



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 1.407.115 - SP (2013/0320015-5)

RELATOR : MINISTRO FELIX FISCHER
AGRAVANTE : J A A S (PRESO)
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

EMENTA

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE. NATUREZA E QUANTIDADE DA DROGA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. ATUAÇÃO NA QUALIDADE DE "MULA". APLICAÇÃO DA MINORANTE PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/06. IMPOSSIBILIDADE. FRAÇÃO MÍNIMA CONCEDIDA PELA TRIBUNAL. SITUAÇÃO BENÉFICA AO RÉU. IMPOSIÇÃO DE REGIME MAIS GRAVOSO. POSSIBILIDADE. SUBSTITUIÇÃO POR PENA RESTRITIVA DE DIREITOS. QUANTIDADE DA PENA APLICADA. INVIABILIDADE.

I - A exacerbação da pena-base fundamentada na natureza e quantidade do entorpecente apreendido (**8,050 quilos de cocaína**), atende ao disposto no art. 59 do CP e no art. 42 da Lei n. 11.343/2006.

II - O atual entendimento jurisprudencial do Pretório Excelso e desta Corte Superior é no sentido de que, regra geral, o agente que transporta drogas, na qualidade de 'mula' do tráfico, integra organização criminosa. Na hipótese, a concessão da minorante em sua fração mínima configura ato benéfico, já que, considerando o entendimento ora firmado, o recorrente sequer faria jus à tal redução.

III - Outrossim, a fixação da pena-base acima do mínimo legal em razão da quantidade e natureza da droga apreendida, na linha do disposto no art. 42 da Lei nº 11.343/2006, pode ensejar, como no caso, a fixação de regime mais gravoso. (**Precedentes**).

IV - Não restam cumpridos os requisitos do art. 44 do Código Penal para a substituição da prisão por pena restritiva de direitos, diante do **quantum** da pena aplicada (inciso I).

Agravo regimental **desprovido**.

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 provimento ao agravo regimental.

Os Srs. Ministros Jorge Mussi, Reynaldo Soares da Fonseca, Ribeiro Dantas e



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Joel Ilan Paciornik votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 18 de agosto de 2016 (Data do Julgamento).

Ministro Felix Fischer

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 1.407.115 - SP (2013/0320015-5)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO FELIX FISCHER: Trata-se de agravo regimental interposto por J. A. A. S., contra a decisão de fls. 560-569, de minha relatoria, que negou seguimento ao recurso especial manejado em face do v. acórdão proferido pelo eg. Tribunal Regional Federal da 3ª Região.

Em suas razões, o agravante insiste na reforma do **decisum** proferido pela Corte regional, postulando, em suma, a fixação da pena-base no mínimo legal, tendo em vista que a quantidade e natureza da droga não teriam o condão de elevá-la; a aplicação da minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06, na fração máxima, tendo em vista se tratar de multa, e, por fim, como consectário da diminuição da pena, a determinação do regime inicial aberto ou semiaberto para desconto da sanção, com substituição desta por restritivas de direito.

Por manter o **decisum**, trago o feito ao Colegiado.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 1.407.115 - SP (2013/0320015-5)

EMENTA

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE. NATUREZA E QUANTIDADE DA DROGA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. ATUAÇÃO NA QUALIDADE DE "MULA". APLICAÇÃO DA MINORANTE PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/06. IMPOSSIBILIDADE. FRAÇÃO MÍNIMA CONCEDIDA PELA TRIBUNAL. SITUAÇÃO BENÉFICA AO RÉU. IMPOSIÇÃO DE REGIME MAIS GRAVOSO. POSSIBILIDADE. SUBSTITUIÇÃO POR PENA RESTRITIVA DE DIREITOS. QUANTIDADE DA PENA APLICADA. INVIABILIDADE.

I - A exacerbação da pena-base fundamentada na natureza e quantidade do entorpecente apreendido (**8,050 quilos de cocaína**), atende ao disposto no art. 59 do CP e no art. 42 da Lei n. 11.343/2006.

II - O atual entendimento jurisprudencial do Pretório Excelso e desta Corte Superior é no sentido de que, regra geral, o agente que transporta drogas, na qualidade de 'mula' do tráfico, integra organização criminosa. Na hipótese, a concessão da minorante em sua fração mínima configura ato benéfico, já que, considerando o entendimento ora firmado, o recorrente sequer faria jus à tal redução.

III - Outrossim, a fixação da pena-base acima do mínimo legal em razão da quantidade e natureza da droga apreendida, na linha do disposto no art. 42 da Lei nº 11.343/2006, pode ensejar, como no caso, a fixação de regime mais gravoso. (**Precedentes**).

IV - Não restam cumpridos os requisitos do art. 44 do Código Penal para a substituição da prisão por pena restritiva de direitos, diante do **quantum** da pena aplicada (inciso I).

Agravo regimental **desprovido**.

VOTO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

O EXMO. SR. MINISTRO FELIX FISCHER: Em que pesem os argumentos do recorrente, o recurso não merece prosperar.

Em primeiro lugar, **quanto à fixação da pena-base**, a decisão agravada dever ser mantida pelos próprios fundamentos, **verbis** (fls. 563-564):

"Passo ao exame da alegada violação ao art. 42 da Lei n. 11.343/2006. E, ao fazê-lo, verifico que não assiste razão ao recorrente.

Confira-se, a propósito, os fundamentos alinhavados no voto condutor do acórdão recorrido:

'[...] Não obstante a natureza da droga e a grande quantidade transportada e mesmo sabendo-se que tais quesitos possuem preponderância (Lei n.º 11.343/06, artigo 42), o patamar fixado aproxima-se ao ponto médio entre os extremos legais, afigurando-se exagerado, haja vista que as demais circunstâncias são favoráveis ao réu.

Assim, reduzo a pena-base para 8 (oito) anos e 6 (seis) meses de reclusão, quantum que, à vista das circunstâncias mencionadas, se afigura suficiente à prevenção e à repressão do crime'.

Vê-se que a pena-base foi aumentada em 3 anos e 6 meses em razão da quantidade e natureza da droga apreendida.

Com efeito, a grande quantidade (8,050 quilogramas) e a sua natureza (cocaína) altamente nociva, autorizam uma maior exasperação da reprimenda, notadamente se levado em consideração que tais circunstâncias, a teor do disposto no art. 42 da Lei n. 11.343/2006, devem preponderar nesta fase.

Neste sentido:

'PROCESSUAL PENAL E PENAL. HABEAS CORPUS. SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL, ORDINÁRIO OU DE REVISÃO CRIMINAL. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. CUMPRIMENTO DA PENA. DOSIMETRIA. PENA-BASE. EXASPERAÇÃO. NATUREZA E QUANTIDADE DA DROGA. LEGALIDADE. MAJORAÇÃO EM 1 ANO. RAZOABILIDADE. MINORANTE. ART. 33, § 4º, DA LEI 11.343/2006. PARTICIPAÇÃO EM ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. NÃO APLICAÇÃO. LEGALIDADE. REEXAME FÁTICO-PROBATÓRIO. HC NÃO CONHECIDO.

(...)

3. A natureza e a quantidade da droga justificam a exasperação da pena-base acima no mínimo legal, nos termos do art. 42 da Lei n. 11.343/06.

4. O aumento da pena em 2 anos para o crime previsto no art. 33 da Lei de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Drogas, cuja pena em abstrato varia de varia de 3 a 15 anos, tendo-se em vista a elevada quantidade de droga apreendida, é razoável, respeitados os limites da discricionariedade dos magistrados.

5. Reconhecido, com base nos elementos fático-probatórios dos autos, o envolvimento da paciente em organização criminosa, inviável a aplicação da minorante, diante do não preenchimento dos requisitos previstos no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/06, circunstância cuja reapreciação enseja a valoração de prova, o que é incabível na via estreita do habeas corpus.

6. Habeas corpus não conhecido' (HC 211069/SP, **Sexta Turma**, Rel. Min. **Nefi Cordeiro**, Dje de 11/5/2015).

*Portanto, tendo em vista a faixa de apenamento prevista no preceito secundário do tipo penal incriminador (5 a 15 anos), revela-se adequado à hipótese exasperar a pena em **3 anos e 6 meses**, perfazendo, na primeira fase, 8 anos e 6 meses de reclusão. "*

No que se refere à **aplicação da minorante de tráfico eventual**, também deve ser mantido o entendimento aplicado ao tema (fl. 564-568):

"Da mesma forma não merece prosperar o pleito de aplicação, em seu grau máximo, da redutora prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006. Isso porque o caso em tela trata, efetivamente, de 'mula' do tráfico. E esta Corte vem firmando jurisprudência no sentido de que a configuração da atividade de 'mula', apesar de ser imprestável, por si só, para afastar a aplicação da causa de diminuição insculpida no art. 33, § 4º, da Lei de Tóxicos, é suficiente para servir de parâmetro para determinar a redução no grau mínimo, conforme se depreende dos seguintes precedentes:

'PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. 1. VIOLAÇÃO DOS ARTS. 59 DO CP E 42 DA LEI N. 11.343/2006. NÃO OCORRÊNCIA. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO. POSSIBILIDADE. NATUREZA E QUANTIDADE DA DROGA. 2. OFENSA AO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. NÃO DEMONSTRAÇÃO. PATAMAR FIXADO PELO TRIBUNAL DE ORIGEM COM BASE NAS CIRCUNSTÂNCIAS DO FATO CRIMINOSO. 3. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. PENA SUPERIOR A QUATRO ANOS. 4. REGIME DE CUMPRIMENTO DE PENA. FECHADO. POSSIBILIDADE. NATUREZA E QUANTIDADE DO ENTORPECENTE. 5. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.

1. O aumento da pena-base foi devidamente fundamentado em razão da quantidade e natureza da droga apreendida - aproximadamente 2.520g (dois mil quinhentos e vinte gramas) de cocaína -, não havendo, portanto, violação do art. 59 do



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Código Penal, tampouco do art. 42 da Lei de Drogas.

2. Igualmente, não há se falar em violação ao art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, pois a fração de diminuição da pena, estabelecida em 1/6 (um sexto), mostrou-se adequada às circunstâncias do fato criminoso, haja vista constar dos autos que a recorrente atuava como "mula" para o tráfico internacional de drogas.

[...]' (AgRg no AREsp 494.314/SP, Quinta Turma, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, DJe 21/8/2014).

'PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. ART. 33, CAPUT, C/C ART. 40, I, DA LEI 11.343/06. NATUREZA E QUANTIDADE DA DROGA. VALORAÇÃO DA CIRCUNSTÂNCIA NA PRIMEIRA E TERCEIRA FASES DA DOSIMETRIA. IMPOSSIBILIDADE. BIS IN IDEM. REPERCUSSÃO GERAL. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

[...]

VI - Ademais, "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 os réus integrariam organização criminosa. 5. 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" (STF - HC n. 124.107, Primeira Turma, Rel. Min. Dias Toffoli, DJe de 24/11/2014).

Habeas Corpus não conhecido.

Ordem concedida de ofício para que o eg. Tribunal de origem proceda à nova dosimetria da pena do paciente, utilizando as circunstâncias relativas à natureza e à quantidade da droga apreendida em somente uma das etapas do cálculo, desconsiderando o argumento de que o exercício da função de mula, por si só, comprovaria que ele se dedica a organização criminosa.' (HC 282.396/SP, Quinta Turma, de minha relatoria, DJe 24/2/2015).

[...]

Portanto, na linha de precedentes, a comprovação, como no caso, de que atuou no transporte da droga na condição de '**mula**' do tráfico denota maior reprovabilidade que, se não é capaz de obstar a incidência da causa de diminuição, impõe que sua **redução se dê em patamar mínimo (1/6).**"

No ponto, ressalto que o antigo entendimento jurisprudencial desta Corte estabelecia que a atividade de "mula", apesar de ser **imprestável, por si só, para afastar** a aplicação da causa de diminuição insculpida no art. 33, § 4º, da Lei de Tóxicos, **era suficiente para servir de parâmetro para determinar a redução no grau mínimo.**

Porém, o atual entendimento jurisprudencial do Pretório Excelso e desta Corte Superior é no sentido de que, regra geral, o agente que transporta drogas, na qualidade de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

'mula' do tráfico, integra organização criminosa. **Na hipótese, a concessão da minorante em sua fração mínima configura ato benéfico, já que, considerando o entendimento ora firmado, o recorrente sequer faria jus à tal redução.**

Nesse sentido:

"PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO INTERNACIONAL DE DROGAS. QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA CONSIDERADAS PARA EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE. APLICAÇÃO DA REDUTORA DO ART. 33, § 4º, DA LEI 11.343/2006 NA FRAÇÃO DE 1/6. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE. SANÇÃO DEFINITIVA SUPERIOR A QUATRO ANOS. IMPOSSIBILIDADE DE CONCESSÃO DO REGIME ABERTO E DA PENA SUBSTITUTIVA. AGRAVO IMPROVIDO.

[...]

2. O Tribunal de origem, no caso concreto, ao aplicar a redutora do art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006, na fração de 1/6, já beneficiou o recorrente considerando que o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça possuem precedentes no sentido de que o acusado, enquanto no exercício da função de 'mula', integra organização criminosa e, portanto, não preenche os requisitos exigidos para a aplicação da causa de diminuição de pena descrita no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 (AgRg no HC 275.228/AC, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, Sexta Turma, julgado em 18/6/2014, DJe 4/8/2014).

[...].

*4. Agravo regimental improvido" (AgRg no AREsp n. 821.530/SP, **Quinta Turma**, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, DJe de 13/5/2016).*

"AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO TRANSNACIONAL DE DROGAS. FRAÇÃO DA MINORANTE PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

1. Havendo sido concretamente fundamentada a aplicação da minorante em comento no patamar de 1/6, sobretudo em razão de "estar-se diante de quem se prestou a atuar na condição popularmente conhecida como 'mula' do tráfico" (fl. 252), não há contrariedade ao disposto no art. 33, § 4º, da Lei de Drogas.

*2. Agravo regimental não provido" (AgRg no AREsp n. 684.780/AM, **Sexta Turma**, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, DJe de 19/5/2016).*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Por fim, no que diz respeito ao regime a decisão ora atacada também não merece reparos.

Com efeito, a definição do regime prisional para os condenados por tráfico de entorpecentes - crime equiparado a hediondo, deve seguir a sistemática estabelecida no art. 33, § 2º e 3º do Código Penal. Ou seja, será definido de acordo com o **quantum** da pena aplicada e em atenção às circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do mesmo diploma legal.

Contudo, é necessário fazer uma observação. O art. 42 da Lei n. 11.343/2006 estabelece 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 conduta social do agente"*.

Assim, para o crime de tráfico a exasperação da pena-base poderá decorrer da avaliação negativa da "natureza e quantidade" da droga apreendida. O que, por conseguinte, autoriza a fixação do regime prisional mais gravoso, nos termos do já citado art. 33, §§ 2º e 3º do Código Penal.

Portanto, a circunstância judicial referente à quantidade e variedade da droga poderá incidir na primeira ou terceira fase da dosimetria da pena. Dessarte, será utilizada para exasperar a pena-base, afastar a aplicação da minorante ou ainda para modular o nível de redução da pena. **In casu**, o eg. Tribunal de origem, na primeira fase, valorou negativamente a quantidade e a natureza das drogas apreendidas para exasperar a pena-base.

A pena definitiva não ultrapassou 8 anos, o recorrente é primário e não apresenta maus antecedentes. Não obstante, a quantidade e natureza de entorpecente foi utilizada na primeira fase para exasperar a pena-base.

Desse modo, considerada a pena final aplicada e a valoração negativa da quantidade de droga apreendida, o **regime adequado é o inicial fechado**.

Por conseguinte, conforme consignado na decisão agravada, não há se falar em substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, uma vez que o montante final da pena aplicada ultrapassa quatro anos de reclusão (art. 44, inciso I, do Código Penal).

Diante do exposto, **nego provimento** ao agravo regimental.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2013/0320015-5

AgRg no
REsp 1.407.115 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00022582220094036119 200961190022582 2013124269 22582220094036119

PAUTA: 18/08/2016

JULGADO: 18/08/2016
SEGREDO DE JUSTIÇA

Relator

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro FELIX FISCHER

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. ANTÔNIO AUGUSTO BRANDÃO DE ARAS

Secretário

Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : J A A S (PRESO)
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO
RECORRIDO : 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 : J A A S (PRESO)
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO
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 Jorge Mussi, Reynaldo Soares da Fonseca, Ribeiro Dantas e Joel Ilan Paciornik votaram com o Sr. Ministro Relator.