



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 383.214 - SP (2016/0332164-8)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO
IMPETRADO : TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3A REGIÃO
PACIENTE : VICTOR RAMON DO PRADO CRIVOI

EMENTA

PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA DA PENA. EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE. QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. AGENTE NA CONDIÇÃO DE "MULA". FUNDAMENTO VÁLIDO PARA A MODULAÇÃO DO ÍNDICE DE REDUÇÃO. EXPRESSIVA QUANTIDADE DE DROGA ALIADA A OUTRAS CIRCUNSTÂNCIAS DO DELITO. *BIS IN IDEM* NÃO EVIDENCIADO. 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. Nos termos do art. 42 da Lei n. 11.343/2006, a quantidade e a natureza da droga apreendida são preponderantes sobre as circunstâncias 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.
3. Hipótese em que o Tribunal de origem, atento as diretrizes do art. 42 da Lei de Drogas, considerou a expressiva quantidade e a natureza das drogas apreendidas (136kg de cocaína, em base e em forma salina), para fixar a pena-base no dobro do mínimo legal, o que não se mostra desproporcional. Precedentes.
4. 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 (art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006).
5. A ciência pelo paciente de estar a serviço do crime organizado no tráfico internacional constitui fundamento concreto e idôneo para se valorar negativamente na terceira fase da dosimetria, razão pelo qual está devidamente justificada a redução da pena no patamar de 1/6, pela incidência da minorante do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006. Precedentes do STF e STJ.
6. Não há se falar em *bis in idem* quando, embora tenham sido valoradas a quantidade e a natureza da droga na primeira e na terceira etapa do cálculo da pena, há também outros elementos dos autos que, por si sós, autorizam a modulação da benesse. Precedentes.
7. 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 pela Corte de origem.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

8. *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), 18 de abril de 2017(Data do Julgamento)

Ministro RIBEIRO DANTAS
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 383.214 - SP (2016/0332164-8)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO
IMPETRADO : TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO
PACIENTE : VICTOR RAMON DO PRADO CRIVOI

RELATÓRIO

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

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido de liminar, impetrado em favor de **VICTOR RAMON DO PRADO CRIVOI**, em que se aponta como autoridade coatora o Tribunal Regional Federal da 3ª Região.

Consta nos autos que o paciente foi condenado como incurso no art. 33, *caput*, c/c o art. 40, I, ambos da Lei n. 11.343/2006, à pena de 3 anos, 10 meses e 20 dias de reclusão, em regime aberto, e ao pagamento de 389 dias-multa.

Em grau recursal, o Tribunal de origem deu parcial provimento ao apelo do Ministério Público Federal a fim de elevar a pena imposta ao paciente para 8 anos, 1 mês e 6 dias de reclusão, em regime semiaberto, mais o pagamento de 647 dias-multa.

Neste *writ*, alega a impetrante, em síntese, que; a) "o v.acórdão aumentou a pena-base em razão da quantidade de entorpecente apreendido"; b) "o Paciente pode ser classificado como "mula" no presente caso, uma vez que foi "usado" unicamente para transportar e entregaria droga para terceiro, não sendo, portanto, a proprietário dos referidos entorpecentes"; c) "o paciente não procedeu de forma distinta do que já é comum aos aliciados de organizações criminosas. Aliás, na qualidade de "mula" sequer pôde escolher a quantidade de entorpecente que seria transportada, já que não possuía qualquer ingerência sobre o processo e planejamento da traficância - como destino, meio de transporte, quantidade de entorpecente - razão pela qual esses elementos não devem ser sopesados em seu desfavor"; d) "estando configurado o preenchimento integral dos requisitos legais do artigo 33, § 4º da Lei 11343/06 e não havendo indicação de elementos contrários, deve ser aplicado o percentual máximo ali expresso" (e-STJ, fls. 1-6).

