

AG.REG. NO RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS 164.069 MATO GROSSO DO SUL

RELATOR : **MIN. CELSO DE MELLO**
AGTE.(S) : **ARIANE LETÍCIA SILVA CORREA DE ALMEIDA**
PROC.(A/S)(ES) : **DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL**
AGDO.(A/S) : **MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL**
PROC.(A/S)(ES) : **PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA**
AGDO.(A/S) : **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL**
PROC.(A/S)(ES) : **PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL**

DECISÃO: Reconsidero a decisão por mim proferida nestes autos, **ficando prejudicado**, em consequência, o **exame** do recurso de agravo **contra** ela deduzido.

Trata-se de recurso ordinário em “*habeas corpus*” **interposto** contra decisão que, **emanada** do E. Superior Tribunal de Justiça, **acha-se consubstanciada** em acórdão assim ementado:

**“AGRAVO REGIMENTAL EM ‘HABEAS CORPUS’.
DECISÃO QUE DENEGOU A ORDEM. TRÁFICO DE
DROGAS. REQUISITOS DO § 4º DO ART. 33 DA
LEI N. 11.343/2006 NÃO PREENCHIDOS. DEDICAÇÃO À
ATIVIDADE CRIMINOSA RECONHECIDA PELAS
INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS. EXAME APROFUNDADO DE
FATOS E DE PROVAS. INVIABILIDADE. PENA MANTIDA
EM 8 ANOS DE RECLUSÃO. IMPOSSIBILIDADE DE
FIXAÇÃO DO REGIME ABERTO E DE SUBSTITUIÇÃO DA
PENA.**

1. Inexiste violação do princípio da colegialidade, a teor do art. 34, XX, do RISTJ, quando a decisão monocrática for proferida com base na jurisprudência dominante do Superior Tribunal de Justiça.

RHC 164069 AGR / MS

2. *É incabível a impetração de ‘habeas corpus’ para discutir tema (aplicação da causa especial de redução de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006) que demanda profunda análise dos elementos fático-probatórios da ação penal.*

3. *Mantida a reprimenda em patamar superior a 4 anos, não é possível a fixação do regime aberto, tampouco a substituição por restritivas de direitos.*

4. *Agravo regimental improvido.”*

(HC 438.656-AgRg/MS, Rel. Min. SEBASTIÃO REIS JÚNIOR – grifei)

Buscam-se, nesta sede recursal, (a) a aplicação da causa especial de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/2006, bem assim, em caráter sucessivo, (b) o ingresso da recorrente em regime de execução de pena menos gravoso e (c) a substituição da pena privativa de liberdade por sanções restritivas de direitos.

O Ministério Público Federal, **em pronunciamento** da lavra do ilustre Subprocurador-Geral da República Dr. EDSON OLIVEIRA DE ALMEIDA, **opinou pelo provimento** deste recurso ordinário em “*habeas corpus*”.

Sendo esse o contexto, passo a examinar a causa ora em julgamento. E, ao fazê-lo, entendo assistir razão à parte recorrente, pois os fundamentos que dão suporte ao seu pleito ajustam-se, com integral fidelidade, à orientação jurisprudencial que tem sido adotada no âmbito da colenda Segunda Turma desta Corte.

Com efeito, o Tribunal de Justiça local, ao deixar de aplicar a causa especial de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/2006, não justificou, de maneira adequada, os motivos pelos quais afastou referida minorante, pois apoiou-se, para tanto, em referência genérica de que “é evidente que se dedicava à atividade criminosa diante da quantidade de drogas que transportava”.

RHC 164069 AGR / MS

Vê-se, daí, que, no caso, o E. Tribunal de Justiça local **deixou de aplicar**, na terceira fase da dosimetria, a causa de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/2006, **fazendo-o** com evidente prejuízo à ora recorrente, uma vez que **poderia** ter reduzido a sanção penal em até dois terços (2/3), como prevê – e autoriza – referido dispositivo legal.

Impõe-se reconhecer, bem por isso, que as razões invocadas **para justificar** a exclusão da causa especial de redução de pena **prevista** no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006, **correspondem** à “*quantidade de droga transportada*”, o que, por si só, **não impede** a incidência de referida minorante **nem comprova a** habitualidade na prática de crime.

Com efeito, a análise dos aspectos **delineados** nestes autos revela que a decisão **emanada** do E. Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul e mantida pelo E. Superior Tribunal de Justiça, **contraria, frontalmente**, a orientação **adotada** por esta Suprema Corte **no exame** da controvérsia ora em julgamento, **em termos que autorizam**, em face de referida diretriz jurisprudencial, **o acolhimento** da pretensão deduzida **nesta** sede processual (**HC 131.795/SP**, Rel. Min. TEORI ZAVASCKI – **HC 138.138/SP**, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI – **HC 152.001-AgR/MT**, Red. p/ o acórdão Min. GILMAR MENDES – **HC 173.491-AgR/SP**, Rel. Min. GILMAR MENDES – **HC 173.892-ED-AgR/RO**, Rel. Min. GILMAR MENDES – **HC 177.710-AgR/SP**, Rel. Min. GILMAR MENDES – **RHC 148.579-AgR/MS**, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI – **RHC 176.741-AgR/MS**, Red. p/ o acórdão Min. EDSON FACHIN, v.g.):

“HABEAS CORPUS’ EM SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO ORDINÁRIO CONSTITUCIONAL. TRÁFICO INTERNACIONAL DE COCAÍNA. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DA PENA. INEXISTÊNCIA DE PROVA DE QUE O RÉU INTEGRE ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA.

