

**EDcl no HABEAS CORPUS Nº 542.844 - SP (2019/0325661-0)**

**RELATOR** : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**  
**EMBARGANTE** : **NICOLAS JOSÉ DA SILVA FREITAS**  
**ADVOGADOS** : **DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO**  
LUCAS MATHEUS MOLINA - SP329364  
**EMBARGADO** : **MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL**  
**EMBARGADO** : **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO**  
**IMPETRADO** : **TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO**

### **DECISÃO**

Trata-se de embargos de declaração (fls. 91/96) opostos por NICOLAS JOSÉ DA SILVA FREITAS contra decisão de minha relatoria (fls. 60/86), que concedeu *habeas corpus*, de ofício, para fixar a sua reprimenda definitiva no novo patamar de 6 anos, 10 meses e 10 dias de reclusão, em regime inicialmente fechado, e 495 dias-multa, mantidos os demais termos da condenação.

Nestes embargos, a defesa alega que a decisão impugnada continuou avaliando a circunstância preponderante da quantidade da droga em duas etapas distintas da dosimetria, simultaneamente. Aduz que, assim, persiste o vício invocado na impetração, de ocorrência de *bis in idem*, sendo o *decisum* monocrático omissivo no exame dessa tese.

Ao final, requer seja sanada a omissão com a apreciação do pedido defensivo quanto à ocorrência de *bis in idem* na utilização simultânea da mesma circunstância, a quantidade da droga apreendida, em duas etapas distintas da dosimetria. Postula, ainda, na hipótese de acolhimento do pleito, com a redução da reprimenda do embargante, que seja reavaliado o regime prisional inicial imposto.

O Ministério Público Federal manifestou-se pelo acolhimento dos embargos de declaração para que seja reconhecida a ocorrência de *bis in idem* (fls. 118/122).

É o relatório.

**Decido.**

Sabe-se que os embargos de declaração têm a finalidade simples e única de completar, aclarar ou corrigir uma decisão ambígua, omissa, obscura ou contraditória, conforme dispõe o art. 619 do Código de Processo Penal.

No presente caso, estes embargos declaratórios merecem acolhimento para sanar a omissão apontada pela defesa.

Assim, ora procede-se ao reexame do quanto aventado na inicial do *writ*.

A impetrante sustenta que o acórdão impugnado impôs constrangimento ilegal ao paciente, pois manteve desproporcional exasperação da pena-base do crime de tráfico de drogas. Afirma que a quantidade da droga apreendida pode ensejar o incremento da pena, mas a fração utilizada foi desproporcional, sendo mais adequado a aplicação da usual fração de 1/6 sobre o mínimo legal.

Além disso, afirma que o paciente faz jus à atenuante da confissão espontânea. No ponto, destaca que o paciente confessou a propriedade da droga e a sua destinação à mercancia ilícita e que tal circunstância foi utilizada para embasar o decreto condenatório, sendo que o fato de ser qualificada a confissão não a descaracteriza como atenuante, conforme o teor da Súmula 545/STJ.

De outra parte, aduz ser indevida a negativa de aplicação da minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, pois o paciente preenche os requisitos legais para o reconhecimento do tráfico privilegiado. Aponta que a quantidade da droga apreendida ou a interestadualidade do tráfico não são critérios idôneos e suficientes para concluir pela dedicação a atividades criminosas. Também assevera que a quantidade da droga foi utilizada para exasperar a pena-base, não podendo ser novamente utilizada para negar o redutor, sob pena de indevido *bis in idem*.

Alega, outrossim, ser devida a aplicação da regra do concurso

formal entre os crimes de tráfico ilícito de entorpecentes e porte ilegal de arma de fogo, pois tais delitos foram praticados em um mesmo contexto.

Em consequência da redução da pena, entende que o paciente faz jus a regime prisional mais brando e à substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

Para a adequada delimitação das questões, colaciono os excertos seguintes dos títulos judiciais da origem:

*"NICOLAS JOSÉ DA SILVA FREITAS, RG n° 62.320.438-1 SSP/SP, qualificado a fls. 06, 24 e 30, está sendo processado como incurso nas penas do artigo 33, caput, c/c artigo 40, inciso V, ambos da Lei n. 11.343/06 e artigo 14, caput, da Lei n. 10.826/03, na forma do artigo 69, do Código Penal, porque, segundo a denúncia:*

*'1. Consta dos inclusos autos de inquérito policial que no dia 30 de outubro de 2018, por volta das 10 hs, na Avenida Brasil, n° 1.380, Vila Nova, nesta cidade e comarca, o denunciado, sem autorização e em desacordo com determinação legal e regulamentar, transportava e guardava, para fins de fornecimento a terceiros, ainda que gratuitamente, Cannabis Sativa L, popularmente conhecida como maconha, consistente em 03 (três) porções com peso líquido aproximado de 1.000,00 (mil gramas) - lacre n° 0031258, 14 (quatorze) porções com peso líquido aproximado de 6.420,00 (seis mil quatrocentos e vinte gramas) - lacre n° 0031259 e 13 (treze) porções com peso líquido aproximado de 5.504,00 (cinco mil quinhentos e quatro gramas) - lacre n° 0031260, conforme laudo pericial a fls. 20/23, auto de exibição e apreensão de fls. 12/14 e fotografias a fls. 15/17.*

*2. Consta, ainda, que no dia 30 de outubro de 2018, por volta das 10 hs, na Avenida Brasil, n° 1.380, Vila Nova, nesta cidade e comarca, o denunciado transportava e mantinha sob guarda 50 (cinquenta) munições de arma de uso permitido (calibre .38) lacre n° 0006268, sem autorização e em desacordo com determinação legal e regulamentar, conforme auto de exibição e apreensão de fls. 12/14. Segundo se apurou, o denunciado obteve as drogas e as munições descritas de terceira pessoa até o momento não identificada e passou a transportá-las: de Ponta Porã/MS, passou em Campo Grande/MS e Presidente Prudente/SP onde as guardou na rodoviária e foi abordado e logo iria para São Paulo/SP, conforme indicam as passagens*

*com ele encontradas (fl. 12), com o evidente intuito de destinar as drogas para venda a terceiros-usuários. Na ocasião dos fatos, policiais militares, em patrulhamento de rotina, avistaram o denunciado próximo à rodoviária desta cidade que, ao notar a viatura, demonstrou nervosismo, razão pela qual foi abordado. Ato contínuo, o denunciado esclareceu aos Policiais Militares que veio de Ponta Porã/MS, faria conexão na rodoviária da Barra Funda em São Paulo e o seu destino final seria Minas Gerais. Disse, ainda, que a bagagem estava na rodoviária com a sua namorada, razão pela qual os policiais para lá se dirigiram e confirmaram com o Sargento em serviço naquele local que o denunciado de fato lá esteve pouco antes da abordagem, embora sozinho, e guardou duas malas no guarda-volumes. Em revista pessoal, encontraram dois tíquetes do respectivo guarda-volumes com o denunciado e nas malas guardadas havia as drogas acima mencionadas, já fragmentadas em formato comum de venda, além de R\$. 13,00 (treze reais) em dinheiro e uma caixa contendo as 50 (cinquenta) munições intactas de calibre .38. Considerando as circunstâncias em que se deram os fatos, somada à apreensão de significativa quantidade de maconha já fracionada e embalada em porções individuais, adquirida de pessoa até o momento não identificada, afigura-se quadro seguro a apontar que a droga apreendida seria destinada à entrega a consumo alheio. É certo que a conduta do denunciado caracteriza a prática do tráfico de drogas entre Estados da Federação, notadamente, no mínimo, entre os Estados do Mato Grosso do Sul e de São Paulo. É certo, ainda, que o denunciado não tinha nenhuma autorização para portar as referidas munições'.*