Requer, assim, a redução da pena-base ao mínimo legal, bem como a aplicação do redutor do art. 33, § 4º, da Lei de Drogas em fração maior.

Liminar indeferida (e-STJ, fls. 200-201).

Informações prestadas (e-STJ, fls. 209-212).

O Ministério Público Federal opinou pelo não conhecimento da impetração (e-STJ, fls. 254-256).

É relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 383.214 - SP (2016/0332164-8)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO
IMPETRADO : TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3A REGIÃO
PACIENTE : VICTOR RAMON DO PRADO CRIVOI

EMENTA

PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA DA PENA. EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE. QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. AGENTE NA CONDIÇÃO DE "MULA". FUNDAMENTO VÁLIDO PARA A MODULAÇÃO DO ÍNDICE DE REDUÇÃO. EXPRESSIVA QUANTIDADE DE DROGA ALIADA A OUTRAS CIRCUNSTÂNCIAS DO DELITO. *BIS IN IDEM* NÃO EVIDENCIADO. 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. Nos termos do art. 42 da Lei n. 11.343/2006, a quantidade e a natureza da droga apreendida são preponderantes sobre as circunstâncias 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.

3. Hipótese em que o Tribunal de origem, atento as diretrizes do art. 42 da Lei de Drogas, considerou a expressiva quantidade e a natureza das drogas apreendidas (136kg de cocaína, em basta base e em forma salina), para fixar a pena-base no dobro do mínimo legal, o que não se mostra desproporcional. Precedentes.

4. 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 integrem organização criminosa (art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006).

5. A ciência pelo paciente de estar a serviço do crime organizado no tráfico internacional constitui fundamento concreto e idôneo para se valorar negativamente na terceira fase da dosimetria, razão pelo qual está devidamente justificada a redução da pena no patamar de 1/6, pela incidência da minorante do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006. Precedentes do STF e STJ.

6. Não há se falar em *bis in idem* quando, embora tenham sido valoradas a quantidade e a natureza da droga na primeira e na terceira etapa do cálculo da pena, há também outros elementos dos autos que, por si sós, autorizam a modulação da benesse. Precedentes.

7. 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 pela Corte de origem.

8. *Habeas corpus* não conhecido.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

VOTO

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

Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação 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.

Sob tal contexto, passo ao exame das alegações trazidas pela defesa, a fim de verificar a ocorrência de manifesto constrangimento ilegal que autorize a concessão da ordem, de ofício.

Em primeiro grau, o Juiz sentenciante procedeu à individualização da pena sob a seguinte motivação:

Inicialmente, ressalto que não há prova no sentido de que o denunciado, ao tempo da infração penal, não teria potencial consciência da ilicitude. Com efeito, o acusado é portador de maturidade e sanidade mental, condição pessoal que lhe garantiu, ao tempo da infração e posteriormente a ela, condições de entender perfeitamente o caráter ilícito do fato e de determinar-se segundo esse entendimento. Saliento, ainda, que o conjunto probatório não indica a presença de qualquer causa de exclusão da culpabilidade. Concluo, assim, pela presença da culpabilidade e de conduta reprovável.

Na primeira fase, o artigo 42 da Lei n.º 11.343/06 determina 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".

Dessa forma, com base no artigo supracitado c/c art. 59 do CP, verificando que o réu agiu de forma livre e consciente no intuito de transportar aproximadamente 136 (cento e trinta e seis) quilogramas de cocaína, nas formas de cocaína base livre e de sal de cocaína, tendo em vista a natureza e a quantidade da substância, entendo como necessária e suficiente a aplicação da pena-base de 6 (seis) anos, considerando ainda que demonstrado que, além de ter trazido do Paraguai, faria a intermediação da grande quantidade de droga entre 'Pedro' (no Paraguai) e a pessoa que a receberia no posto de combustível, em Bauru/SP, utilizando-se de veículo, que alegou, em interrogatório, ser de sua propriedade.

