

HABEAS CORPUS Nº 416.996 - MS (2017/0241236-4)

RELATOR : **MINISTRO SEBASTIÃO REIS JÚNIOR**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
PACIENTE : CICERO COELHO DOS SANTOS (PRESO)

EMENTA

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA DA PENA. TERCEIRA FASE. ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. SIMPLES ATUAÇÃO COMO MULA. MINORANTE. INCIDÊNCIA. POSSIBILIDADE. Ordem parcialmente concedida nos termos do dispositivo.

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus* impetrado em favor de **Cícero Coelho dos Santos**, no qual se aponta como órgão coator o Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul (Apelação n. 0002710-67.2016.8.12.0019 – fls. 281/288).

Colhe-se dos autos que o Tribunal de origem manteve decisão do Juízo de Direito da 2ª Vara Criminal da comarca de Ponta Porã/MS, que condenou o ora paciente, como incurso no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006, à pena de 6 anos de reclusão e ao pagamento de 600 dias-multa, pelo **tráfico de 980 gramas de cocaína** (fls. 197/199). O acórdão foi assim ementado (fls. 281/282):

RECURSO DE APELAÇÃO CRIMINAL INTERPOSTA PELA DEFESA - DELITO DE TRÁFICO DE DROGAS - PEDIDO DE REDUÇÃO DA PENA-BASE AO MÍNIMO LEGAL - CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS ADEQUADAMENTE VALORADAS - EXASPERAÇÃO DE PENA MANTIDA - PEDIDO DE RECONHECIMENTO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO DECORRENTE DO TRÁFICO PRIVILEGIADO - AUSÊNCIA DO REQUISITO LEGAL PERTINENTE A NÃO INTEGRAÇÃO À ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA - NEGADO - PEDIDO DE ABRANDAMENTO DO CUMPRIMENTO DE PENA - INCABÍVEL - PREJUDICADO O PLEITO DE SUBSTITUIÇÃO DE PENA - RECURSO DESPROVIDO.

I - Em relação à exasperação da pena-base, não existe um critério legal para estabelecer o *quantum*, até porque essa dosagem está relacionada a fatos concretos relacionados à conduta criminosa e à pessoa do acusado. Prevalece que o julgador tem certa margem de discricionariedade para realizar a dosimetria da pena, desde que seja respeitado um critério proporcional e lógico, adequado ao princípio da motivação das decisões judiciais (CF, art. 93, IX).

II - No âmbito dos delitos de tráfico de drogas, para a fixação da pena-base, deve haver análise das circunstâncias judiciais enumeradas

Superior Tribunal de Justiça

nos arts. 59 do CP e 42 da Lei n. 11.343/2006. No caso, somente as circunstâncias judiciais especiais, relativas à "natureza" e à "quantidade" da droga, encontram-se devidamente fundamentadas, pelo que devem ser mantidas a valoração negativa na dosimetria das penas, nos termos do art. 93, IX da CF.

III - Não estando presentes, de forma cumulativa, os requisitos legais enumerados em âmbito do artigo 33, § 4º, da Lei de Drogas (11.343/2006), torna-se inviável a redução de pena com base na alegação de tráfico privilegiado. No caso, há indícios concretos de que a apelante dedicava-se à atividades de caráter criminoso.

IV - O Supremo Tribunal Federal, em recente decisão (HC n. 111.840 - ES), estabeleceu que no âmbito do delito penal de tráfico ilícito de entorpecentes (Lei n. 11.343/06, art. 33), não há mais a obrigatoriedade de imposição de regime fechado para início de cumprimento de pena, de modo que a fixação do regime prisional inicial, na situação concreta, deve estar em harmonia ao que dispõe o art. 33, §§ 2º e 3º do Código Penal.

V - Resta prejudicado o pleito de conversão da pena privativa de liberdade por restritiva de direito.

Nesta Corte, a defesa pretende, em síntese, *seja reconhecida a benesse do tráfico privilegiado, previsto no artigo 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 e para que seja afastada a hediondez do delito de tráfico privilegiado, com o conseqüente abrandamento do regime e substituição de pena privativa de liberdade por restritiva de direitos* (fl. 14). Sustenta que (fl. 9):

[...] não há provas nos autos de que o Paciente integrava organização criminosa, muito pelo contrário, há evidências inequívocas de que tenha atuado como "mula do tráfico". Isso porque, a quantidade da droga apreendida não é expressiva em relação àquelas comumente apreendidas no Estado de Mato Grosso do Sul (980gramas de "cocaína"); trata-se de réu primário fazendo jus, assim, à aplicação da minorante do § 4º, do artigo 33, da Lei n. 11.343/2006.

