



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 336.561 - SP (2013/0198794-0)

RELATOR : MINISTRO ERICSON MARANHO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP)
IMPETRANTE : DIANA IVANOVA ANDONOVA
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO
IMPETRADO : TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3A REGIÃO
PACIENTE : DIANA IVANOVA ANDONOVA (PRESO)

EMENTA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. TRÁFICO DE DROGAS. 1) PENA-BASE. CONSEQUÊNCIAS DO DELITO. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔEA. EXASPERAÇÃO REDUZIDA. 2) CAUSA DE DIMINUIÇÃO. ART. 33, § 4º, LEI N. 11.343/06. NÃO CABIMENTO. PACIENTE INTEGRANTE DE ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. 3) REGIME PRISIONAL MAIS BRANDO. PEDIDO PREJUDICADO 4) CUMPRIMENTO DE PENA NO PAÍS DE ORIGEM DO PACIENTE. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

– O Superior Tribunal de Justiça - STJ, seguindo entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal - STF, passou a não admitir o conhecimento de *habeas corpus* substitutivo de recurso previsto para a espécie. No entanto, deve-se analisar o pedido formulado na inicial, tendo em vista a possibilidade de se conceder a ordem de ofício, em razão da existência de eventual coação ilegal.

– As consequências do tráfico de drogas consubstanciadas na repercussão negativa da conduta sobre a saúde dos usuários e sobre a sociedade constitui circunstância judicial inerente do tipo penal, logo não se presta para exasperar a pena-base.

– Consolidou-se na jurisprudência que o transporte da droga na condição de "mula" demonstra que o paciente integra a organização criminosa, afastando a aplicação do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06

– Deferido o livramento condicional à paciente, fica prejudicado o pleito de fixação de regime prisional mais brando.

– Ausente a análise pelo Tribunal de origem sobre argumentos da defesa ora apresentados neste Tribunal de Justiça a respeito da possibilidade de cumprimento do restante da pena no país de origem da paciente, monstra-se inviável o debate do pleito, sob pena de se incidir em indevida supressão de instância.

Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício para reduzir a pena ao patamar de 6 anos, 9 meses e 20 dias de reclusão. Prejudicado o pleito de fixação de regime prisional mais brando.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

indicadas, acordam os Ministros da SEXTA Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, não conhecer do *habeas corpus*, concedendo, contudo, ordem de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior, Rogerio Schietti Cruz e Nefi Cordeiro votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, a Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura.

Brasília (DF), 24 de novembro de 2015(Data do Julgamento)

MINISTRO ERICSON MARANHÃO
(DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP)

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 336.561 - SP (2013/0198794-0)

RELATOR : MINISTRO ERICSON MARANHO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP)

IMPETRANTE : DIANA IVANOVA ANDONOVA

ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO

IMPETRADO : TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO

PACIENTE : DIANA IVANOVA ANDONOVA (PRESO)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO ERICSON MARANHO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP):

Trata-se *habeas corpus* substitutivo de recurso especial, impetrado em benefício próprio por DIANA IVANOVA ANDONOVA contra acórdão proferido pelo Tribunal Regional Federal da 3ª Região no julgamento da apelação 0005627-53.2011.4.03.6119.

Extrai-se dos autos que a paciente foi condenada, em primeiro grau, à pena de 7 anos, 2 meses e 12 dias de reclusão, em regime inicial fechado, pela prática do delito do art. 33, *caput*, c/c art. 40, I, ambos da Lei n. 11.343/06.

Em apelação, a Corte de origem deu parcial provimento ao recurso defensivo, apenas aplicar o patamar de 1/6 na causa de aumento prevista no art. 40, I, da Lei n. 11.343/2006, reduzindo a pena imposta para 7 anos de reclusão, conforme acórdão de fls. 120/143.

Os embargos infringentes opostos foram rejeitados pelo Tribunal *a quo* nos termos do acórdão de fls. 148/155.

Os autos foram encaminhados à Defensoria Pública do Estado de São Paulo, para manifestação. Diante da deficiência de instrução dos autos, esta requereu, às fls. 14/15, que fossem solicitadas informações, juntadas às fls. 32/37.

Retornados os autos à Defensoria Pública do Estado de São Paulo, esta manifestou-se pelo encaminhamento à Defensoria Pública da União, porquanto a condenação decorreu da ação penal n. 0005627-53.2011.4.03.6119, da 6ª Vara da Justiça Federal de Guarulhos/SP, com recurso perante o Tribunal Regional Federal da 3ª Região (fls. 45/46).

Após juntadas novas informações das instâncias ordinárias (fls. 63/65 e



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

67/94), a Defensoria Pública da União, noticiando o encerramento da fase recursal no Tribunal de origem, sustentou, inicialmente, a falta de justificativa idônea na exasperação da pena-base em 1 ano de reclusão. Afirma que, das circunstâncias judiciais ponderadas, apenas a quantidade de droga, pouco mais de 4 quilos de cocaína, justificaria um acréscimo da pena-base, em montante inferior a 1 ano.

Argumenta, ainda, que a paciente preenche os requisitos para a aplicação do redutor previsto no art. 33, § 4º, da lei n. 11.343/06, porquanto primária, com bons antecedentes e não integrante de organização criminosa, apesar de ser classificada como "mula" do tráfico.

Por último, a defesa alega que o regime inicial fechado não está de acordo com o art. 33, § 2º, b, do Código Penal, salientando, ainda, que a paciente deve cumprir o restante da pena no seu país de origem.

Requer, assim, a redução da pena-base para patamar mais próximo do mínimo legal, bem como a redução da pena pela aplicação do art. 33, § 4º, da lei n. 11.343/06, em seu patamar máximo, a imposição do regime inicial semiaberto e o cumprimento do restante da pena na Bulgária.

Em seguida, o Ministério Público Federal opinou pelo não conhecimento do *writ* e pela denegação da ordem (fls. 160/168).

Os autos foram a mim atribuídos em 24 de setembro de 2014 e a Defensoria Pública da União pediu preferência no julgamento (fls. 175/178).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 336.561 - SP (2013/0198794-0)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO ERICSON MARANHO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP) (Relator):

O presente *habeas corpus* não merece conhecimento, pois impetrado em substituição a recurso próprio (HC n. 109956, Relator Ministro MARCO AURÉLIO, Primeira Turma, DJe 11/9/2012). Contudo, nada impede que, de ofício, se constate a existência de manifesta ilegalidade que implique ofensa à liberdade de locomoção do paciente (HC n. 271.890/SP, Relatora Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, DJe 3/9/2014).

Passo, portanto, à verificação da ocorrência de patente ilegalidade.

Conforme consignado, busca-se na presente impetração o refazimento da dosimetria da pena, bem como a imposição do regime inicial semiaberto e o cumprimento do restante da pena na Bulgária, país de origem da paciente.

Para melhor análise dos pedidos, cito trecho da sentença:

Pena

Para o tráfico de drogas, atento aos ditames do art. 59 do CP c/c art. 42 da Lei n. 11.343/06, verifico que o réu não apresenta maus antecedentes, assim considerados, em atenção ao princípio do estado de inocência, como decisões transitadas em julgado não configuradoras de reincidência (Súmula n. 444 do Superior Tribunal de Justiça).

