



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 365.603 - SP (2016/0204848-0)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO
IMPETRADO : TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3A REGIÃO
PACIENTE : RWEYEMAMU ALAIN KAGARUKI (PRESO)

EMENTA

PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. PENA-BASE. QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA APREENDIDA. EXASPERAÇÃO JUSTIFICADA. MINORANTE DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. PACIENTE CUJA FUNÇÃO É O TRANSPORTE DA DROGA (MULA). FUNDAMENTOS VÁLIDOS PARA A MODULAÇÃO DO ÍNDICE DE REDUÇÃO. CRITÉRIO IDÔNEO. AUSÊNCIA DE MANIFESTA ILEGALIDADE. *WRIT* NÃO CONHECIDO.

1. Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação no sentido de que não cabe *habeas corpus* substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado a justificar a concessão da ordem de ofício.

2. A individualização da pena, como atividade discricionária do julgador, está sujeita à revisão apenas nas hipóteses de flagrante ilegalidade ou teratologia, quando não observados os parâmetros legais estabelecidos ou o princípio da proporcionalidade, o que não é o caso dos autos.

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

4. Hipótese em que, nos termos do art. 59, do CP, c/c o art. 42 da Lei n. 11.343/2006, as instâncias ordinárias, na primeira etapa da dosimetria, fixaram a pena-base no patamar de 6 anos e 3 meses de reclusão, considerando como desfavoráveis a quantidade e a natureza da droga apreendida (5.065g de cocaína), o que não se mostra desproporcional.

5. Nos termos do disposto no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, os condenados pelo crime de tráfico de drogas terão a pena reduzida, de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços), quando forem reconhecidamente primários, possuírem bons antecedentes e não se dedicarem a atividades criminosas ou integrem organização criminosa.

6. Segundo reiterada jurisprudência deste Tribunal Superior, o mencionado benefício legal tem como objetivo favorecer os pequenos e eventuais traficantes, não alcançando aqueles que fazem do tráfico de drogas um meio de vida. Precedentes.

7. A simples atuação como "mula", por si só, não induz que o paciente integre organização criminosa, de forma estável e permanente, não constituindo, portanto, fundamento idôneo para afastar a aplicação do redutor em sua totalidade, tratando-se de meras ilações, presunções ou conjecturas, até por que pode se



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

tratar de recrutamento único e eventual. Precedente do STF.

8. Embora atuação na condição de "mula" não seja suficiente para denotar que o paciente íntegro, de forma estável e permanente, organização criminosa, é considerada como circunstância concreta e elemento idôneo para valorar negativamente a conduta do agente, na terceira fase da dosimetria, a fim de se modular a aplicação da causa especial de diminuição de pena pelo tráfico privilegiado, por ter o agente conhecimento de que auxilia o crime organizado no tráfico internacional. Precedente do STF.

9. No caso, as instâncias ordinárias, dentro do critério de discricionariedade vinculada do julgador na individualização da pena, reduziu motivadamente a pena em 1/6, por considerarem que o paciente, embora não íntegro, de forma permanente e estável, organização criminosa, "tinha consciência de que, com sua participação no transporte da droga, colaborava decisivamente para o sucesso de um grupo criminoso internacional", o que não se mostra desproporcional.

10. Inalterado o *quantum* da pena fixada, ficam mantidos o regime inicial fixado (semiaberto) e a inviabilidade de sua substituição por restritivas de direitos, nos moldes exarados nas decisões ordinárias.

11. *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 Joel Ilan Paciornik, Felix Fischer, Jorge Mussi e Reynaldo Soares da Fonseca votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 06 de dezembro de 2016(data do julgamento)

Ministro RIBEIRO DANTAS
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 365.603 - SP (2016/0204848-0)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO
IMPETRADO : TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO
PACIENTE : RWEYEMAMU ALAIN KAGARUKI (PRESO)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO RIBEIRO DANTAS (Relator):

Trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, com pedido liminar, impetrado em favor de **RWEYEMAMU ALAIN KAGARUKI**, em que se aponta como autoridade coatora o Tribunal Federal Regional da 3ª Região.

Consta nos autos que o paciente foi condenado à pena de 5 (cinco) anos e 22 (vinte e dois) dias de reclusão, em regime semiaberto, e ao pagamento de 500 (quinhentos) dias-multa, como incurso no art. 33, *caput* e § 4º, c/c o art. 40, I, ambos da Lei n. 11.343/2006.

Em sede recursal, o Tribunal de origem negou provimento às apelações da acusação e da defesa.