RHC 164069 AGR / MS

1. A causa especial de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006 não pode ser indeferida com apoio em ilações ou em conjecturas de que o réu se dedique a atividades ilícitas ou integre organização criminosa. (...)

.....
4. Ordem concedida de ofício para restabelecer a sentença de primeiro grau, no ponto específico.”

(HC 111.309/DF, Rel. Min. ROBERTO BARROSO – grifei)

“‘Habeas corpus’. Penal e Processual Penal. Tráfico de drogas (art. 33, ‘caput’, da Lei nº 11.343/06). Pena-base. Majoração. Valoração negativa da natureza e da quantidade da droga (2.596g de cocaína). Admissibilidade. Vetores a serem considerados necessariamente na dosimetria (art. 59, CP e art. 42 da Lei nº 11.343/06). ‘Mula’. Aplicação da causa de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei de Drogas. Admissibilidade. Inexistência de prova de que o paciente integre organização criminosa. Impossibilidade de negar a incidência da causa de diminuição de pena com base em ilações ou conjecturas. Precedentes. Percentual de redução de pena: 1/6 (um sexto). Admissibilidade. Fixação em atenção ao grau de auxílio prestado pelo paciente ao tráfico internacional. Ordem de ‘habeas corpus’ concedida, para o fim de cassar o acórdão recorrido e restabelecer o julgado do Tribunal Regional Federal da 3ª Região Federal.

.....
2. Descabe afastar a incidência da causa de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06 com base em mera conjectura ou ilação de que o réu integre organização criminosa. Precedentes.”

(HC 134.597/SP, Rel. Min. DIAS TOFFOLI – grifei)

“‘HABEAS CORPUS’. PROCESSUAL PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. LEI Nº 11.343/2006. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/06. AFASTAMENTO EM RAZÃO UNICAMENTE DA

RHC 164069 AGR / MS

QUANTIDADE DE DROGA. IMPOSSIBILIDADE. ORDEM CONCEDIDA EM PARTE.

I – A única fundamentação acerca da quantidade de entorpecente não é fundamento idôneo para afastar a aplicação do redutor do art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006.

II – Ordem concedida, em parte, para restabelecer a pena inicial de três anos, com o redutor original, e determinar que o juízo ‘a quo’ proceda ao reexame do regime inicial do cumprimento da sanção e da substituição da pena privativa de liberdade por sanções restritivas de direitos, se preenchidos os requisitos do art. 44 do Código Penal.”

(HC 138.138/SP, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI – grifei)

“Habeas corpus’. 2. Dosimetria. 3. Tráfico de drogas. 4. A quantidade de drogas, por si só, não pode proporcionar a presunção de que o paciente faria do tráfico seu meio de vida ou integraria uma organização criminoso. Ausência de fundamentação idônea apta a justificar o afastamento da aplicação da causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006. Precedentes. 5. Quantidade da droga valorada na primeira e na terceira fase da dosimetria. ‘Bis in idem’. Desproporcionalidade no cálculo. 6. Ordem concedida para que seja refeita a dosimetria, nos termos do acórdão.”

(HC 145.362/SP, Rel. Min. GILMAR MENDES – grifei)

“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 só, não são aptas a

RHC 164069 AGR / MS

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."

(HC 152.001-AgRg/MT, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI – grifei)

"Agravos regimental em 'habeas corpus'. 2. Tráfico de drogas (art. 33, 'caput', da Lei 11.343/2006). 3. Aplicação do redutor do § 4º do art. 33 da Lei de Drogas afastado sem fundamentação legítima. 4. A quantidade de drogas não poderia, automaticamente, proporcionar o entendimento de que a paciente faria do tráfico seu meio de vida ou integraria organização criminosa. Ausência de fundamentação idônea, apta a justificar o afastamento da aplicação da causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006 (RHC 138.715, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, DJe 9.6.2017). 5. Inexistência de argumentos capazes de infirmar a decisão agravada. 6. Agravos regimental desprovido."

