



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 288.046 - SP (2014/0024691-0)

RELATOR : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO
IMPETRADO : TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3A REGIÃO
PACIENTE : RUTH MIRIAN RIOS

EMENTA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. ART. 33, *CAPUT*, C/C O ART. 40, I, AMBOS DA LEI 11.343/2006. PACIENTE CONDENADA À PENA CORPORAL DE 5 ANOS E 10 MESES DE RECLUSÃO, EM REGIME FECHADO. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. NÃO RECONHECIMENTO DO TRÁFICO PRIVILEGIADO. AUSÊNCIA DE *BIS IN IDEM*. CIRCUNSTÂNCIAS QUE DENOTAM QUE A PACIENTE INTEGRA ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. TRANSPORTE DE ELEVADA QUANTIDADE DE DROGA. REGIME PRISIONAL FECHADO ESTABELECIDO COM BASE EM FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. REGIME MAIS GRAVOSO MANTIDO. NÃO APLICAÇÃO DO ART. 44 DO CP, ANTE O MONTANTE DA PENA APLICADA. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO.

– O Superior Tribunal de Justiça, seguindo entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal, 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.

– O atual entendimento desta Corte é no sentido de que o agente que transporta drogas na qualidade de "mula" do tráfico, como regra, integra organização criminosa. Precedentes.

– Do mesmo modo, esta Corte vem decidindo que a quantidade da droga apreendida, por indicar a dedicação às atividades criminosas, pode embasar o não reconhecimento do tráfico privilegiado.

– Não há *bis in idem* quando o Tribunal *a quo* fixa a pena-base acima do mínimo em razão da quantidade elevada da droga apreendida e afasta o redutor do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, em razão da dedicação do paciente às atividades criminosas, que ficou evidenciada pela quantidade e nocividade da droga apreendida e pelas



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

circunstâncias em que ocorreram o delito

– Hipótese em que não foi aplicada a causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 com base no fato de a paciente ser a transportadora contratada da droga, o que, aliado às circunstâncias em que o delito ocorreu, notadamente a expressiva quantidade da droga apreendida (1.033kg de cocaína), indicam que ela integrava organização criminosa. Alterar a conclusão das instâncias ordinárias implica, sem dúvida, revolver o acervo fático-probatório, inviável na estreita via do *habeas corpus*.

– Fica prejudicado o pleito de substituição da pena corporal por medidas restritivas de direitos, uma vez que a sanção aplicada é superior a 4 anos de reclusão e, por tal razão, não atende ao requisito objetivo do art. 44, I, do Código Penal.

– A manutenção do regime prisional mais gravoso para cumprimento inicial da reprimenda advém da quantidade da substância apreendida, a evidenciar a existência de circunstância judicial desfavorável à paciente, tanto que a pena-base foi estabelecida acima do mínimo legal, consoante o disposto no art. 33, § 3º, do CP e no art. 42 da Lei n. 11.343/2006.

– *Habeas corpus* não conhecido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, não conhecer do pedido. Os Srs. Ministros Ribeiro Dantas, Joel Ilan Paciornik, Felix Fischer e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 02 de junho de 2016(Data do Julgamento)

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 288.046 - SP (2014/0024691-0)

RELATOR : MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO
IMPETRADO : TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO
PACIENTE : RUTH MIRIAN RIOS

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA (Relator):

Cuida-se de *habeas corpus*, substitutivo de recurso especial, com pedido liminar, impetrado em favor de RUTH MIRIAN RIOS contra acórdão proferido pelo Tribunal Regional Federal da 3ª Região, ora apontado como coator, nos autos da Apelação Criminal n. 0002667-58.2009.4.03.6002.

Consta dos autos que a paciente foi condenada como incurso no art. 33, *caput*, c/c o art. 40, I, III e IV, ambos da Lei n. 11.343/2006, à pena corporal de 7 anos de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 700 dias-multa (fls. 13/17).

Irresignada, a defesa interpôs apelação criminal, tendo o Tribunal de origem dado parcial provimento ao recurso defensivo para reduzir a pena-base e, de ofício, afastar a incidência das causas de aumento de pena dos incisos III e V do artigo 40 da Lei n. 11.343/2006, fixando as penas definitivas em 05 anos e 10 meses de reclusão e 583 dias-multa (fl. 74).