As consequências do crime são de significativa reprovabilidade, a natureza da substância, cocaína, de elevado efeito nocivo ao organismo dos usuários, e a grande quantidade apreendida, maior que o habitual em casos semelhantes desta Subseção, 4.213 g, revelam o alto grau de lesividade da conduta, possuindo a potencialidade de prejudicar inúmeras de vidas.

Se chegasse a seu destino, a quantidade elevada da droga apreendida seria idônea para corroer a saúde de uma miríade de usuários e desestabilizar suas relações familiares e sociais. É necessária, nestes casos, uma reprimenda severa, como argumentou a Desembargadora Federal Ramza Tartuce, em trecho de seu voto na apelação criminal 14561, processo nº 2002.61.19.001202-8: (...). Vale lembrar, ainda, que a cocaína possui efeitos deletérios e catastróficos sobre o organismo dos usuários, mais do que em relação a outros tipos de drogas (lança-perfume, maconha, v.g.). Ressalto, ainda, no tocante aos efeitos deletérios provocados pela cocaína, o seguinte:

[...]



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Pela quantidade e natureza da substância, circunstâncias preponderantes, art. 42 da Lei de Drogas, agravo a pena-base em 12 meses.

As demais circunstâncias judiciais (culpabilidade, conduta social, personalidade, motivos, circunstâncias do crime e comportamento da vítima) não são relevantes em concreto a afetar a pena-base.

Nessa medida, fixo a pena-base acima do mínimo legal, em 06 anos de reclusão.

Inexistem circunstâncias agravantes ou atenuantes, não tendo a ré em momento algum assumido seu dolo, mesmo que advertida dos benefícios da confissão pelo Procurador da República.

Na terceira etapa, incide a causa de aumento de pena decorrente da internacionalidade, visto que todas as provas dos autos indicam que a droga veio de Santa Cruz, na Bolívia, e passaria pelo Brasil e Portugal com destino a Amsterdã/Holanda. A alegação de eventual bis in idem por previsão no caput não prospera, pois a transnacionalidade do crime não é elemento do tipo, mas circunstância que leva ao aumento da pena.

Quanto à dosimetria da causa de aumento em tela, reconsidero entendimento anterior, em atenção à jurisprudência amplamente majoritária do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, deixando de adotar o número de países a percorrer no transporte da droga como critério de modulação da causa de aumento, por se tratar de mera intenção, já considerada para a incidência da majorante, tomando por base apenas os efetivamente percorridos, estes sim a revelar temeridade, maior risco à saúde pública e efetiva frustração dos controles de fronteira.

Nesse sentido:

[...]

Assim, com base nessas premissas, tendo em conta que a ré transportou drogas da Bolívia para o Brasil e com destino à Europa, ofendendo efetivamente a saúde pública e frustrando o controle de fronteira de dois países, fixo a causa de aumento do artigo 40, inciso I, da Lei nº 11.343/2006 em 1/5, de modo a consolidar as penas atribuídas à ré em 7 anos, 02 meses e 12 dias de reclusão.

A causa de aumento relativa ao tráfico em transporte público não se aplica no presente caso. Como se nota no rol do inciso III do art. 40 da Lei n. 11.343/06, as situações lá descritas levam ao agravamento da pena em razão da exposição da substância nociva à concentração grande número de pessoas, de forma que a majorante em tela só incide no caso de a droga ser exposta no transporte público, ameaçando a saúde da coletividade de seus passageiros, mas não quando esta for meramente trazida e oculta junto ao agente que a transporta, hipótese em que inexistente maior lesividade pelo uso da aeronave.

Nesse sentido:

[...]

Não verifico, no presente caso, a aplicação da causa de diminuição do art. 33, § 4º, da Lei de Drogas.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Não há como negar que efetivamente integra a organização criminosa a pessoa que transporta entorpecente para o exterior, nas condições da acusada.

Há uma diferença evidente entre os verbos associar-se e integrar. Para o primeiro exige-se affectio, permanência, atribuição de função, identidade de propósitos, etc.; para o segundo, nada disso é exigível, basta a mera presença de um indivíduo num local com uma função, para que ele esteja integrado ao contexto. Também não se confunde com integrar o significado do verbo pertencer. Pertencer indica relação de propriedade, de vinculação perene ou prolongada. O conceito de integrar não exige tais condições.

O fato é que no caso das mulas esta integração está presente, na medida em que o seu "trabalho" é uma condição sine qua non para a narcotraficância internacional, pois as mulas têm justamente a função de transportar o entorpecente para o exterior.

Veja-se que nos casos recorrentemente apurados nesta Subseção Judiciária, como o presente, a pessoa é contratada para levar grande quantidade de entorpecente para o exterior, o qual possui elevadíssimo valor de mercado, o que inclusive é uma das razões para os constantes relatos de ameaças e para o receio em praticar a delação premiada.

Pensa este Juízo que a causa de diminuição em tela não esteja voltada àquele que de forma consciente pratica o tráfico com uma autêntica estrutura logística voltada à remessa de grandes quantidades de droga para o exterior a partir do Brasil, estrutura essa que começa por recrutar pessoas economicamente desfavorecidas no exterior muitas vezes longínquo (Ásia, Tailândia, Turquia, Leste Europeu, países africanos, todos em condições econômicas sabidamente deploráveis), para vir ao Brasil, aqui permanecer hospedados em hotéis, recebendo grandes quantias em dinheiro (para o padrão do homo medius brasileiro), telefones celulares locais e internacionais, roupas, passaportes (às vezes falsos até), às vezes até acompanhantes (talvez "olheiros"), unicamente para transportar o entorpecente conforme previamente contratado.

Pensa este Juízo, também, que essa causa de diminuição esteja voltada ao narcotráfico eventual e de menor expressão, que não possui tamanha estrutura e poderio econômico, nem envolve quantidades tão expressivas de entorpecente; como exemplo, a imprensa continuamente noticia apreensões de indivíduos com 10 ou 15 comprimidos de "ecstasy" em uma festa, um pequeno distribuidor do entorpecente; ou então aquele indivíduo que, no seu bairro ou sua escola, distribui pequenas quantidades de maconha, crack ou até lança-perfume a pessoas locais. Em síntese: a causa de diminuição em tela está voltada aos "microempresários" do tráfico, que definitivamente não são os que atuam no Aeroporto Internacional de São Paulo, em Guarulhos, nem tampouco os que a essa prática aderem.

Por outro lado, a pessoa que aceita esse tipo de "trabalho", a par de demonstrar ter perdido a sua inocência ou ingenuidade e, assim, optado pelo crime, está plenamente ciente do que faz afirmação que é reforçada pelos constantes relatos de ameaça e pela raridade de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

delações; ela sabe que está lidando com pessoas inescrupulosas, que vivem do crime e são capazes de cometer atos terríveis para atingir seus objetivos; ela sabe que jamais viria ao Brasil em condições normais e muito menos viajaria para o exterior para passar um determinado período sem qualquer outra justificativa plausível. Sua única justificativa para a viagem é transportar a droga e, ao final, receber quantia bastante elevada de dinheiro, que certamente levaria muito tempo para amearhar em condições lícitas de trabalho, pois é certo que o caminho estreito é sempre o mais difícil.

