

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS 159.494 MATO GROSSO DO SUL

RELATOR : MIN. EDSON FACHIN  
RECTE.(S) : RAMAO VICENTE MEDINA  
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  
RECDO.(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:

Trata-se de *habeas corpus* impetrado contra acórdão proferido no HC 429.101/MS, no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, assim ementado (eDOC 4, p. 27):

“REGIMENTAL. HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006. PRETENDIDA APLICAÇÃO. REQUISITOS. NÃO PREENCHIMENTO. DEDICAÇÃO A ATIVIDADES ILÍCITAS. INDEFERIMENTO DA MINORANTE JUSTIFICADO. RECURSO IMPROVIDO.

1. Para a incidência do redutor previsto no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/06, é necessário o preenchimento dos requisitos legais: a) o agente seja primário; b) com bons antecedentes; c) não se dedique às atividades delituosas; e d) não integre organização criminosa.

2. Revela-se inviável a aplicação da causa especial de diminuição, tendo em vista que as circunstâncias do caso concreto, em especial o *modus operandi* empregado no cometimento do delito, levaram à conclusão de que o paciente se dedica a atividades criminosas.

3. Agravo regimental a que se nega provimento.”

Aduz a defesa que: **a)** o recorrente foi condenado, como incurso no

**RHC 159494 / MS**

art. 33, *caput*, da Lei 11.343/2006, às penas de 5 (cinco) anos de reclusão, em regime inicial semiaberto, e de multa, e absolvido da imputação do crime de associação para o tráfico; **b)** a aplicação da minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/06 foi afastada, sob o fundamento de que *“o modus operandi do delito demonstrou a participação do Paciente em organização criminosa”*, baseado em mera presunção e na quantidade da droga apreendida; **c)** o juízo singular absolveu o réu da imputação do crime de associação para o tráfico, justamente por não se verificar a comprovação de vínculo estável e permanente na prática do tráfico de drogas, de modo que resta comprovada a contradição entre os fundamentos; **d)** as circunstâncias do caso revelam que o recorrente atuou como mula do tráfico; **e)** *“a quantidade da droga apreendida, qual seja 36,5 Kg ‘maconha’, por si só, não pode levar à conclusão de que o agente era integrante de um grupo criminoso ou que se dedicava à atividade criminosa, ainda mais em se tratando de réu primário e portador de bons antecedentes não há lógica em se concluir que se dedicam a qualquer tipo de atividade ilícita”*.

À vista do exposto, requer a revisão da pena imposta, com a aplicação do redutor do § 4º do art. 33 da Lei 11.343/06, a fixação do regime inicial aberto e a substituição da sanção corporal para restritiva de direitos.

A Procuradoria-Geral da República, instada a se manifestar, opina pelo provimento do recurso.

É o relatório. **Decido.**

**No caso dos autos, entendo que é possível aferir a existência de ilegalidade, devendo-se, por conseguinte, dar provimento ao recurso.**

**1.** A jurisprudência desta Corte é consolidada no sentido de que *“o juízo revisional da dosimetria da pena fica circunscrito à motivação (formalmente idônea) de mérito e à congruência lógico-jurídica entre os motivos declarados e a*

**RHC 159494 / MS**

*conclusão*” (HC nº 69.419/MS, Primeira Turma, da relatoria do Ministro Sepúlveda pertence, DJ de 28/8/92).

Não bastasse, merece ponderação o fato de que *“é vedado subtrair da instância julgadora a possibilidade de se movimentar com certa discricionariedade nos quadrantes da alternatividade sancionatória”* (HC 97.256, Rel. Min. AYRES BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 01/10/2010).

Diante desse limite cognitivo, a revisão da dosimetria não permite incursão no quadro fático-probatório, tampouco a reconstrução da discricionariedade constitucionalmente atribuída às instâncias ordinárias. Quando o assunto consiste em aplicação da pena, a atividade do Supremo Tribunal Federal, em verdade, circunscreve-se *“ao controle da legalidade dos critérios utilizados, com a correção de eventuais arbitrariedades”* (HC 128446, Relator(a): Min. TEORI ZAVASCKI, Segunda Turma, julgado em 15/09/2015).

No caso concreto, constato que a sentença condenatória, ao tempo em que absolve o réu da imputação do crime de associação para o tráfico, supostamente praticado com a *corrê*, afasta a aplicação da minorante relativa ao tráfico, por suposição sobre envolvimento do ora recorrente em associação criminosa com traficantes, sequer identificados, da região (eDOC 2, p. 129):

“Em que pese ser provável que ela [*corrê*] soubesse, em face da dúvida razoável, sua absolvição é a medida que se impõe.

Pelas mesmas razões e porque não comprovado vínculo estável para a prática de crimes, o pedido de condenação pela associação também não pode ser acolhido pois para a caracterização da associação para o tráfico é necessário um vínculo estável entre duas ou mais pessoas, não sendo suficiente a união ocasional, de modo que não se pode transformar o crime de associação em um concurso de agentes.

RHC 159494 / MS

No caso concreto não há prova suficiente de que estavam associados de **forma estável e permanente para a prática do tráfico**, elemento indispensável à caracterização do tipo penal previsto no artigo 35 da Lei de Drogas.

