

23/05/2017

SEGUNDA TURMA

**RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS 138.715 MATO GROSSO DO SUL**

**RELATOR** : **MIN. RICARDO LEWANDOWSKI**  
**RECTE.(S)** : JAQUELINE VIDAL LAGE  
**PROC.(A/S)(ES)** : DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL  
**RECDO.(A/S)** : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL  
**PROC.(A/S)(ES)** : PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA

Ementa: *HABEAS CORPUS*. PROCESSUAL PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. LEI 11.343/2006. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI 11.343/2006. GRANDE QUANTIDADE DE MACONHA APREENDIDA (132,85 KG). DEDICAÇÃO À ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. NÃO OCORRÊNCIA. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. PACIENTE ABSOLVIDA PELO CRIME DE ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. CONTRADIÇÃO ENTRE OS FUNDAMENTOS. PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS LEGAIS. RECURSO ORDINÁRIO AO QUAL SE DÁ PROVIMENTO EM PARTE.

I – A grande quantidade de entorpecente, apesar de não ter sido o único fundamento utilizado para afastar a aplicação do redutor do art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006, foi, isoladamente, utilizado como elemento para presumir-se a participação da paciente em uma organização criminosa e, assim, negar-lhe o direito à minorante.

II – A quantidade de drogas não poderia, automaticamente, proporcionar o entendimento de que a paciente faria do tráfico seu meio de vida ou integraria uma 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. Precedentes.

III - É patente a contradição entre os fundamentos expendidos para absolver a paciente da acusação da prática do delito tipificado pelo art. 35 da Lei 11.343/2006 e aqueles utilizados para negar-lhe o direito à

**RHC 138715 / MS**

minorante constante do art. 33, § 4º, do mesmo diploma legal. Precedentes.

IV - Recurso ordinário ao qual se dá provimento, em parte, para reconhecer a incidência da causa de diminuição da pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006, e determinar que o juízo *a quo*, após definir o patamar de redução, recalcule a pena e 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.

**ACÓRDÃO**

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, sob a Presidência do Senhor Ministro Gilmar Mendes, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por votação unânime, dar parcial provimento ao recurso para reconhecer a incidência da causa de diminuição da pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006, e determinar que o juízo *a quo*, após definir o patamar de redução, recalcule a pena e 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, nos termos do voto do Relator. Ausentes, justificadamente, os Senhores Ministros Celso de Mello e Edson Fachin.

Brasília, 23 de maio de 2017.

**RICARDO LEWANDOWSKI – RELATOR**

23/05/2017

SEGUNDA TURMA

**RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS 138.715 MATO GROSSO DO SUL**

**RELATOR** : **MIN. RICARDO LEWANDOWSKI**  
**RECTE.(S)** : JAQUELINE VIDAL LAGE  
**PROC.(A/S)(ES)** : DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL  
**RECDO.(A/S)** : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL  
**PROC.(A/S)(ES)** : PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA

**RELATÓRIO**

O Senhor Ministro **Ricardo Lewandowski** (Relator): Trata-se de recurso ordinário em *habeas corpus* interposto por Jaqueline Vidal Lage, contra acórdão prolatado pela Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça - STJ, no HC 356.654/MS, de relatoria do Ministro Reynaldo Soares da Fonseca.

Narra a recorrente que foi condenada à pena de 5 anos de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 500 dias-multa, pela prática do crime previsto no art. 33, *caput*, da Lei 11.343/2006.

Inconformadas, a acusação e a defesa interpuseram apelações, às quais foram negados provimento pelo Tribunal de Justiça local, em acórdão assim ementado:

“APELAÇÕES – TRÁFICO DE DROGAS – CONJUNTO PROBATÓRIO SEGURO – RECEPÇÃO – CONDENAÇÃO AFASTADA – ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO DE ENTORPECENTES – ESTABILIDADE INEXISTENTE – ABSOLVIÇÃO MANTIDA – ADULTERAÇÃO DE SINAL IDENTIFICADOR DE VEÍCULO AUTOMOTOR E RECEPÇÃO – INSUFICIÊNCIA DE PROVAS –

**RHC 138715 / MS**

ABSOLVIÇÃO MANTIDA – CONDOTA EVENTUAL – ENORME QUANTIDADE DE DROGA – INAPLICÁVEL – HEDIONDEZ – MANTIDA – REGIME FECHADO E NÃO CONCESSÃO DA SUBSTITUIÇÃO DA REPRIMENDA – CONSERVADOS – NÃO PROVIMENTO DOS RECURSOS DEFENSIVOS E MINISTERIAL.

