



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no AGRADO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.534.326 - SP (2019/0193803-3)

RELATOR : MINISTRO RIBEIRO DANTAS
AGRAVANTE : JAVIER PENA NEGRETTE
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO
MAÍRA SANTOS ABRÃO - DEFENSOR PÚBLICO - SP173326
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

EMENTA

PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRADO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. MULA. REDUÇÃO EM 1/6. PROPORCIONAL. TESE DE OCORRÊNCIA DE *BIS IN IDEM* NA ALEGADA UTILIZAÇÃO DA QUANTIDADE DE DROGA PARA MAJORAR A PENA-BASE E FIXAR O PATAMAR DA MINORANTE ARGUIDA TÃO SOMENTE NAS RAZÕES DO AGRADO REGIMENTAL. INOVAÇÃO RECURSAL. PLEITOS DE ABRANDAMENTO DO REGIME E DE PERMUTA DA PENA CORPORAL POR RESTRITIVAS DE DIREITOS PREJUDICADOS. AGRAVO NÃO PROVIDO.

1. A jurisprudência desta Corte, acompanhando o atual posicionamento do STF, entende que a simples atuação do agente como "mula", por si só, não induz que integre organização criminosa, sendo imprescindível, para tanto, prova inequívoca do seu envolvimento, estável e permanente, com o grupo criminoso, a autorizar a redução da pena em sua totalidade. Contudo, embora o desempenho dessa função não seja suficiente para denotar que o agravante faça parte de organização criminosa, tal fato constitui circunstância concreta para ser valorada na definição do índice de redução pelo tráfico privilegiado, uma vez se reveste de maior gravidade.
2. A ciência do agente de estar a serviço de grupo criminoso voltado ao tráfico internacional de drogas é circunstância apta a justificar a redução da pena em 1/6, pela aplicação da minorante do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 (Precedentes).
3. A tese de ocorrência de *bis in idem*, à alegação de que a quantidade de drogas foi considerada para efeito de agravamento da pena-base e, também, para fins de redução do percentual da minorante do art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06, tal como formulada pelo agravante, configura indevida inovação recursal, pois não foi arguida no momento oportuno, qual seja, nas razões do recurso especial, o que impede seja apreciada no âmbito deste agravo regimental.
4. Indeferida a pretensão de aplicação da minorante no grau máximo, os pleitos de abrandamento do regime e de permuta da pena corporal por restritivas de direitos estão prejudicados.
5. Agravo regimental não provido.

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, negar



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

provimento ao agravo regimental. Os Srs. Ministros Joel Ilan Paciornik, Jorge Mussi e Reynaldo Soares da Fonseca votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Felix Fischer.

Brasília (DF), 19 de setembro de 2019 (data do julgamento)

MINISTRO RIBEIRO DANTAS
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no AGRADO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.534.326 - SP (2019/0193803-3)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
AGRAVANTE : **JAVIER PENA NEGRETTE**
ADVOGADOS : **DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO**
: **MAÍRA SANTOS ABRÃO - DEFENSOR PÚBLICO - SP173326**
AGRAVADO : **MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL**

RELATÓRIO

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

Trata-se de agravo regimental interposto por **JAVIER PENA NEGRETTE** contra decisão desta Relatoria, que conheceu do agravo para negar provimento ao recurso especial.

A defesa sustenta, em síntese, que: **a)** "com a devida vênia ao I. Relator, porém, está havendo um nítido descompasso entre o que fora afirmado acerca do réu, no excerto acima reproduzido - onde afirma claramente que o mesmo não se dedica a atividade criminosa, não participa de organização criminosa, é primário e tem bons antecedentes, donde não se trata de alguém que faz da traficância o seu meio de vida, mas de um infeliz que caiu nas malhas dos aliciadores de 'mulas' para o tráfico de entorpecentes – e a conclusão de tal comportamento justificaria a aplicação da causa de diminuição de pena em seu mínimo legal, ou seja, apenas 1/6." (e-STJ, fl. 371); **b)** "é sabido que em matéria processual penal, a dúvida deve ser resolvida em favor do réu, nesse sentido, não se pode aceitar que o *quantum* de 5.348 gramas possa ser considerado grande quantidade de drogas para afastar a aplicação do art. 33, § 4º em seu grau máximo de 2/3 (dois terços)" (e-STJ, fl. 372); e **c)** "caso não seja este o entendimento dessa Corte, forçoso será que se reconheça a presença de vedado *bis in idem*, uma vez que a mencionada quantidade de drogas foi considerada para efeito de agravamento da pena-base e, também, para fins de redução do percentual da minorante do art. 33, § 4º, incorrendo em prática proibida pela jurisprudência das Cortes Superiores" (e-STJ, fl. 372).