Na presente impetração, pugna a defesa pela aplicação da causa especial de diminuição da pena inserta no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06 na fração máxima de 2/3, porquanto a paciente é primária, não possui antecedentes criminais, não integra organização criminosa e tampouco se dedica às atividades ilícitas.

Aduz ter agido a acusada na mera qualidade de "mula", tendo como única obrigação transportar a droga sendo "uma pequena engrenagem no complexo mecanismo tráfico ilícito de entorpecente, sem qualquer poder de escolha e sequer conhecer aquele que lhe entregou o entorpecente" (fl. 3).

Alega, ademais, a ocorrência de *bis in idem*, pois foi considerada a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

quantidade e a qualidade do entorpecente apreendido para negar a aplicação do redutor pelo tráfico privilegiado e, novamente, para exasperar a pena-base.

Sustenta, ainda, que, embora primária e com reprimenda inferior a 8 anos de reclusão, a paciente não teve sua pena privativa de liberdade fixada no regime inicial semiaberto. Aduz, ainda, que, caso a pena seja reduzida, cabível a sua substituição por restritiva de direitos, pois preenchidos os requisitos do art.44 do Código Penal.

Desta feita, pleiteia a impetrante o redimensionamento da sanção reclusiva, a fixação do regime inicial aberto e sua substituição por medidas restritivas de direitos.

Pedido liminar indeferido (fls. 172/175).

Parecer do Ministério Público Federal opinando pelo não conhecimento da ordem (fls. 182/193).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 288.046 - SP (2014/0024691-0)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA (Relator):

Inicialmente, o Superior Tribunal de Justiça, seguindo o entendimento firmado pela Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, como forma de racionalizar o emprego do *habeas corpus* e prestigiar o sistema recursal, não admite a sua impetração em substituição ao recurso próprio.

Cumpra analisar, contudo, em cada caso, a existência de ameaça ou coação à liberdade de locomoção do paciente, em razão de manifesta ilegalidade, abuso de poder ou teratologia na decisão impugnada, a ensejar a concessão da ordem de ofício. Nesse sentido, a título de exemplo, confirmam-se os seguintes precedentes: STF, HC n. 113890, Relatora Ministra Rosa Weber, Primeira Turma, julgado em 3/12/2013, publicado em 28/2/2014, STJ, HC n. 287.417/MS, Relator Ministro Sebastião Reis Júnior, Quarta Turma, julgado em 20/3/2014, DJe 10/4/2014 e STJ, HC n. 283.802/SP, Relatora Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, julgado em 26/8/2014, DJe 4/9/2014.

Na espécie, embora a impetrante não tenha adotado a via processual adequada, para que não haja prejuízo à defesa da paciente, passo à análise da pretensão formulada na inicial, a fim de verificar a existência de eventual constrangimento ilegal.

Busca a defesa o reconhecimento da causa especial de diminuição da pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, com a fixação de regime menos gravoso para o cumprimento da pena e a substituição da pena corporal por medidas restritivas de direitos.

Como é cediço, a dosimetria da pena insere-se dentro de um juízo de discricionariedade do julgador, atrelado às particularidades fáticas do caso concreto e subjetivas do agente, somente passível de revisão por esta Corte no caso de inobservância dos parâmetros legais ou de flagrante desproporcionalidade.

No caso, o sentenciante, após as considerações acerca da materialidade e da autoria do delito, condenou a paciente como incurso no art. 33, *caput*, c/c o art. 40, I, III e



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

IV, ambos da Lei n. 11.343/2006, e estabeleceu a pena-base em 6 anos de reclusão. Na segunda fase, não houve alteração da pena basilar. Na etapa derradeira, a pena foi majorada em 1/6, ante as causas de aumento descritas no art. 40, I, III e IV da Lei n. 11.343/2006, fixando-se as penas definitivamente em 7 anos de reclusão, pois não foi reconhecida a figura do tráfico privilegiado. Vejamos a fundamentação do *decisum* (fls. 15/16):

