

**AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.384.462 - MS
(2018/0278739-4)**

RELATOR : MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ
AGRAVANTE : VITOR DOMINGOS SILVA
ADVOGADOS : MARCOS IVAN SILVA - MS013800
DIOGO PAQUIER DE MORAES - MS023284B
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL

DECISÃO

VÍTOR DOMINGOS SILVA agrava da decisão que inadmitiu o recurso especial de fls. 551-568, interposto com fundamento no art. 105, III, "a", da Constituição Federal, contra acórdão do **Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso do Sul** na Apelação Criminal n. 0000824-94.2016.8.12.0031.

Consta dos autos que o ora agravante foi condenado à pena de 5 anos de reclusão, em regime inicial fechado, mais multa, pela prática do crime previsto no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006.

Nas razões do recurso especial, a defesa aponta violação do art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, ao fundamento de que preenche os requisitos para aplicação da minorante.

Requer o provimento do recurso, para que "reformado o acórdão da Apelação criminal, seja reconhecida a figura do trafico (sic) privilegiado e reduzida a pena imposta ao recorrente tendo por consequência seu regime de pena readequado, ou ainda, alterado o regime de cumprimento de pena para o semiaberto" (fl. 1.034).

O recurso especial foi inadmitido durante o juízo prévio de admissibilidade realizado pelo Tribunal de origem (fls. 1.087-1.090), o que ensejou a interposição de agravo em recurso especial (fls. 1.096-1.140).

O Ministério Público Federal manifestou-se pelo não provimento do agravo.

Decido.

I. Admissibilidade

O agravo é tempestivo e **preencheu os demais requisitos de admissibilidade.**

Quanto ao recurso especial, observa-se o mesmo. Com efeito, a minorante e o regime inicial de cumprimento foram tratados pelo acórdão, a **evidenciar o prequestionamento da matéria.** Além disso, o recurso apresenta **argumentação suficiente** para permitir a compreensão da tese, e a sua apreciação **prescinde de revolvimento do contexto fático-probatório dos autos.**

II. Contextualização

Consta dos autos que Vítor Domingos Silva, em concurso com dois corréus, transportou **129 Kg de maconha e 380 g de haxixe** para fins de traficância. Em primeira instância, o acusado foi condenado pela prática do delito do art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006, à pena de 5 anos de reclusão, em regime inicial fechado, mais o pagamento de 500 dias-multa. Por sua vez, o Tribunal de origem, ao apreciar o apelo defensivo, manteve na íntegra a sentença condenatória.

II. Minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006

Quanto ao almejado reconhecimento da causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, verifico que o Tribunal de origem manteve a não incidência do benefício em questão, ao adotar os seguintes fundamentos (fl. 975):

No caso particular, da análise do contexto probatório, é possível observar que, à despeito dos bons antecedentes e da primariedade do réu, não está preenchido o requisito relacionado a não integração de organização criminosa, conclusão que decorre a partir da simples análise da dinâmica do fato delituoso.

Explico.

Como apurado no decorrer da instrução processual, o réu e os demais denunciados foram contratados no Estado de São Paulo, por um suposto detento do regime semiaberto, para transportar drogas da cidade de Amambaí/MS até o município de Bataguassu/MS, para o que receberiam determinada contraprestação. Para tanto, contaram com respaldo financeiro proporcionado pelo contratante, o qual custeou todas as despesas da viagem. Na cidade de Amambaí/MS, pegaram a droga com uma terceira pessoa,

não identificada, quando, então, retornaram até o suposto destino final do entorpecente, que, como dito, seria a cidade de Bataguassu/MS, sendo, porém, presos em flagrante nesse itinerário.

Verifica-se, dessa forma, que várias foram as pessoas que participaram da dinâmica delituosa, cada uma delas com papel pré-definido e de essencial importância no âmbito do desenrolar da atividade criminosa, situação que, pela experiência cotidiana auferida no trato de situações semelhantes, é característica dos grupos criminosos ligados ao tráfico de drogas com ramificações em mais de um Estado da Federação.

Não se pode olvidar, além do mais, que ninguém contrataria terceiras pessoas para empreender tão longa viagem em busca de substância entorpecente se não depositassem um mínimo de confiança nos contratados e acreditassem no sucesso da empreitada criminosa, principalmente pelo alto custo financeiro que comumente é envolvido nesse tipo de atividade ilícita, situação que corrobora ainda mais a conclusão de que os denunciados faziam parte de especializada organização criminosa.

Além do mais, nessa análise, reputo necessário exaltar que, apesar de respeitável entendimento jurisprudencial em sentido contrário, o chamado "mula", pessoa contratada para transportar grande quantidade de droga, não pode receber tratamento penal mais brando, pois é peça fundamental da cadeia do tráfico.

Essas pessoas atuam de forma decisiva no êxito das grandes quadrilhas ligadas ao narcotráfico, pois, além de fazerem o transporte da substância entorpecente em "atacado", mantêm o sigilo absoluto acerca da identidade de seus "chefes", protegendo, consequentemente, a integridade de toda a organização criminosa.

A sentença de primeiro grau destacou, ainda, que a benesse foi afastada em virtude da grande quantidade de entorpecentes apreendidos(fl. 970):

1) Quanto ao réu Vítor Domingos Silva:

A culpabilidade é normal para os delitos da espécie. O

acusado não possui antecedentes. A conduta social lhe é favorável. Igualmente com relação à sua personalidade. Os motivos do crime não são desfavoráveis (conforme decidido no acórdão de fl. 497/513). **As circunstâncias também não são desfavoráveis, porquanto a grande quantidade e a natureza das drogas que transportava (129 quilos de maconha e 380 gramas de haxixe) foram consideradas no afastamento da causa de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006 (acórdão de fls. 525/552).** As consequências não se revelam desfavoráveis pois a droga restou apreendida. Quanto ao comportamento da vítima, uma vez que esta é toda a sociedade, não se podendo dizer, portanto, que instigou ou facilitou as ações do réu.