Com efeito, para "integrar a organização criminosa" não é necessária vinculação perene ou prolongada, muito menos saber quem são os donos do entorpecente; produtores e fabricantes; os pilotos que trouxeram de avião; os gerentes; preparadores e artesãos que confeccionam os artefatos de dissimulação; basta contato com o "aliciador" e o eventual "olheiro"; essa é a forma como ocorre esse tipo de contratação, com a evidente e imprescindível a compartimentação de informações, visando justamente a preservar primeiramente a segurança da organização; não saber quem é quem numa organização criminosa é uma medida de segurança para a organização e para o indivíduo que a integra, tanto para afastar riscos de delação, quanto para se esquivar da chamada "queima de arquivo". Por isso, a mula que pensar um pouco nem mesmo vai querer saber quem são os chefes, os envolvidos no fato, para não correr mais riscos do que ser presa e processada, para cumprir alguns anos de prisão e depois retornar ao seu País.

O caso dos autos, portanto, revela a inequívoca prática do narcotráfico transnacional patrocinada por organização criminosa a que o acusado aderiu, integrando-a, unicamente para realizar o transporte da droga que foi apreendida consigo.

É o entendimento da 1ª Turma do Supremo Tribunal Federal e de ambas as Turmas Criminais do Superior Tribunal de Justiça:

[...]

Tampouco é o caso de aplicação da causa de diminuição do art. 41 da Lei n. 11.343/06, relativa à delação premiada, pois, embora a acusada tenha prestado informações detalhadas acerca de seu aliciador, não há qualquer notícia de que tenham levado à identificação e prisão daquele. Para a aplicação de tal causa de diminuição é necessário que a delação seja efetiva, levando à apreensão de droga, recursos, localização da organização e seus membros, dismantelamento da quadrilha etc. No caso em tela, não houve nenhum resultado benéfico à persecução penal contra o tráfico de drogas.

Nesse sentido:

[...]

Ressalto, ainda, que eventual futura efetividade das informações prestadas poderá ser considerada oportunamente e pelas vias cabíveis à fase processual em que constatada.

Sendo inaplicáveis as causas de diminuição, firmada a pena privativa de liberdade em 07 anos, 02 meses e 12 dias de reclusão.

O preceito secundário do artigo 33 da Lei 11.343/06, comina também a pena de multa. Dessa forma, obedecendo aos parâmetros dos



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

artigos 59 do CP c/c 43 da Lei n. 11.343/06, que prescrevem o critério bifásico, fixo a pena de multa base em 600 dias-multa, utilizando a proporcionalidade entre os limites máximo e mínimo da pena privativa de liberdade e da pena de multa, considerada a pena-base fixada em concreto.

Fixo o valor de cada dia-multa, considerando a falta de elementos indicativos da situação econômica do réu, em 1/30 do salário-mínimo vigente à data do fato, valor corrigido monetariamente desde então.

Não prospera a alegação de impossibilidade da aplicação da pena de multa, quer porque legalmente prevista, sem ressalvas, no preceito secundário, quer porque seu não cumprimento não leva à conversão em pena privativa de liberdade, mas sim à execução fiscal, que se extingue por falta de interesse processual se não houver bens a saldá-la. A ausência de condições financeiras para arcar com a sanção pecuniária é questão relativa à fase de execução, não ao momento cognitivo.

Nesse sentido:

[...]

A pena privativa de liberdade aplicada à ré deverá ser cumprida inicialmente em regime fechado, nos termos do art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/90, com redação dada pela Lei n. 11.464/07, cuja constitucionalidade se extrai a exceção constitucional do art. 5º, inciso XLIII (fl. 78/87).

Do mesmo modo, reproduzo trecho do voto condutor do acórdão que deu parcial provimento ao recurso de apelação interposto pela defesa para reduzir ao mínimo legal (1/6) o acréscimo da causa de aumento prevista no art. 40, I, da Lei n. 11.343/06 e fixar a pena definitiva em 7 anos de reclusão e 700 dias-multa:

PENA-BASE:

Também concordo com o Eminentíssimo Relator, no tocante à manutenção da pena-base, fixada pela sentença acima do mínimo legal, em seis anos de reclusão e quinhentos e oitenta e três dias-multa, em atenção ao artigo 42, da Lei de drogas, que orienta o Magistrado a considerar, com preponderância sobre as circunstâncias judiciais gerais do art. 59 do CP, a natureza e a quantidade da droga.

Sabe-se que o julgador, na individualização da pena, deve examinar detidamente os elementos que dizem respeito ao fato, segundo os critérios estabelecidos pelo artigo 59 do CP. No caso de tráfico de drogas, há ainda que observar o comando expresso no artigo 42 da Lei 11.343/06, o qual determina expressamente que o Juiz, na fixação da pena, deve considerar, com preponderância sobre as circunstâncias judiciais previstas no artigo 59 do CP, a natureza e quantidade da droga, bem como a personalidade e conduta do agente.

No caso, não se há de falar que a quantidade da droga não poderia ser tida como critério para elevação da pena, como afirma a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

defesa, "já que transportava somente quantidade enquadrável na quota nacional de um único passageiro de cocaína."

De fato, não pode ser considerada de pequena monta a quantidade apreendida nestes autos (mais de quatro quilos), ainda mais quando comparada às quantidades normalmente portadas pelo criminoso no tráfico urbano de varejo, quando é vendida diretamente aos consumidores pelos pequenos traficantes.

É certo, também, que, como no caso, não foi a ré, na qualidade de "mula" do tráfico que decidiu acerca da quantidade da droga que transportaria. Contudo, é inegável que evidentemente possuía consciência, por agir mediante promessa de pagamento, que estava colaborando com a atuação de uma organização voltada ao tráfico de entorpecentes, e não como os denominados "aviõezinhos", que repassam pequenas quantidades de drogas aos usuários.

Tampouco assiste razão à defesa ao requerer a redução da pena-base ao mínimo legal sob o argumento de que a natureza da droga (cocaína) não é tão maléfica ao organismo quanto as demais que são usualmente traficadas ([crack, ecstasy, anfetamina, heroína, LSD, etc]). De fato, sabe-se que a cocaína é uma droga que vicia facilmente, sendo alta sua lesividade à saúde dos usuários, pois pode levar a óbito ainda que consumida em pequena quantidade. Por outro lado, a cocaína que é normalmente exportada possui grau de pureza altíssimo, sendo misturada a outras substâncias antes da entrega ao consumidor para elevar o rendimento. Ademais, o bem jurídico tutelado pela Lei 11.343/06 é a saúde pública. Portanto, as consequências do crime de tráfico de drogas são extremamente nefastas, já que objetiva o fornecimento de expressivo numerário aos controladores da mercancia internacional de entorpecente, em prejuízo da saúde e do patrimônio honesto de milhares de cidadãos. Não se pode olvidar também que é um crime que está diretamente vinculado a outras práticas delitivas, em especial os crimes contra a pessoa.

Portanto, ainda que a ré seja primária e não possua antecedentes, porém levando em conta a natureza e a significativa quantidade da droga, bem como a gravidade e consequências do crime, e tendo em vista a larga faixa de graduação da reprimenda corporal prevista pelo preceito secundário do tipo descrito no artigo 33 da Lei 11.343/06 (de cinco a quinze anos de reclusão), penso que se mostra justa e suficiente para a prevenção, reprovação e repressão do crime, a fixação em seis anos de reclusão.