Prosseguindo, na segunda fase, verifico não haver ocorrência de circunstâncias agravantes (artigos 61 e 62 do Código Penal), mas apenas a atenuante da confissão (artigo 65 do Código Penal), pelo que reduzo a pena em 1/6 (um sexto), resultando na pena de 5 (cinco) anos.

Na terceira fase, diante da incidência da causa de aumento de pena prevista no artigo 40, inciso I, da Lei n.º 11.343/2006, elevo o patamar em 1/6 (um sexto), ou seja, no mínimo legal, uma vez que incide apenas uma causa de aumento de pena, ficando a pena privativa de liberdade fixada em 5 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão para o réu VICTOR RAMON.

Por último, anoto que o artigo 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/2006 determina que as penas do artigo 33, *caput* e § 1º, serão reduzidas de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços) se o agente for primário, de bons antecedentes e não se



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

dedicar a atividades criminosas nem integrar organização criminosa.

No caso, os documentos de fls. 26/30, 149, 151, 154, 156, 159, 167/169, 258 e 260/263 indicam primariedade e ausência de antecedentes.

Também não restou demonstrada, de forma contundente, que VICTOR RAMON se dedica a atividades criminosas ou integra organização criminosa, sendo insuficiente, para caracterização da exigida *affectio societatis*, a afirmação de um dos milicianos que o abordaram de que a porta existente no fundo falso do veículo apreendido aparentava desgaste pelo uso.

Assim, o réu faz jus à benesse legal. A nosso ver, contudo, não deve ser deferido o pedido da defesa de diminuição da pena no grau máximo de 2/3 (dois terços). Considerando a natureza e a quantidade da droga (136 kg de cocaína), além do fato de que, embora confesso e mero transportador, tinha plena consciência de que estava concorrendo para a prática de crime de âmbito internacional, a causa de diminuição, em nosso entender, deve ser fixada em 1/3 (um terço).

Torno, portanto, em definitivo a pena corporal para o réu VICTOR RAMON em 3 (três) anos. 10 (dez) meses e 20 (vinte) dias de reclusão."

A Corte de origem, ao dar provimento ao apelo ministerial, para exasperar a pena-base e aplicar o redutor do art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, no patamar mínimo, assim procedeu quanto à individualização da pena:

Reveja a dosimetria da pena.

A natureza (cocaína) e a quantidade da droga apreendida (136 quilogramas de cocaína, em basta base e na forma salina) são elementos importantes para aferir a quantidade da pena inicial a ser aplicada no crime de tráfico, conforme expressa previsão legal no art. 42 da Lei n. 11.343/06.

Assim, é justificável o aumento da pena-base acima da quantidade fixada em sentença, no dobro do mínimo legal, em 10 (dez) anos de reclusão e 1.000 (mil) dias-multa.

Pelo que se infere dos precedentes do Superior Tribunal de Justiça, a atenuante da confissão (CP, art. 65, II, CP incide sempre que fundamentar a condenação do acusado, pouco relevando se extrajudicial ou parcial, mitigando-se ademais a sua espontaneidade (STJ, HC n. 154544, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, j. 23.03.10; HC n. 151745, Rel. Min. Felix Fischer, j. 16.03.10; HC n. 126108, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, j. 30.06.10; HC n. 146825, Rel. Min. Jorge Mussi, j. 17.06.10; HC n. 154617, Rel. Min. Laurita Vaz, j. 29.04.10; HC n. 64758, Rel. Min. Og Fernandes, j. 19.08.10). No caso, a sentença fundamentou-se também na confissão judicial, ainda que com a ressalva do Juízo *a quo* sobre o réu não ter admitido ciência integral da quantia de droga em seu poder. Ressalta-se que, na fase extrajudicial, o réu permanecera em silêncio, comportamento que poderia ter reproduzido em Juízo. Mas assim não o fez, decidindo admitir que transportava drogas oriundas do Paraguai. Ademais, nas alegações finais, a própria acusação requereu a incidência da atenuante (fl. 266). Reconhecida a atenuante, reduzo a pena em 1/6, obtendo 8 (oito) anos e 4 (quatro) meses de reclusão e 833 (oitocentos e trinta e três) dias-multa.