Traduz-se a conduta da ré Ruth em reprovação social, em face do ilícito perpetrado; não são desabonadores os antecedentes da ré, de acordo com as fls.85 e 94 dos autos; nada desabonador se apurou com relação à conduta social; sua personalidade mostra-se desabonadora, pois demonstra má índole na maneira de agir e reagir às dificuldades que a vida lhe reservou e o completo desrespeito à saúde pública; os motivos da ré para a prática determinante do crime, merecem uma maior reprovação, pois são anti-sociais, demonstrando uma cobiça, na busca de dinheiro de forma fácil; observo que o delito de tráfico ilícito perpetrava-se quando da prisão próximo ao município de Maracaju/MS, de modo oculto e participativo da ré Ruth, quando trazia consigo junto ao corpo um total de 1,033 Kg (um quilograma e trinta e três gramas) de cocaína; os possíveis estragos que as drogas causam à sociedade são irreparáveis, e a conduta da ré Ruth com isso estava a contribuir; aqui não se pode imputar o comportamento a vítima nessa forma delitiva, uma vez que vítima é toda a sociedade, a qual a lei extravagante, por si só, presume em perigo. Diante das circunstancias judiciais analisadas fixo a ré Ruth Mirian Rios, pela prática do crime do art. 33, caput, da Lei 11.343/2006, a pena base de seis anos de reclusão. Não há atenuante da confissão (CP, art. 65, III, d) uma vez que entende o estado juiz que não foi voluntária/espontânea. Não há que se falar na causa de diminuição do art. 41, da Lei 11.343/2006, na medida em que as indicações da ré dos demais co-autores ou partícipes na empreitada criminosa foram vagas e lacônicas; tampouco há que se falar na causa de diminuição do art. 33, §4º, da Lei 11.343/2006, na medida em que pela atividade, que era desenvolvida pela ré, esta aderida a uma verdadeira organização criminosa. Considero a incidência da transnacionalidade do delito, a interestadualidade entre estados da federação, bem como a incidência da infração em transportes públicos, previstos nos incisos I, III e V, do art. 40, da Lei 11.343/2006, razão pela qual aumento a pena privativa de liberdade em 1/6 (um sexto), tornando-a definitiva em 7 anos de reclusão.

O Tribunal local, ao julgar o apelo defensivo, reduziu a pena-base, reconheceu a atenuante da confissão e afastou a incidência das causas de aumento de pena



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

dos incisos III e V do art. 40 da Lei n. 11.343/2006, tendo o voto condutor do acórdão recorrido consignado que (fls. 58/68):

Quanto à pena-base, estabeleceu o Juízo de primeiro grau em 6 (seis) anos de reclusão e o pagamento de 600 (seiscentos) dias-multa.

Observo que o artigo 42 da Lei 11.343/2006 estabelece expressamente que, no crime de tráfico de drogas, a natureza e a quantidade da substância, a personalidade e a conduta social do agente devem ser considerados (iii!) na fixação das penas, com preponderância sobre o previsto no artigo 59 do Código Penal. Saliente-se que o objeto jurídico tutelado no crime de tráfico de entorpecente é a saúde pública e, portanto, quanto maior a quantidade da droga traficada maior o potencial lesivo e o perigo de dano à saúde pública, a justificar uma maior reprovabilidade da conduta empreendida e, conseqüentemente, a elevação da pena-base.

(...)

Do exame do caso concreto, é razoável a fixação da pena-base um pouco acima do mínimo legal. Com efeito, a natureza (cocaína) e o montante da droga (1.033g) não revela quantia ínfima, vez que tal montante seria capaz de servir a grande número de usuários e dependentes, a violar a saúde pública de maneira considerável.

O simples fato de haver cometido o crime em julgamento não pode ser tomado em conta para se concluir de forma negativa quanto à personalidade da ré.

O motivo de lucro fácil integra-se ao tipo, porque a intenção de lucro é ínsita ao comportamento delituoso no crime de tráfico.

Portanto, o apelo comporta parcial provimento quanto ao ponto, reduzindo-se a pena-base para 05 anos e 06 meses de reclusão 550 dias-multa.

Na segunda fase da dosimetria não foram verificadas circunstâncias agravantes ou atenuantes, tendo a sentença afastado a aplicação da circunstância atenuante da confissão, ao argumento de que "embora a ré tenha confessado a prática do crime de tráfico, diante do elemento anímico exteriorizado, entende o estado-juiz que não o fez com desejo íntimo de voluntariamente o querer, mas sim apenas para se beneficiar da confissão".