Se a prova demonstra de maneira firme e convincente a autoria e materialidade delitiva do crime de tráfico de drogas, resta incabível o pleito absolutório, impondo-se a condenação.

Quando constatada a ausência de vínculo associativo permanente entre os agentes, deve-se excluir a imputação referente ao art. 35 (associação para o tráfico), da Lei 11.343/06.

Sendo precárias provas quanto à responsabilidade dos acusados pela adulteração de sinal identificador de veículo automotor e pela receptação, impõe-se manter as absolvições.

**O transporte de enorme quantidade de droga de forma estruturada caracteriza envolvimento dos acusados em organização criminosa, inviabilizado o reconhecimento da diminuta da eventualidade** (art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06).

Segundo a orientação contida no enunciado sumular n. 512 do STJ: ‘a aplicação da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 não afasta a hediondez do crime de tráfico de drogas’.

Não há falar em abrandamento do regime prisional e substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos quando as circunstâncias evidenciam que a concessão das referidas benesses legais mostram-se insuficientes, e a pena imposta impossibilita qualquer vantagem.

Apelações defensivas e ministerial não providas” (pág. 328 do documento eletrônico 2; grifei).

Contra o acórdão do TJMS foi impetrado HC no Superior Tribunal de Justiça, “pugnando, em apertada síntese, que fosse aplicada a minorante do tráfico privilegiado, previsto no artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006, a fixação do regime inicial aberto e também a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos” (pág. 387 do

**RHC 138715 / MS**

documento eletrônico 1).

Ocorre que a Quinta Turma do STJ não conheceu do pedido, conforme transcrição da ementa a seguir:

*“HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. NÃO RECONHECIMENTO DO TRÁFICO PRIVILEGIADO. QUANTIDADE DA DROGA. CIRCUNSTÂNCIAS QUE DENOTAM QUE A PACIENTE DEDICA-SE A ATIVIDADE CRIMINOSA. REGIME PRISIONAL FECHADO. CIRCUNSTÂNCIAS CONCRETAS QUE ENSEJAM A NECESSIDADE DO REGIME MAIS GRAVOSO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. PENA SUPERIOR A 4 ANOS. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.*

[...]

- Inexiste constrangimento ilegal no ponto em que, **fundamentadamente, não foi aplicada a causa especial de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, à vista de elementos concretos que indicaram a dedicação do acusado a atividade criminosa. No caso, a paciente foi surpreendida com 132,85 kg de maconha.**

- O Plenário do Supremo Tribunal Federal, em 27/7/2012, ao julgar o HC 111.840/ES, por maioria, declarou incidentalmente a inconstitucionalidade do art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/1990, com a redação que lhe foi dada pela Lei n. 11.464/2007, afastando, dessa forma, a obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crimes hediondos e equiparados.

- Para a imposição de regime prisional mais gravoso do que a pena comporta é necessário fundamentação específica, com base em elementos concretos extraídos dos autos.

- No caso, o regime fechado, mais gravoso que a pena de 5 anos comporta, foi estabelecido com base em fundamentação

**RHC 138715 / MS**

específica, ante a gravidade concreta do delito, evidenciada pela quantidade da droga apreendida (132,85 kg de maconha).

- Não há se falar em substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, tendo em vista que o *quantum* da pena supera o limite estabelecido no art. 44, inciso I, do Código Penal.

- *Habeas corpus* não conhecido” (págs. 363-364 do documento eletrônico 1; grifei).

É contra esse acórdão que se insurge a recorrente.

A defesa requer, em suma, a aplicação da “causa especial de diminuição de pena, prevista no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006, como também abrandar o regime inicial para o aberto e substituir a pena privativa de liberdade por restritiva de direitos” (pág. 403 do documento eletrônico 2).

Argumenta, então, que “o não reconhecimento da diminuta prevista no § 4º do artigo 33 da Lei de Drogas, pelas instâncias ordinárias, baseou-se unicamente na quantidade da droga apreendida em seu poder” (pág. 391 do documento eletrônico 2).