Requer a reconsideração da decisão agravada ou a submissão do agravo ao crivo deste órgão colegiado a fim de que seja provido o recurso especial para aplicar a minorante no grau máximo e, consequentemente, abrandar o regime inicial e substituir a pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no AGRADO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.534.326 - SP (2019/0193803-3)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
AGRAVANTE : JAVIER PENA NEGRETTE
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO
MAÍRA SANTOS ABRÃO - DEFENSOR PÚBLICO - SP173326
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

EMENTA

PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRADO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. MULA. REDUÇÃO EM 1/6. PROPORCIONAL. TESE DE OCORRÊNCIA DE *BIS IN IDEM* NA ALEGADA UTILIZAÇÃO DA QUANTIDADE DE DROGA PARA MAJORAR A PENA-BASE E FIXAR O PATAMAR DA MINORANTE ARGUIDA TÃO SOMENTE NAS RAZÕES DO AGRADO REGIMENTAL. INOVAÇÃO RECURSAL. PLEITOS DE ABRANDAMENTO DO REGIME E DE PERMUTA DA PENA CORPORAL POR RESTRITIVAS DE DIREITOS PREJUDICADOS. AGRAVO NÃO PROVIDO.

1. A jurisprudência desta Corte, acompanhando o atual posicionamento do STF, entende que a simples atuação do agente como "mula", por si só, não induz que integre organização criminosa, sendo imprescindível, para tanto, prova inequívoca do seu envolvimento, estável e permanente, com o grupo criminoso, a autorizar a redução da pena em sua totalidade. Contudo, embora o desempenho dessa função não seja suficiente para denotar que o agravante faça parte de organização criminosa, tal fato constitui circunstância concreta para ser valorada na definição do índice de redução pelo tráfico privilegiado, uma vez se reveste de maior gravidade.
2. A ciência do agente de estar a serviço de grupo criminoso voltado ao tráfico internacional de drogas é circunstância apta a justificar a redução da pena em 1/6, pela aplicação da minorante do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 (Precedentes).
3. A tese de ocorrência de *bis in idem*, à alegação de que a quantidade de drogas foi considerada para efeito de agravamento da pena-base e, também, para fins de redução do percentual da minorante do art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06, tal como formulada pelo agravante, configura indevida inovação recursal, pois não foi arguida no momento oportuno, qual seja, nas razões do recurso especial, o que impede seja apreciada no âmbito deste agravo regimental.
4. Indeferida a pretensão de aplicação da minorante no grau máximo, os pleitos de abrandamento do regime e de permuta da pena corporal por restritivas de direitos estão prejudicados.
5. Agravo regimental não provido.

VOTO

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

A pretensão não merece êxito, na medida em que o agravante não apresentou argumentos capazes de modificar o entendimento anteriormente adotado.

O Tribunal de origem aplicou a minorante no patamar de 1/6, com os seguintes fundamentos:

"No caso, o acusado é primário, não registra maus antecedentes, não há comprovação de que se dedique a atividades criminosas e não se pode afirmar que integre, ainda que circunstancialmente, organização criminosa voltada ao tráfico transnacional de drogas. Trata-se de situação de "mula" do tráfico.

É importante observar, por oportuno, que não é possível dizer, a priori, que as "mulas" sempre integram organização criminosa ou, de outro lado, que nunca a integram. Deve haver análise caso a caso. As "mulas" são pessoas contratadas para o transporte da droga e caracterizam-se por não ter nenhum poder de ingerência sobre como realizarão esse transporte, nem onde e de quem receberão a droga, cabendo-lhes obedecer a ordens e seguir roteiro previamente estabelecido. É inegável que o papel das "mulas" é imprescindível na cadeia delitiva de uma organização criminosa, mas não se pode dizer que toda "mula" a integre. A propósito, é de se destacar o seguinte trecho do voto-vista do Min. Gilmar Mendes, no julgamento do HC nº 101.265/SP:

Ipso facto, nessa linha de raciocínio, "mula", de fato, integra a organização criminosa, "na medida em que seu trabalho é uma condição sine qua non para a narcotraficância internacional". Pressupondo, assim, que toda organização, criminosa estrutura-se a partir de uma divisão de tarefas que objetiva um fim comum, é inegável que esta tarefa - de transporte - está inserida nesse contexto como essencial.