Quanto à circunstância atenuante da confissão espontânea, observo que a ré admitiu perante a autoridade judicial, em interrogatório, a prática do crime, embora alterando o depoimento feito em sede policial, apenas quanto ao local em que teria obtido a droga.

Ao prolatar sentença condenatória o MM. Juiz a quo utilizou a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

confissão para amparar a demonstração de autoria.

Dessa forma, verifica-se que a ré confessou o crime, sem alegar qualquer causa de exclusão da culpabilidade, e a confissão foi utilizada pelo Juízo como um dos fundamentos da condenação. Assim, é de rigor a aplicação da circunstância atenuante prevista no artigo 65, inciso III, alínea "d", do Código Penal.

(...)

Assim, de ofício, aplico a circunstância atenuante da confissão, reduzindo-se a pena para o mínimo legal de 05 anos de reclusão e 500 dias- multa, nos termos do entendimento jurisprudencial consagrado na Súmula 231 do Superior Tribunal de Justiça.

Na terceira fase, o Juízo de primeiro grau aplicou a causa de aumento de pena relativa à transnacionalidade, interestadualidade e à prática da infração em transporte público, fixando o aumento em 1/6 (um sexto).

Não há dúvidas com relação à internacionalidade do delito. A ré é residente no Paraguai e confessou, em sede extrajudicial, que obteve a droga em Pedro Juan Caballero/PY, confissão essa que foi confirmada em Juízo pelos depoimentos das testemunhas. Assim, a retratação quanto ao ponto, no interrogatório judicial, restou dissociada do conjunto probatório.

Quanto à causa de aumento da interestadualidade, prevista no artigo 40, V, da Lei 11.343/2006, entendo que é inaplicável, simultaneamente com a da internacional idade.

Com efeito, a internação da droga pelo agente, com a passagem do entorpecente por mais de um Estado da federação, constitui apenas o iter necessário para o atingimento do fim visado pelo réu - cometer tráfico internacional de drogas.

Incabível, pois, a aplicação da causa de aumento do artigo 40, V, da Lei 11.343/2006, já que reconhecido o tráfico internacional.

(...)

Assim, de ofício, afasto a incidência da causa de aumento do inciso V do artigo 40 da Lei 11.343/2006.

Quanto à causa de aumento relativa ao transporte público (artigo 40, inciso III, da Lei n' 11.343/2006, observo que a utilização de transporte público com a única finalidade de levar a droga ao destino, de forma oculta, sem o intuito de disseminá-lo entre os passageiros ou frequentadores do local, não implica na incidência da referida causa de aumento de pena.

(...)

Assim, de ofício, afasto a incidência da causa de aumento prevista no inciso III do artigo 40 da Lei n' 11.343/2006.

Observo, contudo, que não obstante tenha reconhecido a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

incidência das causas de aumento dos incisos I, III e V do artigo 40 da Lei de Drogas, o MM. Juiz a quo fixou o patamar de aumento no mínimo legal de 1/6 (um sexto), que resta portanto mantido, não obstante o afastamento da incidência dos incisos III e V do aludido dispositivo.

Assim, a pena resta majorada pela 05 anos e 10 meses de reclusão e 583 dias-multa.

Ainda na terceira fase, quanto à causa de diminuição de pena do artigo 33, parágrafo 4º, da Lei n. 11.343/06, observo que dispõe o artigo § 4º do artigo 33 da Lei 11.343/2006 sobre a possibilidade de redução da pena no crime de tráfico de drogas, de um sexto a dois terços, "desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa". Tais requisitos são exigíveis cumulativamente, e portanto a ausência de qualquer deles implica na inexistência de direito ao benefício da diminuição da pena.

Não me parece que o citado §4º do artigo 33 da Lei nº 11.343/06 deva ser interpretado de modo a possibilitar a sua aplicação às assim chamadas 'mulas' do tráfico de drogas, porquanto tal interpretação favoreceria sobremaneira a operação das organizações criminosas voltadas para o tráfico internacional, o que certamente contraria a finalidade do citado diploma legal, que visa à repressão dessa atividade.

A atividade daquele que age como "mula", transportando a droga de sua origem ao destino, na verdade pressupõe a existência de uma organização criminosa, com diversos membros, cada qual com funções específicas. Quem transporta a droga em sua bagagem, ou em seu corpo, cumpre uma função dentro de um esquema maior, que pressupõe alguém para comprar, ou de alguma forma obter a droga na origem, e alguém para recebê-la no destino, e providenciar a sua comercialização.

