



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 855143 - MS (2023/0337802-4)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
AGRAVANTE : **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL**
AGRAVADO : **THEODORO COELHO DA SILVA (PRESO)**
ADVOGADOS : **LUCAS ARGUELHO ROCHA - MS021855**
 HERIKA CRISTINA DOS SANTOS RATTO E OUTRO - MS013155
INTERES. : **MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL**
IMPETRADO : **TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL**

EMENTA

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO DE DROGAS. MINORANTE. INCIDÊNCIA. POSSIBILIDADE. AFASTAMENTO COM FUNDAMENTAÇÃO INERENTE AO TIPO PENAL. ILEGALIDADE. *BIS IN IDEM* CONFIGURADO. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. De acordo com o § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, os condenados pelo crime de tráfico de drogas terão a pena reduzida, de um sexto a dois terços, quando forem reconhecidamente primários, possuírem bons antecedentes e não se dedicarem a atividades criminosas ou integrarem organizações criminosas.
2. As instâncias ordinárias não aplicaram o redutor com base apenas no modo de transporte da droga, o que denotaria a dedicação à atividade criminosa do agravado, sendo que tal fundamento integra o tipo penal, não sendo suficiente ao afastamento da minorante.
3. Desta forma, considerando a desmedida quantidade de droga apreendida em poder do agravado (105kg de cocaína), valorada, contudo, na primeira fase da dosimetria, aplicável a minorante no patamar de 2/3, sob pena de *bis in idem*.
4. Agravo regimental desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da QUINTA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, em sessão virtual de 24/10/2023 a 30/10/2023, por unanimidade, negar provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Reynaldo Soares da Fonseca e Joel Ilan Paciornik votaram com o Sr. Ministro Relator.

Não participaram do julgamento os Srs. Ministros Messod Azulay Neto e João Batista Moreira (Desembargador convocado do TRF1).

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca.

Brasília, 30 de outubro de 2023.

Ministro Ribeiro Dantas
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 855143 - MS (2023/0337802-4)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
AGRAVANTE : **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL**
AGRAVADO : **THEODORO COELHO DA SILVA (PRESO)**
ADVOGADOS : **LUCAS ARGUELHO ROCHA - MS021855**
HERIKA CRISTINA DOS SANTOS RATTO E OUTRO - MS013155
INTERES. : **MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL**
IMPETRADO : **TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL**

EMENTA

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO DE DROGAS. MINORANTE. INCIDÊNCIA. POSSIBILIDADE. AFASTAMENTO COM FUNDAMENTAÇÃO INERENTE AO TIPO PENAL. ILEGALIDADE. *BIS IN IDEM* CONFIGURADO. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. De acordo com o § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, os condenados pelo crime de tráfico de drogas terão a pena reduzida, de um sexto a dois terços, quando forem reconhecidamente primários, possuírem bons antecedentes e não se dedicarem a atividades criminosas ou integrarem organizações criminosas.
2. As instâncias ordinárias não aplicaram o redutor com base apenas no modo de transporte da droga, o que denotaria a dedicação à atividade criminosa do agravado, sendo que tal fundamento integra o tipo penal, não sendo suficiente ao afastamento da minorante.
3. Desta forma, considerando a desmedida quantidade de droga apreendida em poder do agravado (105kg de cocaína), valorada, contudo, na primeira fase da dosimetria, aplicável a minorante no patamar de 2/3, sob pena de *bis in idem*.
4. Agravo regimental desprovido.

RELATÓRIO

Trata-se de agravo regimental interposto pelo **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL** contra decisão monocrática, por mim proferida, a qual concedeu a ordem, de ofício, a fim de reconhecer a minorante do tráfico de drogas em favor do agravado.

Sustenta o *parquet*, em síntese, que "as circunstâncias do delito indicam, de maneira incontestável, que o recorrido participou da empreitada criminosa como integrante de organização criminosa", bem como que "a quantidade e a natureza do entorpecente apreendido (105 kg - cento e cinco quilos - de cocaína), não foram utilizados como fundamentação para afastar a minorante, mas sim para arrimar a interpretação de que não se tratava de um transporte ocasional, uma vez que uma organização criminosa não confiaria em alguém "de fora", um "amador" para transportar uma carga tão valiosa" (e-STJ, fls. 187-188).

Pugna, ao final, pela reconsideração da decisão agravada ou pela remessa do recurso ao Colegiado para julgamento.

Por não reconsiderar a decisão agravada, submeto o agravo regimental à apreciação da Quinta Turma desta Corte.

VOTO

Pretende o agravante seja reformada a decisão agravada, a fim de que se restabeleça a condenação nos moldes que fixada pelo Tribunal de origem.

Contudo, a ele não assiste razão.