[...]

CAUSA DE REDUÇÃO DE PENA: § 4º DO ART. 33, DA LEI 11.343/06:

Ainda na terceira fase da aplicação da pena, o MM. Juiz deixou de aplicar o benefício previsto no § 4º do artigo 33, da Lei 11.343/06.

Nesse ponto, ousou discordar do voto do E. Relator, que entendeu ser aplicável o benefício no patamar mínimo.

Isso porque essa causa de redução exige a presença de quatro requisitos, que devem ser preenchidos cumulativamente, ou seja,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

que o agente "seja primário, de bons antecedentes, não se dedique a atividades criminosas nem integre organização criminosa".

Como a lei utilizou a conjunção "NEM", deduz-se que há uma diferença substancial entre "se dedicar a atividades criminosas" e "integrar uma organização criminosa". A dedicação a atividades criminosas exige habitualidade, permanência, conjunção de propósitos, divisão de tarefas, ou seja, que o réu faça do crime seu meio de vida. Por outro lado, para que se afirme que o réu integra uma organização criminosa, basta a prova de que participou da empreitada criminosa de alguma forma.

Assim, quando o parágrafo 4º do artigo 33 da Lei 11.343/06 exige que o agente não integre organização criminosa, significa que não é necessário, para esse fim, que esteja incurso no crime de associação para o tráfico. A reiteração de condutas criminosas no passado, ou o ânimo de reiterá-las futuramente, é elemento caracterizador da estabilidade e permanência, exigíveis para a configuração do crime autônomo de associação para o tráfico (antigo artigo 14 da Lei nº 6.368/75 e atual artigo 35, da Lei nº 11.343/06).

Contudo, no parágrafo 4º do artigo 33, da Lei 11.343/06, não é necessário esse ânimo para que se caracterize a integração em organização criminosa, já que está presente em outro requisito, que é o "não se dedicar a atividades criminosas". Repito: se a lei exigisse que a prática reiterada de delitos, ou a vontade de praticá-los reiteradamente fosse elemento essencial para a integração a uma atividade criminosa, não teria inserido como requisito da causa de redução de pena a exigência de que o agente também não se dedique a atividades criminosas.

Feitas tais considerações, e passando à análise do caso concreto, é certo que a acusada é primária, sem antecedentes e que não há provas de que se dedique a atividades criminosas.

Entretanto, as circunstâncias do fato, a quantidade da droga e o alto valor pela qual é comercializada também demonstram que a ré integrou uma organização criminosa voltada ao tráfico transnacional de drogas que atua em dois países, na qual há a divisão de tarefas e em que cada integrante tem uma função específica, havendo sempre de um lado um membro da organização que fornece a droga, embala, prepara o local para ocultá-la e, de outro lado, uma pessoa que recebe a droga, prepara para consumo e posteriormente fornece a pessoas que irão vendê-la.

Embora não possa ser considerada como membro efetivo de uma quadrilha ou que não tivesse o ânimo de voltar a delinquir, não há como negar que a ré efetivamente figurou, ainda que de forma eventual, em uma ponta da organização criminosa voltada ao tráfico internacional de drogas. Integrou a organização ao lhe prestar serviços na condição de "mula" transportando a droga de um para outro país, ao promover a conexão entre seus membros e ao colaborar, como elemento essencial, para o sucesso da atividade ilícita e a distribuição mundial de entorpecentes.

Por esses motivos, comungo do entendimento de que a causa de diminuição prevista no parágrafo 4º do artigo 33 da Lei de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

drogas não foi criada a fim de ser aplicada a pessoas que, como a ré, participa de organizações criminosas de tráfico internacional de grande poder financeiro e logístico, que distribuem grandes quantidades de entorpecentes, plenamente cientes de que estão se envolvendo com pessoas que vivem do crime, mas sim ao tráfico de menor expressão, que não envolve quantidades tão expressivas de entorpecente; como no tráfico urbano de varejo, onde pequenos distribuidores comercializam drogas em quantidades menores, diretamente aos usuários.

Ressalto que a aplicação indiscriminada dessa causa de redução de pena aos "mulas" do tráfico transnacional de drogas certamente servirá como incentivo para que o Brasil se torne, muito em breve, a principal rota para o transporte de drogas provenientes dos países vizinhos para o exterior, fato incompatível com os vários acordos internacionais sobre o combate às drogas firmados pelo nosso País.

Esse é também o entendimento de parte dos integrantes desta Turma. Confira-se:

[...]

Por esses motivos, deixo de aplicar, na dosimetria da pena da ré, a causa de redução de pena prevista no § 4º do artigo 33, da Lei 11.343/06, razão pela qual a pena resta definitivamente fixada em 7 (sete) anos de reclusão.

[...]

REGIME DE CUMPRIMENTO DE PENA:

Não procede a pretensão da defesa, quanto à fixação de regime inicial de cumprimento de pena menos gravoso do que o fechado.

A Lei 8.072/90, em sua redação original, estabelecia que, no caso do delito de tráfico de entorpecentes, deveria ser imposto o regime integralmente fechado. Com a alteração da Lei 11.464/07, o artigo 2º, § 1º, dessa lei, passou a ter a seguinte redação:

"Os crimes hediondos, a prática da tortura, o tráfico de entorpecentes e drogas afins e o terrorismo são insuscetíveis de : (...)

§ 1: A pena por crime previsto neste artigo será cumprida inicialmente em regime fechado. "

Da interpretação desse artigo, denota-se que é imperativo legal que seja cumprida a pena desses crimes em regime inicial fechado, e não integralmente fechado, permitindo-se apenas que seja efetuada a progressão para o menos gravoso. Em outras palavras, foi apenas suprimida a vedação da progressão de regime prisional para os condenados pelos crimes citados.

Ademais, o § 3º do artigo 33 do Código Penal reporta-se expressamente aos critérios estabelecidos pelo artigo 59 do mesmo texto legal, de maneira que apenas a quantidade da pena não justifica que o réu tenha o direito de iniciar o cumprimento da pena em regime menos gravoso, já que as circunstâncias norteadoras da fixação da pena nos crimes de tráfico (art. 42 da Lei 11.343/06) repercutem diretamente na fixação do regime inicial de cumprimento da pena.

No caso concreto, a fixação de regime semi-aberto ou aberto para o cumprimento da pena mostra-se absolutamente insuficiente para prevenção e repressão da conduta, ainda que não fosse legalmente



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

vedada, por ser absolutamente incompatível com o tratamento mais gravoso que o legislador atribuiu aos crimes hediondos e equiparados (fls. 129/138).

Dada a divergência no reconhecimento da causa de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06 no julgamento da apelação, a defesa opôs embargos infringentes que tiveram seu provimento negado, mantido o decidido no julgamento da apelação, nos seguintes termos:

Os elementos constantes dos autos indicam que a conduta da acusada é típica das chamadas "mulas", pessoas eventualmente contratadas para o transporte da droga. As mulas, a rigor, se caracterizam por não ter poder de ingerência sobre como realizarão o transporte da droga, cabendo a elas obedecer a um roteiro que, no mais das vezes, nem lhes é previamente comunicado. Destarte, é inegável que o ato desempenhado pelas "mulas" na cadeia delitiva é de suma importância para a organização criminosa, visto que se a droga não chega ao destino, não se concretiza o negócio e não se auferi lucro.