Liminar indeferida (fls. 291/294), informações prestadas (fls. 303/309), o Ministério Público Federal opinou pelo indeferimento do *writ* (fls. 311/316).

É o relatório.

Na terceira fase da dosimetria, o Juízo de primeiro grau entendeu que o *privilégio previsto no artigo 33, § 4º da lei em comento não pode ser aplicado. Observe-se que o réu pegou a droga nesta fronteira e a estava levando para a capital do estado, sendo que a contratação, a obtenção da droga, o preparo para a viagem, a compra da passagem, o encontro com o destinatário em outra cidade, só pode ser realizado por uma estrutura de organização criminosa. Além disso,*

Superior Tribunal de Justiça

trata-se de droga de alto poder lesivo, a cocaína. Esse conjunto de fatores gera a convicção de adesão à associação criminosa, sendo que seria ingênuo acreditar que essa expressiva quantidade de droga seja transportada sem o amparo de uma estrutura criminosa (fl. 198).

O Tribunal de origem manteve a sentença, no que ora interessa, nestes termos (fl. 287):

In casu, após a análise do contexto fático em que ocorrera o crime, pelo *modus operandi* aplicado na prática delituosa, verifica-se que o apelante não atende a todos os requisitos legais.

Pois, pelas circunstâncias concretas, pode-se verificar que não está presente um dos requisitos necessários à concessão desse benefício, equivalente a não dedicação a atividades de caráter criminoso. Isto porque, nada obstante a primariedade do apelante, as circunstâncias que envolveram a sua prisão em flagrante, somadas a quantidade do entorpecente apreendido - 980 g (novecentos e oitenta gramas) de "cocaína", tendo o mesmo sido flagrado fazendo transporte da droga utilizando ônibus interestadual, tensionando deslocar-se de Ponta Porã/MS para Campo Grande/SP, localidades distantes aproximadamente 317 quilômetros, sendo que o apelante pegou a droga na fronteira e a estava levando para a capital do Estado.

Além disso, conforme bem salientado pelo Magistrado, a contratação, a obtenção da droga, o preparo para a viagem, a compra da passagem, o encontro com o destinatário em outra cidade, demonstra claramente que o apelante realmente integrava a estrutura de organização criminosa.

Como se vê, o tráfico privilegiado foi afastado tão somente em razão da quantidade da droga apreendida e pelo fato de o paciente ter atuado como seu transportador.

Ora, a simples atuação do indivíduo como *mula* não pode, isoladamente, levar à conclusão de que o réu integre organização criminosa ou de que se dedique à atividade delituosa, não constituindo, pois, fundamento idôneo para afastar a incidência da minorante do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006.

Nesse sentido, a propósito, *a jurisprudência desta Corte, acompanhando o atual posicionamento do STF, entende que a simples atuação do agente como "mula", por si só, não induz que integre organização criminosa, sendo imprescindível, para tanto, prova inequívoca do seu envolvimento, estável e permanente, com o grupo criminoso, a autorizar a*

Superior Tribunal de Justiça

redução da pena em sua totalidade. Contudo, **embora o desempenho dessa função não seja suficiente para denotar que a agravante faça parte de organização criminosa, tal fato constitui circunstância concreta para ser valorada na definição do índice de redução pelo tráfico privilegiado, uma vez se reveste de maior gravidade** (AgRg no AREsp n. 1.246.868/SP, Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, DJe 30/4/2019 – grifo nosso).

E, mais, embora a **quantidade dos entorpecentes apreendidos seja parâmetro idôneo para modular a fração da redutora do tráfico privilegiado, esta Corte vem decidindo que tal circunstância, isoladamente, não legitima o afastamento da causa de diminuição do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 se dissociada de outros elementos de prova para atestar a dedicação do apenado a atividades criminosas ou o fato de que ele integraria organização criminosa** (HC n. 492.885/MS, Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, DJe 30/4/2019 – grifo nosso).

Além disso, no caso, a quantidade da droga apreendida (980 gramas de cocaína) já foi levada em consideração para o aumento da pena-base, motivo pelo qual não pode ser novamente apreciada, sob pena de *bis in idem*.

Assim, deve ser aplicada a mencionada causa especial de diminuição da pena. Todavia, não em seu patamar máximo, tendo em vista o fato de o paciente ter agido como *mula*.

A propósito:

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. 3,987 KG (TRÊS QUILOS, NOVECENTOS E OITENTA E SETE GRAMAS) DE COCAÍNA. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DA PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006 NA FRAÇÃO DE 1/6. AGENTE NA CONDIÇÃO DE "MULA". FUNDAMENTOS IDÔNEOS PARA MODULAR A FRAÇÃO DE REDUÇÃO. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. Consoante o art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, o agente poderá ser beneficiado com a redução de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços) da pena, desde que seja primário, portador de bons antecedentes, não se dedique a atividades criminosas nem integre organização criminosa.

2. A orientação jurisprudencial desta Casa, na linha do entendimento consolidado no Supremo Tribunal Federal, firmou-se no sentido de que "o fato de o agente haver atuado como 'mula' no transporte da droga não

Superior Tribunal de Justiça

pode - como numa relação, pura e simples, de causa e efeito - levar à conclusão de que ele seria integrante de organização criminosa e, como tal, não seria merecedor da causa especial de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006. A diferenciação deve ser feita, inequivocamente, caso a caso, com base em elementos objetivos e concretos dos autos (REsp n. 1.365.002/MS, Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 22/8/2017, DJe 11/9/2017).

3. No caso dos autos, o colegiado regional, respeitando os critérios legais estabelecidos pelo art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 e, ainda, com observância aos pormenores da situação concreta, entendeu pela aplicação da causa especial de diminuição da pena na fração de 1/6 (um sexto), destacando que o agravante, embora não integrasse organização criminosa, teria se associado, de maneira pontual, a organização criminosa de tráfico internacional de drogas, atuando como "mula".

4. Revela-se suficiente a fundamentação da Corte local, quanto à não incidência da minorante em seu grau máximo, haja vista a maior reprovabilidade da conduta, sobretudo porque o agravante tinha conhecimento de estar a serviço de organização criminosa de tráfico internacional. Precedentes.

5. Agravo regimental a que se nega provimento.

(AgRg no AgRg no AREsp n. 1.205.580/SP, Ministro Antonio Saldanha Palheiro, Sexta Turma, DJe 14/12/2018).

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO ART. 33, § 4º, LEI N. 11.434/2006 APLICADA EM 1/6. AGENTE NA CONDIÇÃO DE "MULA". REGIME PRISIONAL. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. MODO FECHADO. AGRAVO NÃO PROVIDO.

1. De acordo com o disposto no art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, para que incida a causa especial de diminuição de pena aos condenados pelo delito de tráfico de drogas, é necessário que o agente seja reconhecidamente primário, ostente bons antecedentes e não se dedique a atividades criminosas ou integre organização criminosa.

2. No caso, a ciência do agente de estar a serviço do crime organizado no tráfico de drogas internacional constitui fundamento concreto para se fixar o patamar de redução em 1/6, pela incidência da minorante do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, diante da maior reprovabilidade da conduta do agente.

3. O regime inicial fechado é o adequado para o cumprimento da pena de 6 anos, 6 meses e 22 dias de reclusão mais 680 dias-multa, diante da valoração negativa das circunstâncias do delito, que justificou o aumento da pena-base (quantidade da droga apreendida - 6.880g de cocaína), nos termos do art. 33, § 2º, "b", e § 3º, c/c o art. 59, do CP. Precedentes.

4. Agravo regimental não provido.

(AgRg no AREsp n. 545.870/SP, Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, DJe 11/10/2018).

Assim, passo à nova dosimetria.

Superior Tribunal de Justiça

Na primeira fase, mantenho a pena-base em 6 anos de reclusão e o pagamento de 600 dias-multa.

Na segunda etapa, ausentes causas de diminuição e de aumento da pena.

Na terceira fase, aplico a minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 na fração de 1/6, fixando a pena definitivamente em 5 anos de reclusão, além do pagamento de 500 dias-multa.

Fixada a pena em patamar superior a 4 anos de reclusão, não há que se falar em substituição da privativa de liberdade por restritivas de direitos, nos termos do art. 44, I, do Código Penal.

Mantenho o regime semiaberto para o início de cumprimento da reprimenda, tal como efetuado pelas instâncias ordinárias.

Ante o exposto, **concedo parcialmente** a ordem a fim de fixar a pena em 5 anos de reclusão, a ser inicialmente cumprida em regime semiaberto, além do pagamento de 500 dias-multa.

Intime-se o Ministério Público estadual.

Publique-se.

Brasília, 25 de junho de 2019.

Ministro Sebastião Reis Júnior
Relator