*[...]*

*No momento da prisão o réu, livre e espontaneamente confessou a prática dos crimes que a denúncia lhe imputa, informando 'que saiu da cidade de Timóteo/MG, foi até Ponta Porã, onde comprou as drogas e as munições pelo valor de R\$ 3.150,00 e que a munição ficaria para si, enquanto a droga iria vender' informou o PM Aparecido Duarte (fls. 02).*

*[...]*

*O réu transportava um total de aproximadamente 13 (treze) quilos de maconha. Grande quantidade.*

*O réu é primário.*

*No tocante ao crime previsto no art. 33, caput, da Lei n. 11.343/06, é intensíssima a culpabilidade (reprovabilidade da conduta), pois se dispôs a transportar mais de dez quilos, capaz*

*de alimentar o vício de inúmeras pessoas. Péssimo o motivo, já que o lucro fácil, à custa da saúde pública, informou a prática do crime. Em consequência dessas circunstâncias a pena base é fixada 2/3 acima do mínimo legal, a teor do disposto no art. 42 da Lei nº 11.343/2006. Ato contínuo, nos termos do art. 40, inciso V, da Lei nº 11.343/2006, a pena é elevada em 1/6, tornando-a definitiva, em 09 (NOVE) ANOS, 08 (OITO) MESES E 20 (VINTE) DIAS DE RECLUSÃO.*

*O mesmo critério sobredito é utilizado na fixação da pena de multa, que fica num total de 965 (NOVECIENTOS E SESSENTA E CINCO) DIAS MULTA, cada dia no valor mínimo de 1/30 do salário mínimo vigente na época dos fatos narrados na denúncia.*

*As circunstâncias utilizadas para a fixação da pena base acima do mínimo legal, impedem a aplicação da redução da pena no § 4º, do artigo 33, da Lei n. 11.343/2006.*

*A pena com relação ao delito de tráfico qualificado será cumprida inicialmente no regime fechado.*

*Com relação ao delito do artigo 14 da Lei n. 10.826/2003, levando em consideração que as circunstâncias judiciais do artigo 59 do Código Penal são favoráveis ao réu e a inexistência de agravantes, atenuantes ou causa de aumento ou de diminuição da pena, fixo e torno definitiva em 02 (dois) anos de reclusão.*

*A multa desse delito fica no mínimo legal de 10 (dez) dias-multa cada dia no valor mínimo legal de 1/30 do salário mínimo vigente na época dos fatos da denúncia.*

*Ante ao concurso do artigo 69 do Código Penal, perfeitamente caracterizado nos autos, somo as penas que ficam no total de 11 (onze) anos, 08 (oito) meses e 20 (vinte) dias de reclusão e multa total de 975 (novecentos e setenta e cinco) dias multa, cada dia no valor de 1/30 do salário mínimo vigente na época dos fatos da denúncia.*

*ISTO POSTO e o que mais dos autos consta JULGO PROCEDENTE a presente ação penal e CONDENO o réu NICOLAS JOSÉ DA SILVA FREITAS, RG nº 62.320.438-1 SSP/SP, qualificado a fls. 06, 24 e 30, a cumprir a pena total de 11 (onze) anos, 08 (oito) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, no regime fechado inicial, e a pagar a multa total de valor correspondente a 975 (novecentos e setenta e cinco) dias multa, cada dia no valor de 1/30 do salário mínimo vigente na época dos fatos narrados na denúncia, por violação do artigo o 33,*

*caput, c/c artigo 40, inciso V, ambos da Lei nº 11.343/06 e artigo 14, caput, da Lei nº 10.826/03, na forma do artigo 69, do Código Penal." (fls. 14/16 e 21/24).*

*"A imputação é de que, no dia 30 de outubro de 2018, por volta das 10 h, na Avenida Brasil, n. 1.380, Vila Nova, comarca de Presidente Prudente, o réu, sem autorização e em desacordo com determinação legal e regulamentar, transportava e guardava, para fins de fornecimento a terceiros, ainda que gratuitamente, maconha, consistente em 03 porções com peso líquido aproximado de 1.000 g, 14 porções com peso líquido aproximado de 6.420 g e 13 porções com peso líquido aproximado de 5.504 g.*

*Consta, também, que, no dia 30 de outubro de 2018, por volta das 10 h, na Avenida Brasil, n. 1.380, Vila Nova, comarca de Presidente Prudente, o acusado transportava e mantinha sob guarda 50 munições de arma de uso permitido (**calibre .38**), sem autorização e em desacordo com determinação legal e regulamentar.*

*Segundo a denúncia, o apelante obteve as drogas e as munições descritas de terceira pessoa até o momento não identificada e passou a transportá-las: de Ponta Porã/MS, passou em Campo Grande/MS e Presidente Prudente/SP - onde as guardou na rodoviária e foi abordado - e logo iria para São Paulo/SP, conforme indicam as passagens com ele encontradas (fl. 12), com o evidente intuito de destinar as drogas para venda a terceiros-usuários.*

*Na ocasião dos fatos, policiais militares, em patrulhamento de rotina, avistaram o réu próximo à rodoviária daquela cidade que, ao notar a viatura, demonstrou nervosismo, razão pela qual foi abordado.*

*Ato contínuo, ele esclareceu aos policiais militares que de Ponta Porã/MS, fazia conexão na rodoviária da Barra Funda em São Paulo e o seu destino final seria Minas Gerais. Disse, ainda, que a bagagem estava na rodoviária com a sua namorada, razão pela qual os policiais para lá se dirigiram e confirmaram com o Sargento em serviço naquele local que o acusado de fato lá esteve pouco antes da abordagem, embora sozinho, e guardou duas malas no guarda-volumes.*

*[...]*

*Silente em solo policial (fls. 06), o réu alegou, sob o crivo do contraditório, que transportou a maconha para pagar uma*

*dívida relacionada a drogas, uma vez que foi ameaçado pelos traficantes. Devia cerca de R\$ 2.500,00. Não quis informar o nome dos supostos ameaçadores, por medo. Não sabia que havia munição na mala (mídia digital).*

*[...]*

*Em suma, deve ser mantida a condenação por ambos os crimes.*

*A básica relativa ao tráfico foi fixada acima do piso legal nos seguintes termos:*

*[...]*

*Indubitável que o primeiro fundamento espelha incensurável razoabilidade. Afinal, o acusado transportava um total de 13 kg de maconha, que poderiam ser fracionados em centenas de milhares de porções menores, na medida em que, para cada cigarro, é necessário cerca de 0,5 g da droga. Em outros termos, referida circunstância jamais pode ser valorada de igual modo que aquele que trafica quantidade significativamente menor.*

*Com efeito, não por outros motivos, o legislador dispôs expressamente no art. 42 que a natureza e a quantidade de drogas representam circunstância a ser sopesada na fixação da pena-base, inclusive com preponderância sobre as do art. 59 do Código Penal.*

*[...]*

*De outro vértice, sem desdouro à convicção do magistrado sentenciante, é inidôneo considerar a busca pelo lucro fácil como circunstância judicial negativa, porquanto já integrante do próprio tipo penal em tela, de sorte que não deve subsistir.*

*[...]*

*Por conseqüência lógico, a redução do coeficiente de exacerbação para 1/2 que se revela mais condizente com o montante de maconha apreendido, perfazendo a pena-base 07 anos e 06 meses de reclusão, e 750 dias-multa.*

*De outro vértice, bem se nota do excerto da sentença que não foi ventilada a atenuante da menoridade relativa, que ora se reconhece, porquanto o acusado era menor de 21 anos à época dos fatos (fls. 87).*

*Todavia, não há que se falar em aplicação da atenuante da confissão espontânea, porque o réu, embora tenha admitido o transporte da droga, aventou excludente de culpabilidade, tratando-se, portanto, da famigerada confissão qualificada, que*

*não se mostra apta a configurar a pretendida atenuante.*

*[...]*

*Assim, reduz-se a sanção em 1/6 do que resulta a pena de 06 anos e 03 meses de reclusão, e 625 dias-multa.*

