



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 2198551 - MG (2022/0270128-5)

RELATOR : **MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ**
AGRAVANTE : ELIEL PEREIRA DE SOUZA
ADVOGADO : JONADABE DAVID ALMEIDA - GO059651
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS

DECISÃO

ELIEL PEREIRA DE SOUZA agrava da decisão que inadmitiu seu recurso especial, interposto com fundamento no art. 105, III, "a", da Constituição Federal, contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais nos Embargos Infringentes n. 1.0702.18.104998-3/003.

Depreende-se dos autos que o agravante foi condenado a 7 anos, 3 meses e 15 dias de reclusão, no regime inicial fechado, mais multa, pela prática do crime previsto no art. 33, *caput*, c/c o art. 40, V, da Lei n. 11.343/2006.

Nas razões do recurso especial, a defesa aponta violação do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 e pugna pelo reconhecimento do privilégio no tráfico.

O recurso foi inadmitido na origem no juízo prévio de admissibilidade, o que ensejou a interposição deste agravo.

Instado a se manifestar, o Ministério Público Federal opinou pelo não provimento do recurso.

Decido.

O agravo é tempestivo e preencheu os demais requisitos de admissibilidade, razões pelas quais comporta conhecimento.

O recurso especial também foi interposto no prazo legal e suplanta o juízo de prelibação, conforme se constatará adiante.

I. Minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas

Para a aplicação da minorante em comento, são exigidos, além da primariedade e dos bons antecedentes do acusado, que este não integre organização criminosa e que não se dedique a atividades delituosas. Isso porque **a razão de ser da causa especial de diminuição de pena** prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 **é justamente punir com menor rigor o pequeno traficante**, ou seja, aquele indivíduo que não faz do tráfico de drogas o seu meio de vida; antes, ao cometer um **fato isolado**, acaba incidindo na conduta típica prevista no art. 33 da mencionada lei federal.

A propósito, confira-se o seguinte trecho de voto deste Superior Tribunal: " **A mens legis da causa de diminuição de pena seria alcançar os condenados neófitos** na infausta prática delituosa, configurada pela pequena quantidade de droga apreendida, e serem eles possuidores dos requisitos necessários estabelecidos no art. 33, ss 40, da Lei no 11.343/06." (**AgRg no RESP n. 1.389.632/RS**, Rei. Ministro **Moura Ribeiro**, 5ª T, DJe 14/4/2014).

Nos autos em exame, a Corte estadual preservou a vedação ao benefício com base nos argumentos que se seguem (fls. 393-394, destaquei):

No caso dos autos, embora o réu seja primário, consoante prova trazida aos autos, tenho que pelas circunstâncias, bem como pela quantidade e natureza das drogas apreendidas, quase 100kg de cocaína (fls. 06/08), fica evidenciado a dedicação à atividade criminosa, impedindo a incidência da minorante do art. 33, § 40, da Lei n 1 11.343106.

Como bem destacou o e. Relator da apelação, o embargante foi preso na rodovia BR452, em Uberlândia, enquanto transportava, entre as cidades de Vilhena/RO e Luz/MG, a **exorbitante quantidade de 96,9kg (noventa e seis quilos e novecentos gramas) de cocaína**, tendo ele declarado que **receberia a quantia de R\$30.000,00 (trinta mil reais) pelo serviço**.

Além disso, a rota percorrida pelo acusado, notadamente a cidade de origem de transporte das drogas - Vilhena/RO -, é forte indicativo de que o entorpecente seria, na realidade, proveniente da Bolívia, país mundialmente conhecido pela elevada produção de cocaína e cuja fronteira situa-se muito próxima daquele município, tudo a revelar indícios do envolvimento de Eliel com o tráfico internacional de entorpecentes.

Evidentemente que cargas significativas de entorpecentes, com vultoso valor econômico, como no caso, não são confiadas a

quaisquer indivíduos, o que leva à **conclusão da confiança depositada no acusado pelo indivíduo que lhe forneceu a droga para transporte.**

Ademais, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça firmou-se no sentido de que não há ilegalidade na negativa de aplicação da causa especial de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 quando a quantidade das substâncias apreendidas permite aferir que o agente se dedica a atividade criminosa. Nesse sentido, seguem ementas de julgados daquela Corte [...].