E, em princípio, diferentemente da referência à "atividade criminosa" em que o legislador exigiu "dedicação", ou seja habitualidade, reiteração de condutas, tal condição não é essencial no caso de "integrar organização criminosa". Aliás, se assim fosse, desnecessário o próprio requisito, pois já contido na "atividade criminosa".

Além disso, não me parece verdadeiro pressupor que o legislador intencionou com a regra dispensar tratamento menos rigoroso ao "traficante mula" ou, ainda, aos outros com "participação de menor importância" e não diretamente ligados ao núcleo da organização. Se essa fosse a intenção, certamente, consubstanciaria uma elementar do tipo. Teríamos, então, um tipo penal derivado.

Todavia, na mesma linha de pensamento do eminente relator, não consigo fixar aprioristicamente que, ao se rotular o indivíduo como "mula" sempre se estará diante do óbice de "integrar" organização criminosa. Penso que a diferenciação deve ser feita caso a caso, a partir de dados objetivos do processo.

(STF, HC nº 101.265/SP, Segunda Turma, maioria, Rel. Min. Ayres Britto, Redator do Acórdão Min. Joaquim Barbosa, j. 1.04.2012, DJe 03.08.2012)

No caso, tudo indica que o envolvimento do réu com o narcotráfico tenha sido pontual, sendo esse o único episódio criminoso por ele perpetrado, de modo que faz jus à minorante, mas no patamar fixado na sentença, pois se dispôs a transportar droga, que estava escondido em fundos falsos de sua bagagem.

Consoante a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, a gravidade



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

concreta do delito e suas circunstâncias autorizam a aplicação dessa causa de diminuição em patamar diverso do máximo (AgRg no HC 326.510/PR, Quinta Turma, Rel. Min. Jorge Mussi, j. 19.05.2016, DJe 08.06.2016). No mesmo sentido, o seguinte precedente desta Turma: ACR nº 000.1036-09.2015.4.03.6119/SP, v.u., Rel. Des. José Lunardelli, j. em 10.11.2015. Desse modo, aplicada a fração de 1/6 (um sexto), a pena fica fixada de modo definitivo em 4 (quatro) anos, 10 (dez) meses e 10 (dez) dias de reclusão e 485 (quatrocentos e oitenta e cinco) dias -multa, ante a inexistência de outras causas de aumento ou diminuição da pena" (e-STJ, fls. 274-275).

Como é sabido, 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).

Portanto, 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 entenderam por aplicar o redutor pelo tráfico privilegiado no patamar mínimo de 1/6.

Vale anotar que a jurisprudência desta Corte, acompanhando o atual posicionamento do STF, entende que a simples atuação do agente como "mula", por si só, não induz que integre organização criminosa, sendo imprescindível, para tanto, prova inequívoca do seu envolvimento, estável e permanente, com o grupo criminoso, a autorizar a redução da pena em sua totalidade. Contudo, embora o desempenho dessa função não seja suficiente para denotar que a agravante faça parte de organização criminosa, **tal fato constitui circunstância concreta para ser valorada na definição do índice de redução pelo tráfico privilegiado**, uma vez se reveste de maior gravidade.

A propósito:

"[...]"

1. Quanto ao tema, este Superior Tribunal de Justiça, alinhando-se à decisão do Supremo Tribunal Federal, no HC 101.265/SP, Rel. Ministro CARLOS 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 qual não



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

haveria ilegalidade na escolha do quantum aplicado, visto que sequer deveria ter sido concedida a benesse.

2. O atual entendimento do Supremo Tribunal Federal acerca da matéria é no sentido de que a simples atuação como "mula", por si só, não induz que o 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. (Precedentes.)

3. Firmou-se também no Pretório Excelso que a atuação da recorrente 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.

4. No caso, considerando que o recorrente conscientemente atuou em favor da organização criminosa, aplico o referido redutor na fração de 1/6 (um sexto).

5. Não há falar em dupla valoração de circunstancia judicial, pois a pena-base foi fixada no mínimo legal. Ademais, tem-se que: "é inviável a discussão, em sede de agravo regimental, de matérias que sequer foram objeto do recurso especial, por se tratar de inovação recursal." (AgRg no AREsp 889.252/MG, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, DJe 24/08/2016.)