*Em seguida, tendo sido o crime perpetrado entre Estados da Federação, correta a majoração de 1/6, estabelecendo-se a pena em 07 anos, 03 meses e 15 dias de reclusão, e 729 dias-multa.*

*Escorreita, no mais, a não incidência do redutor previsto no art. 33, § 4.º, da Lei de Drogas, visto que não preenchidos os requisitos legais.*

*Com efeito, o dispositivo legal em apreço exige que o agente, além de primário, de bons antecedentes, não se dedique à atividade criminosa ou não integre organização com esse fim, ou seja, é benefício destinado apenas e tão somente ao traficante de menor quilate, neófito, que se engaja pela primeira vez no tráfico ilícito, o 'traficante de primeira viagem', nas palavras de Guilherme de Souza Nucci (Leis Penais Especiais, RT, 2ª edição, 2007, p. 330), o que, à evidência, não é o caso dos autos.*

*[...]*

*In casu, a quantidade de maconha apreendida (13 kg), aliada às demais circunstâncias que envolveram o delito (perpetrado entre Estados da Federação), demonstra que o acusado, de fato, se dedicava às atividades criminosas.*

*Vale dizer, a presente conduta não se tratou de um ato isolado em sua vida, pois é improvável que a um neófito fosse confiada tamanha quantidade de drogas, cujo valor econômico não se ignora, para que a transportasse entre Estados diversos da Federação juntamente com 50 munições de uso permitido.*

*As circunstâncias da prisão denotam, portanto, indícios de articulação com a traficância de maior vulto, daquelas perpetradas por grandes traficantes e organizações criminosas, motivo por que descabe a almejada redução.*

*Já a pena do delito do art. 14 da Lei 10.826/03 não se distanciou do mínimo legal, qual seja, 02 anos de reclusão, e 10 dias-multa.*

*Por fim, mantém-se o regime inicial fechado.*

*Ora, o acusado foi condenado pelo transporte de grande*



*quantidade de maconha e munições entre Estados da Federação, crimes praticados em concurso material. Em outros dizeres, tais circunstâncias revelam a gravidade dos fatos, demonstrando que regime mais brando não seria suficiente para a necessária assimilação da terapêutica penal pelo agente, que deve passar por todas as etapas do sistema progressivo, iniciando pela mais severa.*

*Também não há que se falar em aplicação do art. 387, § 2.º, do Código de Processo Penal, para que seja realizada a detração.*

*Vale mencionar que, embora tenha ocorrido alteração legislativa, a análise da detração continua a ser matéria de competência do Juízo da Execução Criminal, que possui maiores informações acerca do efetivo tempo que o sentenciado permaneceu recluso e se ele preenche os requisitos (objetivo e subjetivo) para eventual progressão de regime.*

*[...]*

*Por fim, dado que o somatório das penas supera o patamar de 04 anos, não há que se cogitar da substituição da sanção privativa de liberdade por restritiva de direitos". (fls. 28/30 e 33/39).*

A revisão da dosimetria da pena somente é possível em situações excepcionais de manifesta ilegalidade ou abuso de poder, cujo reconhecimento ocorra de plano, sem maiores incursões em aspectos circunstanciais ou fáticos e probatórios (HC n. 304.083/PR, Rel. Min. FELIX FISCHER, Quinta Turma, DJe 12/3/2015).

Nesse contexto, a exasperação da pena-base deve estar fundamentada em dados concretos extraídos da conduta imputada ao acusado, os quais devem desbordar dos elementos próprios do tipo penal.

A ponderação das circunstâncias judiciais não constitui mera operação aritmética, em que se atribuem pesos absolutos a cada uma delas, mas sim exercício de discricionariedade vinculada, devendo o Direito pautar-se pelo princípio da proporcionalidade e, também, pelo elementar senso de justiça. Precedentes: AgRg no HC n. 355.362/MG, Rel. Ministro JORGE MUSSI, Quinta Turma, julgado em 28/6/2016, DJe 1/8/2016; HC n. 332.155/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, Quinta Turma, julgado em 3/5/2016, DJe

10/5/2016; HC n. 251.417/MG, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, Sexta Turma, julgado em 3/11/2015, DJe 19/11/2015; HC n. 234.428/MS, Rel. Ministra LAURITA VAZ, Quinta Turma, julgado em 1/4/2014, DJe 10/4/2014.

Entretanto, salienta-se que o entendimento desta Corte firmou-se também no sentido de que, na falta de razão especial para afastar esse parâmetro prudencial, a exasperação da pena-base, pela existência de circunstâncias judiciais negativas, deve obedecer à fração de 1/6 sobre o mínimo legal, para cada circunstância judicial negativa.

O aumento de pena superior a esse *quantum*, para cada vetorial desfavorecida, deve apresentar fundamentação adequada e específica, a qual indique as razões concretas pelas quais a conduta do agente extrapolaria a gravidade inerente ao teor da circunstância judicial.

Nesse sentido, confirmam-se os seguintes precedentes:

*HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. ROUBO DUPLAMENTE MAJORADO E CORRUPÇÃO DE MENORES. DOSIMETRIA DA PENA. PRIMEIRA FASE. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. MAUS ANTECEDENTES. EXASPERAÇÃO DESPROPORCIONAL. APLICAÇÃO DA USUAL FRAÇÃO DE 1/6. RECONHECIMENTO DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA. RÉU QUE NEGOU A PRÁTICA DO DELITO. MANIFESTAÇÃO QUE NÃO FOI UTILIZADA PARA FUNDAMENTAR A CONDENAÇÃO. INVIABILIDADE. INTELIGÊNCIA DA SÚMULA 545/STJ. PRECEDENTES. APLICAÇÃO DE FRAÇÃO SUPERIOR A 1/3. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. ENUNCIADO N. 443 DA SÚMULA DO STJ. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.*

[...]

*- A revisão da dosimetria da pena, na via do habeas corpus, somente é possível em situações excepcionais de manifesta ilegalidade ou abuso de poder, cujo reconhecimento ocorra de plano, sem maiores incursões em aspectos circunstanciais ou fáticos e probatórios (HC 304083/PR, Rel. Min. Felix Fischer, Quinta Turma, DJe 12/3/2015).*

- A exasperação da pena deve estar fundamentada em elementos concretos extraídos da conduta imputada ao acusado, os quais devem desbordar dos elementos próprios do tipo penal.

- Ademais, a jurisprudência desta Corte firmou-se no sentido de que a exasperação da pena-base, pela existência de circunstâncias judiciais negativas, deve seguir o parâmetro da fração de 1/6 para cada circunstância judicial negativa, fração que firmou-se em observância aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade.

Diante disso, a exasperação superior à referida fração, para cada circunstância, deve apresentar fundamentação adequada e específica, a qual indique as razões concretas pelas quais a conduta do agente extrapolaria a gravidade inerente ao teor da circunstância judicial. Precedentes.

- No caso, na primeira fase da dosimetria, foi aplicado o acréscimo à pena-base em fração superior a 1/6 pelos maus antecedentes, tendo sido considerada a existência de apenas uma condenação anterior transitada em julgado, sendo necessária a redução da exasperação, para se adequar aos parâmetros usualmente utilizados pela jurisprudência desta Corte.

[...]

- Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício para reduzir as penas impostas ao paciente, quanto ao delito de roubo, para 7 anos, 5 meses e 25 dias de reclusão e, quanto ao delito de corrupção de menores, de 1 ano, 4 meses e 10 dias de reclusão, mantidos os demais termos da condenação. (HC 403.338/SC, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, Quinta Turma, julgado em 17/10/2017, DJe 24/10/2017)

PENAL E PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. COAÇÃO NO CURSO DO PROCESSO. ART. 344 DO CP. DOSIMETRIA. PENA-BASE. EXASPERAÇÃO. MAUS ANTECEDENTES, PRESENÇA DE TRÊS CONDENAÇÕES DEFINITIVAS DISTINTAS. POSSIBILIDADE. QUANTUM DE AUMENTO NA PRIMEIRA FASE. OBSERVÂNCIA AOS PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E DA PROPORCIONALIDADE. 1. A jurisprudência desta Corte Superior admite a utilização de condenações anteriores transitadas em julgado como fundamento para a fixação da pena-base acima do mínimo

*legal, diante da valoração negativa dos maus antecedentes, da conduta social e da personalidade do agente, ficando apenas vedado o bis in idem.*

*2. Considerando a existência de três condenações transitadas em julgado não valoradas na segunda etapa da dosimetria a título de reincidência, não se vislumbra ilegalidade na exasperação da pena-base pelos maus antecedentes da ré.*

***3. Ocorre que o aumento determinado pela instância ordinária a título de maus antecedentes, ainda que levado em consideração tratar-se de três condenações, mostra-se desproporcional. Note-se que, muito embora a lei não estabeleça o patamar mínimo e o máximo para incidência de cada circunstância judicial, sedimentou-se nesta Corte Superior de Justiça a orientação de que o acréscimo superior a 1/6 (um sexto) para cada circunstância judicial desfavorável deve ser devidamente justificado.***

*4. Assim, havendo três condenações para caracterização dos maus antecedentes, está autorizada a fixação da pena-base em patamar acima do mínimo, mostrando-se adequado e suficiente para reprovação e prevenção do delito o acréscimo em 1/2 (metade) na pena-base pelo reconhecimento dos maus antecedentes (três condenações transitadas).*

*5. Agravo regimental não provido. (AgRg no AREsp 1116974/MG, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, Quinta Turma, julgado em 22/8/2017, DJe 01/9/2017).*

Outrossim, em se tratando dos crimes de tráfico de drogas e associação para o tráfico, o juiz deve considerar, com preponderância sobre o previsto no artigo 59 do Estatuto Repressivo, a natureza e a quantidade da substância entorpecente, a personalidade e a conduta social do agente, consoante o disposto no artigo 42 da Lei n. 11.343/2006.

Nesse sentido:

***PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. APLICAÇÃO DA MINORANTE. RÉ QUE SE DEDICA A ATIVIDADES CRIMINOSAS. REVISÃO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ. PENA-BASE. DOSIMETRIA. NATUREZA E QUANTIDADE DA DROGA APREENDIDA (23,8 KG DE COCAÍNA). CIRCUNSTÂNCIAS DO CRIME. AUMENTO***

FUNDAMENTADO. MAJORANTE DA  
INTERESTADUALIDADE. TRANSPOSIÇÃO DAS  
FRONTEIRAS. DESNECESSIDADE. PRECEDENTES.  
REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DA PENA.  
PRESENTES CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS  
DESAVORÁVEIS. REGIME FECHADO ADEQUADO AO  
CASO. PREJUDICADO O PEDIDO DE SUBSTITUIÇÃO DA  
PENA.

[...]

*II - O aumento da pena-base em razão da quantidade de substâncias entorpecentes apreendidas em poder da ré (cerca de 23,8 kg de cocaína) mostra-se, de fato, fundamentado, pois está em estrita sintonia com o estabelecido pelo art. 42 da Lei n.º 11.343/06.*

[...]

*Agravo regimental desprovido. (AgRg no AREsp. 1.238.404/MS, Rel. Ministro FELIX FISCHER, Quinta Turma, julgado em 22/3/2018, DJe 2/4/2018)*

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO  
REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. ASSOCIAÇÃO  
PARA O TRÁFICO. DOSIMETRIA. PENA-BASE. VULTOSA  
QUANTIDADE DE DROGAS. CRITÉRIO IDÔNEO PARA A  
EXASPERAÇÃO. REGIME FECHADO. LEGALIDADE.

[...]

*3. A natureza e a quantidade de entorpecentes constituem fatores que, de acordo com o art. 42 da Lei n. 11.343/2006, são preponderantes para a fixação das penas no tráfico ilícito de entorpecentes.*

*4. A associação para o tráfico de drogas em vultosa quantidade justifica o incremento da pena-base desse delito. No caso concreto, o Tribunal de origem expressamente fundamentou a majoração da pena-base do crime de associação para o tráfico, considerando a quantidade das drogas disseminadas (56kg de maconha), nos termos do art. 42 da Lei n. 11.343/2006 e art. 59 do CP, não se mostrando desproporcional ou desarrazoada, porquanto fundamentada a exasperação em elementos concretos e dentro do critério da discricionariedade vinculada do julgador.*

[...]

*6. Agravo regimental não provido. (AgRg no AgRg no AREsp*

1166871/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, Quinta Turma, julgado em 17/4/2018, DJe 25/4/2018)

*PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE. QUANTIDADE DOS ENTORPECENTES E CULPABILIDADE DO AGENTE. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. WRIT NÃO CONHECIDO.*

*[...]*

*2. Nos termos do art. 42 da Lei n. 11.343/2006, a quantidade e a natureza da droga apreendida são preponderantes sobre as demais circunstâncias do art. 59 do Código Penal e podem justificar a fixação da pena-base acima do mínimo legal, cabendo a atuação desta Corte apenas quando demonstrada flagrante ilegalidade no quantum aplicado.*

*3. Hipótese em que a instância antecedente, atenta às diretrizes dos arts. 42 da Lei de Drogas e 59 do Código Penal, considerou a quantidade dos entorpecentes apreendidos (mais de uma tonelada de maconha e haxixe) e a culpabilidade do agente (ocultação das drogas em compartimento de ônibus, no qual era dissimulada a venda de produtos de gesso) para elevar as penas-base dos delitos de tráfico e de associação para o tráfico na fração de 5/6, o que não se mostra desproporcional.*

*4. Habeas corpus não conhecido. (HC 437.496/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, Quinta Turma, julgado em 5/4/2018, DJe 11/4/2018)*

Na hipótese, a pena-base do paciente foi exasperada, em 1/2 sobre o mínimo legal, pela avaliação negativa da culpabilidade do agente, com fundamento na grande quantidade da droga apreendida.

A quantidade da droga apreendida, realmente, desborda do ordinário do tipo criminal – 13 kg de maconha –, de modo que poderia autorizar algum grau de incremento punitivo.

Porém, de plano, verifica-se que as instâncias locais utilizaram esse mesmo fundamento, tanto para majorar a pena-base quanto para justificar a não aplicação do redutor do tráfico privilegiado. De rigor, portanto, o ajuste da

reprimenda, com o retorno da sanção básica ao mínimo legal, para se corrigir o vedado *bis in idem*.

Nesse mesmo sentido:

**AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE E AFASTAMENTO DA REDUTORA DO TRÁFICO PRIVILEGIADO. QUANTIDADE DA DROGA. FUNDAMENTO UTILIZADO NA PRIMEIRA E TERCEIRA FASES. BIS IN IDEM. OCORRÊNCIA. PENA-BASE REDUZIDA AO MÍNIMO LEGAL. PRIVILÉGIO APLICADO NO PATAMAR DE 1/6. POSSIBILIDADE. PRINCÍPIO DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA. AGRAVO INTERNO NÃO PROVIDO.**

- Esta Corte Superior, na esteira do entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal em sede de repercussão geral (ARE n. 666.334/MG, Rel. Min. GILMAR MENDES, DJ 6/5/2014), pacificou entendimento no sentido de que a natureza e a quantidade da droga não podem ser utilizadas, concomitantemente, na primeira e na terceira fases da dosimetria da pena, sob pena de *bis in idem*.

- Na espécie, as instâncias ordinárias consideraram a quantidade e natureza das drogas apreendidas tanto na primeira, quanto na terceira fases da dosimetria, o que configura constrangimento ilegal. Diante disso, cabe ao julgador, em atenção ao princípio da individualização da pena, verificar em qual das etapas as referidas circunstâncias melhor se enquadram, de acordo com o caso concreto.

- Evidenciada a ofensa ao primado do *bis in idem*, a pena deve ser redimensionada, reduzindo-se a pena-base para o mínimo legal e aplicando-se, na terceira etapa da dosimetria, a fração redutora de 1/6, pela minorante do art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, tendo em vista a quantidade e natureza dos entorpecentes apreendidos.

- Agravo regimental não provido. (AgInt no HC 476.398/MG, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, Quinta Turma, julgado em 16/5/2019, DJe 27/5/2019)

[...]

**DOSIMETRIA. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO**

*LEGAL. QUANTIDADE E DIVERSIDADE DAS DROGAS APREENDIDAS. POSSIBILIDADE. PREPONDERÂNCIA DO ARTIGO 42 DA LEI 11.343/2006 SOBRE O ARTIGO 59 DO CÓDIGO PENAL. AUMENTO PROPORCIONAL. CIRCUNSTÂNCIAS TAMBÉM UTILIZADAS NA TERCEIRA FASE DA PENA. BIS IN IDEM. IMPOSSIBILIDADE. REDUÇÃO DA REPRIMENDA BÁSICA.*

*1. Na fixação da pena-base de crimes previstos na Lei 11.343/2006, como ocorre na espécie, deve-se considerar, com preponderância sobre o previsto no artigo 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da substância entorpecente, a personalidade e a conduta social do agente, consoante o disposto no artigo 42 da Lei de Drogas.*

*2. Na espécie, a reprimenda básica acima do mínimo legal, em razão da quantidade e diversidade de tóxicos apreendidos, encontra-se devidamente justificada e proporcional as especificidades do caso versado. Precedentes.*

*3. Contudo, em atenção ao que decidido pelo Supremo Tribunal Federal no ARE 666.334/AM, julgado sob o regime da repercussão geral, para se evitar a ocorrência de bis in idem, pois o mesmo critério, qual seja, a quantidade e a natureza da droga, não pode ser adotado para agravar a reprimenda básica e para justificar a fração do redutor do § 4º do artigo 33 da Lei de Drogas, reduz-se a pena-base do acusado para o mínimo legal, já que as circunstâncias judiciais do artigo 59 do Código Penal lhe são favoráveis.*

*[...]*

*3. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício para redimensionar a pena imposta ao paciente para 2 (dois) anos e 6 (seis) meses de reclusão, além do pagamento de 250 (duzentos e cinquenta) dias-multa, fixando-se o regime inicial aberto para o cumprimento da sanção reclusiva. (HC 359.735/RS, Rel. Ministro JORGE MUSSI, Quinta Turma, julgado em 18/10/2016, DJe 25/10/2016)*

Ademais, pela análise dos excertos acima transcritos, observa-se que a confissão do paciente, apesar de acompanhada de tese defensiva (excludente de culpabilidade), foi utilizada para corroborar e fundamentar a condenação pelo delito de tráfico de entorpecentes, de modo que deve ser reconhecida a atenuante prevista no art. 65, inciso III, 'd', do CP, nos termos da Súmula 545/STJ, fazendo-a incidir, no patamar jurisprudencialmente fixado de 1/6.



A propósito:

**PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. CONFISSÃO QUALIFICADA. ATENUANTE. SÚMULA 545/STJ. MANUTENÇÃO DA PENA. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE PELA PRESCRIÇÃO. AGRAVO DESPROVIDO.**

1. 'Quando a confissão for utilizada para a formação do convencimento do julgador, o réu fará jus à atenuante prevista no art. 65, III, d, do Código Penal' (Súmula 545/STJ), sendo indiferente que a admissão da autoria criminosa seja parcial, qualificada ou acompanhada de alguma causa excludente de ilicitude ou culpabilidade.

[...]

3. Agravo regimental desprovido e mantida a extinção da punibilidade. (AgRg no REsp 1.364.464/PR, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, Quinta Turma, julgado em 17/8/2017, DJe 28/8/2017).

**PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. DOSIMETRIA DA PENA. PENAS-BASES FIXADAS ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS. CULPABILIDADE, MOTIVOS, CIRCUNSTÂNCIAS E CONSEQUÊNCIAS DO CRIME. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. ELEMENTOS DO PRÓPRIO TIPO. CONFISSÃO PARCIAL. RECONHECIMENTO DA ATENUANTE. SÚMULA 545/STJ. CAUSA DE AUMENTO PREVISTA NO ART. 40, V E VI, DA LEI 11.343/2006. AUMENTO SUPERIOR A 1/6 SEM FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. DESCABIMENTO. APLICAÇÃO DA CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO 4º DO ART. 33 DA LEI Nº 11.343/06. CONDENAÇÃO POR ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. IMPOSSIBILIDADE. NÃO PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS LEGAIS. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.**

[...]

**IV - Na espécie, em relação ao crime de tráfico de drogas, a incidência da atenuante prevista no art. 65, III, 'd', do Código Penal, independe se a confissão foi integral ou**

***parcial, especialmente quando utilizada para fundamentar a condenação. Súmula n. 545/STJ.***

*[...]*

*Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício apenas para redimensionar as penas impostas ao paciente, tornando-a definitiva, em razão da regra do art. 69, do Código Penal, em 9 (nove) anos e 11 (onze) meses de reclusão. (HC 392.163/ES, Rel. Ministro FELIX FISCHER, Quinta Turma, julgado em 23/5/2017, DJe 6/6/2017).*

Por sua vez, cabe observar que, nos termos do art. 33, § 4º, 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 organização criminosa.

Pela leitura dos recortes acima, verifica-se que assiste razão à impetrante, tendo em vista que o fundamento utilizado pelas instâncias de origem para afastar o reconhecimento do tráfico privilegiado foi a presunção de que o paciente se tratava de pessoa dedicada às atividades criminosas, devido à elevada quantidade de entorpecente apreendido - 13 kg de maconha - e ao fato de haver sido transposta a fronteira entre Estados da Federação, sem, contudo, haver a demonstração, por meio de outros elementos concretos extraídos dos autos, de que o paciente efetivamente se dedicava à atividade criminosa ou de que fizesse da mercancia seu meio de vida.

No mesmo sentido são os precedentes do Supremo Tribunal Federal acerca da possibilidade, em tese, da concessão do benefício do tráfico privilegiado, a despeito da apreensão de grande quantidade de droga, quando estiver caracterizada a condição de '*mula do tráfico*'.

Em verdade, o Supremo Tribunal Federal vem entendendo que a atuação no mero transporte de entorpecente, ainda que em grande quantidade, ou por grandes distâncias, não patenteia, de modo automático, a adesão do acusado à estrutura de organização criminosa ou a sua dedicação à atividade delitiva.

Vejam-se os julgados abaixo:

**HABEAS CORPUS. PROCESSO PENAL E DIREITO PENAL. PRESSUPOSTOS DE ADMISSIBILIDADE DO RECURSO ESPECIAL. COMPETÊNCIA PRECÍPUA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. MULA. POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DA MINORANTE DO ART. 33, § 4º, DA LEI 11.343/2006. REGIME DE CUMPRIMENTO DA PENA. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. CONCESSÃO DA ORDEM DE OFÍCIO.**

[...]

2. *Pertinente à dosimetria da pena, encontra-se a aplicação da causa de diminuição da pena objeto do § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006. Para verificar a adequação da causa de diminuição ao caso concreto, indispensável observar tanto as condições individuais do agente quanto as da conduta em concreto praticada, de todo incabível a concessão do benefício em caso de reincidência, maus antecedentes, dedicação a atividades criminosas ou participação em grupo destinado a esse fim.*

3. *A jurisprudência desta Suprema Corte é no sentido de que ‘o exercício da função de mula, embora indispensável para o tráfico internacional, não traduz, por si só, adesão, em caráter estável e permanente, à estrutura de organização criminosa, até porque esse recrutamento pode ter por finalidade um único transporte de droga’, porquanto ‘descabe afastar a incidência da causa de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06 com base em mera conjectura ou ilação de que os réus integrariam organização criminosa’ (HC 124.107/SP, Rel. Min. Dias Toffoli, 1ª Turma, DJe 24.11.2014).*

[...]