Atendendo portanto a tais elementos, fixa-se a pena-base no mínimo legal, ou seja, em 05 (cinco) anos de reclusão e 500 (quinhentos) dias- multa, considerando-se o dia-multa no valor de 1/30 do salário mínimo vigente à época dos fatos.

Inexiste qualquer circunstância agravante ou atenuante de pena, de modo que mantenho a reprimenda em 05 (cinco) anos de reclusão e 500 (quinhentos) dias-multa, considerando-se o dia-multa no valor de 1/30 do salário mínimo vigente à época dos fatos.

Inexistente qualquer causa de aumento genérica ou especial e, por isso, torno definitiva sua pena em 05 (cinco) anos de reclusão e 500 (quinhentos) dias-multa, considerando-se o dia-multa no valor de 1/30 do salário mínimo vigente à época dos fatos.

Segundo o disposto no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006: "Nos delitos definidos no *caput* e no § 1º deste artigo, as penas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, vedada a conversão em penas restritivas de direitos, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa".

Vale dizer, 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.

Sobre a matéria posta em discussão, cumpre destacar que 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, § 4º, da Lei nº 11.343/06" (AgRg no REsp n. 1.389.632/RS, Rel. Ministro Moura Ribeiro, 5ª T, DJe 14/4/2014).

No caso, não obstante o agravante fosse tecnicamente primário ao tempo do delito e possuidor de bons antecedentes, verifico que o Tribunal de origem entendeu inviável a aplicação da causa especial de diminuição de pena, por considerar que **as provas colhidas evidenciavam a prática habitual do comércio de entorpecentes, sobretudo diante do transporte de mais de 124 kg de maconha e 380 g de haxixe.**

Embora – tal como asseverado pela defesa – o simples fato de haver sido contratado para transportar entorpecentes não seja suficiente para, **por si só**, indicar a dedicação do paciente a atividades delitivas, noto que o acórdão impugnado **ressaltou outros elementos que, somados, possuem o condão de impedir a incidência da minorante, em especial a quantidade de droga localizada, a divisão de tarefas das várias pessoas envolvidas na empreitada criminoso e a sofisticação do crime.**

Apenas faço a observação de que, no caso, não há falar em indevido *bis in idem*, uma vez que **a quantidade de drogas foi utilizada em somente uma das etapas da dosimetria.**

Dessa forma, não identifico nenhum constrangimento ilegal no ponto em que, **fundamentadamente**, foi negada ao recorrente a aplicação da causa especial de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas. Para entender de modo diverso, e afastar a conclusão de que não se dedicaria a atividades delituosas, seria necessário o **revolvimento do conjunto fático-probatório amealhado durante a instrução criminal**, providência essa vedada em sede de recurso especial.

IV. Regime inicial de cumprimento da pena

O Tribunal de origem manteve a imposição do regime inicial

fechado, haja vista a quantidade de droga apreendida no caso concreto: **129 Kg de maconha e 380g de haxixe.**

Imperioso salientar que, uma vez reconhecida, incidentalmente, a inconstitucionalidade do óbice contido no § 1º do art. 2º da Lei n. 8.072/1990 (STF, HC n. 111.840/ES, DJe 17/12/2013), a escolha do regime inicial de cumprimento de pena deve levar em consideração a quantidade da reprimenda imposta, a eventual existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis, bem como as demais peculiaridades do caso concreto (como, por exemplo, a quantidade, a natureza e/ou a diversidade de drogas apreendidas), para que, então, seja fixado o regime carcerário que se mostre o mais adequado para a prevenção e a repressão do delito perpetrado, nos termos do art. 33 e parágrafos do Código Penal – com observância também ao disposto no art. 42 da Lei n. 11.343/2006.

Assim, embora o recorrente haja sido condenado a reprimenda superior a 4 anos e inferior a 8 anos de reclusão e fosse tecnicamente primário ao tempo do delito, entendo, **à luz das particularidades do caso concreto** – notadamente, da quantidade de drogas apreendidas –, que o **regime inicial mais gravoso** é, efetivamente, o que se mostra o mais adequado para a prevenção e a repressão do crime perpetrado, nos termos do art. 33, § 3º, do Código Penal, com atenção também ao previsto no art. 42 da Lei de Drogas.

V. Execução imediata da pena

Por fim, ante o esgotamento das instâncias ordinárias – como no caso –, de acordo com entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento do **ARE n. 964.246, sob a sistemática da repercussão geral, é possível a execução da pena depois da prolação de acórdão em segundo grau de jurisdição e antes do trânsito em julgado da condenação**, para garantir a efetividade do direito penal e dos bens jurídicos constitucionais por ele tutelados.

VI. Dispositivo

À vista do exposto, com fundamento no art. 932, IV, "a", do CPC, c/c o art. 253, parágrafo único, II, "b", do RISTJ, **conheço do agravo para negar provimento ao recurso especial.**

Em tempo, determino o envio de cópia dos autos ao Juízo da condenação para a imediata execução da pena caso o agente não a esteja

cumprindo atualmente.

Publique-se e intemem-se.

Brasília (DF), 12 de fevereiro de 2019.

Ministro **ROGERIO SCHIETTI CRUZ**