Aduz, nesse sentido, que

“[...] deve ser afastado o óbice da aplicação do tráfico privilegiado que se pautou na mera PRESUNÇÃO da existência de organização criminosa, ainda mais por [ter] sido a ora Recorrente absolvida quanto ao delito de associação criminosa.

Até porque sendo a ré primária e portadora de bons antecedentes não há lógica em se concluir que se dedica a qualquer tipo de atividade ilícita” (pág. 393 do documento eletrônico 2).

Afirma, ainda, que

**RHC 138715 / MS**

“[...] restou comprovado nos autos que a Recorrente, repita-se, preenche TODOS os requisitos legais para a aplicação do redutor do tráfico privilegiado, previsto no artigo 33, § 4º, da Lei 11.343/2006, sendo a bem da verdade uma “MULA” do tráfico” (pág. 398 do documento eletrônico 1).

Argumenta, também, que, “com o acolhimento do pleito anterior, a pena restará cominada em *quantum* inferior a quatro anos, razão pela qual é plenamente cabível o abrandamento do regime inicial prisional para o aberto” (pág. 398 do documento eletrônico 1). Mas não só. Aponta que

“[...] não haverá óbice para a substituição da pena corporal por restritivas de direitos, tendo em vista que após o reconhecimento do tráfico privilegiado e, conseqüente redimensionamento da pena, esta restará fixada em *quantum* inferior a 04 (quatro) anos” (pág. 399 do documento eletrônico 1).

Pugna, por essas razões, pela concessão definitiva da ordem.

A Procuradoria-Geral da República, em parecer da Subprocuradora-Geral Cláudia Sampaio Marques, opinou pelo desprovimento do recurso ordinário.

É o relatório necessário.

23/05/2017

SEGUNDA TURMA

**RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS 138.715 MATO GROSSO DO SUL**

VOTO

O Senhor Ministro **Ricardo Lewandowski** (Relator): Bem examinados os autos, tenho que o caso é de provimento parcial do recurso.

Neste recurso ordinário em *habeas corpus*, a recorrente insurge-se contra acórdão da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, que não conheceu do HC 356.654/MS, de relatoria do Ministro Reynaldo Soares da Fonseca.

Conforme relatado, a recorrente pretende, neste recurso ordinário, a aplicação da causa especial de diminuição de pena, prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006, bem como o abrandamento do regime inicial para o aberto e a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

A pretensão merece ser acolhida.

Consta dos autos que a paciente foi condenada à pena de 5 anos de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 500 dias-multa, pela prática do crime previsto no art. 33, *caput*, da Lei 11.343/2006.

Com efeito, para a concessão da minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas, exige-se que o réu preencha alguns requisitos de caráter pessoal, assim dispostos no referido diploma legal:

“Art. 33. Importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever,

**RHC 138715 / MS**

ministrar, entregar a consumo ou fornecer drogas, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar:

Pena - reclusão de 5 (cinco) a 15 (quinze) anos e pagamento de 500 (quinhentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa.

[...]

**§ 4º. Nos delitos definidos no caput e no § 1º deste artigo, as penas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, vedada a conversão em penas restritivas de direitos, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa”** (grifei).

Na hipótese dos autos, o Juízo de primeiro grau não reconheceu presentes todos os requisitos do art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006, como se vê do seguinte excerto da sentença:

“A grande quantidade de droga apreendida, a meu juízo, demonstra que a ré Jaqueline Vidal Lage e o réu Rodrigo Rodrigues Duarte **compõem organização criminosa dedicada ao tráfico de entorpecentes, não merecendo tal benesse”** (pág. 130 do documento eletrônico 2; grifei).

Por ocasião do julgamento do recurso de apelação, o Tribunal de Justiça local destacou que:

“*In casu*, embora os acusados sejam primários, é certo que os mesmos **fazem parte de organização criminosa**, o que torna inviável a concessão da benesse pretendida.

Ambos foram flagrados transportando 132,85 Kg (cento e trinta e dois quilos e oitenta e cinco gramas) de maconha, e **não se pode admitir que tal quantidade fosse entregue pelo ‘proprietário’ da droga a um traficante eventual, desconhecido e sem qualquer responsabilidade ou garantia.**

O transporte de enorme quantidade de droga exige

**RHC 138715 / MS**

experiência e preparo por parte de quem a transporta, a fim de que se possa assegurar que a mesma será entregue ao seu destino final e, evidentemente, após a entrega haverá prestação de contas ao seu proprietário e, portanto, **natural que o ‘transportador’ nesta hipótese integra organização criminosa**, pois em uma empreita de tal monta prevalece total relação de confiança.