Se aquele que atua como "mula" desconhece quem sejam os integrantes da organização criminosa - circunstância que não põe esta em risco de ser desmantelada - e foi aliciado de forma aleatória, fortuita e sem qualquer perspectiva de ingressar na "associação criminosa", muitas vezes em face da situação de miserabilidade econômica e social em que se encontra, outras em razão da ganância pelo lucro fácil, não há como se entender que faça parte do grupo criminoso, no sentido de organização. Mas o certo é que é contratado por uma organização criminosa para servir como portador da droga e, portanto, integra essa organização.

(...)

E, ainda que se entenda que o traficante que atue como "mula" não integra a organização criminosa, é certo que o benefício não alcança aqueles que se dedicam às atividades criminosas, ou seja,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

aqueles que se ocupam do tráfico, como meio de subsistência, ainda que de forma não habitual.

Se o agente, sem condições econômicas próprias, despende vários dias de viagem, para obter a droga, e dirigir-se ao exterior, com promessa de pagamento pelo serviço de transporte, sem que comprove ter outro meio de subsistência, forçoso é concluir que faz do tráfico o seu meio de subsistência, não fazendo jus portanto à aplicação da causa de diminuição da pena.

(...)

No caso dos autos há elementos que permitem concluir que a réu integrava organização criminosa ou, caso assim não se entenda, que dedicava-se a atividades criminosas.

A expressiva quantidade da droga apreendida (1.033 gramas de cocaína); a inexistência de prova de ocupação lícita; o fato de haver confessado que tinha sido contratada para transportar a droga; o fato de haver combinado o recebimento de mil a dois mil reais pelo transporte da droga; o fato de o traficante ter pago as despesas da viagem e entregue um celular à ré, conforme relato em interrogatório policial e judicial.

Portanto, por integrar organização criminosa ou, caso assim não se entenda, por dedicar-se a atividades criminosas, a ré não faz jus à causa de diminuição de pena prevista no artigo 33, §4º da Lei nº 11.343/06.

Assim, a pena resta definitivamente fixada em 05 anos e 10 meses de reclusão e 583 dias-multa.

Pela leitura dos excertos retromencionados, constata-se que não foi aplicada a causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 com base no fato de a paciente ser a transportadora contratada da droga, o que, aliado às circunstâncias em que o delito ocorreu, notadamente diante da elevada quantidade da droga apreendida (1.033kg de cocaína), indicam que ela integrava organização criminosa.

Nesse ponto, sobre a possibilidade de o transportador da droga, na qualidade de "mula", embasar o não reconhecimento da minorante do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, destaco os recentes julgados das Turmas Criminais desta Corte:

REGIMENTAL. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. QUANTIDADE E QUALIDADE DO ENTORPECENTE. MAJORAÇÃO DA PENA-BASE. POSSIBILIDADE. MINORANTE DO §4º DO ARTIGO 33 DA LEI N. 11.343/06. AFASTAMENTO. RÉU INTEGRANTE DE ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA COMO TRANSPORTADOR. TRANSNACIONALIDADE DO DELITO.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AUMENTO DA PENA. APLICAÇÃO. BIS IN IDEM. INEXISTÊNCIA. RECURSO IMPROVIDO.

(...)

2. Integrando o acusado de organização criminosa, na qualidade de transportador da droga, resta impossibilitada incidência da causa especial de diminuição de pena prevista no § 4º do artigo 33 da Lei de Drogas.

(...)

4. Agravo regimental a que se nega provimento. (AgRg no AREsp 620.417/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 17/03/2016, DJe 01/04/2016) - grifei.

HABEAS CORPUS SUBSTITUTO DE RECURSO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. PLEITO DE APLICAÇÃO DA MINORANTE PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI 11.343/2006. INVIABILIDADE DE INCIDÊNCIA DO REDUTOR. EXPRESSIVA QUANTIDADE DE DROGA. AGENTE FLAGRADO NA CONDIÇÃO DE "MULA" DO TRÁFICO. CIRCUNSTÂNCIAS CONCRETAS QUE EMBASAM A CONCLUSÃO DE QUE O PACIENTE SE DEDICA A ATIVIDADES CRIMINOSAS. REGIME PRISIONAL. ADEQUAÇÃO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO CONFIGURADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

1. O Supremo Tribunal Federal, por sua Primeira Turma, e a Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, diante da utilização crescente e sucessiva do habeas corpus, passaram a restringir a sua admissibilidade quando o ato ilegal for passível de impugnação pela via recursal própria, sem olvidar a possibilidade de concessão da ordem, de ofício, nos casos de flagrante ilegalidade.

2. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça firmou-se no sentido de que não há ilegalidade na negativa de aplicação da causa especial de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006 quando a quantidade e a natureza das substâncias apreendidas permitem aferir que o agente se dedica a atividade criminosa.

3. O atual entendimento desta corte é no sentido de que o agente que transporta drogas na qualidade de "mula" do tráfico, como regra, integra organização criminosa.

(...)

5. Habeas corpus não conhecido. (HC 342.679/MS, deste Relator, QUINTA TURMA, julgado em 04/02/2016, DJe 15/02/2016) - grifei.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Do mesmo modo, esta Corte vem permitindo que a quantidade da droga apreendida impeça o reconhecimento da figura tráfico privilegiado, pois demonstra que o acusado dedica-se às atividades criminosas. Vejamos:

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006. PRETENDIDA APLICAÇÃO. REQUISITOS. NÃO PREENCHIMENTO. INDEFERIMENTO DA MINORANTE JUSTIFICADO.

1. Para a incidência do redutor previsto no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/06, é necessário o preenchimento dos requisitos legais: a) o agente seja primário; b) com bons antecedentes; c) não se dedique às atividades delituosas; e d) não integre organização criminosa.

2. No caso, mostra-se inviável a aplicação da referida causa especial de diminuição, haja vista ter sido destacado pelo Tribunal a quo o envolvimento dos pacientes com a prática de atividades ilícitas, demonstrado especialmente pela expressiva quantidade de entorpecente apreendido - 403 invólucros plásticos contendo "maconha" e um tijolo da mesma substância, totalizando peso líquido de 1.157,5 gramas.

(...)

2. Agravo regimental improvido. (AgRg no HC 275.627/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 17/12/2015, DJe 02/02/2016) - grifei.

PROCESSUAL PENAL E PENAL. HABEAS CORPUS. SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. PLEITO DE ABSOLVIÇÃO PELA AUSÊNCIA DE PROVAS. REEXAME PROBATÓRIO. INADMISSIBILIDADE PELA VIA DO WRIT. DOSIMETRIA. MINORANTE DO TRÁFICO PRIVILEGIADO. RÉU QUE SE DEDICA À ATIVIDADE CRIMINOSA. REEXAME DE PROVAS. REGIME PRISIONAL FECHADO. PREVISÃO LEGAL DECLARADA INCONSTITUCIONAL PELO STF. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. CONCESSÃO DA ORDEM DE OFÍCIO.

(...)

3. Nos termos da jurisprudência desta Corte, a quantidade e/ou a natureza da droga podem justificar a não aplicação da minorante prevista no art. 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006, quando evidenciarem a dedicação à atividade criminosa.

4. Hipótese que o Tribunal de origem, negou a aplicação do



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

benefício em virtude da quantidade e variedade das drogas apreendidas (21,4 gramas de cloridrato de cocaína, acondicionados em 34 embalagens plásticas, 0,8 gramas de cloridrato de cocaína, na forma de 18 pedras de crack e 74,3 gramas de cannabis sativa, distribuídas em 41 sacolés) aliadas a outros indicativos de que o paciente se dedicava ao tráfico de entorpecentes.

5. Considerando que a referida conclusão foi extraída dos elementos de prova colhidos ao longo da instrução e que a via eleita veda o reexame do conteúdo probatório dos autos, tem-se que os fundamentos expendidos são suficientes para embasar o afastamento do privilégio almejado.

(...)

8. Habeas corpus não conhecido, mas ordem concedida, de ofício, apenas para que o juízo das execuções, tendo em vista o trânsito em julgado da condenação, proceda à nova fixação do regime inicial de cumprimento da pena, com estrita observância às regras do art. 33 do CP, afastada a gravidade abstrata do delito, bem assim a previsão legal do art. 2º, § 1º da Lei n. 8.072/90, na redação da Lei n. 11.464/2007. (HC 250.878/RJ, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 19/04/2016, DJe 28/04/2016) - grifei.