O **privilegio previsto no artigo 33, § 4º**, da lei em comento **não** pode ser aplicado. O réu valeu-se do período noturno para dificultar a fiscalização policial, e realizou o transporte nessa fronteira com o Paraguai, onde se sabe que operam quadrilhas especializadas no tráfico internacional de drogas, não havendo como negar o vínculo entre a conduta do réu e essas quadrilhas. Esse conjunto de fatores gera a convicção de adesão, ainda que provisória, à associação criminosa, sendo que seria ingênuo acreditar que esse transporte seja feito sem o amparo de uma estrutura criminosa.

Por consequência resta impossibilitada a substituição da pena privativa por pena restritiva de direitos.” (grifos no original)

O TJMS, ao julgar as apelações interpostas pela acusação e defesa, manteve *in totum* o decreto condenatório, reforçando os fundamentos da questão em comento (eDOC 3, pp. 57-58) :

“Inicialmente, RAMÃO pleiteia o reconhecimento da eventualidade, com a consequente aplicação prevista no art. 33, § 4º, da Lei de Drogas.

Inviável a referida pretensão, pois para a aplicação da minorante faz-se necessário o preenchimento cumulativo dos seguintes requisitos: não ser reincidente, ter bons antecedentes, não se dedicar a atividades criminosas e não integrar organização criminosa.

No tráfico de drogas há uma grande cooperação, nela se enquadrando o acusado, mormente pelo fato de transportar grande quantidade de droga, o que demonstra não se tratar de simples ‘mula’, mas de elo indispensável de uma grande organização criminosa, ramificada em diversos níveis de atuação e competência, seja na compra, transporte, guarda,

**RHC 159494 / MS**

divisão, entrega, venda e recebimento das importâncias devidas.

**Assim, certo é que o acusado – se não integra organização criminosa propriamente dita – ao menos contribui com a mesma, sendo elemento essencial para a ‘cadeia produtiva do crime’.**

(...)

Feitas essas considerações, mostra-se impossível o reconhecimento da benesse da eventualidade prevista no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06.” (*grifos nossos*)

Note-se que a ausência de qualquer referência concreta e específica dos fatos e do recorrente a respaldar a não adoção da minorante.

Afora as conjecturas genéricas, não se verifica qualquer evento concreto, dentro da cadeia factual, que demonstre que o recorrente se dedique a atividades delituosas ou, ainda, que integre organização criminosa. Ademais, importa salientar que se trata de réu primário e inexistem antecedentes desabonadores, como registrou a sentença primeva.

Portanto, os motivos declarados no acórdão não justificam o afastamento da benesse legal, visto que esta Corte tem posição formada no sentido de que a condição de “mula”, por si só, não impede a incidência da minorante do art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06. Com efeito, para fins de individualização da pena, a singela alusão genérica à importância dos transportadores na estrutura de uma suposta organização criminosa não preenche o figurino exigido pela ordem constitucional. Na mesma linha:

**“Incidência da causa de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei de Drogas afastada pelas instâncias de mérito com amparo em mera conjectura ou ilação de que os pacientes integrariam organização criminosa, já que recrutados para transportar drogas ao exterior (mulas do tráfico). Inexistência**

RHC 159494 / MS

**de base empírica idônea.** Constrangimento ilegal configurado. Habeas corpus concedido de ofício. (...) O exercício da função de mula, embora indispensável para o tráfico internacional, não traduz, por si só, adesão, em caráter estável e permanente, à estrutura de organização criminosa, até porque esse recrutamento pode ter por finalidade um único transporte de droga.” (HC 124.107, Rel. Min. Dias Toffoli, Primeira Turma, julgado em 04/11/2014, *grifei*).

“PENAL. TRÁFICO TRANSNACIONAL DE DROGAS. AFASTAMENTO DA CAUSA ESPECIAL DE REDUÇÃO DE PENA. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. RESTABELECIMENTO DA SENTENÇA CONDENATÓRIA QUE CONCEDEU O BENEFÍCIO NA FRAÇÃO DE 1/3. PRECEDENTES. 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 um conjunto probatório apto a afastar pelo menos um dos critérios, que são 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, em contraponto ao agente que faz do crime o seu modo de vida, o qual, evidentemente, não goza do referido benefício (cf. justificativa ao Projeto de Lei 115/2002 apresentada à Comissão de Constituição e Justiça e de Redação). 2. No caso, **o Tribunal de apelação afastou a referida minorante com base em argumentos genéricos e teóricos, desprovidos de qualquer elemento contido nos autos, senão no fato de a paciente ter sido condenada pela prática do crime de tráfico transnacional de drogas.** Por outro lado, a sentença condenatória afirmou, de forma segura, a inexistência de prova apta a justificar a negativa da causa de diminuição. Precedentes. 3. Ordem parcialmente concedida.” (HC 124.022, Rel. Min. Teori Zavascki, Segunda

**RHC 159494 / MS**

Turma, julgado em 2403/2015, grifei).

Nesse particular, diante da inidoneidade da fundamentação, a aferição da ilegalidade dispensa reexame de fatos e provas, de modo que o ato coator não se afigura escorreito.

**2. Destarte, com base nos arts. 312 c.c. 192, ambos do RISTF, dou provimento ao recurso ordinário em *habeas corpus*, para o fim de reconhecer a incidência da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06, incumbindo ao Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul, à luz do caso concreto e avaliando as condições subjetivas do agente (com observância da vedação de *reformatio in pejus*), proceder aos eventuais ajustes consectários (regime inicial e substituição da pena).**

Publique-se. Intime-se.

Brasília, 18 dezembro de 2018.

Ministro **EDSON FACHIN**

Relator

*Documento assinado digitalmente*