No caso, conforme visto, as instâncias ordinárias entenderam indevida a aplicação do redutor em questão, com fundamento, na quantidade de drogas apreendidas, que não seriam confiadas a pessoa não integrante da organização criminosa.

Contudo, não ficou comprovado nos autos que o réu, de fato, integre referida organização criminosa.

Ao contrário, pelos elementos dos fatos, a evidência é de que **ele desempenhara apenas papel de "mula" no transporte de entorpecentes, havendo sido contratado exclusivamente para tal fim, mediante a remuneração de R\$ 30.000,00. O réu não era detentor da substância ilícita e tampouco foi responsável por acondicionar o entorpecente.**

Quanto à quantidade da droga apreendida, faço o registro de que, em sessão realizada no dia 9/6/2021, por ocasião do julgamento do REsp n. 1.887.511/SP (Rel. Ministro João Otávio de Noronha, DJe 1º/7/2021), a Terceira Seção desta Corte Superior de Justiça decidiu que:

[...]

7. A utilização concomitante da natureza e da quantidade da droga apreendida na primeira e na terceira fases da dosimetria, nesta última para descaracterizar o tráfico privilegiado ou modular a fração de diminuição de pena, configura bis in idem, expressamente rechaçado no julgamento do Recurso Extraordinário n. 666.334/AM, submetido ao regime de repercussão geral pelo Supremo Tribunal Federal (Tese de Repercussão Geral n. 712).

8. A utilização supletiva desses elementos para afastamento do tráfico privilegiado somente pode ocorrer quando esse vetor seja conjugado com outras circunstâncias do caso concreto que, unidas, caracterizem a dedicação do agente à atividade criminosa ou à integração a organização criminosa.

Assim, uma vez que a quantidade da droga apreendida foi sopesada para, isoladamente, levar à conclusão de que o réu seria dedicada a atividades criminosas, reputo evidenciada a violação legal.

Consequentemente, à ausência de fundamento suficiente o bastante para justificar o afastamento da causa especial de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, deve o recurso ser provido, a fim de aplicar, em favor do acusado, referido benefício.

Destaco que, ao tempo do delito, **o réu era tecnicamente primário e possuidor de bons antecedentes** e que, no contexto da prisão em flagrante, não foram apreendidos outros apetrechos destinados ao preparo e comercialização das drogas, anotações relativas ao comércio reiterado de drogas, rádio transmissor ou balança de precisão.

No que tange ao **quantum de redução de pena**, faço lembrar que tanto a Quinta quanto a Sexta Turmas deste Superior Tribunal firmaram o entendimento de que, considerando que o legislador não estabeleceu especificamente os parâmetros para a escolha da fração de redução de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, **devem ser consideradas, para orientar o cálculo da minorante, as circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do Código Penal, especialmente o disposto no art. 42 da Lei de Drogas.**

Na hipótese em exame, entendo que a **redução mínima é a mais adequada ao caso**. Isso porque o ora agravante desempenhou o papel de "**mula**" no transporte dos entorpecentes, o que se mostrou imprescindível na cadeia delitiva de distribuição das drogas no território nacional.

Em caso semelhante, a Sexta Turma desta Corte Superior também entendeu devida a aplicação da minorante no patamar mínimo de 1/6, conforme precedente abaixo colacionado:

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO TRANSNACIONAL DE DROGAS. FRAÇÃO DA MINORANTE PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

1. Havendo sido concretamente fundamentada a aplicação da minorante em comento no patamar de 1/6, sobretudo em razão de "estar-se diante de quem se prestou a atuar na condição popularmente conhecida como 'mula' do tráfico" (fl. 252), não há contrariedade ao disposto no art. 33, § 4º, da Lei de Drogas.

2. Agravo regimental não provido.

(AgRg no AREsp n. 684.780/AM, Rel. Ministro Rogério Schietti, DJe 19/5/2016).

Aliás, por ocasião do julgamento do REsp n. 1.365.002/MS (ocorrido em 22/8/2017), de minha relatoria, – no qual se discutiram as diversas compreensões acerca de o "mula" integrar ou não organização criminosa –, esta colenda Sexta Turma decidiu que a diferenciação deveria ser feita, inequivocamente, caso a caso, com base em elementos objetivos e concretos dos autos.