Mas não se pode dizer, por isso, que toda "mula" necessariamente integra a organização criminosa que a contratou. O só fato, então, de se considerar a imprescindibilidade de sua conduta na cadeia delitiva e do inegável prejuízo que o delito causa à sociedade não tem o condão de afastar a incidência da causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06. Do mesmo modo, não se pode presumir que a "mula" não integre a organização criminosa; a conduta há de ser analisada caso a caso.

No caso dos autos, a ré DIANA IVANOVA ANDONOVA é primária e não ostenta maus antecedentes. Todavia, como bem ponderou o Excelentíssimo Senhor Desembargador Federal Antonio Cedenho, ao lavrar o voto condutor, "as circunstâncias do fato, a quantidade da droga e alto valor pelo qual ela é comercializada também demonstram que a ré integrou uma organização criminosa voltada ao tráfico transnacional de drogas que atua em dois países, na qual há a divisão de tarefas e em que cada integrante tem uma função específica, havendo sempre de um lado um membro da organização que fornece a droga, embala, prepara o local para ocultá-la e, de outro lado, uma pessoa que recebe a droga, prepara para consumo e posteriormente fornece a pessoas que irão vendê-la" (fls. 304verso).

Aliás, acerca das circunstâncias do fato e da versão apresentada pela embargante no momento da sua prisão, recorro aos fundamentos lançados na sentença de fls. 177/188verso:

A testemunha Adriano Lopes Bernardes, em síntese, mencionou que se encontrava em serviço na data dos fatos no controle de passaporte do TPSII, quando foi acionado por funcionário da companhia TAP com a informação de que havia uma bagagem suspeita despachada por uma passageira. Após examinar a bagagem no raio-x e detectar algo suspeito em sua



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

armação, havia placas lá localizadas, foi até a passageira, que já se encontrava na aeronave, e solicitou que esta abrisse sua bagagem, em que identificou um forro estranho, furado, expeliu um pó branco, que se identificou ser cocaína. A acusada tinha a chave da mala e se comunicava mal, em inglês e por gestos, do que dava para entender que a mala era sua mesmo. Que a ré entrou e saiu da Bolívia em data próxima e o passaporte também fora emitido há pouco tempo. Por trás do forro havia placas preparadas com cola, contendo a droga.

O passaporte e a passagem aérea de fls. 26 e 80 revelam o intuito da ré de viajar para Lisboa/Portugal.

A acusada informou que não sabia que levava drogas, que a mala não era dela, mas que foi despachada por ela. Inicialmente disse que foi à Bolívia para turismo, por 11 dias. Depois, que seu marido, de nome Jerry Emeka Okafor, um Nigeriano nascido em 07/02/81, a enviou de Palma de Maiorca para a Santa Cruz, na Bolívia, para retirar uma mala. Que era seu marido desde abril de 2010, casou-se em Barcelona com ela por amor, mas depois ele ficou na cidade espanhola e ela foi para a Bulgária, nunca mais se viram desde então. Soube depois que ele tinha outra família. Disse que o conheceu no mesmo ano e não sabia o que ela fazia para viver. Depois retificou e disse que ele era vendedor de roupas. Quanto à mala, inicialmente disse que não sabia o que tinha, que ele havia dito a ela que não interessava. Depois retificou e disse que eram remédios, que seriam entregues a seu marido, mas não sabia para quê. Que a viagem foi custeado por seu marido e que este lhe daria 4 a 5 mil euros pelo trabalho, que a mala seria entregue a ele próprio em Amsterdã/Holanda. Disse que não achava estranho buscar uma mala com remédios por tanto dinheiro, que viu que a mala estava pesada além do normal ao recebê-la no aeroporto. Afirmou que sabia que era algo ilegal, mas precisava do dinheiro, para sustento da família. Que o marido não a ajudaria porque ela estava na Bulgária, que quando ele ligou para ela para falar sobre a mala ela achou que era para o divórcio. Foi para a Bolívia com escala no Brasil, lá ficou num hotel, onde foi abordada por um homem que a colocou num táxi, foram até uma favela, onde o homem pegou suas coisas e colocou numa mala azul, a levou até o aeroporto e lá entregou a mala com a droga. Foi por via aérea a Campo Grande e de lá para São Paulo, para desembarque em Amsterdã, após escala em Lisboa.

A versão da ré é inverossímil e desprovida de qualquer amparo probatório, o que leva à certeza da existência do dolo, ao menos na modalidade eventual.

Com efeito, seria realmente preciso ter uma



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ingenuidade infantil, totalmente incompatível com experiência de vida e idade da acusada, para acreditar e aceitar que alguém custeasse passagens aéreas, alimentação, hospedagem, além do pagamento de 4 a 5 mil euros, em troca apenas e tão-somente do transporte de alguns medicamentos, que sequer lhe foram entregues, apenas tendo recebido uma mala, em seu relato, vazia.

Ainda que a ré tivesse genuíno amor por seu marido, do que há sérias dúvidas, dadas as circunstâncias peculiares do casamento e relação entre ele e a ré, tal fato não excluiria a evidente suspeita, esperada do homem médio, quando, subitamente, tal pessoa teria se disposto a oferecer proposta tão surreal, custeando todos os gastos de uma viagem internacional extremamente custosa, apenas para que a acusada levasse alguns medicamentos que poderiam facilmente ser entregues via correio, ainda mais levando em consideração que o aliciador sequer vendia tal espécie de produtos, mas sim roupas, na versão da ré.

Ademais, traficante algum colocaria drogas na mala de um terceiro inocente nestas circunstâncias, sob pena de imediato à percepção do engodo. E pouco provável que alguém coloque drogas em mala a ser transportada por outra pessoa, sem que o proprietário da mala saiba de seu conteúdo ilícito. Ainda mais no caso concreto, que diz respeito a substâncias psicotrópicas de elevado valor no mercado. O risco de perda, desvio ou perecimento do objeto ilícito, além da grande possibilidade de o terceiro inocente descartá-lo, por medo de se implicar, ou leva-lo às autoridades, buscando evidenciar sua boa-fé e o cumprimento da lei, evidencia a incoerência da versão.

Com efeito, a colocação de drogas na mala da ré em tais circunstâncias, tomando-a por inocente, levaria a diversos possíveis resultados, mas o único certo seria que não chegaria ao destino pretendido pelos traficantes, às mãos de outro membro da organização no país de destino.

Corroborando a falsidade de suas alegações e conferindo absoluta certeza à sua culpa, evidenciam-se diversas contradições em seu interrogatório, tendo a ré hesitado em responder por diversas vezes quando confrontada com pontos incoerentes de seu relato.

O peso da mala também é algo que chama a atenção deste Juízo, uma vez que não é possível que a acusada não tenha notado um aumento de peso em sua bagagem de 4.000g.