Deve ser mantida a redução decorrente da aplicação da causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06, porém em fração menor. O réu é primário (folha de antecedentes à fi. 335) e não há elementos



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

suficientes a demonstrar que integre organização criminosa ou se dedique a atividades dessa natureza, não comprovadas as alegações do Ministério Público Federal nesse sentido. Porém, não há elementos para a aplicação do benefício em fração acima do mínimo legal. Portanto, a redução será em 1/6 (um sexto), passando a pena a ser de 6 (seis) anos, 11 (onze) meses e 10 (dez) dias de reclusão e 694 (seiscentos e noventa e quatro) dias-multa. O aumento em razão da transnacionalidade do delito é mantido à razão de 1/6 (um sexto) porque, além de ser a única das causas de aumento previstas pelo art. 40 da Lei n. 11.343/06, não pode incidir como critério de majoração da pena, novamente, circunstâncias já consideradas para o aumento da na primeira fase, qual seja, a grande quantidade de drogas apreendidas. Com a majoração de 1/6 (um sexto), o resultado final é de 8 (oito) anos, 1 (um) mês e 6 (seis) dias de reclusão e 809 (oitocentos e nove) dias-multa, mantido em 1/20 (um vigésimo) o mínimo valor unitário, tendo em vista as condições financeiras do acusado." (e-STJ, fls. 50-60)

Inicialmente, convém destacar que 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.

Dentro do sistema trifásico adotado pelo legislador pátrio, na primeira etapa do cálculo, a pena-base será fixada conforme a análise das circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do CP. Tratando-se de condenado pelo delito de Tráfico de Drogas, o art. 42 da Lei n. 11.343/2006 estabelece a preponderância dos vetores referentes a quantidade e a natureza da droga apreendida, assim como a personalidade e a conduta social do agente sobre as demais elencadas no art. 59 do Código Penal.

In casu, segundo se verifica, o Tribunal de origem, atento as diretrizes do art. 42 da Lei de Drogas, considerou a gigantesca quantidade e a natureza da droga apreendida (136kg de cocaína, em basta base e em forma salina) para elevar a pena-base em 5 (cinco) anos de reclusão.

Levando-se em conta as penas máxima e mínima abstratamente cominadas ao delito (5 a 15 anos) e a apresentação de fundamento válido para a valoração desfavorável de duas circunstâncias judiciais, elencadas inclusive como preponderantes, não se mostra desproporcional o aumento operado pela instância ordinária, a autorizar a intervenção excepcional desta Corte.

O Superior Tribunal de Justiça, em casos análogos, manifestou-se pela legalidade do aumento da pena, diante da preponderância do art. 42 da Lei de Drogas, nos seguintes termos:

HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA APREENDIDA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. AUSÊNCIA. PLEITO DE RECONHECIMENTO DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA. AUSÊNCIA DE INTERESSE DE AGIR. ATENUANTE DEVIDAMENTE RECONHECIDA E APLICADA. NÃO CONHECIMENTO.

1. *In casu*, não se vislumbra ilegalidade manifesta a ser reconhecida na primeira fase da dosimetria, porquanto a Corte de origem adotou fundamentos concretos para justificar a exasperação da pena-base acima do mínimo legal, não parecendo arbitrário o *quantum* imposto, tendo em vista a quantidade e a natureza da droga apreendida - 174 kg de cocaína - (art. 42 da Lei n.º 11.343/2006).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

2. No tocante ao pleito de reconhecimento da confissão espontânea, verifica-se a manifesta ausência de interesse de agir, haja vista que a atenuante em testilha foi devidamente reconhecida e aplicada, ensejando a redução da reprimenda em 1 ano, de modo que não há nada a prover, no ponto.

3. *Habeas corpus* não conhecido.

(HC 365.308/SP, Rel. Mininistra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, Julgado em 07/02/2017, DJe 15/02/2017).

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. VIA INADEQUADA. TRÁFICO DE DROGAS. PENA-BASE APLICADA NO MÁXIMO LEGAL PREVISTO PARA O TIPO. ART. 42 DA LEI DE DROGAS. PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE. VIOLAÇÃO. OCORRÊNCIA. PENA-BASE REDUZIDA. PLEITO DE AFASTAMENTO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. IMPOSSIBILIDADE. CIRCUNSTÂNCIAS QUE DENOTAM QUE O PACIENTE DEDICA-SE ÀS ATIVIDADES CRIMINOSAS. OFENSA AO PRINCÍPIO DO *NE BIS IN IDEM*. INOCORRÊNCIA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

[...]

– 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.

– Caso em que, não obstante a acentuada reprovabilidade da conduta, demonstrada pela significativa quantidade e extrema nocividade da droga apreendida (30,120kg de cocaína), a exasperação da pena-base no máximo legal (15 anos) denota ofensa ao primado da proporcionalidade, sendo razoável a fixação da pena-base no dobro do piso mínimo, qual seja, 10 anos de reclusão e 1.000 dias-multa.

[...]

– *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida de ofício, apenas para reduzir as penas do paciente para 10 anos de reclusão e 1.000 dias-multa, com extensão do presente *decisum*, nos termos do art. 580 do CPP, aos corréus Vanil Máximo de Oliveira e Jéssica Francielly Santos.

(HC 363.807/MG, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 27/09/2016, DJe 04/10/2016).

Quanto à aplicação da causa especial de diminuição de pena, releva salientar 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.

Na falta de indicação pelo legislador de balizas para o *quantum* de redução, os Tribunais Superiores tem decidido que a natureza e a quantidade de droga apreendida, assim como as demais circunstâncias do delito, 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 (RHC 72.118/RS, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 20/10/2016, DJe 26/10/2016 e AgRg no REsp 1.442.055/PR, Rel. Ministro ROGERIO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

SCHIETTI CRUZ, Sexta Turma, julgado em 04/08/2015, DJe 18/08/2015).

In casu, verifica-se que o Juízo sentenciante, considerando a primariedade e os bons antecedentes do paciente, bem como o fato de não restar comprovado nos autos que se dedica a atividades criminosas ou integra organização criminosa, aplicou o redutor pelo tráfico privilegiado na fração de 1/3, tendo como fundamento, além da natureza e da quantidade da droga apreendida (136kg de cocaína, em base e em forma salina), o fato de o paciente ter confessado que estava concorrendo para a prática do tráfico internacional de drogas como transportador, ou seja, na condição de "mula" do tráfico.

A Corte de origem, por sua vez, ao acolher o pleito ministerial, entendeu por aplicar o redutor no patamar mínimo (1/6), pelos mesmos motivos exarados na sentença condenatória, tendo consignado que "não há elementos suficientes a demonstrar que integre organização criminosa ou se dedique a atividades dessa natureza, não comprovadas as alegações do Ministério Público Federal nesse sentido. Porém, não há elementos para a aplicação do benefício em fração acima do mínimo legal".

Quanto ao tema, convém anotar que ambas as Turmas deste Superior Tribunal de Justiça têm entendimento oscilante sobre a possibilidade de reconhecimento do tráfico privilegiado ao agente transportador de drogas, na qualidade de 'mula' do tráfico. Há diversos julgados nos quais tem-se decidido que o condenado, enquanto no exercício dessa função, integra organização criminosa e por tal razão não preenche os requisitos legais para a aplicação da redutora (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).

Entretanto, opto por acompanhar o entendimento uníssono do Supremo Tribunal Federal, sobre a matéria, no sentido de que a simples atuação do condenado como "mula" não induz automaticamente a conclusão de que integre organização criminosa, sendo imprescindível, para tanto, prova inequívoca do seu envolvimento, estável e permanente, com o grupo criminoso para autorizar a redução da pena em sua totalidade.

A propósito, confira-se os seguintes julgados da Suprema Corte que respaldam esse entendimento:

HABEAS CORPUS. PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. PENA-BASE. AUMENTO PELA TRANSNACIONALIDADE. *BIS IN IDEM*. INOCORRÊNCIA. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DA PENA. AFASTAMENTO PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. ATIVIDADE DE 'MULA'. INTEGRANTE DE ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. NÃO COMPROVAÇÃO. FIXAÇÃO DO REGIME SEMIABERTO. PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS. POSSIBILIDADE. ORDEM CONCEDIDA EM PARTE. I – A causa de aumento em razão da transnacionalidade é aplicável ao agente que transporta a droga para o exterior ou com ela adentra as fronteiras de nosso país, não configurando *bis in idem*. Precedentes. II – No crime de tráfico de drogas, as penas poderão ser reduzidas de 1/6 a 2/3, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique a atividades criminosas nem integre organização criminosa. III - **A exclusão da causa de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006, somente se justifica quando indicados expressamente os fatos concretos comprovem que a “mula” integre a organização criminosa.** Precedentes. IV – O Código Penal determina que o condenado não reincidente, cuja pena seja superior a 4 (quatro) anos e não exceda a 8 (oito), poderá, desde o princípio, cumpri-la



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

em regime semiaberto. Sendo o réu primário e com bons antecedentes, requisitos aferidos na sentença condenatória, não há motivos que impeçam a fixação do regime semiaberto para o cumprimento inicial da pena. V – Ordem concedida em parte. (HC 132459, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, julgado em 13/12/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-028 DIVULG 10-02-2017 PUBLIC 13-02-2017)

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 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. (HC 134597, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Segunda Turma, julgado em 28/06/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-166 DIVULG 08-08-2016 PUBLIC 09-08-2016)

Consoante se verifica, ainda, do último julgado citado, o Pretório Excelso tem se posicionado que a atuação do agente na condição de “mula”, embora não seja suficiente para denotar que integre, de forma estável e permanente, organização criminosa, configura circunstância concreta e elemento idôneo para se valorar negativamente na terceira fase da dosimetria, modulando-se a aplicação da causa especial de diminuição de pena pelo tráfico privilegiado.

Dessa forma, conforme se extrai dos excertos, a instância antecedente, em



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

consonância com o entendimento da Suprema Corte, concluiu 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 estava concorrendo para a prática do tráfico internacional de drogas como mero transportador.

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 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.)

Impende ressaltar que não obstante a quantidade e a natureza da droga apreendida tenha sido sopesada na primeira e na terceira fase do cálculo da pena, não se verifica



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

bis in idem na hipótese, pois a modulação do benefício também se justifica em outros elementos dos autos que, por si sós, autorizam a aplicação da causa de diminuição do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, em seu patamar mínimo. (Vide: HC 320176/SP, Min. Rel. REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, DJe 13/4/2016).

Por fim, inalterado o *quantum* da pena fixada, ficam mantidos, nos moldes exarados na decisão impugnada, 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: 2016/0332164-8

HC 383.214 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00039155620144036108 201461080039157 39155620144036108

EM MESA

JULGADO: 18/04/2017

Relator

Exmo. Sr. Ministro **RIBEIRO DANTAS**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **CARLOS EDUARDO DE OLIVEIRA VASCONCELOS**

Secretário

Me. **MARCELO PEREIRA CRUVINEL**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	: DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO
ADVOGADO	: DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO
IMPETRADO	: TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3A REGIÃO
PACIENTE	: VICTOR RAMON DO PRADO CRIVOI

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.