Os fatos delituosos objeto daquele recurso especial foram os seguintes:

Segundo se apurou, em 11/7/2011, o recorrente foi preso em flagrante, no Aeroporto Internacional de Guarulhos – SP, quando tentava embarcar em voo com destino a Lisboa/Portugal, trazendo consigo – para fins de comércio ou de entrega, de qualquer forma, a consumo de terceiros, no exterior – 1.984 g (um quilo, novecentos e oitenta e quatro gramas) de cocaína, peso líquido (os quais haviam sido ingeridos pelo acusado), sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar.

Na hipótese tratada naquele recurso, considerou-se que a relação existente entre o réu e o tráfico de drogas teria sido meramente circunstancial e que ele não integrava, diretamente, uma organização criminosa em si. E, ao dar provimento ao recurso especial para reconhecer a incidência da minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 em favor do acusado, **o colegiado também entendeu devida a incidência da redução mínima prevista em lei**, com base nos seguintes fundamentos (página 28 do voto do relator):

Relativamente à fração de minorante, **registro que estabeleci a redução mínima prevista em lei, porque a complexidade da operação, a magnitude do tráfico de drogas, a possível multiplicidade de pessoas envolvidas e, ainda, a divisão de tarefas entre elas, evidenciam que a redução da reprimenda no patamar de 1/6 se mostra a mais adequada e suficiente para a prevenção e a repressão do delito perpetrado.**

Apenas *ad cautelam*, esclareço que o provimento do recurso – nos termos em que delineados anteriormente – em nenhum momento traduz inobservância ao princípio do livre convencimento motivado; trata-se, na verdade, de controle de legalidade dos critérios empregados pelas instâncias ordinárias na dosimetria da pena, bem como de correção de uma evidente discrepância na reprimenda imposta ao acusado.

A propósito, destaco que, segundo entendimento do Supremo Tribunal Federal, "A dosimetria da pena é matéria sujeita a certa discricionariedade judicial. O Código Penal não estabelece rígidos esquemas matemáticos ou regras absolutamente objetivas para a fixação da pena. Cabe às instâncias ordinárias, mais próximas dos fatos e das provas, fixar as penas. **Às Cortes Superiores, no exame da dosimetria das penas em grau recursal, compete o controle da legalidade e da constitucionalidade dos critérios empregados**, bem como a correção de eventuais discrepâncias, se gritantes ou arbitrárias, nas frações de aumento ou diminuição adotadas pelas instâncias anteriores" (RHC n. 115.654/BA, Rel. Ministra Rosa Weber, 1ª T., DJe 21/11/2013, grifei).

Passo, então, à readequação da pena.

II. Nova dosimetria

Deve, portanto, ser realizada a nova dosimetria da sanção. Na primeira fase, a reprimenda-base ficou estabelecida em 7 anos e 6 meses de reclusão e 500 dias-multa. Na segunda fase, ausentes agravantes, mantenho o patamar de redução da instância de origem, de modo que a pena perfaz 6 anos e 3 meses de reclusão e 500 dias-multa (fl. 321). Na terceira etapa, aumenta-se a pena em 1/6 pela incidência da majorante prevista no art. 40, V, da Lei n. 11.343/2006 e, por fim, reconhecida a causa especial de diminuição descrita no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, reduz-se a pena na fração de 1/6. Assim, torno a condenação da insurgente definitivamente estabelecida em **6 anos e 28 dias de reclusão e pagamento de 486 dias-multa, mantido o regime fechado em razão do quantum da pena e da existência de circunstância judicial desfavorável.**

III. Dispositivo

À vista do exposto, **dou provimento ao recurso especial**, a fim reconhecer a minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 no patamar de 1/6 e, por conseguinte, reduzir a reprimenda do réu para **6 anos e 28 dias de reclusão, em regime fechado, e pagamento de 486 dias-multa.**

Comunique-se, com urgência, o inteiro teor desta decisão às instâncias ordinárias para as providências cabíveis.

Publique-se e intimem-se.

Brasília (DF), 23 de junho de 2023.

Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ
Relator