Com efeito, a decisão agravada consignou que as instâncias ordinárias não aplicaram o redutor com base no modo de transporte da droga, o que denotaria a dedicação à atividade criminosa, sendo que tal fundamento integra o tipo penal, não sendo suficiente ao afastamento da minorante.

Assim, no intuito de impedir a ocorrência de *bis in idem*, já que a quantidade da droga fora valorada na primeira fase da dosimetria, aplicou-se o redutor do §4º do art. 33 da Lei n. 11.343/06 no patamar máximo, redimensionando-se a pena do agravado.

Nesse contexto, a decisão agravada merece subsistir por seus próprios e jurídicos fundamentos, a seguir integralmente reproduzidos:

"[...] Esta Corte - HC 535.063/SP, Terceira Seção, Rel. Ministro Sebastião Reis Junior, julgado em 10/6/2020 - e o Supremo Tribunal Federal - AgRg no HC 180.365, Primeira Turma, Rel. Min. Rosa Weber, julgado em 27/3/2020; AgR no HC 147.210, Segunda Turma, Rel. Min. Edson Fachin, julgado em 30/10/2018 -, pacificaram orientação no sentido de que não cabe habeas corpus substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado.

Assim, passo à análise das razões da impetração, de forma a verificar a ocorrência de flagrante ilegalidade a justificar a concessão do habeas corpus, de ofício.

O Tribunal de origem impôs o afastamento da redutora nos termos do voto condutor abaixo transcrito:

"[...] Lado outro, devidamente justificado o afastamento da minorante da eventualidade (art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06) no especial modo de transporte da droga, que é bem denotativo da traficância profissional e, de consequência, da dedicação do acusado a essa atividade ilícita (óbice ao benefício), emerge plenamente possível a manutenção do desvalor relativo à quantidade e natureza da droga apreendida somente na primeira fase dosimétrica, não havendo falar em *bis in idem*. Vale lembrar que"(...) a concessão da minorante da eventualidade do tráfico não exige somente a primariedade do agente, mas, também, que este tenha bons antecedentes e que não se dedique à atividade ilícita, tampouco que integre organização criminosa. Demonstrando o transporte de elevada quantidade de droga, de forma estruturada, o exercício da traficância profissional, é inviável a concessão da minorante da eventualidade do tráfico, ponderada a caracterização da obstativa dedicação do agente a essa atividade ilícita. (...)" (TJMS. Embargos Infringentes e de Nulidade n. 0000415-29.2017.8.12.0017, Nova Andradina, 1ª Seção Criminal, Relator(a): Des. Ruy Celso Barbosa Florence, j: 24/09/2018, p: 26/09/2018). A situação retratada para o réu em nada se assemelha a dos traficantes eventuais, pessoas que, seduzidas pela promessa do dinheiro fácil ou impelidas por dificuldades financeiras, são utilizadas como mera engrenagem descartável na logística ligada a comercialização de pequena quantidade de droga. [...]. Por conseguinte, devem ser mantidos o aumento da pena-base e o afastamento da minorante da eventualidade do tráfico de entorpecentes. Inviável, outrossim, o abrandamento do regime prisional, porquanto adequadamente estabelecido no fechado, dada"(...) a maior reprovabilidade da conduta, relacionado ao tráfico interestadual de cocaína, e diante da expressiva quantidade de drogas, justificam o estabelecimento do regime inicial fechado, nos termos do artigo 33, § 3º, do Código Penal [...]" (e-STJ, fls. 167-168).

De acordo com o § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, os condenados pelo crime de tráfico de drogas terão a pena reduzida, de um sexto a dois terços, quando forem reconhecidamente primários, possuírem bons antecedentes e não se dedicarem a atividades criminosas ou integrarem organizações criminosas.

No caso, observa-se que as instâncias ordinárias não aplicaram o redutor com base no modo de transporte da droga, o que denotaria a dedicação à atividade criminosa. Entretanto, com a devida vênia, tal fundamento integra o tipo penal, não sendo suficiente ao afastamento da minorante. Quanto ao tema, cabe destacar que a Terceira Seção, em recentíssima decisão, proferida nos autos do HC n. 725.534/SP, de minha relatoria, julgado em 27/4/2022, DJe 1º/6/2022, reafirmou seu posicionamento anterior, conforme estabelecido no ARE 666.334/AM, sobre a possibilidade de valoração da quantidade e da natureza da droga apreendida, tanto para a fixação da pena-base quanto para a modulação da causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006, neste último caso ainda que sejam os únicos elementos aferidos, desde que não tenham sido considerados na primeira fase do cálculo da pena, in verbis:

"HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. DIRETRIZES FIRMADAS NO ERESP 1.887.511/SP. USO APENAS SUPLETIVO DA QUANTIDADE E DA NATUREZA DA DROGA NA TERCEIRA FASE. PROPOSTA DE REVISÃO DE POSICIONAMENTO. MANUTENÇÃO DO ENTENDIMENTO CONSOLIDADO HÁ ANOS PELAS CORTES SUPERIORES. ACOLHIDO NO ARE 666.334/AM PELO STF. EXPRESSIVA QUANTIDADE DE DROGA APREENDIDA. APLICAÇÃO DO REDUTOR EM 1/6. ORDEM CONCEDIDA. 1. Esta Corte - HC 535.063/SP, Terceira Seção, Rel. Ministro Sebastião Reis Junior, julgado em 10/6/2020 - e o Supremo Tribunal Federal - AgRg no HC 180.365, Primeira Turma, Rel. Min. Rosa Weber, julgado em 27/3/2020; AgR no HC 147.210, Segunda Turma, Rel. Min. Edson Fachin, julgado em 30/10/2018 -, pacificaram orientação no sentido de que não cabe habeas corpus substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado. 2. A Terceira Seção desta Corte, no julgamento do Eresp 1.887.511/SP, de Relatoria do Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA (em 9/6/2021), fixou as seguintes diretrizes para a aplicação do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006. 1 - a natureza e a quantidade das drogas apreendidas são fatores a serem necessariamente considerados na fixação da pena-base, nos termos do art. 42 da Lei n. 11.343/2006. 2 - sua utilização supletiva na terceira fase da dosimetria da pena, para afastamento da diminuição de pena prevista no § 3º do art. 33 da Lei n. 11.343/2016, somente pode ocorrer quando esse vetor conjugado com outras circunstâncias do caso concreto que, unidas, caracterizem a dedicação do agente à atividade criminosa ou a integração a organização criminosa. 3 - podem ser utilizadas para modulação da causa de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 quaisquer circunstâncias judiciais não preponderantes, previstas no art. 59 do Código Penal, desde que não utilizadas na primeira etapa, para fixação da pena-base. (grifos no original). 3. Embora tenha externado a minha opinião pessoal, inúmeras vezes, sobre a impossibilidade de se aplicar a minorante especial da Lei de Drogas nos casos de apreensões de gigantescas quantidades de drogas - p. ex. toneladas, 200 ou 300 kg - por ser deduzível que apenas uma pessoa envolvida habitualmente com a traficância teria acesso a esse montante de entorpecente, a questão não merece discussão, uma vez que está superada, diante do posicionamento contrário do Supremo Tribunal Federal. Precedentes. 4. Todavia, proponho a revisão das orientações estabelecidas nos itens 1 e 2 do Eresp 1.887.511/SP, especificamente em relação à aferição supletiva da quantidade e da natureza da droga na terceira fase da dosimetria. 5. No julgamento do

ARE 666.334/AM, de Relatoria do Ministro Gilmar Mendes, o Pleno do STF, em análise da matéria reconhecida como de repercussão geral, reafirmou a jurisprudência de que "as circunstâncias da natureza e da quantidade da droga apreendida devem ser levadas em consideração apenas em uma das fases do cálculo da pena". O resultado do julgado foi assim proclamado: Tese As circunstâncias da natureza e da quantidade da droga apreendida devem ser levadas em consideração apenas em uma das fases do cálculo da pena. Obs: Redação da tese aprovada nos termos do item 2 da Ata da 12ª Sessão Administrativa do STF, realizada em 09/12/2015. Tema 712 - Possibilidade, em caso de condenação pelo delito de tráfico de drogas, de valoração da quantidade e da natureza da droga apreendida, tanto para a fixação da pena-base quanto para a modulação da causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006. 6. Portanto, diante da orientação consolidada há tempos pelas Cortes Superiores, proponho mantermos o posicionamento anterior, conforme acolhido no ARE 666.334/AM, sobre a possibilidade de valoração da quantidade e da natureza da droga apreendida, tanto para a fixação da pena-base quanto para a modulação da causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006, neste último caso ainda que sejam os únicos elementos aferidos, desde que não tenham sido considerados na primeira fase do cálculo da pena. 7. Precedentes recentes do STF no mesmo sentido: RHC 207256 AgR, Relator(a): ROSA WEBER, Primeira Turma, julgado em 18/12/2021; RHC 192.643 AgR, Relator: GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 24/5/2021). 8. Hipótese em que o Juiz de origem afastou o redutor do tráfico privilegiado por entender que a expressiva quantidade de droga apreendida (147 quilos de maconha) não qualificaria o réu como pequeno e iniciante no comércio ilícito de entorpecentes. Contudo, o STF tem posicionamento firme de que "A quantidade de droga apreendida não é, por si só, fundamento idôneo para afastamento da minorante do art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006" (RHC 138117 AgR, Relatora: ROSA WEBER, Primeira Turma, julgado em 15/12/2020, publicado em 6/4/2021). 9. Assim, verificado o atendimento dos requisitos do art. 33, § 4º da Lei de Drogas, reduzo a pena em 1/6, atento ao disposto no art. 42 da Lei n. 11.343.2006 (expressiva quantidade de droga apreendida - 147 quilos de maconha). 10. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, a fim de reduzir a pena do ora agravante para 4 anos, 10 meses e 10 dias de reclusão, no regime inicial semiaberto, mais o pagamento de 486 dias-multa." (HC n. 725.534/SP, minha relatoria, Terceira Seção, julgado em 27/4/2022, DJe de 1/6/2022.)

Portanto, embora os vetores do art. 42 da Lei de Drogas, isoladamente, não sejam suficientes para afastar a redutora do tráfico privilegiado, conforme posicionamento firmado pelo Supremo Tribunal Federal e mais recentemente por este Tribunal Superior, constituem elementos idôneos para modular a referida causa de diminuição, quando não valoradas na primeira etapa da dosimetria, sob pena de incorrer em bis in idem.

Desta forma, considerando a desmedida quantidade de droga apreendida em poder da paciente (105kg de cocaína), valorada, contudo, na primeira fase da dosimetria, aplicável a minorante no patamar de 2/3, sob pena de bis in idem.

Passo ao redimensionamento da pena.

A pena-base parte do mínimo legal de 7 anos de reclusão, mais 700 dias-multa, pela natureza e quantidade da droga apreendida. Na segunda fase, presente a atenuante da confissão espontânea, pela qual reduzo a pena em 1/6, fixando-a em 5 anos e 10 meses de reclusão. Na última etapa, preenchidos os requisitos do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06, a fim de evitar bis in idem, diminuo-a em 2/3, mas a aumento em 1/6 em razão majorante do art. 40, inciso V, da Lei n. 11.343/06, resultando definitiva em 2 anos, 3 meses e 6 dias de reclusão.

Reajusto, proporcionalmente, a pena de multa para 226 dias-multa.

O regime inicial semiaberto fica estabelecido, ante a presença de circunstância judicial desfavorável (natureza e quantidade de droga), nos termos do art. 33, § 2º, b e

§ 3º, do Código Penal.

Inaplicável, ainda, a substituição por duas penas restritivas de direito, à míngua dos requisitos do art. 44, inciso III, do Código Penal.

Ante o exposto, não conheço do habeas corpus. Contudo, concedo a ordem, de ofício, para fazer incidir a causa de diminuição de pena do art. 33, §4º, da Lei n. 11.343/2006 no patamar de 2/3, redimensionando a pena da paciente para 2 anos, 3 meses e 6 dias de reclusão, em regime semiaberto, mais o pagamento de 226 dias-multa.

Comunique-se, com urgência, ao Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul, bem como à 1ª Vara Criminal da Comarca de Camapuã/MS.

Cientifique-se o Ministério Público Federal.

Publique-se. Intimem-se" (e-STJ, fls. 175-178).

Ante o exposto, **nego provimento** ao agravo regimental.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

TERMO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

AgRg no HC 855.143 / MS
PROCESSO ELETRÔNICO
MATÉRIA CRIMINAL

Número Registro: 2023/0337802-4

Número de Origem:

09001298320228120006 0900129832022812006 60027878120238120001 9001298320228120006
900129832022812006

Sessão Virtual de 24/10/2023 a 30/10/2023

Relator do AgRg

Exmo. Sr. Ministro RIBEIRO DANTAS

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA

Secretário

Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : HERIKA CRISTINA DOS SANTOS RATTO E OUTRO

ADVOGADOS : LUCAS ARGUELHO ROCHA - MS021855

HERIKA CRISTINA DOS SANTOS RATTO - MS013155

IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL

PACIENTE : THEODORO COELHO DA SILVA (PRESO)

INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL

ASSUNTO : DIREITO PENAL - CRIMES PREVISTOS NA LEGISLAÇÃO EXTRAVAGANTE -
CRIMES DE TRÁFICO ILÍCITO E USO INDEVIDO DE DROGAS - TRÁFICO DE
DROGAS E CONDUTAS AFINS

AGRAVO REGIMENTAL

AGRAVANTE : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL

AGRAVADO : THEODORO COELHO DA SILVA (PRESO)

ADVOGADOS : LUCAS ARGUELHO ROCHA - MS021855

HERIKA CRISTINA DOS SANTOS RATTO E OUTRO - MS013155

INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL

TERMO

A QUINTA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, em sessão virtual de 24/10/2023 a 30/10/2023, por unanimidade, decidiu negar provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Reynaldo Soares da Fonseca e Joel Ilan Paciornik votaram com o Sr. Ministro Relator.

Não participaram do julgamento os Srs. Ministros Messod Azulay Neto e João Batista Moreira (Desembargador convocado do TRF1).

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca.

Brasília, 31 de outubro de 2023