Por oportuno, ressalte-se que a quantidade da droga apreendida, apesar de utilizada na primeira etapa da dosimetria para justificar o afastamento da pena-base do mínimo legal, não foi usada para definir o patamar da fração redutora pela incidência da minorante, mas, sim, como um dos fatores impeditivos de reconhecimento do tráfico privilegiado, por indicar a dedicação da paciente à atividade criminosa, não ocorrendo, assim, o alegado *bis in idem*.

Nesse sentido:

PENAL E PROCESSUAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. VIA INADEQUADA. TRÁFICO DE DROGAS. NULIDADE POR AFRONTA AO DEVIDO PROCESSO PENAL. INEXISTÊNCIA. QUANTIDADE DE DROGA. VALORAÇÃO PARA FIXAÇÃO DA PENA-BASE E PARA AFASTAMENTO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. BIS IN IDEM. INOCORRÊNCIA.

(...)

6. Quando a expressiva quantidade de droga encontrada em poder



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

do paciente é considerada para exasperar a pena-base e afastar o redutor previsto no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006 - por denotar que o réu se dedicava às atividades criminosas - não significa tenha havido bis in idem na dosimetria da pena, porquanto o paradigma pretoriano preocupou-se em evitar a dupla valoração da quantidade de entorpecentes na exasperação da pena-base e no dimensionamento, na modulação ou na definição do patamar daquela causa de diminuição, situação aqui não verificada, já que tal circunstância não serviu para dosar o quantum de incidência da minorante, mas para deixar de reconhecer a figura do tráfico privilegiado.

7. Na hipótese, a vultosa quantidade de droga encontrada (mais de 10kg de cocaína), acondicionada em veículo conduzido pelo paciente, demonstra sua dedicação às atividades criminosas e justifica o afastamento do redutor do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, enfraquecendo a alegação de ocorrência de bis in idem. Precedentes do STF.

8. Writ não conhecido. (HC 211.004/MT, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, QUINTA TURMA, julgado em 01/10/2015, DJe 19/10/2015) - (grifei).

Portanto, em razão das circunstâncias fáticas colhidas nos autos, as instâncias de origem concluíram que a paciente integrava organização criminosa, o que afasta a figura do tráfico privilegiado, de sorte que modificar tal entendimento importa em revolvimento fático-probatório, inviável na estreita via do *habeas corpus*.

Nesse sentido:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO. TRÁFICO DE DROGAS. MINORANTE PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006. PRETENDIDA APLICAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. DEDICAÇÃO A ATIVIDADES DELITUOSAS. REGIME PRISIONAL DIVERSO DO FECHADO. OBSERVÂNCIA DO ART. 33, § 3º, DO CP. WRIT NÃO CONHECIDO.

1. Para a aplicação da minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, são exigidos, além da primariedade e dos bons antecedentes do(a) acusado(a), que este(a) não integre organização criminosa e que não se dedique a atividades delituosas.

2. Não há constrangimento ilegal no ponto em que, fundamentadamente, não foi aplicada a causa especial de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas, à vista de elementos concretos que indicaram a dedicação do acusado à



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

atividade criminosa do tráfico.

3. Para acolher a tese defensiva de que o acusado não se dedica a atividades criminosas, seria necessário o revolvimento do conjunto fático-probatório amealhado durante a instrução criminal, providência vedada na via estreita do habeas corpus.

4. À vista da pena final aplicada (5 anos de reclusão) e da quantidade e natureza das drogas, revela-se correta a fixação do regime inicial fechado, a teor do art. 33, § 3º, do CP, pois a escolha do regime de cumprimento da pena deu-se com observância dos critérios legais, previstos no art. 42 da Lei de Drogas.

5. Ordem não conhecida. (HC 316.802/SP, Rel. ROGÉRIO SCHIETTI CRUZ, Sexta Turma, DJe 2/6/2015) – grifei.

Mantida a pena corporal, fica prejudicado o pleito de sua substituição por medidas restritivas de direitos, uma vez que a sanção aplicada é superior a 4 anos de reclusão e, por tal razão, não atende ao requisito objetivo do art. 44, I, do Código Penal.