Com efeito, a própria ré ressaltou tal peso e afirmou, por fim, saber que poderia estar fazendo algo ilegal, por precisar de dinheiro, mas negou, a todo o momento, que soubesse que levava drogas.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Assim, é evidente que ao menos assumiu o risco de transportar internacionalmente objeto ilícito qualquer que fosse sua natureza e quantidade, em adesão livre e consciente aos negócios de organização criminosa internacional

(...)

O caso dos autos, portanto, revela a inequívoca prática do narcotráfico transnacional patrocinada por organização criminosa a que o acusado aderiu, integrando-a, unicamente para realizar o transporte da droga que foi apreendida consigo (fls. 178/179 verso e 183 verso - sic; destaques no original).

Diante desse quadro, em que a embargante apresentou versão pouco crível e fantasiosa acerca dos fatos, é inegável que, para os fins de exclusão do benefício previsto no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, ela integra organização criminosa.

Além disso, torna-se relevante considerar que tentava transportar para o exterior 4.213g (quatro mil, duzentos e treze gramas) de cocaína, droga de caráter altamente nocivo e viciante, tendo se disposto a viajar por diversos países (Bolívia, Brasil, Portugal e Holanda) exclusivamente para a traficância, com suas despesas de hospedagem e passagens custeadas por um nigeriano que disse ser seu marido, mas com quem não residia e pouco conhecia, que lhe pagaria de quatro a cinco mil euros pelo trabalho, o que denota a firmeza de seu propósito criminoso e a maior perniciosidade de sua conduta, tudo a impedir a aplicação da causa de diminuição da pena em debate.

Assim, mostra-se correta a solução adotada pelo voto vencedor, que negou à embargante a incidência da causa de diminuição da pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, por considerá-la integrante de organização criminosa (fls. 149/151).

Pois bem, feitas as devidas transcrições, passo ao exame de cada um dos pedidos.

Verifica-se dos autos que a pena-base foi exasperada em 1 ano em razão da natureza e da elevada quantidade da droga (art. 42 da Lei n. 11.343/06) bem como em razão da consideração desfavorável das consequências do delito (art. 59 do CP).

No que diz respeito às consequências do delito, as instâncias ordinárias levaram em consideração a repercussão negativa da conduta sobre a saúde dos usuários e das famílias destes. Entretanto, esta Corte superior possui entendimento sedimentado no sentido da inidoneidade desse argumento, tendo em vista ser comum a todos os crimes de tráfico de drogas, portanto, inerente ao tipo penal.

Confiram-se, a propósito:

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO ESPECIAL. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. ASSOCIAÇÃO E TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE. QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA. ART. 42 DA LEI N. 11.343/2006. POSSIBILIDADE. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS (PERSONALIDADE E CONSEQUÊNCIAS DO CRIME). MOTIVAÇÃO INIDÔNEA. CONFISSÃO ESPONTÂNEA NA FASE INQUISITORIAL. RECONHECIMENTO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL CONFIGURADO.

1. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, acompanhando a orientação da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, firmou-se no sentido de que o habeas corpus não pode ser utilizado como substituto de recurso próprio, sob pena de desvirtuar a finalidade dessa garantia constitucional, exceto quando a ilegalidade apontada é flagrante, ocasião em que se concede a ordem de ofício.

2. Somente em hipóteses excepcionais o Superior Tribunal de Justiça procede ao reexame da individualização da sanção penal, notadamente quando há flagrante ofensa a critérios legais que regem a dosimetria da resposta penal, ausência de fundamentação ou flagrante injustiça.

3. O art. 42 da Lei n. 11.343/2006 estabelece que o magistrado, na fixação das penas, considerará, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da substância entorpecente, a personalidade e a conduta social do agente.

4. No caso em exame, o juiz sentenciante exasperou a pena-base em 3 anos, em relação ao tráfico de drogas, e em 2 anos, em relação à associação, em virtude da quantidade e da natureza e das drogas apreendidas (270,61g de cocaína e 1.750g de maconha), bem como da existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis (personalidade e consequências do crime).

5. Quanto à exasperação referente à natureza e à quantidade das drogas, a reprimenda encontra-se fundamentada de forma correta, com base em elementos concretos e dentro do critério da discricionariedade vinculada do julgador.

6. "Esta Corte de Justiça já se posicionou no sentido de que a personalidade do criminoso não pode ser valorada negativamente se não existem, nos autos, elementos suficientes para sua efetiva e segura aferição pelo julgador" (HC 130.835/MS, Rel. Ministra LAURITA VAZ, Quinta Turma, DJe 07/06/2011).

7. In casu, a afirmação de que a personalidade dos pacientes encontra-se "comprometida pela prática dos crimes ora em julgamento" não amparada por dados concretos existentes nos autos mostra-se carente de fundamentação apta a justificar a exasperação da pena-base. **É certo, ainda, que as consequências inerentes ao tipo penal, como as utilizadas no caso dos autos, não podem ser consideradas para elevar a pena-base, já que "danos à saúde pública" e "dissabores causados às famílias" são desdobramentos obrigatórios dos delitos de associação e tráfico de drogas.**

8. Considerada a confissão dos réus para embasar a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

condenação, forçoso o reconhecimento da atenuante, devendo ser sopesada na aplicação da pena. Precedentes.

9. Habeas corpus não conhecido. Ordem parcialmente concedida, de ofício, para reduzir em 1 ano as penas-bases dos pacientes e fazer incidir a atenuante da confissão espontânea, no patamar de 1 ano, em relação ao paciente Ronan, mantidas as demais cominações da sentença (HC 279.605/AM, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, QUINTA TURMA, julgado em 9/6/2015, DJe 23/6/2015).

HABEAS CORPUS. IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DE RECURSO ESPECIAL. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. TRÁFICO DE DROGAS. TRANSPORTE ILEGAL DE MUNIÇÕES DE USO PERMITIDO E RESTRITO. CONDENAÇÃO. DOSIMETRIA DA PENA. ILEGALIDADE. MOTIVOS E CONSEQUÊNCIAS. QUESTÕES INERENTES AO TIPO PENAL. NATUREZA E QUANTIDADE DA DROGA. ACRÉSCIMO DA PENA-BASE JUSTIFICADO. ART. 16 DA LEI 10.826/03. PERIGO ABSTRATO. DELITO CARACTERIZADO. NÃO CONHECIMENTO. ORDEM DE OFÍCIO.

1. Tratando-se de habeas corpus substitutivo de recurso especial, inviável o seu conhecimento.

2. **Hipótese em que o Juiz de primeiro grau valorou negativamente os motivos e as consequências do crime, com base em elementos inerentes ao tipo penal, aplicáveis a qualquer delito de tráfico de drogas. Isso, com menção à motivação de obter "dinheiro fácil", bem como aos prejuízos psicossomáticos causados aos adquirentes da droga e à desestabilização familiar. Já a natureza e a quantidade da droga (quase 200 kg de maconha), que inclusive devem preponderar sobre as circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal, autorizam o acréscimo da pena-base.**

3. Não há falar em atipicidade da conduta relativa ao art. 16 da Lei 10.826/03. Esta Corte já assentou que se trata de delito de perigo abstrato, que se configura com o mero porte/transporte da munição.

