

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS 167.740 MATO GROSSO DO SUL

RELATOR : **MIN. GILMAR MENDES**
RECTE.(S) : **MARLON RICHARD MAIDANA FREITAS**
ADV.(A/S) : **DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL**
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**
RECDO.(A/S) : **MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL**
PROC.(A/S)(ES) : **PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA**

Decisão: Trata-se de recurso em *habeas corpus*, interposto por Marlon Richard Maidana Freitas.

Colho o relatório da decisão impugnada:

“Trata-se de habeas corpus, com pedido liminar, impetrado em favor de MARLON RICHARD MAIDANA FREITAS, contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul (Apelação n.º 0028209-04.2015.8.26.0050).

O Paciente foi denunciado como incurso nos arts. 33, caput, e 35, caput, c.c. art. 40, inciso V, da Lei n.º 11.343/2006, porque, no dia 9 de julho de 2017, junto com corréu, transportava 50kg (cinquenta quilos) de cocaína em seu veículo, com destino ao Estado de São Paulo.

Em primeira instância, o réu foi condenado como incurso no art. 33, caput, c.c. art. 40, inciso V, da Lei n.º 11.343/2006, às penas de 7 (sete) anos, 2 (dois) meses e 12 (doze) dias de reclusão, a ser cumprida em regime inicial fechado, além do pagamento de 720 dias-multa.

Irresignados, o Apenado e o Parquet interpuseram recursos de apelação na origem. A Defesa requereu a exclusão da majorante do art. 40, inciso V, da Lei n.º 11.343/2006, e o reconhecimento da causa de diminuição da pena prevista no art. 33, § 4º, da mesma lei. A acusação buscou a condenação

RHC 167740 / MS

pelo crime de associação para o tráfico e redução do quantum de diminuição pela confissão espontânea.

O Tribunal estadual negou provimento aos recursos (fls. 485-93).

Alega a Defensoria Pública Impetrante, de início que:

[...]

Requer seja aplicada a causa de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da Lei n.º 11.343/2006 e, por consequência, seja alterado o regime inicial de cumprimento de pena, com a substituição da pena privativa de liberdade por medidas restritivas de direitos, afastando-se, ainda, a hediondez do delito.

Não houve pedido liminar.

As judiciosas informações foram dispensadas pela então Ministra Relatora, Maria Thereza de Assis Moura (fls. 506-508).

O Ministério Público Federal manifestou-se às fls. 510-514, opinando pela denegação da ordem.

É o relatório. Decido ". (eDOC 4, p. 244)

No STJ, o *habeas corpus* não foi conhecido. Interposto agravo interno, negou-se-lhe provimento.

Nesta Corte, a defesa sustenta que o paciente tem direito ao redutor previsto no art. 33, § 4º, da Lei de Drogas.

É o relatório.

Decido.

Passo a analisar a fundamentação do acórdão da apelação, quanto ao afastamento do redutor previsto no art. 33, § 4º, da Lei de Drogas:

“De outro lado. embora o acusado seja primário, é certo que a prova indica que o mesmo faz parte de organização criminosa, o que torna inviável a concessão da benesse prevista no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06.

Referida causa de diminuição visa beneficiar os traficantes de primeira viagem que, seduzidos pela oferta do dinheiro fácil, acabam ingressando na vida criminosa transportando vez ou outras pequenas quantidades de droga capazes de lhe

assegurar a própria subsistência.

No caso em apreço o acusado não se amolda na situação fática descrita porquanto **flagrado transportando elevada quantidade de droga mediante contratação de terceiro, e não se pode admitir que tal quantidade fosse entregue pelo 'proprietário' da droga a um traficante eventual.**

Ora, o transporte de droga exige experiência e preparo por parte de quem a transporta, a fim de que se possa garantir que a mesma será entregue ao seu destino final, portanto, **é lógico que o 'transportador' nesta hipótese integra organização criminosa, pois em uma empreita desta monta há de prevalecer relação de confiança.**

Assim, 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 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 aos acusados." (eDOC 4, p. 219)

Da leitura percebe-se que o afastamento do referido redutor se dá com base em presunções ilegítimas, tal como ficou registrado no acórdão: se o réu transporta determinada quantidade de droga, ***“é lógico que integra organização criminosa”***.

Conforme assentado na doutrina: “A habitualidade e o pertencimento a organizações criminosas deverão ser comprovados, não valendo a simples presunção. Não havendo prova nesse sentido, o condenado fará jus à redução de pena” (QUEIROZ, Paulo; LOPES, Marcus. *Comentários à Lei de Drogas*. 2016. p. 50).

Assim, a **quantidade e natureza da droga** são circunstâncias que, apesar de configurarem elementos determinantes na modulação da causa de diminuição de pena, **por si sós, não são aptas a comprovar o envolvimento com o crime organizado ou a dedicação à atividade criminosa**, devendo o juízo condenatório obter outros elementos hábeis a

embasar tal afirmativa. Nesse sentido, assentou a Segunda Turma deste Supremo Tribunal:

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 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

RHC 167740 / MS

sanções restritivas de direitos, se preenchidos os requisitos do art. 44 do Código Penal. (RHC 138.715, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, DJe 09.06.2017)

Nos termos assentados na doutrina: “(...) militará em favor do réu a presunção de que é primário e de bons antecedentes e de que não se dedica a atividades criminosas nem integra organização criminosa. O ônus da prova, nesse caso, é do Ministério Público (...)” (GRECO FILHO, Vicente; RASSI, João Daniel. *Lei de Drogas anotada*. 2009. p. 109).

Do exposto, **provejo o presente recurso ordinário em habeas corpus** para determinar ao juízo de origem que **proceda à nova dosimetria** da pena imposta ao paciente e **aplique a causa de diminuição** de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006 em patamar a ser fixado motivadamente.

Após a fixação da pena, **analise a possibilidade de abrandamento do regime inicial de cumprimento da pena**, nos moldes do art. 33, § 2º e § 3º, do Código Penal, e a **substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos**, nos termos da jurisprudência deste Supremo Tribunal Federal.

Comunique-se. Publique-se.

Brasília, 13 de março de 2019.

Ministro **Gilmar Mendes**

Relator

Documento assinado digitalmente