Neste *writ*, o impetrante insurge-se contra a dosimetria da pena, sustentando ser desproporcional a exasperação da pena-base com base apenas na quantidade não considerável e na natureza da droga apreendida (5.065g de cocaína), inerentes ao próprio tipo penal, incorrendo as instâncias ordinárias no vedado *bis in idem*.

Aduz que, embora o paciente seja primário, possua circunstâncias judiciais favoráveis e não se dedique à atividade ilícita nem integre organização criminosa, as instâncias ordinárias deixaram de aplicar a causa especial de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, em seu patamar máximo, por ter o paciente participado, uma única vez, de ato criminoso na condição de "mula", o que entende não ser suficiente para demonstrar que integrou organização criminosa.

Requer, inclusive liminarmente, a fixação da pena-base no mínimo, a aplicação do redutor do art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, em seu patamar máximo, e, consequentemente, a fixação do regime aberto e sua substituição por restritivas de direitos.

Liminar indeferida (e-STJ, fl. 510).

O Ministério Público Federal opinou pelo não conhecimento do *writ* (e-STJ, fls. 518-521).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 365.603 - SP (2016/0204848-0)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO
IMPETRADO : TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3A REGIÃO
PACIENTE : RWEYEMAMU ALAIN KAGARUKI (PRESO)

EMENTA

PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. PENA-BASE. QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA APREENDIDA. EXASPERAÇÃO JUSTIFICADA. MINORANTE DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. PACIENTE CUJA FUNÇÃO É O TRANSPORTE DA DROGA (MULA). FUNDAMENTOS VÁLIDOS PARA A MODULAÇÃO DO ÍNDICE DE REDUÇÃO. CRITÉRIO IDÔNEO. AUSÊNCIA DE MANIFESTA ILEGALIDADE. *WRIT* NÃO CONHECIDO.

1. Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação no sentido de que não cabe *habeas corpus* substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado a justificar a concessão da ordem de ofício.

2. A individualização da pena, como atividade discricionária do julgador, está sujeita à revisão apenas nas hipóteses de flagrante ilegalidade ou teratologia, quando não observados os parâmetros legais estabelecidos ou o princípio da proporcionalidade, o que não é o caso dos autos.

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

4. Hipótese em que, nos termos do art. 59, do CP, c/c o art. 42 da Lei n. 11.343/2006, as instâncias ordinárias, na primeira etapa da dosimetria, fixaram a pena-base no patamar de 6 anos e 3 meses de reclusão, considerando como desfavoráveis a quantidade e a natureza da droga apreendida (5.065g de cocaína), o que não se mostra desproporcional.

5. Nos termos do disposto no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, os condenados pelo crime de tráfico de drogas terão a pena reduzida, de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços), quando forem reconhecidamente primários, possuírem bons antecedentes e não se dedicarem a atividades criminosas ou integrarem organização criminosa.

6. Segundo reiterada jurisprudência deste Tribunal Superior, o mencionado benefício legal tem como objetivo favorecer os pequenos e eventuais traficantes, não alcançando aqueles que fazem do tráfico de drogas um meio de vida. Precedentes.

7. A simples atuação como "mula", por si só, não induz que o paciente integre organização criminosa, de forma estável e permanente, não constituindo, portanto, fundamento idôneo para afastar a aplicação do redutor em sua totalidade, tratando-se de meras ilações, presunções ou conjecturas, até por que pode se tratar de recrutamento único e eventual. Precedente do STF.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

8. Embora atuação na condição de "mula" não seja suficiente para denotar que o paciente integre, de forma estável e permanente, organização criminosa, é considerada como circunstância concreta e elemento idôneo para valorar negativamente a conduta do agente, na terceira fase da dosimetria, a fim de se modular a aplicação da causa especial de diminuição de pena pelo tráfico privilegiado, por ter o agente conhecimento de que auxilia o crime organizado no tráfico internacional. Precedente do STF.
9. No caso, as instâncias ordinárias, dentro do critério de discricionariedade vinculada do julgador na individualização da pena, reduziu motivadamente a pena em 1/6, por considerarem que o paciente, embora não integre, de forma permanente e estável, organização criminosa, "tinha consciência de que, com sua participação no transporte da droga, colaborava decisivamente para o sucesso de um grupo criminoso internacional", o que não se mostra desproporcional.
10. Inalterado o *quantum* da pena fixada, ficam mantidos o regime inicial fixado (semiaberto) e a inviabilidade de sua substituição por restritivas de direitos, nos moldes exarados nas decisões ordinárias.
11. *Habeas corpus* não conhecido.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO RIBEIRO DANTAS (Relator):

Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação no sentido de que não cabe *habeas corpus* substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado.