4. Writ não conhecido. Ordem concedida de ofício para reduzir a reprimenda relativa ao crime de tráfico de drogas para 6 anos de reclusão e 430 dias-multa, mantidos os demais termos do acórdão (HC 311.231/MS, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 24/3/2015, DJe 31/3/2015)

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO PARA O NARCOTRÁFICO. WRIT SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. DESVIRTUAMENTO. DOSIMETRIA. PENA-BASE. MOTIVOS E CONSEQUÊNCIAS DO CRIME. ARGUMENTOS INERENTES AO PRÓPRIO TIPO PENAL VIOLADO. NATUREZA E QUANTIDADE DE DROGAS APREENDIDAS. ARTIGO 42 DA LEI 11.343/2006. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO ARTIGO 33, § 4º, DA LEI 11.343/2006. PRETENDIDA APLICAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. DEDICAÇÃO A ATIVIDADES CRIMINOSAS. EXTENSÃO DE BENEFÍCIO. ARTIGO 580 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. CORRÉ EM SITUAÇÃO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

FÁTICO-PROCESSUAL IDÊNTICA. MANIFESTO
CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. SANÇÃO
REDIMENSIONADA.

1. O Superior Tribunal de Justiça, alinhando-se à nova jurisprudência da Corte Suprema, também passou a restringir as hipóteses de cabimento do habeas corpus, não admitindo que o remédio constitucional seja utilizado em substituição ao recurso ou ação cabível, ressalvadas as situações em que, à vista da flagrante ilegalidade do ato apontado como coator, em prejuízo da liberdade do(a) paciente, seja cogente a concessão, de ofício, da ordem de habeas corpus.

2. A busca pelo lucro fácil e o enriquecimento sem causa, assim como a ofensa à saúde pública, constituem elementos inerentes ao próprio tipo penal violado (tráfico de drogas), não podendo, por isso mesmo, ensejar a valoração negativa dos motivos do crime.

3. Não há constrangimento ilegal quando verificado que o juiz singular, ao exasperar a pena-base do paciente, levou em consideração especialmente a natureza e a quantidade de drogas apreendida em poder do paciente, em observância ao disposto no artigo 42 da Lei n. 11.343/2006 (57 pedras de crack e 27 trouxinhas de cocaína).

4. Os malefícios gerados pelo tráfico de drogas à sociedade como um todo, assim como o fato de ele desestabilizar a pacificação social, bem como a vida de diversas famílias, constituem elementos genéricos, que serviriam para qualquer crime de narcotráfico abstratamente considerado, razão pela qual não podem ensejar a exasperação da pena-base, a título de consequências desfavoráveis do crime.

5. Mostra-se indevida a análise, diretamente por este Superior Tribunal, da almejada redução ao mínimo legal da pena-base imposta em relação ao crime de associação para o narcotráfico, visto que essa matéria não foi analisada pela Corte estadual, sob pena de, assim o fazendo, incidir na indevida supressão de instância.

6. A Terceira Seção deste Superior Tribunal de Justiça possui o entendimento no sentido de que é inviável a aplicação da causa especial de diminuição da pena prevista no § 4º do artigo 33 da Lei de Drogas, quando o agente foi condenado também pela prática do crime previsto no artigo 35 da mesma lei, por restar evidenciada a sua dedicação a atividades criminosas ou a sua participação em organização criminosa, no caso especialmente voltada para o cometimento do narcotráfico.

7. Reconhecida a existência do concurso material entre os delitos de tráfico de drogas e associação para o narcotráfico, o regime inicial de cumprimento de pena deve ser fixado de acordo com a soma resultante das penas impostas pelos delitos, consoante o disposto no artigo 111 da Lei de Execução Penal.

8. Uma vez verificado que a corré encontra-se em situação fático-processual idêntica à do paciente, devem-lhe ser estendidos os efeitos desta decisão, nos termos do artigo 580 do Código de Processo Penal.

9. Ordem não conhecida. Habeas corpus concedido, de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ofício, nos termos do voto do Relator. (HC 232.948/TO, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 27/3/2014, DJe 14/4/2014).

Destarte impõe-se o afastamento da consideração desfavorável das consequências do delito, tendo em vista que inerentes ao tipo penal. Todavia, levando-se em conta a preponderância da natureza e quantidade de droga (mais de 4 kg de cocaína), a pena-base deve ser exasperada no patamar de 1/6.

Noutro ponto, as instâncias ordinárias, seguindo o posicionamento adotado nesta Corte Superior, afastaram a incidência do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06, por considerar que a paciente, no desempenho do papel de "mula", essencial para o êxito da empreitada criminosa, demonstrou integrar organização criminosa voltada para o tráfico internacional de entorpecentes, não havendo falar, portanto, em flagrante ilegalidade.

Cito precedentes:

PENAL. PROCESSUAL PENAL E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. AUMENTO DA PENA (ART. 40, I, DA LEI N. 11.343/2006). BIS IN IDEM. NÃO OCORRÊNCIA. DIMINUIÇÃO DA PENA (ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006). IMPOSSIBILIDADE. AGRAVO NÃO PROVIDO.

1. Não há bis in idem na aplicação da causa de aumento prevista no art. 40, I, da Lei n. 11.343/2006, pois a causa de aumento de pena não configura uma circunstância elementar do tipo, uma vez que o delito previsto no art. 33, caput, da referida lei é de ação múltipla, configurando-se pela prática de qualquer das condutas nele descritas.

2. 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, cometendo um fato isolado, acaba incidindo na conduta típica prevista no art. 33 da mencionada lei federal.

3. A jurisprudência desta Corte Superior é firme em assinalar que o agente que transporta entorpecentes, no exercício da função de "mula", integra organização criminosa, o que afasta a incidência do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006.

4. Agravo regimental não provido. (AgRg no AREsp 583.852/SP, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 6/8/2015, DJe 26/8/2015)

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO INTERNACIONAL DE DROGAS. USO DE DOCUMENTO FALSO. 7.010 G DE COCAÍNA. DOSIMETRIA.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

FIXAÇÃO DA PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. VIOLAÇÃO DO ART. 59 DO CP. IMPROCEDÊNCIA. FUNDAMENTO IDÔNEO. QUANTIDADE E NATUREZA DA SUBSTÂNCIA APREENDIDA. PRECEDENTES DO STJ. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DA PENA. NÃO PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. ACÓRDÃO A QUO QUE RECHAÇOU O REDUTOR COM BASE EM OUTROS ELEMENTOS, ALÉM DA QUANTIDADE DE DROGAS. REVISÃO. INVIABILIDADE. SÚMULA 7/STJ. ACUSADO QUE EXERCE A FUNÇÃO DE "MULA".

1. Não viola o princípio da colegialidade a apreciação unipessoal pelo relator do mérito do recurso especial quando obedecidos todos os requisitos para a sua admissibilidade, bem como observada a jurisprudência dominante desta Corte Superior e do Supremo Tribunal Federal (precedentes do STJ).

2. Inexiste ilegalidade na fixação da pena-base acima do mínimo legal quando demonstrado o alto grau de reprovabilidade da conduta, decorrente da expressiva quantidade e natureza da substância envolvida, nos termos do art. 42 da Lei n. 11.343/2006.

3. No tocante ao pleito de incidência da causa especial de diminuição da pena (art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006), concluiu o Tribunal a quo que a forma de execução do delito e a logística empregada pelo acusado demonstram o envolvimento com organização criminosa voltada ao tráfico. Inviável, pois, modificar tal conclusão sem revolvimento de provas (Súmula 7/STJ).

