 da Lei 11.343/2006, conforme já fundamentado, razão pela qual aumento a pena em 1/5, para cravá-la em 6 (seis) anos de reclusão e 600 (seiscentos) dias-multa.

Posteriormente, a defesa impetrou habeas corpus perante a Corte estadual, com objetivo de aplicação da minorante. A ordem foi denegada pela seguinte motivação (fls. 23-27):

Após analisar detidamente os autos originários, as razões do presente habeas corpus, bem como as provas trazidas aos autos, as informações prestadas pela autoridade apontada como coatora e o parecer da Procuradoria-Geral de Justiça, tenho que não assiste razão às pretensões do paciente. Explico:

A decisão que determinou a prisão do paciente (p. 476-479) decorreu de sua condenação a pena definitiva de 06 (seis) anos de reclusão e 600 (seiscentos) dias-multa, conforme sentença de p. 16-24, devidamente transitada em julgado, tendo sido estabelecido o regime inicial fechado para o início do cumprimento da pena.

No que diz respeito ao pretendido reconhecimento/aplicação do tráfico privilegiado (§4º do artigo 33 da Lei nº 11343/2006), assim expressou nas razões de habeas corpus (p. 04 excertos grifei):

[...]

Contudo, não lhe assiste razão.

Reza o dispositivo citado (§4º, do artigo 33, da Lei nº 11.343/2006 grifei):

[...]

Na decisão singular, o julgador assim asseverou quanto ao benefício do tráfico privilegiado (p. 30 grifei):

"...

Ademais, a despeito da primariedade, não comporta o acolhimento o pedido de reconhecimento do tráfico privilegiado.

Isso porque está claro e evidente que se dedica à atividade criminosa, sobretudo no modus operandi adotado no transporte de vultuosa quantidade de droga, proveniente de região de fronteira, entre estados da Federação.

..."

Dessa forma, considerando a quantidade de drogas encontradas e apreendidas no veículo (397kg de "maconha"), aliada ao fato de desobedecer a ordem de parada da autoridade policial, empreendendo fuga em alta velocidade e, posteriormente, assumindo o delito, mesmo que com motivação inverossímil, além de consideração dos elementos de sua rotina de vida, não demonstrando satisfatoriamente possuir trabalho lícito e regular, resta suficientemente demonstrado que ele não seria um traficante iniciante, mas sim, pessoa deliberadamente dedicada a atividades criminosas, fazendo do crime um meio de vida, a quem foi confiado o transporte de quase meia tonelada de entorpecente, sendo, portanto, não sujeito a concessão da benesse do tráfico privilegiado.

À propósito, nessa linha é a jurisprudência sedimentada pelo Superior Tribunal de Justiça. Veja-se:

[...]

Portanto, não se aplicaria o pretendido benefício do tráfico privilegiado ao réu/apelante, visto que restou evidenciado sua efetiva participação em atividades ilícitas, uma vez constatada sua dedicação a atividades criminosas de tráfico de drogas, não podendo ser agraciado com o benefício da concessão da minorante prevista no § 4º, do artigo 33, da Lei nº 11343/2006.

Para a aplicação da minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas, é exigido, além da primariedade e dos bons antecedentes do acusado, que este não integre organização criminosa nem se dedique a atividades delituosas. Isso porque a razão de ser da causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 é justamente punir com menor rigor o pequeno traficante.

A propósito, confira-se o seguinte trecho de voto deste Superior Tribunal: "Como é cediço, o legislador, ao instituir o referido benefício legal, teve como objetivo conferir tratamento diferenciado aos pequenos e eventuais traficantes, não alcançando, assim, aqueles que fazem do tráfico de entorpecentes um meio de vida" (HC n. 437.178/SC, Rel. Ministro **Ribeiro Dantas**, 5ª T., DJe

11/6/2019).

No entanto, faço o registro de que, em sessão realizada no dia 9/6/2021, por ocasião do julgamento do **REsp n. 1.887.511/SP** (Rel. Ministro **João Otávio de Noronha**, DJe 1º/7/2021), a Terceira Seção desta Corte Superior de Justiça decidiu que:

[...]

7. A utilização concomitante da natureza e da quantidade da droga apreendida na primeira e na terceira fases da dosimetria, nesta última para descaracterizar o tráfico privilegiado ou modular a fração de diminuição de pena, configura *bis in idem*, expressamente rechaçado no julgamento do Recurso Extraordinário n. 666.334/AM, submetido ao regime de repercussão geral pelo Supremo Tribunal Federal (Tese de Repercussão Geral n. 712).

8. A utilização supletiva desses elementos para afastamento do tráfico privilegiado **somente pode ocorrer quando esse vetor seja conjugado com outras circunstâncias do caso concreto que, unidas, caracterizem a dedicação do agente à atividade criminosa ou à integração a organização criminosa.**

[...]

Em relação a esse ponto, é importante, contudo, fazer algumas considerações sobre aspectos que, em meu entendimento, devem ser objetos de preocupação por todos nós julgadores.

O legislador, a meu ver, não foi feliz com a redação desse dispositivo previsto no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 e sua interpretação tem sido a mais equívoca, no sentido de diversas soluções, ou plurívoca, em sua interpretação por diversos tribunais e por juízos de todas as instâncias, porque há situações concretas que parecem evidenciar uma consequência que a lei aparentemente não quis contemplar com essa minorante.

Não há como perder de vista haver situações que, pela simples quantidade de drogas apreendidas ou pela tamanha variedade de substâncias, dispensariam, a meu sentir, a necessidade de outros fatores para afastar o benefício.

Deveras, há diversos julgados – tanto o Supremo Tribunal Federal

quanto desta Corte Superior de Justiça – no sentido de que a apreensão de grande quantidade de drogas, a depender das peculiaridades do caso concreto, é hábil a denotar a dedicação do acusado a atividades criminosas ou mesmo a sua integração em organização criminosa e, conseqüentemente, a impedir a aplicação da causa especial de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, porque indica maior envolvimento do agente com o mundo das drogas.

Conforme entendimento que externei por ocasião do próprio julgamento do referido **REsp n. 1.887.511/SP**, a elevada quantidade de drogas apreendidas, ainda que isoladamente, pode, na minha compreensão, ser perfeitamente sopesada para aferir o grau de envolvimento do acusado com a criminalidade organizada ou de sua dedicação a atividades delituosas, porque nenhuma pessoa sozinha, salvo raríssimos casos de indivíduos bilionários, conseguiria adquirir tamanha quantidade de drogas. É preciso haver uma organização por trás dela, toda uma estrutura, de maneira que seria uma negação da realidade não afastarmos o benefício nessas situações.

A título de exemplo, menciono: STJ, **AgRg no AREsp n. 359.220/MG**, Rel. Ministra **Maria Thereza de Assis Moura**, 6ª T., DJe 17/9/2013; **AgRg no HC n. 499.936/SP**, Rel. Ministro **Jorge Mussi**, 5ª T., DJe 1º/7/2019; **AgRg no HC 596.077/SP**, Rel. Ministro **Reynaldo Soares da Fonseca**, DJe 20/10/2020; **AgRg no AREsp 1.591.547/RO**, Rel. Ministro **Nefi Cordeiro**, 6ª T., DJe 19/8/2020.

Ainda: "O Superior Tribunal de Justiça possui entendimento no sentido de que a elevada quantidade de drogas apreendida, tal como ocorreu na hipótese, é circunstância que permite aferir o grau de envolvimento do acusado com a criminalidade organizada ou de sua dedicação às atividades delituosas" (**AgRg no REsp n. 1.870.949/PR**, Rel. Ministra **Laurita Vaz**, 6ª T., DJe 6/10/2020).

Também o Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento do **HC n. 111.666/MG**, de relatoria do Ministro **Luiz Fux**, consignou que "a apreensão de grande quantidade de droga é fator que permite concluir, mediante raciocínio dedutivo, pela dedicação do agente a atividades delitivas", circunstância "obstativa

da aplicação da referida minorante" (acórdão publicado no DJe de 23/5/2012).

Todavia, firme na importância de se observarem os precedentes e de se adotar interpretação uniforme das leis – até para garantir uma ordem jurídica mais coerente, mais estável e com maior previsibilidade quanto à interpretação adotada pelo Poder Judiciário –, curvo-me ao posicionamento firmado pela Terceira Seção desta Corte Superior de Justiça, para reconhecer a inidoneidade do argumento apontado no caso para justificar a impossibilidade de incidência do redutor previsto no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, qual seja, a quantidade de drogas apreendidas. Como somos uma Corte de precedentes, temos de seguir essa jurisprudência, temos de seguir os precedentes qualificados, tanto do próprio STJ, em sua Terceira Seção, quanto do Supremo Tribunal Federal, quando decidido no Pleno.