(HC 175.109-AgRg/SP, Rel. Min. GILMAR MENDES – grifei)

Vale destacar, nesse sentido, o seguinte fragmento do parecer da douta Procuradoria-Geral da República:

"8. Constata-se que as instâncias jurisdicionais anteriores afastaram a aplicação da causa de diminuição de pena pretendida sob argumento de que a paciente é integrante de organização criminosa ou se dedica à atividades criminosas. Para tanto, argumentaram sobre a quantidade de drogas apreendidas, bem como as circunstâncias do caso concreto, isto é, de que a paciente teria viajado 'mais de 1.000 quilômetros' para buscar a droga com uma pessoa e que 'havia ainda uma outra pessoa aguardando por ela no estado de São Paulo'.

RHC 164069 AGR / MS

9. Tais circunstâncias, entretanto, indicam que a paciente é uma simples mula, uma traficante menor e eventual, não havendo qualquer indicação concreta de integração à organização criminosa ou de dedicação às atividades ilícitas.

10. No que se refere à quantidade de drogas apreendidas, esse Supremo Tribunal Federal no julgamento do HC 138.138/SP (Rel. Min. Ricardo Lewandowski) – Informativo 849, firmou entendimento no sentido de que ‘a quantidade de drogas não constitui isoladamente fundamento idôneo para negar o benefício da redução da pena’. Também nesse sentido: ‘tão somente a quantidade de entorpecente não é elemento apto a sinalizar que o acusado dedicava-se a atividades delitivas, pois ausentes outros elementos fáticos conducentes a essa conclusão’ (HC 117.185/MG, Rel. Min. Gilmar Mendes).

11. Cumprir à acusação fazer a prova de que o paciente não preenche os requisitos do § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006, não cabendo a inversão do ônus da prova em detrimento da defesa. A dúvida não pode ser resolvida em desfavor da defesa. Toda prova negativa é difícil, de modo que militará em favor do réu a presunção de que é primário e de bons antecedentes e de que não se dedica às atividades criminosas nem integra organização criminosa. O ônus da prova, no caso, é do Ministério Público no sentido de demonstrar os maus antecedentes e a participação em atividades delitivas ou integração a organização criminosa. Não importa que a prova seja difícil para o Ministério Público. Mais difícil seria para o réu, que, por sua vez, não pode ser condenado sem lastro probatório, nem pode receber, sem motivo concreto, uma pena maior quando a lei permite uma pena mais branda (Vicente Greco Filho e João Daniel Rassi, *Lei de Drogas Anotada: Lei n. 11.343/2006. 3ª ed. rev. e atual.* São Paulo: Saraiva, 2009, p. 109).

12. Conforme leciona Carlos Maximiliano: ‘estritamente se interpretam as disposições que restringem a liberdade humana, ou afastam a propriedade; conseqüentemente, com igual reserva se

RHC 164069 AGR / MS

aplicam os preceitos tendentes a agravar qualquer penalidade. O contrário observa relativamente às normas escritas concernentes às causas que justificam os fatos delituosos e dirimem ou atenuam a criminalidade: devem ter aplicação extensiva desde que os motivos da lei vão além dos termos da mesma'.

13. Esse o quadro, opino pelo provimento do recurso para que se proceda nova individualização da pena, com o reconhecimento da causa de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006." (grifei)

Tenho para mim, desse modo, que a decisão em causa **apoiou-se** em elementos insuficientes, **destituídos** de **necessária base empírica idônea**, **revelando-se**, por isso mesmo, **desprovida** da indispensável fundamentação substancial.

Sendo assim, em face das razões expostas, **dou provimento** ao presente recurso ordinário, **para determinar** ao E. Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul (**Apelação Criminal** nº 0000567-76.2014.8.12.0019) que, **mantida a condenação penal questionada na presente sede processual**, **proceda a nova individualização da pena** da ora recorrente, **aplicando a causa especial de diminuição de pena** prevista no § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/2006, **com a indicação** de elementos concretos **justificadores** da fração a ser utilizada, **devendo, ainda, promover** a análise dos requisitos necessários ao pretendido ingresso da ora recorrente em regime penal **menos gravoso**, **observando**, para tanto, no tocante ao crime de tráfico de drogas, a orientação **firmada pelo Plenário** desta Suprema Corte no julgamento do **HC 111.840/ES**, Rel. Min. DIAS TOFFOLI, **bem assim examinar se** referida recorrente **preenche, ou não**, os pressupostos subjetivos **e** objetivos **autorizadores** de eventual conversão, em penas restritivas de direitos, da pena **privativa** de liberdade que lhe foi imposta.

Comunique-se, com urgência, **encaminhando-se cópia** da presente decisão ao E. Superior Tribunal de Justiça (**HC** 438.656-AgRg/MS), ao E. Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso do Sul

RHC 164069 AGR / MS

(**Apelação Criminal** nº 0000567-76.2014.8.12.0019) e ao Juízo de Direito da 2ª Vara Criminal da comarca de Ponta Porã/MS (**Processo-crime** nº 0000567-76.2014.8.12.0019).

2. **Devolvam-se** estes autos ao E. Superior Tribunal de Justiça.

Publique-se.

Brasília, 09 de outubro de 2020.

Ministro CELSO DE MELLO

Relator