Ainda que não se possa determinar qual organização ou quem a integraria pelo simples fato de não se ter alcançado toda a estrutura do tráfico, algo quase sempre impossível tendo em vista a enorme quantidade de droga transportada, evidenciando convergência de vontades, esforços e divisão de tarefas na consecução da prática delitiva, torna-se inviável a aplicação da diminuta ao acusado” (pág. 333 do documento eletrônico 2; grifei).

Esse entendimento foi ratificado pelo STJ, ao não conhecer da ação constitucional.

Ou seja, nas instâncias *a quo*, concluiu-se que à paciente não deveria ser aplicado o redutor previsto no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006, tendo em vista a quantidade e, conseqüentemente, a sua participação em organização criminosa.

Esses fundamentos, contudo, não podem ser aceitos.

Como se nota, a grande quantidade de entorpecente, apesar de não ter sido o único fundamento utilizado para afastar a aplicação do redutor do art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006, foi, isoladamente, utilizado como elemento para presumir-se a participação da paciente em uma organização criminosa e, assim, negar-lhe o direito à minorante.

Não desconheço o entendimento desta Segunda Turma segundo o qual, “se instâncias ordinárias concluíram que o ora agravante se dedicava à atividade criminosa para negar a incidência da causa especial

**RHC 138715 / MS**

de redução de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, para se chegar a conclusão diversa, necessário seria o reexame de fatos e provas, o qual o *habeas corpus* não comporta” (HC 136.177 AgR/SP, Rel. Min. Dias Toffoli). No mesmo sentido: RHC 137.801 AgR/SP, de relatoria do Ministro Teori Zavascki.

Ocorre que, na espécie, a paciente foi absolvida da acusação da prática do delito de associação para o tráfico, tipificado no art. 35 da Lei 11.343/2006, em decisão proferida pelo Juízo de piso, que utilizou os seguintes fundamentos:

“No entanto, não consta nos autos qualquer prova inequívoca de que a acusada Jaqueline e o acusado Rodrigo se associaram de maneira estável e permanente para o tráfico de drogas. Nesse sentido, deve-se destacar, inclusive, o interrogatório de Jaqueline, ocasião em que enfatizou que conheceu as demais pessoas envolvidas somente no dia anterior dos fatos, razão pela qual não subsiste o pedido condenatório nas penas do art. 35 da Lei 11.343/06, vez que imprescindíveis a presença de estabilidade na prática de tal crime para sua consequente configuração” (págs. 128-129 do documento eletrônico 2).

Posteriormente, ao tratar do assunto, o TJMS consignou que:

**“Assim, denota-se claramente que sem a demonstração do vínculo associativo e do caráter de estabilidade entre os envolvidos não se caracteriza a conduta descrita no art. 35, da Lei de Drogas, de modo que a absolvição torna-se impositiva quanto tais condutas não foram demonstradas.**

[...]

*In casu*, embora tenham sido presos quando estavam juntos, não ficou demonstrado entre os acusados a estabilidade necessária para a caracterização do crime de associação” (págs. 332-333 do documento eletrônico 2; grifei).

**RHC 138715 / MS**

Ora, o que se vê é a patente contradição entre os fundamentos expendidos para absolver a paciente da acusação da prática do delito tipificado pelo art. 35 da Lei 11.343/2006 e aqueles utilizados para negar-lhe o direito à minorante constante do art. 33, § 4º, do mesmo diploma legal.

No ponto, observo que em situação análoga, esta Segunda Turma já concedeu a ordem de *habeas corpus* para determinar ao Tribunal de origem que proceda ao exame da incidência, ou não, da minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006, em acórdão assim ementado:

“HABEAS CORPUS. PENAL. TRÁFICO INTERESTADUAL DE DROGAS. NÃO APLICAÇÃO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI 11.343/2006 COM FUNDAMENTO NA CONDENAÇÃO PELO CRIME DE ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. PACIENTE ABSOLVIDO EM SEGUNDA INSTÂNCIA DA IMPUTAÇÃO DO ART. 35 DA LEI 11.343/2006. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO PARA A MANUTENÇÃO DO AFASTAMENTO DA MINORANTE. REFORÇO ARGUMENTATIVO DO STJ AO JUSTIFICAR A NÃO INCIDÊNCIA DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO COM FUNDAMENTO NA QUANTIDADE DE DROGA APREENDIDA E NA INTERESTADUALIDADE DO TRÁFICO. INVIABILIDADE. ORDEM CONCEDIDA PARCIALMENTE.