6. Agravo regimental não provido."

(AgRg no AREsp 606.431/SP, de minha relatoria, QUINTA TURMA, julgado em 1º/6/2017, DJe 9/6/2017).

Por fim, a tese de ocorrência de *bis in idem*, à alegação de que a quantidade de drogas foi considerada para efeito de agravamento da pena-base e, também, para fins de redução do percentual da minorante do art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06, tal como formulada pelo agravante, configura indevida inovação recursal, pois não foi arguida no momento oportuno, qual seja, nas razões do recurso especial (e-STJ, fls. 292-298), o que impede seja apreciada no âmbito deste agravo regimental. Frise-se que a irresignação do agravante no recurso especial restringiu-se à suposta ofensa aos artigos 33, § 4º, da Lei 11.343/06, ao argumento de que o fato da droga transportada se encontrar escondida em bagagem, não pode ser considerado na escolha do percentual de redução da pena a ser aplicado. Ademais, o afastamento da minorante deu-se em razão do agravante atuar como "mula" do tráfico, o que significa que estava prestando serviço para uma organização criminosa.

A corroborar esse entendimento:

"AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. INOVAÇÃO RECURSAL. INCABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. TRÁFICO PRIVILEGIADO. INQUÉRITOS E AÇÕES PENAIIS EM CURSO. RÉU QUE SE DEDICA A ATIVIDADES CRIMINOSAS. NÃO APLICAÇÃO DA MINORANTE. MATÉRIA PACÍFICA.

1. É inviável a apreciação de matéria que não foi alegada no momento processual adequado, **pois é vedado à parte inovar quando da interposição de agravo regimental ou de embargos de declaração.**

[...]



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

3. Agravo regimental improvido."

(AgRg no REsp 1664259/ES, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 13/06/2017, DJe 21/06/2017, grifou-se).

"AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. OFENSA À CORRELAÇÃO ENTRE ACUSAÇÃO E SENTENÇA. NÃO OCORRÊNCIA. *MUTATIO LIBELLI* NÃO CARACTERIZADA. POSSIBILIDADE DE EMENDATIO LIBELLI EM APELAÇÃO CRIMINAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO. INOVAÇÃO RECURSAL. IMPOSSIBILIDADE.

[...]

III - **É vedado, em sede de agravo regimental ou embargos de declaração, ampliar a quaestio veiculada no recurso, inovando questões não suscitadas anteriormente.**

Agravo regimental desprovido."

(AgRg no REsp 1592657/AM, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 13/09/2016, DJe 21/09/2016, grifou-se).

"[...]

1. Inexiste qualquer omissão ou erro material a serem sanados, uma vez que o acórdão embargado explicitou adequadamente as razões pelas quais negou provimento ao agravo regimental.

2. Constitui inovação recursal a apresentação de tese jurídica tão somente quando da oposição dos embargos de declaração, não havendo falar, pois, em violação ao art. 619 do Código de Processo Penal.

[...]

7. Embargos de declaração rejeitados."

(EDcl no AgRg no AREsp 445.549/RJ, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 06/10/2016, DJe 21/10/2016).

Assim, indeferida a pretensão de aplicação da minorante no grau máximo, os pleitos de abrandamento do regime e de permuta da pena corporal por restritivas de direitos estão prejudicados.

Ante o exposto, **nego provimento** ao agravo regimental.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2019/0193803-3 PROCESSO ELETRÔNICO **AgRg no AREsp 1.534.326 / SP**
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00013938120184036119 13938120184036119 201861190013934

EM MESA

JULGADO: 19/09/2019

Relator

Exmo. Sr. Ministro **RIBEIRO DANTAS**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro RIBEIRO DANTAS

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. HUGO GUEIROS BERNARDES FILHO

Secretário

Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

AGRAVANTE : JAVIER PENA NEGRETTE (PRESO)
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO
 MAÍRA SANTOS ABRÃO - DEFENSOR PÚBLICO - SP173326
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

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

AGRAVO REGIMENTAL

AGRAVANTE : JAVIER PENA NEGRETTE
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO
 MAÍRA SANTOS ABRÃO - DEFENSOR PÚBLICO - SP173326
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

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, negou provimento ao agravo regimental."

Os Srs. Ministros Joel Ilan Paciornik, Jorge Mussi e Reynaldo Soares da Fonseca votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Felix Fischer.