6. *Habeas corpus extinto sem resolução de mérito, mas com concessão de ofício da ordem, para determinar que o Tribunal Regional Federal da 3ª Região proceda a nova dosimetria da pena, mediante a aplicação da causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06, no patamar de 2/3 (dois terços), e reexamine, se o caso, a fixação do regime inicial de cumprimento da pena e a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos. (HC 129449, Rel. Ministra ROSA WEBER, Primeira Turma, DJe 28/4/2017).*

**RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. PENAL E PROCESSO PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. TRANSPORTE COMO MULA. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DA PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI 11.343/2006. EXAME DA CONDUTA DO AGENTE. ANÁLISE DO CONJUNTO FÁTICO PROBATÓRIO DOS AUTOS. INVIABILIDADE. FIXAÇÃO DE REGIME INICIAL FECHADO EM RAZÃO DA NATUREZA E QUANTIDADE DE ENTORPECENTE APREENDIDO. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES. RECURSO DESPROVIDO.**

*I - Embora a mera atuação de agente no transporte de droga em atividade correspondente à função de mula não configure, de modo automático, sua adesão estável e permanente à estrutura de organização criminosa, ficou demonstrado pelo Tribunal a quo o envolvimento do paciente com organização criminosa.*

*[...]*

*IV - Recurso desprovido. (RHC 136511, Rel. Ministro RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, DJe 13/10/2016).*

**HABEAS CORPUS. PENAL E PROCESSUAL PENAL. TRÁFICO DE DROGAS (ART. 33, CAPUT, DA LEI Nº 11.343/06). PENA-BASE. MAJORAÇÃO. VALORAÇÃO NEGATIVA DA NATUREZA E DA QUANTIDADE DA DROGA (2.596 G DE COCAÍNA). ADMISSIBILIDADE. VETORES A SEREM CONSIDERADOS NECESSARIAMENTE NA DOSIMETRIA (ART. 59, CP E ART. 42 DA LEI Nº 11.343/06). 'MULA'. APLICAÇÃO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO ART. 33, § 4º, DA LEI DE DROGAS. ADMISSIBILIDADE. INEXISTÊNCIA DE PROVA DE QUE O PACIENTE INTEGRE ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. IMPOSSIBILIDADE DE NEGAR A INCIDÊNCIA DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA COM BASE EM ILAÇÕES OU CONJECTURAS. PRECEDENTES. PERCENTUAL DE REDUÇÃO DE PENA: 1/6 (UM SEXTO). ADMISSIBILIDADE. FIXAÇÃO EM ATENÇÃO AO GRAU DE AUXÍLIO PRESTADO PELO PACIENTE AO TRÁFICO INTERNACIONAL. ORDEM DE HABEAS CORPUS CONCEDIDA, PARA O FIM DE CASSAR O ACÓRDÃO RECORRIDO E RESTABELECEER O JULGADO DO TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO FEDERAL.**

[...]

2. Descabe afastar a incidência da causa de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06 com base em mera conjectura ou ilação de que o réu integre organização criminosa. Precedentes.

3. O exercício da função de 'mula', embora indispensável para o tráfico internacional, não traduz, por si só, adesão, em caráter estável e permanente, à estrutura de organização criminosa, até porque esse recrutamento pode ter por finalidade um único transporte de droga. Precedentes.

4. O paciente, procedente da Venezuela, foi flagrado na posse de 2.596 g de cocaína no aeroporto de Guarulhos, no momento em que se preparava para embarcar em voo para a África do Sul, com destino final em Lagos, na Nigéria.

5. Correta, portanto, a valoração negativa do grau de auxílio por ele prestado ao tráfico internacional, na terceira fase da dosimetria, com a fixação do percentual de redução em 1/6 (um sexto).

6. Ordem de habeas corpus concedida, para o fim de se cassar o acórdão recorrido e de se restabelecer o julgado do Tribunal Regional Federal da 3ª Região Federal, que redimensionou a pena imposta ao paciente para 4 (quatro) anos, 10 (dez) meses e 10 (dez) dias de reclusão e 485 (quatrocentos e oitenta e cinco) dias-multa. (HC 134597, Rel. Ministro DIAS TOFFOLI, Segunda Turma, DJe 9/8/2016).

**HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DA PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI 11.343/2006. APLICAÇÃO. TRANSPORTE DE DROGA. EXAME DAS CIRCUNSTÂNCIAS DA CONDUTA. ATUAÇÃO DA AGENTE SEM INTEGRAR ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA.**

1. A não aplicação da minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006 pressupõe a demonstração pelo juízo sentenciante da existência de conjunto probatório apto a afastar ao menos um dos critérios – porquanto autônomos –, descritos no preceito legal: (a) primariedade; (b) bons antecedentes; (c) não dedicação a atividades criminosas; e (d) não integração à organização criminosa. Nesse juízo, não se pode ignorar que a norma em questão tem a clara finalidade de apenar com menor grau de intensidade quem pratica de modo eventual as condutas descritas no art. 33, caput e § 1º, daquele

*mesmo diploma legal em contraponto ao agente que faz do crime o seu modo de vida, razão pela qual, evidentemente, não estaria apto a usufruir do referido benefício.*

***2. A atuação da agente no transporte de droga, em atividade denominada 'mula', por si só, não constitui pressuposto de sua dedicação à prática delitiva ou de seu envolvimento com organização criminosa. Impõe-se, para assim concluir, o exame das circunstâncias da conduta, em observância ao princípio constitucional da individualização da pena (art. 5º, XLVI, da CF).***

*3. Assim, padece de ilegalidade a decisão do Superior Tribunal de Justiça fundada em premissa de causa e efeito automático, sobretudo se consideradas as premissas fáticas lançadas pela instância ordinária, competente para realizar cognição ampla dos fatos da causa, que revelaram não ser a paciente integrante de organização criminosa ou se dedicar à prática delitiva.*

*4. Ordem concedida. (HC 131795, Rel. Ministro TEORI ZAVASCKI, Segunda Turma, DJe 17/5/2016).*

Também a apreensão de munição com o paciente, tida de modo isolado, não denota a sua dedicação ao crime ou atesta o seu envolvimento com organização criminosa. Sobre o tema, vejam-se os precedentes seguintes em que esta Corte reconheceu o privilégio a despeito da apreensão de artefatos bélicos:

***PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS E PORTE DE MUNIÇÃO. EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE. FUNDAMENTOS INIDÔNEOS. READEQUAÇÃO. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. AUSÊNCIA DE ELEMENTOS QUE INDIQUEM A DEDICAÇÃO DO AGENTE EM ATIVIDADES CRIMINOSAS. APLICABILIDADE. REGIME PRISIONAL. PENA IGUAL A QUATRO ANOS. CIRCUNSTÂNCIAS DESFAVORÁVEIS. MODO SEMIABERTO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITO. IMPOSSIBILIDADE. MANIFESTA ILEGALIDADE VERIFICADA EM PARTE. WRIT NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.***

*[...]*

*4. Nos termos do § 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, possuem bons antecedentes e não se dedicarem a atividades criminosas ou integrarem organizações criminosas.*

*5. Na falta de parâmetros legais para se fixar o quantum dessa redução, os Tribunais Superiores decidiram que a quantidade e a natureza da droga apreendida, além das demais circunstâncias do delito, podem servir para a modulação de tal índice ou até mesmo para impedir a sua aplicação, quando evidenciarem o envolvimento habitual do agente no comércio ilícito de entorpecentes. Precedentes.*

*6. Hipótese em que, embora o Tribunal de origem tenha trazido fundamento válido para justificar o afastamento da minorante (natureza e variedade das drogas), à míngua de elementos probatórios que denotem ser o paciente habitual na prática delitiva ou que integre organização criminosa, e considerando-se sua primariedade, seus bons antecedentes e a inexpressividade da quantidade de entorpecente apreendido, cabe a aplicação do redutor do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, na fração máxima (2/3).*

*[...]*

*9. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para aplicar o redutor do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, na fração de 2/3, ficando a pena final em 4 anos de reclusão, mais pagamento de 210 dias-multa, bem como para fixar o regime inicial semiaberto. (HC 435.632/RS, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, Quinta Turma, julgado em 20/3/2018, DJe 26/3/2018)*

**HABEAS CORPUS IMPETRADO EM SUBSTITUIÇÃO A RECURSO PRÓPRIO. POSSE ILEGAL DE ARMA DE FOGO E TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. DESCLASSIFICAÇÃO DO CRIME DO ARTIGO 33 PARA O ARTIGO 28 DA LEI N. 11.343/2006. DESCLASSIFICAÇÃO DAS CONDUTAS DE POSSUIR E MANTER EM DEPÓSITO ARMAS DE FOGO E MUNIÇÕES PARA A MAJORANTE DO ARTIGO 40, IV, DA LEI DE DROGAS. DIVERSIDADE E NATUREZA DAS DROGAS. VALORAÇÃO OBRIGATÓRIA NA PRIMEIRA FASE DA DOSIMETRIA PENAL. CÔMPUTO DO TEMPO DE SEGREGAÇÃO CAUTELAR PARA FIXAÇÃO DO REGIME INICIAL. DESCONSIDERAÇÃO DA DIVERSIDADE E NATUREZA DOS ENTORPECENTES POR NÃO CONSTAREM DO LAUDO DEFINITIVO. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. DOSIMETRIA PENAL E REGIME INICIAL.**

*REFORMATIO IN PEJUS. INEXISTÊNCIA. QUANTIDADE DE MUNIÇÕES APREENDIDAS. MODO DE EXECUÇÃO. VALORAÇÃO DEVIDA. NATUREZA, DIVERSIDADE E QUANTIDADE DE ENTORPECENTES. FRAÇÃO DE REDUÇÃO E REGIME INICIAL. VALORAÇÃO. POSSIBILIDADE. BIS IN IDEM. NÃO OCORRÊNCIA. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.*

*[...]*

*4. A grande quantidade de munições justificam a exasperação da pena-base e o agravamento do regime inicial ante a maior reprovabilidade da conduta do agente. Precedentes.*

*5. Nos termos do entendimento firmado por esta Corte Superior de Justiça, a quantidade, a natureza e a variedade das drogas apreendidas constituem fundamentos idôneos a justificar o estabelecimento da fração de redução do artigo 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 em patamar diverso do máximo legalmente previsto, bem como a imposição do regime mais severo, não havendo, portanto, bis in idem, pois o estabelecimento do modo inicial de execução da pena deve, obrigatoriamente, considerar os vetores valorados na dosimetria penal.*

*6. Habeas Corpus não conhecido. (HC 358.518/SC, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, Quinta Turma, julgado em 2/2/2017, DJe 10/2/2017)*

Ressalte-se, entretanto, que, embora a quantidade da droga apreendida, isoladamente, não legitime o afastamento da causa de diminuição do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, tal circunstância é parâmetro idôneo para modular a fração da redutora do tráfico privilegiado.

Sobre o tema, vejam-se os julgados abaixo:

***PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO INTERNACIONAL DE DROGAS. 'MULA'. ATUAÇÃO A SERVIÇO DE ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. FUNDAMENTO VÁLIDO PARA O FIM DE MODULAR O REDUTOR DA PENA EM PATAMAR AQUÉM DO MÁXIMO.***

*1. O Tribunal Regional Federal decidiu em harmonia com a jurisprudência desta Corte, assentada no sentido de que 'a atuação na condição de mula, embora não seja suficiente para denotar que integre, de forma estável e permanente, organização criminosa, configura circunstância concreta e*



*elemento idôneo para valorar negativamente a conduta do agente, na terceira fase da dosimetria, modulando-se a aplicação da causa especial de diminuição de pena pelo tráfico privilegiado, como ocorre na espécie' (AgRg no HC n. 410.698/SP, relator Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 10/10/2017, DJe 16/10/2017, grifei).*

*2. Agravo regimental desprovido. (AgRg no AREsp n. 1.372.189/SP, Rel. Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, Sexta Turma, DJe 4/2/2019)*

**PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. AFASTAMENTO DA MINORANTE DO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006. SÚMULA 7/STJ. CONTRIBUIÇÃO DO AGENTE COM ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA NA CONDIÇÃO DE MULA. APLICAÇÃO DO REDUTOR. POSSIBILIDADE. AGRAVO NÃO PROVIDO.**

*[...]*

*2. No caso, conforme se extrai dos excertos, o Tribunal de origem, em consonância com o entendimento da Suprema Corte, concluiu motivadamente pela aplicação do redutor no patamar de 1/3, tendo em vista que a atuação da ré era típica de 'mulas do tráfico', embora tenha sido apreendida com grande quantidade de drogas (33 kg de maconha).*

*3. O atual entendimento do Supremo Tribunal Federal acerca da matéria é no sentido de que a simples atuação como 'mula', por si só, não induz que o réu integre organização criminosa, de forma estável e permanente, não constituindo, portanto, fundamento idôneo para afastar a aplicação do redutor em sua totalidade, tratando-se de meras ilações, presunções ou conjecturas, até porque pode se tratar de recrutamento único e eventual (Precedentes.)*

*4. Agravo regimental não provido. (AgRg no REsp n. 1.776.471/MS, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, Quinta Turma, DJe 19/12/2018)*

**AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. PRETENDIDA ALTERAÇÃO DO QUANTUM DE REDUÇÃO PELA MINORANTE PREVISTA NO § 4.º DO ART. 33 DA LEI N.º 11.343/2006. GRANDE QUANTIDADE DE DROGAS.**

**FRAÇÃO MÍNIMA. MOTIVAÇÃO IDÔNEA. AGRAVO DESPROVIDO.**

1. O legislador não delimitou parâmetros para a redução da pena pela causa de diminuição prevista na Lei de Drogas, de forma que o quantum de diminuição fica adstrito ao prudente arbítrio do magistrado, que deve observar o princípio do livre convencimento motivado.
2. No caso, a fração implementada revela-se proporcional e fundamentada, tendo o Tribunal de origem motivado a escolha do patamar mínimo em razão da grande quantidade de drogas apreendidas (12,6 kg de maconha) e nas circunstâncias do caso, notadamente na atuação da agente como mula do tráfico.
3. Agravo regimental desprovido. (AgRg no AREsp n. 1.357.355/MS, Rel. Ministra LAURITA VAZ, Sexta Turma, DJe 4/12/2018)

**AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM ESPECIAL. TRÁFICO INTERNACIONAL DE DROGAS. APREENSÃO DE 29.907 g DE COCAÍNA. REDUTOR DO ART. 33, § 4º, DA LEI 11.343/2006 APLICADO PELO TRIBUNAL A QUO NA FRAÇÃO DE 1/6. TRANSPORTE DE DROGA. EXAME DAS CIRCUNSTÂNCIAS DA CONDUTA. ATUAÇÃO DA AGENTE SEM INTEGRAR ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA.**

1. Para aplicação da causa de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, o condenado deve preencher, cumulativamente, todos os requisitos legais, quais sejam, ser primário, de bons antecedentes, não se dedicar a atividades criminosas nem integrar organização criminosa, podendo a reprimenda ser reduzida de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços), a depender das circunstâncias do caso concreto.
2. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é no sentido de que o exercício da função de mula, embora indispensável para o tráfico internacional, não traduz, por si só, adesão, em caráter estável e permanente, à estrutura de organização criminosa, até porque esse recrutamento pode ter por finalidade um único transporte de droga, porquanto descabe afastar a incidência da causa de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06 com base em mera conjectura ou ilação de que os réus integrariam organização criminosa (HC 124.107/SP, Rel. Min. Dias Toffoli, 1ª Turma, DJe 24.11.2014)
3. No presente caso, a Corte de origem reconheceu o tráfico

*privilegiado em favor do envolvido, mas, diante das circunstâncias em que o delito ocorreu, notadamente agravada pela forma em que o acusado transportava a cocaína, embalada e escondida dentro da mala, em caixas de camisas com quadrados embrulhados em papel carbono, o que demonstra que ele teria recebido a mala já pronta para o transporte, verificou-se o vínculo, ainda que eventual, com a organização criminosa, concluindo pela fração redutora de 1/6 é a que mais se amolda à hipótese, não havendo, portanto, que se falar em ilegalidade em tal fração aplicada, uma vez que houve fundamentação concreta e em consonância à jurisprudência desta Corte.*

*4. Agravo regimental não provido. (AgRg no AREsp n. 1.179.709/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, Quinta Turma, DJe 20/6/2018)*

Dessa forma, tendo em vista a primariedade, os bons antecedentes e a ausência de demonstração de que o paciente se dedicava a atividades criminosas ou de que integrasse organização criminosa, com base em elementos concretos extraídos dos autos e não em meras presunções, reconheço o constrangimento ilegal em virtude da não incidência da minorante, razão pela qual, também no ponto, a dosimetria da sua pena deve ser refeita.

Dessa forma, reconduzo a pena-base para o patamar mínimo legal de 5 anos de reclusão, e 500 (quinhentos dias-multa), a qual permanece inalterada, na segunda fase, apesar das atenuantes da menoridade relativa e da confissão espontânea, em razão da Súmula 231/STJ.

Na terceira fase, deve-se aplicar o redutor de pena previsto no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, na fração de 1/6, em decorrência da expressiva quantidade de entorpecente apreendido, e manter o aumento de 1/6 pela presença da majorante do art. 40, inciso V, da Lei de Drogas, ficando a nova reprimenda do delito de tráfico de drogas definitivamente estabilizada em 4 anos, 10 meses e 10 dias de reclusão, e 485 dias-multa.

Sobre a natureza do concurso de crimes, no caso, se material ou formal, não houve pronunciamento prévio da Corte de origem, uma vez que a matéria não lhe foi nem mesmo submetida, em apelo defensivo (fl. 28), de maneira

que este Superior Tribunal de Justiça fica impedido de decidir originariamente acerca do tema, sob pena de supressão de instância. Nesse sentido:

*PENAL E PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. NULIDADE DA DECISÃO DE INTERCEPTAÇÃO E QUEBRA DE SIGILO TELEFÔNICO. PRECLUSÃO. RECONHECIMENTO PESSOAL. ILEGALIDADE. NÃO OCORRÊNCIA. NULIDADE DE SENTENÇA ORAL E CONCURSO FORMAL DE CRIMES. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.*

[...]

*3. Matérias não apreciadas pelo Tribunal de origem não podem ser diretamente enfrentadas por estar Corte Superior, sob pena de supressão de instância.*

*4. Agravo regimental improvido. (AgRg no HC 459.479/SC, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, Sexta Turma, julgado em 7/2/2019, DJe 27/2/2019)*

*HABEAS CORPUS IMPETRADO EM SUBSTITUIÇÃO A RECURSO PRÓPRIO. PORTE ILEGAL DE MUNIÇÃO E TRÁFICO DE DROGAS. ABSOLVIÇÃO DO DELITO DE PORTE POR ATIPICIDADE DA CONDUTA OU RECONHECIMENTO DO CONCURSO FORMAL ENTRE OS CRIMES. TEMAS NÃO ANALISADOS PELAS INSTÂNCIAS INFERIORES. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. APLICAÇÃO DA CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DO ART. 33, § 4º, DA LEI DE DROGAS. INVIABILIDADE DE INCIDÊNCIA DO REDUTOR. DEDICAÇÃO À ATIVIDADE CRIMINOSA. REEXAME FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.*

[...]

*2. Os temas referentes ao afastamento da condenação do paciente por atipicidade material da conduta, em razão da mínima potencialidade lesiva da ação, ou o reconhecimento do concurso formal, não foram enfrentados pelo Tribunal local. Dessa forma, a análise dessas teses por esta Corte Superior significaria supressão de instâncias.*

[...]

*5. Habeas corpus não conhecido. (HC 401.486/RS, Rel. Ministro*

*REYNALDO SOARES DA FONSECA, Quinta Turma, julgado em 8/8/2017, DJe 22/8/2017)*

Dessa forma, considerando o concurso material (art. 69 do Código Penal) reconhecido na origem entre o delito de tráfico de drogas e o crime do art. 14, *caput*, da Lei n. 10.826/2003, a nova sanção total do paciente resulta em 6 anos, 10 meses e 10 dias de reclusão e 495 dias-multa.

Por fim, mantida a reprimenda final em patamar superior a 4 anos de reclusão, descabida a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direito, ante o não atendimento do requisito previsto no art. 44, inciso I, do Código Penal.

Quanto ao regime prisional inicial, embora o réu seja primário, e a sua pena definitiva não exceda 8 anos de reclusão, a existência de circunstância judicial desfavorável (deslocada para a terceira fase do cálculo dosimétrico) legitima a manutenção da modalidade fechada, conforme o art. 33, §§ 2.º e 3.º, do Código Penal.

Veja-se, a esse respeito o precedente seguinte:

***PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA. ART. 33, § 4º, DA LEI 11.343/06. INAPLICABILIDADE. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. REGIME INICIAL FECHADO. POSSIBILIDADE. SUBSTITUIÇÃO DA PRISÃO POR PENAS RESTRITIVAS DE DIREITO. NÃO CUMPRIMENTO DOS REQUISITOS. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.***

*[...]*

*II - A circunstância judicial referente à quantidade e natureza da droga poderá incidir na primeira ou terceira fase da dosimetria da pena, para exasperar a pena-base, afastar a aplicação da minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/06, ou ainda para modular o nível de redução da pena, sempre de maneira não cumulativa. Na hipótese a quantidade da droga apreendida (4,7 kg de maconha) legitima o afastamento da minorante, não havendo, portanto, qualquer ilegalidade flagrante a coartar.*

*III - Ademais, a instância a quo entendeu, com remissão a elementos concretos constantes dos autos, notadamente, às conversas telefônicas do paciente, que haveria prova bastante da sua habitualidade delitiva, o que também é fundamento legítimo para não aplicar a redutora do tráfico privilegiado. A reforma do referido entendimento implicaria necessário revolvimento do acervo probatório, inviável por meio do writ.*

*IV - Outrossim, havendo sido reconhecida a circunstância desfavorável deslocada da grande quantidade de drogas, bem como tendo ocorrido a valoração negativa da 'culpabilidade do agente' e das 'circunstâncias do crime', fica impedida a fixação do regime semiaberto unicamente em razão do montante de reprimenda, ex vi dos arts. 33, § 2º, b, e § 3º, do CP, e 42 da Lei 11.343/06.*

*[...]*

*Habeas corpus não conhecido. (HC 390.231/SC, Rel. Ministro FELIX FISCHER, Quinta Turma, julgado em 23/5/2017, DJe 6/6/2017)*

Ante o exposto, **acolho os embargos de declaração, com efeitos infringentes**, para suprir a omissão apontada pela defesa, e **conceder habeas corpus, de ofício**, fixando a reprimenda definitiva do paciente no patamar de 6 anos, 10 meses e 10 dias de reclusão, em regime inicialmente fechado, e 495 dias-multa, mantidos os demais termos da condenação.

Intimem-se.

Brasília (DF), 29 de novembro de 2019.

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA  
Relator