1. No caso, o juízo de primeira instância **afastou a incidência da causa especial de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei de Drogas em face da condenação do paciente pelo crime de associação para o tráfico. O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo absolveu o paciente da imputação prevista no art. 35 da Lei 11.343/2006, porém nada aduziu a respeito da aplicação da causa de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei de Drogas. O Superior Tribunal de Justiça, por**

**RHC 138715 / MS**

sua vez, justificou a não incidência da minorante com base na **quantidade de entorpecente e na interestadualidade do delito.**

2. Além de ser inviável a instância superior, em sede de *habeas corpus*, apresentar fundamentos objetivando suprir eventual vício de fundamentação da decisão originária, **o STJ negou a aplicação da minorante com base em circunstâncias que não estão descritas no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006.**

3. *Habeas corpus* concedido, em parte, para determinar ao Tribunal de origem que proceda ao exame da incidência, ou não, da minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006” (HC 118.697/SP, Rel. Min. Teori Zavascki; grifei).

Na mesma esteira, diante da flagrante contradição entre a justificativa utilizada para negar a aplicação da causa de diminuição de pena, prevista no art. 33, § 4º, e a absolvição da acusação do crime de associação para o tráfico, tipificado pelo art. 35, ambos da Lei 11.343/2006, esta Segunda Turma também deu provimento ao RHC 121.239/DF, de minha relatoria, nos seguintes termos:

RECURSO ORDINÁRIO EM *HABEAS CORPUS*. PENAL. PACIENTE CONDENADO PELO DELITO DE TRÁFICO DE DROGAS. FIXAÇÃO DA PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL DEVIDAMENTE JUSTIFICADA. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. GRANDE QUANTIDADE DE COCAÍNA APREENDIDA (60 KG). DEDICAÇÃO À ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. NÃO OCORRÊNCIA. PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS PREVISTOS NO § 4º DO ART. 33 DA LEI 11.343/2006. RECURSO ORDINÁRIO AO QUAL SE DÁ PROVIMENTO EM PARTE.

[...]

III - Os autos dão conta de que o **suposto envolvimento do recorrente com organização criminosa foi o argumento invocado para a não aplicação da causa especial de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/06.**

IV - Ocorre que o STJ, analisando outro HC da defesa lá impetrado, o 208.886/SP, **absolveu o recorrente do delito de**

**RHC 138715 / MS**

**associação para o tráfico.** Como se sabe, o § 4º do art. 33 da Lei 11.343/06 é expresso a condicionar a aplicação da minorante, entre outros fatores, ao não envolvimento com organização criminosa, não havendo mais óbice para a sua não aplicação.

V - Uma vez que a quantidade de droga foi levada em conta no momento da mensuração da pena-base, a fixação do redutor previsto no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006 é medida que se impõe.

VI - Recurso ordinário ao qual se dá provimento em parte, para determinar ao Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que proceda à nova dosimetria da pena, respeitadas as diretrizes firmadas por esta Turma, ou seja, aplicando o redutor na fração que entender pertinente ao recorrente, justificadamente.

Como se vê, além de a paciente preencher os requisitos subjetivos (ser primária e possuir bons antecedentes), também não ficou comprovada sua participação na qualidade de membro da estrutura da organização criminosa, não sendo suficiente para obstar a aplicação do redutor previsto no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006, o fato de ter sido apreendida grande quantidade de entorpecentes.

A quantidade de drogas não poderia, automaticamente, proporcionar o entendimento de que a paciente faria do tráfico seu meio de vida ou integraria uma organização criminosa. Far-se-ia necessária a demonstração da existência de provas aptas a demonstrar que a paciente se dedicaria às atividades criminosas, o que, ante a sua absolvição da acusação da prática do delito de associação criminosa, não ficou comprovado.

Destarte, considero que o impedimento à aplicação do art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006 não se encontra devidamente fundamentada. Esta Corte já se pronunciou no sentido de que configura constrangimento ilegal a decisão fundada em premissa de causa e efeito automático, que deixa de aplicar o redutor sem a devida motivação (HC 131.795/SP, Rel.