Quanto ao regime, a despeito de a condenação ter sido à pena inferior a 8 anos de reclusão, o acórdão recorrido (fl. 70) destacou que, como a pena-base foi estabelecida acima do piso legal em razão da quantidade da droga apreendida, há circunstância judicial desfavorável que torna possível a fixação do regime inicial fechado, consoante dispõe o art. 33, § 3º, do Código Penal e art. 42 da Lei n. 11.343/2006.

Nesse sentido:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTO DE RECURSO. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. ART. 33, CAPUT, DA LEI 11.343/06. REGIME PRISIONAL FECHADO ESTABELECIDO APENAS COM BASE NA VEDAÇÃO LEGAL DO § 1º DO ART. 2º DA LEI N. 8.072/1990, JÁ DECLARADA INCONSTITUCIONAL PELO STF. VEDAÇÃO LEGAL AFASTADA. PACIENTE COM CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. ART. 33, §§ 2º E 3º DO CÓDIGO PENAL. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

(...)

- Na espécie, em que pese o regime inicial fechado ter sido estabelecido com base na vedação legal, já declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal, não há razões para flexibilizá-lo, à luz do art. 33 do Código Penal. Isso porque, a despeito de ter sido condenada à pena de 5 anos e 10 meses, a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

paciente teve a pena-base estabelecida acima do piso legal, em razão da grande quantidade de drogas apreendidas, circunstância que torna possível a fixação do regime inicial fechado, consoante dispõe o art. 33, §§ 2º e 3º, e art. 59, ambos do Código Penal. Precedentes.

- Habeas Corpus não conhecido. (HC 298.410/SP, de minha relatoria, Quinta Turma, julgado em 22/9/2015, DJe 30/9/2015) - grifei.

HABEAS CORPUS. WRIT SUBSTITUTIVO. TRÁFICO DE DROGAS. REGIME INICIAL FECHADO. CONDENADO PRIMÁRIO, CUJA PENA SEJA SUPERIOR A 4 ANOS E NÃO EXCEDA A 8. EXISTÊNCIA DE CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL SOPESADA NA PRIMEIRA FASE DA DOSIMETRIA. OBSERVÂNCIA DO ART. 33, § 3º DO CP. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. IMPETRAÇÃO NÃO CONHECIDA.

1. Após a declaração incidental, pelo Supremo Tribunal Federal, do óbice contido no § 1º do art. 2º da Lei n. 8.072/1990, tem-se que ele não constitui fundamentação idônea a justificar a fixação do regime inicial fechado, haja vista que, para estabelecer o regime de cumprimento de pena, deve o magistrado avaliar o caso concreto de acordo com os parâmetros estabelecidos pelo art. 33 e parágrafos, do Código Penal.

2. Não há ilegalidade na fixação do regime inicial fechado ao paciente não reincidente, condenado a pena superior a 4 anos de reclusão e não excedente a 8 anos, com registro de circunstância judicial desfavorável sopesada na primeira fase da dosimetria (grande quantidade de cocaína).

3. À luz do art. 33, § 3º, do CP e da fundamentação global da sentença - que deve se analisada como um todo e não por capítulos - encontra-se justificada a fixação do regime inicial mais gravoso.

4. Writ não conhecido. (HC n. 228.963/SP, Relator Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, Sexta Turma, julgado em 16/4/2015, DJe 27/4/2015) - grifei.

Ante o exposto, inexistindo coação ilegal a ser reconhecida *ex officio* por esta Corte, **não conheço** do *habeas corpus*, pois manifestamente incabível na espécie.

É como voto.

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2014/0024691-0

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 288.046 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00018365520104013601 00026675820094036002 18365520104013601 200960020026677
201036010013721 26675820094036002

EM MESA

JULGADO: 02/06/2016

Relator

Exmo. Sr. Ministro **REYNALDO SOARES DA FONSECA**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **FRANCISCO XAVIER PINHEIRO FILHO**

Secretário

Me. **MARCELO PEREIRA CRUVINEL**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO
IMPETRADO : TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3A REGIÃO
PACIENTE : RUTH MIRIAN RIOS

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes Previstos na Legislação Extravagante - Crimes de Tráfico Ilícito e
Uso Indevido de Drogas

CERTIDÃO

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

"A Turma, por unanimidade, não conheceu do pedido."

Os Srs. Ministros Ribeiro Dantas, Joel Ilan Paciornik, Felix Fischer e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.