Na hipótese, vê-se que os dados considerados pelas instâncias ordinárias para negar a incidência do redutor **podem ser resumidos à quantidade de droga apreendida**, visto que o fato de o realizar o transporte da droga e de que empreendeu fuga quando avistou a autoridade policial não tem o condão de indicar que o acusado realiza tal atividade de modo corriqueiro.

Assim, uma vez que, no caso, **a quantidade de droga apreendida** foi sopesada, **isoladamente** (ou seja, sem nenhum outro fundamento idôneo), para levar à conclusão de que a ré seria dedicada a atividades criminosas, reputo evidenciado o apontado constrangimento ilegal de que estaria sendo vítima. A ilegalidade é reforçada, na espécie, pelo fato de que essa circunstância **já havia sido considerada para exasperar a pena-base, o que evidencia indevido *bis in idem***.

Consequentemente, à ausência de fundamento suficiente o bastante para justificar o afastamento da causa especial de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, **deve a ordem ser concedida, inclusive liminarmente, a fim de aplicar, em favor do paciente, o referido benefício**.

No que tange ao *quantum* de redução de pena, faço lembrar que tanto a

Quinta quanto a Sexta Turmas deste Superior Tribunal firmaram o entendimento de que, considerando que o legislador não estabeleceu especificamente os parâmetros para a escolha da fração de redução de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, devem ser consideradas, para orientar o cálculo da minorante, as circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do Código Penal, **especialmente o disposto no art. 42 da Lei de Drogas.**

Na espécie, embora seja elevada a quantidade de droga apreendida (cerca de 80 kg de cocaína), **como esse dado já foi usado para fixar a pena-base acima do mínimo legal**, considero, dentro do livre convencimento motivado e para evitar *bis in idem*, ser adequada e suficiente a redução de pena no **patamar máximo de 2/3.**

Apenas *ad cautelam*, friso que, especificamente no caso dos autos, a conclusão pela possibilidade de aplicação da referida minorante não demanda o revolvimento de matéria fático-probatória, procedimento, de fato, vedado na via estreita do habeas corpus. O caso em análise, diversamente, requer apenas a reavaliação de fatos incontroversos que já estão delineados nos autos e das provas que já foram devidamente colhidas ao longo de toda a instrução probatória, bem como a discussão, meramente jurídica, acerca da interpretação a ser dada sobre os fundamentos apontados pela instância de origem para negar ao réu a incidência da causa especial de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006.

Em razão das modificações efetivadas anteriormente, deve ser realizada a nova dosimetria da pena. Na primeira fase, a reprimenda-base ficou estabelecida em 6 anos de reclusão e 600 dias-multa.

Na segunda etapa, incide a atenuante da confissão, na fração de 1/6, o que torna a reprimenda intermediária em 5 anos de reclusão e 500 dias-multa.

Na terceira fase, a reprimenda é aumentada em 1/6, pela incidência do art. 40, V, da Lei n. 11.343/2006. Além disso, aplico o redutor do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, diminuo a pena em 2/3 e, por conseguinte, a torno **definitiva**

em 2 anos de reclusão e 200 dias-multa.

Como consectário da redução efetivada na pena do acusado, deve ser feito o ajuste no regime inicial do seu cumprimento. Conquanto ele haja sido condenada a pena inferior a 4 anos e fosse primário ao tempo do delito, a fixação da pena-base acima do mínimo legal, pela **análise desfavorável da quantidade de droga apreendida (397 kg de maconha)**, enseja a fixação do regime inicial **semiaberto**, nos termos do art. 33, § 3º, do Código Penal.

Da mesma forma, entendo que a **valoração negativa da circunstância mencionada evidencia que a substituição da pena não se mostra medida socialmente recomendável**, de acordo com o art. 44, III, do Código Penal.

À vista do exposto, **concedo a ordem, in limine**, a fim de **reconhecer a minorante** prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 em favor do paciente e aplicá-la no patamar de 2/3 e, por conseguinte, readequar a reprimenda imposta ao réu para **2 anos de reclusão, em regime inicial semiaberto, e 200 dias-multa.**

Comunique-se, **com urgência**, o inteiro teor desta decisão às instâncias ordinárias, para as providências cabíveis.

Publique-se e intimem-se.

Brasília (DF), 29 de junho de 2023.

Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ
Relator