Nesse contexto, passo ao exame das supostas ilegalidades apontadas pela defesa. Eis o teor da sentença condenatória, no tocante à individualização da pena (e-STJ, fls. 258-266):

"1ª Fase

Tratando-se do crime de tráfico internacional de drogas, devem ser consideradas, com preponderância sobre as circunstâncias previstas no art. 59 do Código Penal (culpabilidade, antecedentes, conduta social, personalidade do agente, motivos, circunstâncias e consequências do crime e comportamento da vítima), a natureza e a quantidade do entorpecente e a personalidade e a conduta social do agente (cfr. Lei 11.343/06, art. 42).

Na linha defendida por parcela considerável da doutrina, entendo que a culpabilidade de que trata o art. 59 do Código Penal, enquanto juízo de reprovação social que o crime e o seu autor merecem, equivale ao conjunto de todas as demais circunstâncias judiciais postas no art. 59 (vide, por todos, GUILHERME DE SOUZA NUCCI, Código Penal comentado, versão compacta. Editora RT, 2009, p. 302) razão pela qual deixo de analisá-la em separado.

O réu não registra antecedentes conhecidos.

Não há nos autos elementos a respeito da conduta social (papel do agente na comunidade, no contexto da família, do trabalho, etc.) e da personalidade do réu (conjunto de atributos psicológicos da pessoa, que determinam seus padrões de pensar, sentir e agir, conferindo-lhe



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

individualidade) que recomendem majoração da pena mínima nesse particular.

No que toca aos motivos do crime, o réu afirmou em seu interrogatório ter praticado o crime por conta de suas necessidades financeiras. Na linha do acima exposto - no sentido de que dificuldades financeiras não justificam o cometimento de delitos - não há como se valorar positivamente esta circunstância.

As circunstâncias e conseqüências do crime ligam-se intimamente com a natureza e a quantidade da droga apreendida com o réu, dizendo respeito, basicamente, às condições de tempo, modo e lugar em que praticado o delito e ao mal dele decorrente.

Neste particular, vê-se que o réu RWEYEMAMU ALAIN KAGARUKI foi preso quando embarcava com destino ao exterior, transportando consigo 5.065g (cinco mil e sessenta e cinco gramas - peso líquido) do cocaína, psicotrópico de elevado efeito nocivo ao organismo dos usuários e às suas relações sociais e familiares.

De resto, considerando que a cocaína é droga cujo uso mais comum se dá em porções de poucos gramas, é inegável que a quantidade apreendida com o réu apresentava considerável potencial destrutivo, podendo desgraçar a vida de incontáveis usuários e famílias.

É manifestamente desfavorável ao réu, destarte, esta circunstância judicial (que, repise-se, o art. 42 da Lei 11.343/06 manda que seja considerada com preponderância sobre as demais).

Assentadas as considerações acima, tenho que, nesta primeira fase de fixação da pena, a pena-base deve ficar acima do mínimo legal, por serem desfavoráveis ao réu as circunstâncias judiciais.

A fim de estabelecer um critério objetivo dotado de razoabilidade para o aumento de pena decorrente da natureza e da quantidade de droga transportada, tenho que, diante de uma escala de aumentos possíveis que vai de 1/6 a 2/3 (1/6, 1/5, 1/4, 1/3, 1/2 e 2/3, desprezadas frações intermediárias muito próximas), quantidades acima de 500g e até 2kg devem merecer menor aumento, de 1/6; acima de 2kg até 4kg, 1/5; de 4kg até 7kg, 1/4; de 7kg a 10kg, 1/3; de 10kg a 15kg, 1/2; e acima de 15kg, 2/3. Nesse passo, sendo as circunstâncias judiciais desfavoráveis ao réu (uma das quais preponderante, relativa aos 5.065g de droga transportada), aumento a pena mínima do réu em 1/4, fixando a pena-base em 6 (seis) anos o 3 (três) meses de reclusão o 620 dias-multa.

2ª fase

Não foram aventadas agravantes nos autos.

Está presente a atenuante da confissão, prevista no art. 65, inciso III, alínea 'd' do Código Penal.

[...]

Tendo sido utilizadas em desfavor do réu - para comprovação cabal de elementos do crime - impõe-se a sua utilização, por medida de justiça, também para fins de atenuação da pena.

Nesse cenário, reconhecida a atenuante da confissão espontânea, reduzo a pena do réu em 1/6 (menor fração prevista pela lei para diminuição nas minorantes), fixando-a em 5 (cinco) anos, 2 (dois) meses e 15 (quinze) dias de reclusão e 520 dias-multa, lembrando que o reconhecimento de atenuantes, na 2ª fase de fixação da pena, não pode levar a pena abaixo do mínimo legal, nos termos da Súmula 231 do C. Superior Tribunal de Justiça ("A incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

pena abaixo do mínimo legal").

3ª Fase

Incide no caso a causa do aumento de pena prevista no art. 40, inciso I da Lei 11.343/06, decorrente da transnacionalidade do tráfico de drogas, nos termos precedentemente expostos.

[...]

Nesse passo, aumento a pena fixada até aqui em 1/6, resultando em 6 (seis) anos o 27 (vinte e sete) dias de reclusão o 600 dias-multa.

Não tendo sido invocadas pelo Ministério Público Federal outras causas de aumento de pena, quer da parte geral do Código Penal, quer da lei especial de drogas, passo ao exame das possíveis causas de diminuição.

[...]

Incide na espécie a causa de diminuição de pena prevista no art. 33, §4º da Lei 11.343/06, que estabelece que "Nos delitos definidos no caput e no §1º deste artigo, as penas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, vedada a conversão em penas restritivas de direitos, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa" (grifamos).

Na hipótese dos autos, é indubitado que o réu RWEYEMAMU ALAIN KAGARUKI é primário e não ostenta maus antecedentes. Além disso, não há prova de que se dedique a atividades criminosas.

Dúvida poderia haver, em realidade, apenas quanto ao réu integrar ou não "organização criminosa".

Diante do acervo probatório produzido nos autos, vê-se que a conduta do réu se ajusta com perfeição à figura que a prática policial e forense convencionou chamar "mula" do tráfico.

Nas palavras do eminente Desembargador Federal NELTON DOS SANTOS, "As 'mulas' funcionam, no contexto do tráfico internacional de entorpecentes, como agentes ocasionais de transporte das drogas. Não se subordinam de modo permanente às organizações criminosas, não integram seus quadros, mas servem para assegurar a insuspeição da prática criminosa (TRF3, Apelação Criminal, 200961190043184, Segunda Turma, Rel. Des. Federal NELTON DOS SANTOS; DJF3 -05/05/2011).

Assim, "Conquanto não integre, em caráter estável e permanente, a organização criminosa, a assim denominada 'mula' tem plena consciência de que está a serviço de um grupo dessa natureza. Desse modo, a redução de pena ditada pelo §4º do artigo 33 da Lei n.º 11.343/2006 não deve ser superior a 1/6 (um sexto)" (Apelação Criminal, 200961190023057, Segunda Turma, Rel. Des. Federal NELTON DOS SANTOS, DJF3 04/11/2010).

Acompanho integralmente a orientação jurisprudencial acima exposta.

Entendo, de um lado - e seja-me permitido dizê-lo com máximo respeito aos que entendem diversamente - que não se pode afirmar que a "mula" do tráfico integra a organização criminosa, uma vez que, para tanto, seria indispensável que houvesse um vínculo minimamente estável e permanente entre a "mula" e os demais membros da organização, o que via de regra não ocorre.

Demais disso, não se pode perder de perspectiva que, desde o advento da Lei 12.850/13 (que conceituou o que se deve entender por organização criminosa [art. 1º, §1º: considera-se organização criminosa a associação de 4(quatro) ou mais pessoas estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas, ainda que informalmente, com objetivo de obter, direta



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza, mediante a prática de infrações penais cujas penas máximas sejam superiores a 4 (quatro) anos, ou que sejam de caráter transnacional") e previu 'especificamente o delito autônomo de "integrar organização criminosa", com pena de 3 a 8 anos (art. 2º)), afirmar que a mula integra organização criminosa significa imputar-lhe a prática de um outro crime específico, impondo ao Ministério Público Federal, necessariamente, a demonstração das elementares do tipo, ainda que com vistas exclusivamente ao afastamento do benefício de redução de pena do crime de tráfico previsto no art. 33, §4º da Lei 11.343/06.

Vale dizer, após a Lei 12.850/13, ou a mula integra a organização criminosa - e, além de não fazer jus ao benefício penal previsto no art. 33, §4º da Lei 11.343/06, deve ser denunciada também pelo crime previsto no art. 2º da Lei 12.850/13 - ou não integra a organização e, destarte, tem direito à causa de redução de pena prevista na Lei de Drogas.

Assim, me parece que não se pode afastar das "mulas", pura o simplesmente - i.é., sem que se demonstre o efetivo appartenere da mula ao grupo criminoso organizado, com as conseqüências das Lei 12.850/13 - a aplicação da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, §4º da Lei de Drogas, uma vez que, não integrando organização criminosa, preenchem o último requisito legal para o benefício penal.

De outro lado, contudo, é inegável que, no caso concreto, embora não integrando efetivamente a organização criminosa, o réu, quando aceitou a proposta de transportar drogas de um país a outro - recebendo e entregando o entorpecente a pessoas distintas em cenário claramente preparado e organizado, com oferta de pagamento pelo serviço - tinha plena consciência de que, com sua participação no transporte da droga colaborava decisivamente para o sucesso do um grupo criminoso internacional (ainda que sem integrá-lo).

Sendo assim, entendo que, mesmo fazendo jus à causa de diminuição de pena prevista no art. 33, §4º da Lei 11.343/06, o réu deve ser beneficiado pelo menor patamar da redução - 1/6 - reservando-se os patamares maiores aos que, não integrando organizações criminosas, com elas sequer se relacionem.

Postas estas razões, reduzo a pena fixada até aqui em 1/6, e TORNO DEFINITIVA a pena privativa de 5 (cinco) anos e 22 (vinte e dois) dias de reclusão e multa de 500 dias-multa."

A Corte *a quo*, por sua vez, negou provimento aos apelos defensivo e ministerial, mantendo a dosimetria da pena nos moldes da sentença condenatória (e-STJ, fls. 433-437).

Inicialmente, convém destacar que a individualização da pena, como atividade discricionária vinculada do julgador, será revista apenas nas hipóteses de manifesta ilegalidade ou arbitrariedade, quando não observados os parâmetros estabelecidos na legislação de regência e o princípio da proporcionalidade.

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

No caso, da leitura dos excertos, não verifico o alegado constrangimento ilegal, haja vista que instâncias ordinárias, motivadamente, fixaram a pena-base no patamar de 6 anos e 3 meses de reclusão, considerando como desfavoráveis a quantidade e a natureza da droga



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

apreendida (5.065g de cocaína), nos termos do art. 59, do Código Penal, e do art. 42 da Lei n. 11.343/2006, o que não se mostra desproporcional.

Nesse sentido:

"*HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO DE DROGAS. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. QUANTIDADE DA DROGA. POSSIBILIDADE. APLICAÇÃO DA CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DO ART. 33, § 4º, DA LEI DE DROGAS. INVIABILIDADE DE INCIDÊNCIA DO REDUTOR. DEDICAÇÃO À ATIVIDADES CRIMINOSAS. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. *QUANTUM* SUPERIOR A 4 ANOS. REGIME INICIAL FECHADO. POSSIBILIDADE. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO CONFIGURADO. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO.

- O Supremo Tribunal Federal, por sua Primeira Turma, e a Terceira Seção deste 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.

- Consoante o disposto no artigo 42 da Lei 11.343/2006, na fixação da pena do crime de tráfico de drogas, o juiz deve considerar, com preponderância sobre o previsto no artigo 59 do Estatuto Repressivo, a natureza e a quantidade da substância entorpecente, a personalidade e a conduta social do agente. No caso, a pena-base foi fixada acima do mínimo legal em razão da quantidade da droga (116 invólucros de cocaína).

[...]

- No caso, tendo a pena-base sido fixada acima do mínimo legal (6 anos) não se vislumbra ilegalidade na fixação do regime mais gravoso.

- Uma vez que a pena privativa de liberdade foi arbitrada em patamar superior a 4 anos, não há se falar em substituição da reprimenda por restritivas de direitos.

- *Habeas corpus* não conhecido. "

(HC 359.550/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, DJe 29/6/2016).

Quanto à aplicação da causa especial de diminuição de pena, consigna-se que, nos termos do disposto no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, os condenados pelo crime de tráfico de drogas terão a pena reduzida, de um sexto a dois terços, quando forem reconhecidamente primários, possuírem bons antecedentes e não se dedicarem a atividades criminosas ou integrar organizações criminosas.

Dispõe o art. 42 da Lei de Drogas que "o juiz, na fixação das penas, considerará, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da substância ou do produto, a personalidade e a conduta social do agente".

Nesse contexto, esta Corte firmou o entendimento no sentido de que, na falta de indicação pelo legislador de balizas para o *quantum* de redução, a natureza e a quantidade de droga apreendida, assim como as demais circunstâncias do art. 59 do CP, podem ser utilizadas na definição de tal índice ou, até mesmo, para impedir a aplicação da minorante quando evidenciarem a dedicação do agente ao tráfico de entorpecentes (AgRg no AREsp 628.686/MG, Rel. Ministra MARIA TEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, DJe 2/3/2015).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Por fim, cabe salientar que, segundo reiterada jurisprudência deste Tribunal Superior, o mencionado benefício legal tem como objetivo favorecer os pequenos e eventuais traficantes, não alcançando aqueles que fazem do tráfico de drogas um meio de vida (AgRg no AREsp 648.408/SP, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, DJe 5/10/2015; AgRg no REsp 1423806/SP; Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, QUINTA TURMA, DJe 20/8/2015).

In casu, verifica-se que as instâncias ordinárias, considerando a primariedade e os bons antecedentes do paciente, bem como o fato de não se dedicar a atividades criminosas nem integrar organização criminosa, entenderam por aplicar o redutor pelo tráfico privilegiado, fixando-o na fração de 1/6, ao fundamento de que, embora o agente não integre organização criminosa de forma estável e permanente, a condição de transportador eventual de drogas, denominado "mula", denota que tem consciência de que está a serviço de grupo criminoso, de forma que a citada benesse somente poderia ser aplicada na fração mínima.

Quanto ao tema, este Superior Tribunal de Justiça, alinhando-se à decisão do Supremo Tribunal Federal, no HC 101.265/SP, Rel. Ministro AYRES BRITTO, Segunda Turma, DJe 6/8/2012, firmou o entendimento no sentido de que o simples fato de o agente atuar como mula do tráfico de drogas é indicativo de que compõe organização criminosa, de forma que tal premissa, por si só, seria suficiente para afastar, em sua totalidade, o benefício de redução pleiteado. Razão pela não haveria ilegalidade na escolha do *quantum* aplicado, visto que sequer deveria ter sido concedida a benesse.

Confira-se, a propósito, os seguintes julgados de ambas as turmas da Terceira Seção deste Sodalício:

PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. VIOLAÇÃO DO ARTIGO 42 DA LEI 11.343/2006 E DO ART. 59 DO CP. PENA-BASE. DOSIMETRIA. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE. FUNÇÃO DE MULA. DIMINUIÇÃO DA PENA (ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006). BIS IN IDEM. INOVAÇÃO RECURSAL. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.

1. A assertiva de que a natureza e a quantidade da substância foram utilizadas na primeira e terceira fase da dosimetria (bis in idem) não foi objeto do recurso especial, cuidando-se de inovação recursal inadmissível no âmbito do agravo regimental, em vista do instituto de preclusão consumativa.

2. O STF e o STJ possuem precedentes no sentido de que o acusado, enquanto no exercício da função de 'mula', integra organização criminosa, não preenchendo, portanto, os requisitos exigidos para a aplicação da redutora. O recorrente já foi indevidamente beneficiado com a causa de diminuição do art. 33, §4º, da Lei de Drogas no percentual de 1/6.

3. A título de elucidação, esclareço que a pena-base foi fixada acima do patamar mínimo, em razão da natureza e da quantidade de droga - 3,475g de cocaína - e o quantum de redução (1/6) pela incidência do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, encontra-se devidamente justificado por se tratar de caso envolvendo as denominadas "mulas".

4. Desconstituir os argumentos utilizados pelo Tribunal de origem para diminuir a pena do recorrente demandaria inevitável revolvimento fático e probatório, inviável na via eleita, nos termos da Súm. n. 7/STJ.

5. Agravo regimental não provido.

(AgRg no AREsp 653.389/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 05/11/2015, DJe 11/11/2015)

AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PENAL. TRÁFICO INTERNACIONAL DE DROGAS. (5,54 KG DE COCAÍNA). VIOLAÇÃO DO ART. 59 DO CP. PENA-BASE. EXASPERAÇÃO. ART. 42 DA LEI N. 11.343/2006.

FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. OMISSÃO NA ANÁLISE DE OUTRAS CIRCUNSTÂNCIAS FAVORÁVEIS. TEMA QUE NÃO FOI ENFRENTADO NA CORTE DE ORIGEM. FALTA DE PREQUESTIONAMENTO. VIOLAÇÃO DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. FRAÇÃO MÍNIMA. FUNDAMENTAÇÃO ADEQUADA. REGIME FECHADO. ILEGALIDADE. IMPROCEDÊNCIA. SUBSTITUIÇÃO. INVIABILIDADE. ÓBICE LEGAL (ART. 44, I, DO CP).

1. Inexiste ilegalidade na majoração da pena-base em 2 anos e 9 meses de reclusão, em razão da quantidade de drogas apreendidas (5, 54 kg de cocaína), pois é fator preponderante a ser considerado, nos termos do art. 42 da Lei n. 11.343/2003.

2. A alegação defensiva de que outras circunstâncias judiciais favoráveis ao recorrente não foram sopesadas no cálculo da pena-base não foi debatida no acórdão impugnado, tampouco foi objeto de aclaratórios, razão pela qual o exame de eventual violação do art.

59 do Código Penal, sob esse enfoque, carece do indispensável prequestionamento (Súmulas 282 e 356/STF).

3. A circunstância de o recorrente atuar como mula do tráfico, por si só, já consubstanciaria motivo idôneo para exclusão do redutor especial (precedentes do STJ e do STF). Logo, não há ilegalidade na opção adotada pelo Tribunal a quo em utilizar tal fundamento para manter o redutor no patamar mínimo (1/6).

4. Não há ilegalidade na fixação do regime semiaberto (art. 33, § 2º, b, do CP). Mantida a reprimenda em patamar superior a 4 anos, inviável o pedido de substituição da pena (art. 44, I, do CP).

5. Agravo regimental improvido.

(AgRg no AREsp 675.690/SP, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 17/11/2015, DJe 04/12/2015)

Entretanto, ressalvo minha compreensão, quanto ao tema, para acompanhar o atual entendimento do Supremo Tribunal Federal acerca da matéria, no sentido de que a simples atuação como "mula", por si só, não induz que o paciente integre organização criminosa, de forma estável e permanente, não constituindo, portanto, fundamento idôneo para afastar a aplicação do redutor em sua totalidade, tratando-se de meras ilações, presunções ou conjecturas, até porque pode se tratar de recrutamento único e eventual.

Confira-se, a propósito, a ementa do HC 134.597/SP, Rel. Ministro DIAS TOFFOLI, Segunda Turma, DJe 9/8/2016:

Habeas corpus. Penal e Processual Penal. Tráfico de drogas (art. 33, *caput*, da Lei nº 11.343/06). Pena-base. Majoração. Valoração negativa da natureza e da quantidade da droga (2.596 g de cocaína). Admissibilidade. Vetores a serem considerados necessariamente na dosimetria (art. 59, CP e art. 42 da Lei nº 11.343/06). “Mula”. Aplicação da causa de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei de Drogas. Admissibilidade. Inexistência de prova de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

que o paciente integre organização criminosa. Impossibilidade de negar a incidência da causa de diminuição de pena com base em ilações ou conjecturas. Precedentes. Percentual de redução de pena: 1/6 (um sexto). Admissibilidade. Fixação em atenção ao grau de auxílio prestado pelo paciente ao tráfico internacional. Ordem de *habeas corpus* concedida, para o fim de cassar o acórdão recorrido e restabelecer o julgado do Tribunal Regional Federal da 3ª Região Federal.

1. É pacífico o entendimento do Supremo Tribunal Federal de que a natureza e a quantidade da droga constituem motivação idônea para a exasperação da pena-base, nos termos do art. 59 do Código Penal e do art. 42 da Lei nº 11.343/06. Precedentes.

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

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

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

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

6. Ordem de *habeas corpus* concedida, para o fim de se cassar o acórdão recorrido e de se restabelecer o julgado do Tribunal Regional Federal da 3ª Região Federal, que redimensionou a pena imposta ao paciente para 4 (quatro) anos, 10 (dez) meses e 10 (dez) dias de reclusão e 485 (quatrocentos e oitenta e cinco) dias-multa.

Ainda dentro do matéria debatida, consoante se verifica do citado julgado, firmou-se também no Pretório Excelso o entendimento de que a atuação do paciente na condição de “mula”, embora não seja suficiente para denotar que integre, de forma estável e permanente, organização criminosa, é considerada circunstância concreta e elemento idôneo para valorar negativamente a conduta do agente, na terceira fase da dosimetria, modulando-se a aplicação da causa especial de diminuição de pena pelo tráfico privilegiado, por ter conhecimento de que auxilia o crime organizado no tráfico internacional.

Nesse sentido, cito ainda o julgado da Primeira Turma do STF, no HC 120.985, Rel. Ministra ROSA WEBER, DJe 30/6/2016:

Habeas corpus. Penal. Condenação pelo delito de tráfico de drogas. Dosimetria. Causa especial de redução de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas. Pretendido reconhecimento em seu patamar máximo de 2/3 (dois terços). Impossibilidade. Justificativa idônea para aplicação do percentual de 1/6 (um sexto). Paciente que, embora não integrasse organização criminosa, atuou conscientemente a seu rogo, visto que foi contratado para transportar a droga até o Brasil. Improriedade do *writ* para revisitar o juízo feito pelas instâncias de mérito quanto à reprovabilidade da conduta para ponderar a respeito de qual seria a pena adequada ao caso.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Precedentes. Ordem denegada.

1. Razão não assiste à impetrante quanto ao pretendido reconhecimento da causa especial de redução de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas em seu grau máximo de 2/3 (dois terços).
2. O paciente foi surpreendido transportando, em 43 (quarenta e três) cápsulas alojadas em seu corpo, 614 g (seiscentos e quatorze gramas) de cocaína, tendo confessado ter sido contratado para trazer a droga para São Paulo pela quantia de \$ 500 (quinhentos) dólares, conforme relatado em interrogatório policial e judicial.
3. A aplicação da causa de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06 em 1/6 (um sexto) pelo Tribunal Regional Federal da 3ª Região mostra-se suficientemente fundamentada nas circunstâncias subjetivas do caso, considerando, para tanto, que o paciente conscientemente atuou a rogo de organização criminosa, já que admitiu ter sido contratado para trazer a substância entorpecente até o Brasil.
4. Consoante pacífica jurisprudência da Corte, o *habeas corpus* não é a via adequada para revisitar o juízo feito pelas instâncias de mérito quanto à reprovabilidade da conduta do paciente para ponderar a respeito de qual seria a pena adequada ao caso concreto.
5. Ordem denegada.

Dessa forma, conforme se extrai dos excertos, as instâncias ordinárias, em consonância com o entendimento da Suprema Corte, concluíram motivadamente pela aplicação do redutor no patamar de 1/6, por considerarem que o paciente, embora não integre, de forma permanente e estável, organização criminosa, "tinha consciência de que, com sua participação no transporte da droga, colaborava decisivamente para o sucesso de um grupo criminoso internacional".

Portanto, devidamente motivado o agravamento da sanção nas circunstâncias concretas do delito (paciente que, atuando na condição de "mula", tinha conhecimento de que auxiliava o crime organizado no tráfico internacional), a escolha do *quantum* de redução é questão afeta à atividade discricionária do julgador, que só pode ser alterada quando verificada sua desproporcionalidade, o que não é o caso dos autos.

A esse respeito:

"(...)

CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006. FRAÇÃO DO REDUTOR. DISCRICIONARIEDADE. MITIGAÇÃO INFERIOR AO MÁXIMO ACERTADA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. ALTERAÇÃO DO PATAMAR ADOTADO. INVIABILIDADE.

1. Sabe-se que § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/06 dispõe que, para o crime de tráfico de entorpecentes e suas figuras equiparadas, as penas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, desde que: a) o agente seja primário; b) com bons antecedentes; c) não se dedique às atividades criminosas; e d) não integre organização criminosa.
2. No tocante aos critérios para a escolha do patamar de diminuição, cumpre destacar que o legislador apontou apenas os pressupostos para a incidência do benefício legal, deixando, contudo, de estabelecer os parâmetros para dirimir entre a menor e a maior frações indicadas para a mitigação pela incidência do § 4º do art. 33 da nova Lei de Drogas.
3. Inexiste ilegalidade na aplicação da minorante na fração de 1/6 (um



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

sexto), porquanto devidamente fundamentada na gravidade concreta da conduta.

(...)

3. *Habeas Corpus* não conhecido."

(HC 331.685/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 23/02/2016, DJe 29/02/2016.)

"RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA. MAUS ANTECEDENTES. PERÍODO DEPURADOR. FRAÇÃO DA MINORANTE. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. RECURSO NÃO PROVIDO.

(...)

5. A escolha do percentual de diminuição de pena previsto no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 decorre da discricionariedade vinculada do julgador, de modo que a alteração do quantum de redução nesta instância superior depende da demonstração de ilegalidade ou de teratologia, inexistente no caso.

6. Recurso especial não provido."

(REsp 1160440/MG, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 17/03/2016, DJe 31/03/2016.)

Por fim, inalterado o *quantum* da pena fixada, ficam mantidos, nos moldes exarados nas decisões ordinárias, o regime inicial fixado (semiaberto) e a inviabilidade de sua substituição por restritivas de direitos, visto que foram estabelecidos nos termos dos arts. 33, § 2º, "b", e 44, I, ambos do Código Penal.

Diante do exposto, **não conheço** deste *habeas corpus*.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2016/0204848-0

HC 365.603 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00089941720134036119 03382013 201361190089941 3382013 61992013
89941720134036119

EM MESA

JULGADO: 06/12/2016

Relator

Exmo. Sr. Ministro **RIBEIRO DANTAS**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **HUGO GUEIROS BERNARDES 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	: RWEYEMAMU ALAIN KAGARUKI (PRESO)

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

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 Joel Ilan Paciornik, Felix Fischer, Jorge Mussi e Reynaldo Soares da Fonseca votaram com o Sr. Ministro Relator.