**RHC 138715 / MS**

Min. Teori Zavascki), *in verbis*:

*"HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DA PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI 11.343/2006. APLICAÇÃO. TRANSPORTE DE DROGA. EXAME DAS CIRCUNSTÂNCIAS DA CONDUTA. ATUAÇÃO DA AGENTE SEM INTEGRAR ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA.*

**1. A não aplicação da minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006 pressupõe a demonstração pelo juízo sentenciante da existência de conjunto probatório apto a afastar ao menos um dos critérios porquanto autônomos, descritos no preceito legal: (a) primariedade; (b) bons antecedentes; (c) não dedicação a atividades criminosas; e (d) não integração à organização criminosa. Nesse juízo, não se pode ignorar que a norma em questão tem a clara finalidade de apenar com menor grau de intensidade quem pratica de modo eventual as condutas descritas no art. 33, *caput* e § 1º, daquele mesmo diploma legal em contraponto ao agente que faz do crime o seu modo de vida, razão pela qual, evidentemente, não estaria apto a usufruir do referido benefício.**

**2. A atuação da agente no transporte de droga, em atividade denominada mula, por si só, não constitui pressuposto de sua dedicação à prática delitiva ou de seu envolvimento com organização criminosa. Impõe-se, para assim concluir, o exame das circunstâncias da conduta, em observância ao princípio constitucional da individualização da pena (art. 5º, XLVI, da CF).**

**3. Assim, padece de ilegalidade a decisão do Superior Tribunal de Justiça fundada em premissa de causa e efeito automático, sobretudo se consideradas as premissas fáticas lançadas pela instância ordinária, competente para realizar cognição ampla dos fatos da causa, que revelaram não ser a paciente integrante de organização criminosa ou se dedicar à prática delitiva.**

**4. Ordem concedida" (grifei).**

**RHC 138715 / MS**

Pelo exposto, concluo que as instâncias antecedentes não apresentaram 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.

Por isso, observo que a decisão supramencionada e as subsequentes submetem a paciente a patente constrangimento ilegal.

Assim, preenchidos os requisitos subjetivos e objetivos para a concessão da minorante, ou seja, sendo primária, tendo bons antecedentes (págs. 131 do documento eletrônico 2; sentença), não se dedicando às atividades criminosas e nem integrando organização voltada para o crime, a paciente faz jus à incidência da causa de diminuição constante do art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006.

Verifico, portanto, ser o caso de reconhecer a incidência da causa de diminuição da pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006, a fim de que a dosimetria da pena seja recalculada no patamar a ser definido pelo Juízo de primeira instância, o qual deverá, ainda, analisar a possibilidade da progressão de regime, nos termos do art. 33 do Código Penal.

Ante o exposto, dou parcial provimento ao recurso para reconhecer a incidência da causa de diminuição da pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006, e determinar que o juízo *a quo*, após definir o patamar de redução, recalcule a pena e 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.

É como voto.

**23/05/2017**

**SEGUNDA TURMA**

**RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS 138.715 MATO GROSSO DO  
SUL**

**VOTO**

**O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:**

Senhor Presidente, diante do quadro concreto, acompanho o Relator.

**SEGUNDA TURMA**

**EXTRATO DE ATA**

**RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS 138.715**

PROCED. : MATO GROSSO DO SUL

**RELATOR : MIN. RICARDO LEWANDOWSKI**

RECTE.(S) : JAQUELINE VIDAL LAGE

PROC.(A/S)(ES) : DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL

RECDO.(A/S) : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA

**Decisão:** A Turma, por votação unânime, deu parcial provimento ao recurso para reconhecer a incidência da causa de diminuição da pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006, e determinar que o juízo *a quo*, após definir o patamar de redução, recalcule a pena e 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, nos termos do voto do Relator. Ausentes, justificadamente, os Senhores Ministros Celso de Mello e Edson Fachin. Presidência do Senhor Ministro Gilmar Mendes. **2ª Turma**, 23.5.2017.

Presidência do Senhor Ministro Gilmar Mendes. Presentes à sessão os Senhores Ministros Ricardo Lewandowski e Dias Toffoli. Ausentes, justificadamente, os Senhores Ministros Celso de Mello e Edson Fachin.

Subprocurador-Geral da República, Dr. Edson Oliveira de Almeida.

Ravena Siqueira  
Secretária