



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 330.181 - SP (2015/0169706-0)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE : KWAKU ADUTWUM
IMPETRADO : TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3A REGIÃO
PACIENTE : KWAKU ADUTWUM (PRESO)
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO

EMENTA

PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO INTERNACIONAL DE DROGAS. DOSIMETRIA DA PENA. PENA-BASE. QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA. FUNDAMENTAÇÃO SUFICIENTE. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.340/2006. RÉU QUE INTEGRA ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. INAPLICABILIDADE. ALTERAÇÃO DESSE ENTENDIMENTO. REEXAME DE PROVAS. REGIME PRISIONAL MAIS GRAVOSO (FECHADO). PENA SUPERIOR A 4 (QUATRO) ANOS DE RECLUSÃO. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. 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.
2. A majoração da pena-base em 1 ano e 6 meses de reclusão, com fulcro na expressiva quantidade e na qualidade da droga apreendida – mais de 5.341g de cocaína – não se mostra desproporcional, quando consideradas as penas mínimas e máximas estabelecidas para o crime de tráfico de entorpecentes e a previsão legal de que tais circunstâncias são preponderantes no cálculo da reprimenda (art. 42 da Lei 11.343/2006). Precedentes.
3. Concluído pelo Tribunal de origem, com fulcro nas circunstâncias fáticas do delito e nos demais elementos colhidos nos autos, que o paciente integra organização criminosa na condição de "mula", a modificação desse entendimento – a fim de fazer incidir a causa de redução do art. 33, § 4º, da Lei de Drogas – enseja o reexame do conteúdo probatório dos autos, o que é inadmissível em sede de *habeas corpus*. Precedentes.
4. Embora o paciente seja primário e a pena tenha sido fixada em 6 (seis) anos, 3 (três) meses e 25 (vinte e cinco) dias de reclusão, revela-se correta a fixação do regime inicial mais gravoso (fechado), tendo em vista a valoração negativa das circunstâncias do delito (natureza e a quantidade da droga apreendida), consoante dispõe o art. 33, §§ 2º e 3º, do CP.
5. *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.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Brasília (DF), 10 de maio de 2016(data do julgamento)

Ministro RIBEIRO DANTAS
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 330.181 - SP (2015/0169706-0)

RELATOR : MINISTRO RIBEIRO DANTAS
IMPETRANTE : KWAKU ADUTWUM
IMPETRADO : TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3A REGIÃO
PACIENTE : KWAKU ADUTWUM (PRESO)
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO

RELATÓRIO

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

Trata-se de *habeas corpus*, substitutivo de recurso próprio, impetrado em benefício de **KWAKU ADUTWUM**, apontando como autoridade coatora o Tribunal Regional Federal da 3ª Região.

O impetrante-paciente informa que foi condenado, como incurso no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006, à pena de 7 (sete) anos e 6 (seis) meses de reclusão, em regime inicial fechado, mais o pagamento de 811 (oitocentos e onze) dias-multa.

Interposto apelo pela defesa, o Tribunal de origem deu-lhe parcial provimento para aplicar a atenuante da confissão espontânea e reduzir a pena para 6 (seis) anos, 3 (três) meses e 25 (vinte e cinco) dias de reclusão, mantidos os demais termos da sentença.

Eis a ementa:

"PENAL. TRÁFICO INTERNACIONAL DE ENTORPECENTES. AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADAS. COAÇÃO MORAL IRRESISTÍVEL E ESTADO DE NECESSIDADE EXCULPANTE NÃO COMPROVADOS. RECONHECIMENTO DE AUSÊNCIA DE LIAME SUBJETIVO ENTRE OS ACUSADOS. ALEGAÇÃO DESCABIDA. DOSIMETRIA. PENA-BASE. CIRCUNSTÂNCIA ATENUANTE DA CONFISSÃO. APLICABILIDADE. CAUSA DE AUMENTO DA PENA PELA INTERNACIONALIDADE DO DELITO. MANTIDO O PATAMAR FIXADO EM PRIMEIRO GRAU. "MULAS" DO TRÁFICO. BENESSE DO § 4º DO ART. 33 DA LEI Nº 11.343/06 INCOMPATÍVEL COM A REPRESSÃO À NARCOTRAFICÂNCIA. REQUISITOS NÃO PREENCHIDOS. REGIME FECHADO. SUBSTITUIÇÃO DE PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. DESCABIMENTO. PENA DE MULTA. RECURSO DA DEFESA PARCIALMENTE PROVIDO.

1. Os réus foram denunciados como incurso no art. 33, *caput*, c.c. art. 40, I, da Lei nº 11.343/06, por serem flagrados prestes a embarcar com destino ao exterior, transportando substância entorpecente - cocaína.

2. Materialidade e autoria comprovadas pelo conjunto probatório coligido aos autos.

3. Coação moral irresistível e estado de necessidade exculpante. Nada se produziu na instrução a demonstrá-los (art. 156 do CPP). Tanto a coação moral irresistível como o estado de necessidade devem ser comprovados por elementos seguros, que demonstrem a presença de todos os seus elementos caracterizadores, não podendo ser reconhecidos com fundamento em meras alegações dos inculpados, como é a hipótese dos autos.

4. Despiciendo o pedido de reconhecimento de ausência de liame subjetivo



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

entre os acusados. O flagrante e a individualização das penas esvaziam a questão. No entanto, a título de argumentação, não é dado desconsiderar que ambos ocultaram a droga de maneira peculiar e idêntica (em toalhas engomadas) e embarcariam no mesmo voo.

5. Mantido o decreto condenatório pela prática do delito previsto no art. 33, *caput*, c.c. o art. 40, I, ambos da Lei nº 11.343/06.

6. Dosimetria da pena. Pena-base mantida com fundamento no art. 42 da Lei nº 11.343/06. Precedentes dos Tribunais Superiores.

7. Aplica-se ao caso a circunstância atenuante prevista no art. 65, III, d, do Código Penal. O fato de os réus terem sido presos em flagrante não é óbice ao reconhecimento da confissão, uma vez que a espontaneidade exigida pela norma prescinde de motivos. Ademais, a confissão foi usada como fundamento do decreto condenatório, conforme se verifica da sentença vergastada. Precedentes.

8. Não comporta acolhida o pleito defensivo para afastar a causa de aumento prevista no artigo 40, inciso I da Lei n.º 11.343/2006, porquanto restou amplamente demonstrada a procedência estrangeira da substância entorpecente. Registro, outrossim, que a distância a ser percorrida pela droga não é variável a ser cotejada, conforme precedentes desta Corte Regional. Mantida a causa de aumento à razão de 1/6 (um sexto).

9. Causa de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06 inaplicável em caso envolvendo as chamadas 'mulas', as quais desenvolvem atividade essencial na estrutura organizacional, levando o tóxico do território nacional para ser entregue a integrante da associação criminosa no exterior.

Benesse incompatível com a repressão à narcotraficância. Desta feita, sem desconsiderar a significativa quantidade de droga apreendida com os réus, que seria levada ao exterior, denotativa do enredamento com organização criminosa, inaplicável a mencionada causa de diminuição.

10. Extrai-se ainda dos autos, pela grande quantidade de substância entorpecente apreendida (5.341g com ADUTWUM e 7.054g com DAMTEY); a forma como foi oculta, engomada em toalhas, a fim de dificultar a sua localização; a circunstância de terem empreendido viagem internacional, com hospedagem e despesas financiadas pela narcotraficância, tudo está a denotar o enredamento dos réus, ainda que não habitual, com organização criminosa voltada para o comércio internacional de cocaína, arredando a incidência da norma do § 4º do art. 33 da Lei Antidrogas.

11. Ademais, verifica-se das cópias do passaporte do réu KWAKU DAMTEY (fls. 46), bem como do relatório de viagens do Sistema de Tráfego Internacional (fls. 161), que o acusado empreendeu viagem anterior ao Brasil, de curta permanência, cerca de 3 meses antes da data dos fatos, alegando como frágil motivo da viagem a compra de produtos eletrônicos em Fortaleza/CE, consoante se infere do interrogatório prestado na esfera policial (fls. 07).

12. Além disso, foram encontrados chips da operadora TIM em posse dos réus (fls. 30/31), expediente utilizado para dificultar o monitoramento telefônico pelos agentes policiais. Neste sentido, é de se destacar que ADUTWUM afirmou em Juízo que, quando estava no aeroporto, na iminência do flagrante, recebeu um telefonema de Adamo (pessoa que lhe entregou a mala com a cocaína), alertando-o que seria preso.

13. Regime inicial fechado de cumprimento de pena, nos termos do art. 33,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

§ 3º, do Código Penal.

14. Incabível, *in casu*, a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, porquanto não preenchidos os requisitos objetivos e subjetivos do art. 44 do Código Penal.

15. A pena de multa é sanção legalmente prevista, de forma cumulativa à pena privativa de liberdade, devendo ser, portanto, aplicada. Questões envolvendo eventual decreto de expulsão e alegada impossibilidade de pagamento da multa devem ser veiculadas, oportunamente, pela via adequada.

16. Apelação da Defesa parcialmente provida" (e-STJ, fls. 33-35).

Neste *writ*, o impetrante-paciente alega, em síntese, constrangimento ilegal pois o acórdão manteve a pena-base acima do mínimo legal, sem fundamentação idônea. Aduz que preenche os requisitos legais para que seja beneficiado com a redução da pena no grau máximo, pela incidência da causa de diminuição do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006.

Requer, assim, a concessão da ordem, a fim de que seja a pena-base fixada no mínimo legal, seja aplicada a minorante no patamar máximo e seja estabelecido o regime inicial semiaberto para cumprimento de pena.

Sem pedido liminar.

Prestadas as informações (e-STJ, fls. 27-49), o Ministério Público Federal manifestou-se pelo "não conhecimento do *writ* e, caso conhecido, pela denegação do pedido" (e-STJ, fls. 58-63).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 330.181 - SP (2015/0169706-0)

RELATOR : MINISTRO RIBEIRO DANTAS
IMPETRANTE : KWAKU ADUTWUM
IMPETRADO : TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3A REGIÃO
PACIENTE : KWAKU ADUTWUM (PRESO)
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO

EMENTA

PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO INTERNACIONAL DE DROGAS. DOSIMETRIA DA PENA. PENA-BASE. QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA. FUNDAMENTAÇÃO SUFICIENTE. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.340/2006. RÉU QUE INTEGRA ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. INAPLICABILIDADE. ALTERAÇÃO DESSE ENTENDIMENTO. REEXAME DE PROVAS. REGIME PRISIONAL MAIS GRAVOSO (FECHADO). PENA SUPERIOR A 4 (QUATRO) ANOS DE RECLUSÃO. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. 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.
2. A majoração da pena-base em 1 ano e 6 meses de reclusão, com fulcro na expressiva quantidade e na qualidade da droga apreendida – mais de 5.341g de cocaína – não se mostra desproporcional, quando consideradas as penas mínimas e máximas estabelecidas para o crime de tráfico de entorpecentes e a previsão legal de que tais circunstâncias são preponderantes no cálculo da reprimenda (art. 42 da Lei 11.343/2006). Precedentes.
3. Concluído pelo Tribunal de origem, com fulcro nas circunstâncias fáticas do delito e nos demais elementos colhidos nos autos, que o paciente integra organização criminosa na condição de "mula", a modificação desse entendimento – a fim de fazer incidir a causa de redução do art. 33, § 4º, da Lei de Drogas – enseja o reexame do conteúdo probatório dos autos, o que é inadmissível em sede de *habeas corpus*. Precedentes.
4. Embora o paciente seja primário e a pena tenha sido fixada em 6 (seis) anos, 3 (três) meses e 25 (vinte e cinco) dias de reclusão, revela-se correta a fixação do regime inicial mais gravoso (fechado), tendo em vista a valoração negativa das circunstâncias do delito (natureza e a quantidade da droga apreendida), consoante dispõe o art. 33, §§ 2º e 3º, do CP.
5. *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,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado.

No caso, não se observa flagrante ilegalidade a justificar a concessão do *habeas corpus*, de ofício.

Está inscrito no acórdão impugnado:

"[...] Do exame dos autos, verifico que a d. magistrada a quo, na primeira fase da dosagem da pena, fixou a pena-base acima do mínimo legal, considerando as circunstâncias e consequências do delito desfavoráveis aos réus, mormente em razão da natureza e quantidade da droga:

- em 06 anos e 06 meses de reclusão e 650 dias-multa para o réu KWAKU ADUTWUM; e

- em 07 anos de reclusão e 700 dias-multa pra o réu KWAKU DAMTEY.

Neste ponto, não assiste razão à Defesa, que pretende a fixação da pena-base no mínimo legal.

A significativa quantidade e a alta nocividade da droga apreendida (cocaína) permitem a fixação da pena-base acima do mínimo legal, nos termos do art. 42 da Lei nº 11.343/06, que estabelece estes dois parâmetros como circunstâncias preponderantes àquelas do art. 59 do Código Penal.

É pacífica a jurisprudência neste sentido:

[...]

Por outro lado, como consabido, o potencial lesivo da droga é conferido pelo seu princípio ativo, sendo desnecessária a verificação do grau de pureza do entorpecente apreendido.

Ademais, os efeitos da droga podem ser mais ou menos acentuados dependendo da maneira pela qual é ingerida e do processo de refino onde são adicionadas diversas substâncias (processo pelo qual obrigatoriamente passa a droga apreendida, em casos como o dos autos, antes de ser distribuída ao usuário final), variáveis estas que fogem da análise em questão.

In casu, a pena-base afigura-se proporcional e resta mantida.

[...]

No que tange à causa de diminuição da pena capitulada no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, a Defesa pretende a sua aplicação no patamar máximo de 2/3 (dois terços).

Neste ponto, curial deixar anotado que tal benesse concedida pelo legislador deve ficar restrita - quando presentes todos os requisitos legais - a casos excepcionais, de menor gravidade, ou seja, pequenos traficantes, atuantes no mercado doméstico, envolvendo entorpecentes que se possam caracterizar, em princípio, como menos lesivos, e nunca a traficantes internacionais de expressiva quantidade de cocaína - como é a hipótese dos autos, em que o réu ADUTWUM sujeitou-se a realizar o transporte de mais de 5.341g de cocaína para o exterior e o acusado DAMTEY 7.054g de cocaína (neste sentido: Tribunal Regional Federal da 3ª Região - ACR 27998 - Proc. nº 2006.61.19.005166-0 - 5ª T. - Rel. Juiz Conv. Hélio Nogueira - j. 14.04.08 - D.E. 06.05.08).

Aqui vale registrar o seguinte aresto desta Corte:

"(...) 8. A pessoa que se sujeita a transportar substância entorpecente para o exterior mediante paga, com despesas integralmente custeadas, integra organização criminosa de forma efetiva, ainda que na condição de 'mula'. Com efeito, a apelante, de forma voluntária, contribuiu para a narcotraficância internacional, representando peça essencial ao sucesso



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

da empreitada criminosa, eis que incumbida de receber a droga devidamente embalada do fornecedor, devendo entregá-la ao destinatário no exterior, representando, portanto, o elo de ligação entre fornecedor e receptor, o que afasta, de plano, o benefício previsto no § 4º, do art. 33, da Lei nº 11.343/06, cuja aplicação exige a prova extrema de dúvidas da concorrência dos quatro requisitos exigidos na norma.(...)" (ACR 26478 - Rel. Desembargador Federal Johonsom Di Salvo - DJF3 26.08.09, p. 83)

Frise-se, ainda, que deve ser afastada a interpretação que entende cabível a aplicação do art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, no caso em espécie, pois incompatível com a finalidade de recrudescimento da repressão a narcotraficância esposada pela nova Lei Antidrogas e, que, ademais, favoreceria as atividades das organizações criminosas voltadas para o comércio ilegal de substâncias entorpecentes.

[...]

Extrai-se, pois, dos autos, pela grande quantidade de substância entorpecente apreendida (5.341g com ADUTWUM e 7.054g com DAMTEY); a forma como foi oculta, engomada em toalhas, a fim de dificultar a sua localização; a circunstância de terem empreendido viagem internacional, com hospedagem e despesas financiadas pela narcotraficância, tudo está a denotar o enredamento dos réus, ainda que não habitual, com organização criminosa voltada para o comércio internacional de cocaína, arredando a incidência da norma do § 4º do art. 33 da Lei Antidrogas.

[...]

Não se pode olvidar, por seu turno, que o corréu KWAKU ADUTWUM, no ano de 2012, empreendeu viagens para Gana, em duas oportunidades, conforme se depreende da cópia de seu passaporte (fls. 34/38), fato que não se coaduna com sua alegada situação financeira, valendo ressaltar que a droga apreendida seria levada ao continente africano e, conforme o próprio réu afirmou em sede policial (fls. 05), o destino final seria coincidentemente Gana.

Além disso, foram encontrados chips de telefones celulares da operadora TIM em posse dos réus (fls. 30/31), expediente comumente utilizado para dificultar o monitoramento telefônico pelos agentes policiais. Neste sentido, é de se destacar que ADUTWUM afirmou em Juízo que, quando estava no aeroporto, na iminência do flagrante, recebeu um telefonema de "Adamo" (pessoa que lhe entregou a mala com a cocaína), alertando-o que seria preso.

Portanto, a análise dos fatos conduz que os acusados estavam sim atrelados à agremiação criminosa tendo por fim a narcotraficância, não se tratando de fato eventual, e, além disso, o delito tratado nestes autos não configura fato isolado em suas vidas pregressas.

Destarte, as penas definitivas restam fixadas em:

- 06 anos 03 meses 25 dias de reclusão e pagamento de 632 dias- multa para o acusado KWAKU ADUTWUM;
- 06 anos 09 meses e 20 dias de reclusão e pagamento de 681 dias-multa para o réu KWAKU DAMTEY.

No que tange ao regime inicial de cumprimento de pena, requer a Defesa a fixação do regime inicial diverso do fechado.

A irresignação não merece prosperar.

[...] considerando as circunstâncias judiciais desfavoráveis, ponderadas na primeira fase da dosimetria da pena, mantenho o regime inicial de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

cumprimento de pena fechado, tendo por fundamento o disposto no artigo 33, § 3º, do Código Penal." (e-STJ, fls. 40-49).

Inicialmente, quanto à fixação da pena-base acima do mínimo legal, cumpre registrar que a dosimetria da pena está inserida no âmbito de discricionariedade do julgador, estando ela atrelada às particularidades fáticas do caso concreto e subjetivas do agente, elementos que somente podem ser revistos por esta Corte em situações excepcionais, quando malferida alguma regra de direito.

Na hipótese do tráfico ilícito de entorpecentes é indispensável atentar para a inteligência do art. 42 da Lei 11.343/2006, segundo o qual "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".

In casu, o Tribunal de origem fundamentou expressamente a majoração da pena-base, considerando, em especial, a quantidade e a qualidade da droga apreendida – mais de 5.341 gramas de cocaína –, nos termos do art. 42 da Lei 11.343/2006. Daí, não se mostra desproporcional ou desarrazoada, porquanto fundamentada a fração em elementos concretos e dentro do critério da discricionariedade vinculada do julgador.

Assim, o acórdão recorrido está em consonância com a jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça.

A esse respeito, os seguintes precedentes:

"PENAL E PROCESSUAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. VIA INADEQUADA. TRÁFICO DE DROGAS. PENA-BASE. ART. 42 DA LEI DE DROGAS. EXASPERAÇÃO. LEGALIDADE.

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, hipótese em que se concede a ordem de ofício.

2. 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.

3. Caso em que a exasperação da pena-base em 1/4 acima do mínimo legal, em virtude da quantidade e da natureza das drogas apreendidas (45 porções de maconha - 64,11g e 58 porções de cocaína - 46,11g), não se mostra desproporcional ou desarrazoada, porquanto fundamentada a fração em elementos concretos e dentro do critério da discricionariedade vinculada do julgador.

4. Writ não conhecido." (HC 300.136/SP, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, QUINTA TURMA, julgado em 01/09/2015, DJe 15/09/2015).

"AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. PENAL E PROCESSO PENAL. TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. CONDENAÇÃO BASEADA APENAS EM PROVAS OBTIDAS NA FASE INQUISITORIAL. NÃO OCORRÊNCIA. AUSÊNCIA DE OFENSA AO ART. 155 DO CPP. INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS. PRORROGAÇÕES. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. PENA-BASE.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

MAJORAÇÃO EM RAZÃO DA GRANDE QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA APREENDIDA (CERCA DE 16 QUILOS DE COCAÍNA). CONTINUIDADE DELITIVA. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. [...]

3. A Corte Regional decidiu em consonância com a jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça e com o disposto no artigo 42 da Lei nº 11.343/2006, segundo o qual o juiz deve considerar, ao fixar a pena-base, a natureza e a quantidade da droga com preponderância sobre o disposto no artigo 59 do Código Penal.

[...]

5. *Agravo regimental improvido.*"

(AgRg no REsp 1442092/RS, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 4/8/2015, DJe 17/8/2015.)

"AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. PENAL E PROCESSUAL PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. FIXAÇÃO. PENA-BASE. MÍNIMO LEGAL. ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. REQUISITOS. VERIFICAÇÃO. SÚMULA 7/STJ. EXASPERAÇÃO. PROPORCIONALIDADE. DISCUSSÃO. AUSÊNCIA DE INTERESSE.

1. A quantidade e natureza da droga apreendida (3,167 kg de cocaína) autoriza a exasperação da pena-base, nos termos do art. 42 da Lei n. 11.343/2006.

[...]

4. *Agravo regimental improvido.*"

(AgRg no REsp 1472871/SP, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 17/3/2015, DJe 26/3/2015.)

Quanto ao pedido de incidência da causa de redução do art. 33, § 4º da Lei de Drogas no patamar máximo, melhor sorte não assiste à defesa.

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

Segundo reiterada jurisprudência desta Corte, na falta de indicação pelo legislador de balizas para o *quantum* dessa 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 THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, DJe 2/3/2015).

Na hipótese, verifica-se que a referida benesse foi negada ao paciente, em decisão suficientemente motivada, na qual o Tribunal de origem, apoiado nas circunstâncias fáticas do delito, conclui ser o paciente integrante de organização criminosa voltada à prática de tráfico internacional de drogas. Como se observa, além de estar claro que o paciente desempenhava a função da "mula", o seu envolvimento habitual na organização criminosa se depreende também do fato de que ele possui mais de uma viagem em curto espaço de tempo para Gana registrada em seu passaporte, o que não condiz com sua alegada situação financeira.

Com efeito, assentado pelas instâncias antecedentes, com fulcro nas circunstâncias fáticas do delito e nos demais elementos colhidos na instrução, que o paciente integra organização criminosa, a modificação desse entendimento – a fim de fazer incidir a minorante da Lei de Drogas – enseja o reexame do conteúdo probatório dos autos, o que é



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

inadmissível em sede de *habeas corpus*.

A propósito:

"*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 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 amalhado 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. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 26/05/2015, DJe 02/06/2015.)

Ademais, este Superior Tribunal de Justiça possui entendimento firme no sentido de que o simples fato de o agente atuar como mula do tráfico de drogas é indicativo de que compõe organização criminosa (AgRg no AREsp 653.389/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 05/11/2015, DJe 11/11/2015; AgRg no AREsp 675.690/SP, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 17/11/2015, DJe 04/12/2015).

Por fim, correta a definição do regime mais severo, diante da valoração negativa das circunstâncias do crime.

Segundo remansosa jurisprudência desta Corte, embora o paciente seja primário e a pena tenha sido estabelecida em patamar inferior a 8 anos de reclusão, não se mostra ilegal a imposição do regime inicial fechado com fundamento na natureza e na expressiva quantidade de droga apreendida (mais de 5.341g de cocaína), uma vez que tais circunstâncias foram devidamente consideradas para justificar o aumento da pena-base acima do mínimo legal (art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal).

Nesse sentido:

"RECURSO ORDINÁRIO EM *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO INTERNACIONAL ILÍCITO DE ENTORPECENTES (HIPÓTESE). REGIME DE CUMPRIMENTO DE PENA (FECHADO). NATUREZA E QUANTIDADE DA DROGA (CRITÉRIO IDÔNEO PARA A FIXAÇÃO DE REGIME PRISIONAL MAIS GRAVOSO).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

[...]

3. A valoração negativa da quantidade e natureza de entorpecentes constitui fator suficiente para a determinação de regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade mais gravoso (Precedentes).

[...]

6. Recurso ordinário a que se nega provimento."

(RHC 63.129/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 01/10/2015, DJe 07/10/2015.)

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

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2015/0169706-0

HC 330.181 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00002789820134036119 201361190002781 2789820134036119

EM MESA

JULGADO: 10/05/2016

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 : KWAKU ADUTWUM
IMPETRADO : TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3A REGIÃO
PACIENTE : KWAKU ADUTWUM (PRESO)
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO

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.