4. O Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça possuem precedentes no sentido de que o acusado, enquanto no exercício da função de "mula", integra organização criminosa e, portanto, não preenche os requisitos exigidos para a aplicação da causa de diminuição de pena descrita no art. 33, § 4º, da Lei n.11.343/2006.

5. Agravo regimental improvido. (AgRg no AREsp 63.966/SP, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 14/10/2014, DJe 31/10/2014)

Nesse contexto, passo ao refazimento da dosimetria.

Na primeira fase, fixo a pena-base em 5 anos e 10 meses de reclusão, em razão da preponderância da quantidade e natureza da droga. Na segunda fase, mantenho a pena anteriormente fixada, ante a ausência de agravantes e atenuantes. Na terceira fase, mantenho o aumento da pena pela transnacionalidade do tráfico (art. 40, I, da lei 11.343/06) em 1/6, conforme o acórdão (fl. 133), para alcançar 6 anos, 9 meses e 20 dias de reclusão, pena que torno definitiva.

Por fim, quanto ao regime prisional fixado, o pedido está prejudicado.

Isso porque, em consulta ao endereço eletrônico do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, verificou-se que nos autos da execução penal 995.683,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

correspondente ao cumprimento da pena imposta na ação penal que aqui se cuida, foi deferido o pleito de livramento condicional em 23.10.2015, restando, portanto, evidenciada a perda superveniente do objeto aqui pretendido.

No mesmo sentido:

PROCESSUAL PENAL E PENAL. HABEAS CORPUS. SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL, ORDINÁRIO OU DE REVISÃO CRIMINAL. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. FIXAÇÃO DO REGIME ABERTO. PENAS ALTERNATIVAS. PERDA DO OBJETO. PENA-BASE. EXASPERAÇÃO. CULPABILIDADE. ELEMENTO CIRCUNSTANCIAL CONCRETO. NATUREZA DA SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE. LEGALIDADE.

1. Ressalvada pessoal compreensão diversa, uniformizou o Superior Tribunal de Justiça ser inadequado o writ em substituição a recursos especial e ordinário, ou de revisão criminal, admitindo-se, de ofício, a concessão da ordem ante a constatação de ilegalidade flagrante, abuso de poder ou teratologia.

2. Concedido o livramento condicional ao paciente, resta prejudicado o habeas corpus quanto às questões do direito de recorrer em liberdade, da fixação do regime aberto e aplicação de penas alternativas.

3. Não se presta o remédio heróico à revisão da dosimetria das penas estabelecidas pelas instâncias ordinárias. Contudo, a jurisprudência desta Corte admite, em caráter excepcional, o reexame da aplicação das penas, nas hipóteses de manifesta violação aos critérios dos arts. 59 e 68, do Código Penal, sob o aspecto da ilegalidade, nas hipóteses de falta ou evidente deficiência de fundamentação ou ainda de erro de técnica.

4. A valoração negativa da culpabilidade com a indicação de elemento circunstancial concreto do delito justifica a majoração da pena base, com fundamento no art. 59 do Código Penal.

5. A natureza da droga justifica a exasperação da pena-base acima no mínimo legal, nos termos do art. 42 da Lei n. 11.343/06.

6. O aumento da pena em 9 meses para o crime previsto no art. 33 da Lei de Drogas, cuja pena em abstrato varia de 3 a 15 anos, tendo-se em vista a culpabilidade e a natureza da droga apreendida, é razoável, respeitados os limites da discricionariedade dos magistrados.

7. Habeas corpus prejudicado em parte e, no restante, não conhecido. (HC 198.538/MS, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 22/09/2015, DJe 19/10/2015)

PENAL. HABEAS CORPUS. ART. 157, CAPUT, DO CÓDIGO PENAL. (1) VIA INDEVIDAMENTE UTILIZADA EM SUBSTITUIÇÃO A RECURSO ESPECIAL. (2) DOSIMETRIA. PENA APLICADA. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. ILEGALIDADE NÃO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

EVIDENCIADA. (3) CONFISSÃO ESPONTÂNEA. PARCIAL. UTILIZAÇÃO PARA EMBASAR A SENTENÇA. INCIDÊNCIA DA ATENUANTE. (4) REGIME INICIAL. ABRANDAMENTO. CONCESSÃO DO LIVRAMENTO CONDICIONAL. PREJUDICADO. (5) WRIT, EM PARTE, PREJUDICADO E, NO MAIS, NÃO CONHECIDO. ORDEM DE OFÍCIO.

1. *É imperiosa a necessidade de racionalização do emprego do habeas corpus, em prestígio ao âmbito de cognição da garantia constitucional, e, em louvor à lógica do sistema recursal. In casu, foi impetrada indevidamente a ordem como substitutiva de recurso especial.*

2. *Inexiste ilegalidade na primeira fase da pena se instâncias de origem apontam motivos concretos para a fixação da pena no patamar estabelecido. Em sede de habeas corpus não se afere o quantum aplicado, desde que devidamente fundamentado, como ocorre na espécie, sob pena de revolvimento fático-probatório.*

3. *Nos termos da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, se a confissão do réu, ainda que parcial ou retratada, for utilizada pelo magistrado para fundamentar a condenação, deve incidir a respectiva atenuante.*

4. O paciente foi beneficiado com o livramento condicional, sendo forçoso reconhecer que, neste ponto, o objeto do presente writ esvaiu-se.

5. *Habeas corpus prejudicado no tocante ao regime inicial de cumprimento da pena e, no mais, não conhecido. Ordem concedida, de ofício, a fim de reduzir a reprimenda do paciente para 4 (quatro) anos e 2 (dois) meses de reclusão, mais 10 (dez) dias-multa, mantidos os demais termos da sentença e do acórdão. (HC 287.645/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 2/10/2014, DJe 13/10/2014)*

Por fim, ausente a análise pelo Tribunal de origem sobre argumentos da defesa ora apresentados neste Tribunal de Justiça a respeito da possibilidade de cumprimento do restante da pena no país de origem da paciente, mostra-se inviável o debate do pleito, sob pena de se incidir em indevida supressão de instância.

Ante o exposto, não conheço o *habeas corpus*. Contudo, concedo a ordem de ofício para reduzir a pena ao patamar de 6 anos, 9 meses e 20 dias de reclusão. Julgo prejudicado o pleito de fixação de regime prisional mais brando.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2013/0198794-0

HC 336.561 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 0005624532011 4036119 5624532011

EM MESA

JULGADO: 24/11/2015

Relator

Exmo. Sr. Ministro **ERICSON MARANHO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP)**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. RAQUEL ELIAS FERREIRA DODGE

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : DIANA IVANOVA ANDONOVA
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO
IMPETRADO : TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3A REGIÃO
PACIENTE : DIANA IVANOVA ANDONOVA (PRESO)

ASSUNTO: DIREITO PROCESSUAL PENAL - Recurso

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia SEXTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

A Sexta Turma, por unanimidade, não conheceu do habeas corpus, concedendo, contudo, ordem de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior, Rogerio Schietti Cruz e Nefi Cordeiro votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, a Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura.