



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 385.226 - SP (2017/0005652-4)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE : ANTHONY PATRICIO FREITAS DE ALENCAR E OUTRO
ADVOGADO : ANTHONY PATRICIO FREITAS DE ALENCAR E OUTRO(S) -
GO038382
IMPETRADO : TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3A REGIÃO
PACIENTE : RUBENS DA SILVA SANTOS (PRESO)

EMENTA

PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA DA PENA. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. AGENTE NA CONDIÇÃO DE "MULA". AUSÊNCIA DE PROVA DE QUE INTEGRA ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. NECESSIDADE DE READEQUAÇÃO DO QUANTUM DE REDUÇÃO. REGIME PRISIONAL. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. NATUREZA E QUANTIDADE DA DROGA. MODO FECHADO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITO. FALTA DO PREENCHIMENTO DO REQUISITO OBJETIVO. MANIFESTA ILEGALIDADE VERIFICADA. *WRIT* NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA, DE OFÍCIO.

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. 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 organizações criminosas (art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006).

3. Embora haja diversos julgados de ambas as Turmas deste Tribunal Superior nos quais se afirme não ser possível o reconhecimento do tráfico privilegiado ao agente transportador de drogas na qualidade de "mula", acolho o entendimento unânime do Supremo Tribunal Federal sobre a matéria, no sentido de que a simples atuação nessa condição não induz, automaticamente, à conclusão de que o sentenciado 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. Precedentes do STF.

4. O conhecimento 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 pela qual o percentual de redução, pela incidência da minorante do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, deve ser estabelecido no mínimo legal, atento a especial gravidade da conduta por ele praticado. Precedentes do STF e STJ.

5. Embora o paciente seja primário e a pena definitiva tenha sido estabelecida em patamar inferior a oito anos, o regime fechado (previsto como o imediatamente mais grave, segundo o *quantum* da sanção aplicada) é o adequado para o



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

cumprimento da pena privativa de liberdade, em razão da aferição da quantidade, da diversidade e da natureza da droga (6kg de haxixe e 437g de *ecstasy*), na primeira etapa da dosimetria para exasperar a pena-base.

6. É inadmissível a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direito, pela falta do preenchimento do requisito objetivo (art. 44, I, do Código Penal).

7. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para fazer incidir o redutor do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 na fração de 1/6, resultando a pena do paciente em 5 anos, 8 meses e 1 dia de reclusão, mais pagamento de 566 dias-multa, mantido o regime fechado.

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 "Prosseguindo no julgamento, a Turma, por unanimidade, não conhecer do pedido e conceder "Habeas Corpus" de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Joel Ilan Paciornik, Felix Fischer, Jorge Mussi e Reynaldo Soares da Fonseca votaram com o Sr. Ministro Relator.

SUSTENTARAM ORALMENTE NA SESSÃO DE 18/04/2017: DR. TIAGO AZEVEDO BORGES MATEUCCI (P/PACTE) E MINISTÉRIO PÚBLICA FEDERAL

Brasília (DF), 27 de abril de 2017(data do julgamento)

Ministro RIBEIRO DANTAS
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 385.226 - SP (2017/0005652-4)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE : ANTHONY PATRICIO FREITAS DE ALENCAR E OUTRO
ADVOGADO : ANTHONY PATRICIO FREITAS DE ALENCAR E OUTRO(S) -
GO038382
IMPETRADO : TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO
PACIENTE : RUBENS DA SILVA SANTOS (PRESO)

RELATÓRIO

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

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

Consta dos autos que o paciente foi condenado à pena de 5 anos, 1 mês e 7 dias de reclusão, em regime semiaberto, mais o pagamento de 510 dias-multa, como incurso no art. 33, *caput*, § 4º, c/c o art. 40, I, ambos da Lei n. 11.343/2006.

Em sede recursal, o Tribunal de origem acolheu, em parte, o apelo da defesa para alterar os patamares da atenuante de confissão espontânea e da causa de aumento da transnacionalidade para 1/6. Foi, ainda, dado parcial provimento ao apelo ministerial para afastar o redutor do tráfico privilegiado e fixar o regime inicial fechado para o cumprimento da pena reclusiva, resultando a pena do paciente em 6 anos, 9 meses e 20 dias de reclusão, mais o pagamento de 680 dias-multa.

Neste *writ*, alegam os impetrantes que a natureza e a quantidade de droga apreendida não são elementos idôneos para afastar a causa de diminuição do art. 33, § 4º, da Lei de Drogas. Afirmam que tais circunstâncias devem ser consideradas, tão-somente, na primeira etapa da dosimetria. Logo, defendem que, uma vez atendidos os requisitos legais, o paciente tem direito à aplicação da minorante em apreço.

Sustentam, por fim, que o regime inicial foi fixado com base apenas na gravidade abstrata e na hediondez do delito, em confronto com às Súmulas 718 e 719 do STF.

Requerem, assim, a incidência do redutor do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 no grau máximo, bem como a fixação do regime intermediário para o cumprimento da pena privativa de liberdade.

Liminar indeferida (e-STJ, fls. 174-177).

Informações prestadas (e-STJ, fls. 238-302).

O Ministério Público Federal opinou pela concessão da ordem, de ofício, a fim de determinar que o Juízo da Execução analise o regime inicial de cumprimento da pena, a partir de elementos concretos (e-STJ, fls. 307-316).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 385.226 - SP (2017/0005652-4)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE : ANTHONY PATRICIO FREITAS DE ALENCAR E OUTRO
ADVOGADO : ANTHONY PATRICIO FREITAS DE ALENCAR E OUTRO(S) -
GO038382
IMPETRADO : TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3A REGIÃO
PACIENTE : RUBENS DA SILVA SANTOS (PRESO)

EMENTA

PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA DA PENA. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. AGENTE NA CONDIÇÃO DE "MULA". AUSÊNCIA DE PROVA DE QUE INTEGRA ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. NECESSIDADE DE READEQUAÇÃO DO *QUANTUM* DE REDUÇÃO. REGIME PRISIONAL. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. NATUREZA E QUANTIDADE DA DROGA. MODO FECHADO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITO. FALTA DO PREENCHIMENTO DO REQUISITO OBJETIVO. MANIFESTA ILEGALIDADE VERIFICADA. *WRIT* NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA, DE OFÍCIO.

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. 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 organizações criminosas (art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006).

3. Embora haja diversos julgados de ambas as Turmas deste Tribunal Superior nos quais se afirme não ser possível o reconhecimento do tráfico privilegiado ao agente transportador de drogas na qualidade de "mula", acolho o entendimento uníssono do Supremo Tribunal Federal sobre a matéria, no sentido de que a simples atuação nessa condição não induz, automaticamente, à conclusão de que o sentenciado 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. Precedentes do STF.

4. O conhecimento 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 pela qual o percentual de redução, pela incidência da minorante do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, deve ser estabelecido no mínimo legal, atento a especial gravidade da conduta por ele praticado. Precedentes do STF e STJ.

5. Embora o paciente seja primário e a pena definitiva tenha sido estabelecida em patamar inferior a oito anos, o regime fechado (previsto como o imediatamente mais grave, segundo o *quantum* da sanção aplicada) é o adequado para o cumprimento da pena privativa de liberdade, em razão da aferição da quantidade,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

da diversidade e da natureza da droga (6kg de haxixe e 437g de *ecstasy*), na primeira etapa da dosimetria para exasperar a pena-base.

6. É inadmissível a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direito, pela falta do preenchimento do requisito objetivo (art. 44, I, do Código Penal).

7. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para fazer incidir o redutor do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 na fração de 1/6, resultando a pena do paciente em 5 anos, 8 meses e 1 dia de reclusão, mais pagamento de 566 dias-multa, mantido o regime fechado.

VOTO

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

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

Nesse contexto, passo ao exame das supostas ilegalidades apontadas pela defesa.

A Corte de origem, ao acolher o pleito ministerial, afastou a causa de diminuição do art. 33, § 4º, da Lei de Drogas pelos seguintes fundamentos:

A questão é, pois, de cotejo das provas carreadas aos autos com o conteúdo prescritivo dos requisitos previstos na norma legal.

No caso dos autos, os elementos de cognição demonstram que os acusados aceitaram o encargo para prestar serviço à organização criminosa voltada ao tráfico internacional, importando e transportando mais de 06 Kg de haxixe, sendo que a corre ainda transportava 437 gramas de "ecstasy", o que denota que os denunciados se dedicavam às atividades criminosas, de forma a obstar a aplicação da causa de diminuição da pena inserta no artigo 33, §4º, da Lei nº 11.343/06.

Desta feita, dou parcial provimento à apelação do Ministério Público Federal para afastar a aplicação da minorante inserta no § 4º do artigo 33 da Lei nº 11.343/06." (e-STJ, fls. 294).

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

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 integrarem organizações criminosas.

Como é cediço, o legislador ao instituir o referido benefício legal, teve como objetivo conferir tratamento diferenciado aos pequenos e eventuais traficantes, não alcançando, assim, aqueles que fazem do tráfico de entorpecentes um meio de vida.

Na falta de parâmetros legais para se fixar o *quantum* dessa redução, os Tribunais Superiores decidiram que a quantidade e a natureza da droga apreendida, além das demais circunstâncias do delito, podem servir para a modulação de tal índice ou até mesmo para



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

impedir a sua aplicação, quando evidenciarem o envolvimento habitual do agente com o narcotráfico (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 SCHIETTI CRUZ, Sexta Turma, julgado em 04/08/2015, DJe 18/08/2015).

Na hipótese, segundo se observa, a Corte de origem negou à aplicação da minorante ao paciente por entender que o transporte de elevada quantidade de entorpecente (6kg de haxixe e 437g de *ecstasy*) na condição de "mula", evidenciaria sua dedicação a atividade criminosa.

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, integraria organização criminosa e, por tal razão, não preencheria 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).

Ciente da jurisprudência hesitante desta Corte, entendo por bem acolher e acompanhar o entendimento uníssono do Supremo Tribunal Federal sobre a matéria, de que a simples atuação como "mula" não induz automaticamente a conclusão de que o agente 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.

A propósito, confira-se os seguintes julgados da Suprema Corte que respaldam este posicionamento:

*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 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)*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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)

Por outro lado, firmou-se também no Pretório Excelso o entendimento de que a atuação 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 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.

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

Habeas corpus. Penal. Condenação pelo delito de tráfico de drogas. Dosimetria. Causa especial de redução de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas. Pretendido reconhecimento em seu patamar máximo de 2/3 (dois terços). Impossibilidade. Justificativa idônea para aplicação do percentual de 1/6 (um sexto). Paciente que, embora não integrasse



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

organização criminosa, atuou conscientemente a seu rogo, visto que foi contratado para transportar a droga até o Brasil. Improriedade do *writ* para revisitar o juízo feito pelas instâncias de mérito quanto à reprovabilidade da conduta para ponderar a respeito de qual seria a pena adequada ao caso. Precedentes. Ordem denegada.

1. Razão não assiste à impetrante quanto ao pretendido reconhecimento da causa especial de redução de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas em seu grau máximo de 2/3 (dois terços).

2. O paciente foi surpreendido transportando, em 43 (quarenta e três) cápsulas alojadas em seu corpo, 614 g (seiscentos e quatorze gramas) de cocaína, tendo confessado ter sido contratado para trazer a droga para São Paulo pela quantia de \$ 500 (quinhentos) dólares, conforme relatado em interrogatório policial e judicial.

3. A aplicação da causa de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06 em 1/6 (um sexto) pelo Tribunal Regional Federal da 3ª Região mostra-se suficientemente fundamentada nas circunstâncias subjetivas do caso, considerando, para tanto, que o paciente conscientemente atuou a rogo de organização criminosa, já que admitiu ter sido contratado para trazer a substância entorpecente até o Brasil.

4. Consoante pacífica jurisprudência da Corte, o *habeas corpus* não é a via adequada para revisitar o juízo feito pelas instâncias de mérito quanto à reprovabilidade da conduta do paciente para ponderar a respeito de qual seria a pena adequada ao caso concreto.

5. Ordem denegada.

Dessa forma, na falta de elementos que indiquem que o paciente integra organização criminosa ou se dedique ao tráfico de entorpecentes, como bem asseveraram o Juízo sentenciante e o Desembargador Relator do *decisum* impugnado (e-STJ, fls. 268-269 e 282-284), o percentual de redução, pela incidência da minorante do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, deve ser estabelecido no mínimo legal, diante do auxílio prestado ao crime organizado no tráfico internacional de drogas.

Nesse sentido:

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

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

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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

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

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

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

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

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

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

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

11. *Habeas corpus* não conhecido.

(HC 365.603/SP, de minha relatoria, QUINTA TURMA, julgado em 06/12/2016, DJe 13/12/2016).

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.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 684.780/AM, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 10/05/2016, DJe 19/05/2016).

Passo, assim, ao redimensionamento da pena.

A pena-base fica estabelecida em 7 anos de reclusão mais o pagamento de 700 dias-multa, pela aferição desfavorável da quantidade, diversidade e natureza das drogas. Na segunda etapa, reconhecida a incidência da atenuante da confissão espontânea, reduzo-a em 1/6 (5 anos e 10 meses de reclusão mais 583 dias-multa). Na última etapa, aumento-a em 1/6, diante da majorante prevista no art. 40, I, da Lei n. 11.343/2006, e, em seguida, aplico o redutor pelo tráfico privilegiado na fração de 1/6, consoante as razões acima expostas. **A pena fica definitiva em 5 anos, 8 meses e 1 dia de reclusão mais 566 dias-multa.**

Quanto ao regime prisional, o modo inicial fechado permanece inalterado.

A obrigatoriedade do regime inicial fechado aos sentenciados por crimes hediondos e a eles equiparados não mais subsiste, diante da declaração de inconstitucionalidade, *incidenter tantum*, do § 1º do art. 2º da Lei n. 8.072/1990, pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC 111.840/ES (em 27/7/2012).

Na identificação do modo inicial de cumprimento de pena, necessário à prevenção e à reparação da infração penal, o magistrado deve expor **motivadamente** sua escolha, atento às diretrizes do art. 33 do Código Penal, e, na hipótese de condenado por crime de tráfico de drogas, ao disposto no art. 42 da Lei n. 11.343/2006, segundo o qual serão consideradas com preponderância a natureza e a quantidade de substância entorpecente, a personalidade e a conduta social do agente sobre as demais circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal.

Na hipótese, embora o paciente seja primário e a pena tenha sido estabelecida em patamar inferior a oito anos, o regime inicial fechado (imediatamente mais grave segundo o *quantum* da sanção aplicada) é o cabível para o cumprimento da pena privativa de liberdade, tendo em vista a aferição desfavorável das circunstâncias judiciais (natureza/diversidade e quantidade de droga), na primeira fase da dosimetria da pena, nos exatos termos do art. 33, § 2º, "a", e § 3º, c/c o art. 59, ambos do Código Penal.

Nesse sentido:

"PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. PLEITO DE INCIDÊNCIA DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO DA PENA (ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006). DEDICAÇÃO À ATIVIDADE CRIMINOSA. (98,5 G DE COCAÍNA EM PEDRA, 19,3 G DE COCAÍNA EM PÓ E 49,5 G DE MACONHA, DEVIDAMENTE ACONDICIONADAS PARA A MERCÂNCIA). CAUSA ESPECIAL DE AUMENTO (ART. 40, III, DA LEI N. 11.343/2006). PROXIMIDADE A TRÊS ESCOLAS E UM CENTRO DE RECREAÇÃO. COMPROVAÇÃO. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. REGIME INICIAL FECHADO. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. NATUREZA, E QUANTIDADE DE DROGAS. 300 "PAPELOTES" PARA REVENDA DE CRACK, MACONHA E COCAÍNA EM PÓ.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

[...]

4. A fixação da pena-base acima do mínimo legal, aliada à pena definitiva imposta (superior a 4 anos), justifica a imposição do regime inicial fechado de expiação.

5. Agravo regimental improvido."

(AgRg no HC 283.816/SP, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 20/09/2016, DJe 06/10/2016).

"DIREITO PENAL. HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DE RECURSO ESPECIAL. DOSIMETRIA. PRIMARIEDADE. DETRAÇÃO. TEMAS NÃO ENFRENTADOS PELA CORTE DE ORIGEM. COGNIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. CONDENAÇÕES ANTERIORES. DECURSO DO PRAZO PREVISTO NO ART. 64, INCISO I, DO CÓDIGO PENAL. CONFIGURAÇÃO DE MAUS ANTECEDENTES. POSSIBILIDADE. JURISPRUDÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA. MAUS ANTECEDENTES. DEDICAÇÃO ÀS ATIVIDADES CRIMINOSAS. CIRCUNSTÂNCIAS QUE IMPEDEM A APLICAÇÃO DO ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/06. REGIME INICIAL FECHADO. CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL. QUANTIDADE DE DROGA APREENDIDA. ADEQUAÇÃO. SUBSTITUIÇÃO DE PENA. REQUISITO OBJETIVO NÃO PREENCHIDO. NÃO CONHECIMENTO.

[...]

5. Devidamente fundamentada a manutenção do regime inicial fechado, em razão da existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis e das circunstâncias do caso concreto, não há constrangimento ilegal a ser sanado.

6. A substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos submete-se à regência do art. 44 do Código Penal, segundo o qual só faz jus ao benefício legal o condenado a pena inferior a 4 anos. Na espécie, tendo a reprimenda final alcançado 5 anos e 6 meses de reclusão, não é possível a pretendida substituição.

7. *Habeas corpus* não conhecido."

(HC 354.928/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 01/09/2016, DJe 12/09/2016).

Por fim, estabelecido o *quantum* da sanção corporal em patamar superior a 4 anos de reclusão, é inadmissível a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direito, pela falta do preenchimento do requisito objetivo (art. 44, I, do Código Penal).

Diante do exposto, **não conheço** deste *habeas corpus*. Entretanto, **concedo, de ofício, a ordem** para fazer incidir em 1/6 a minorante do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, resultando a pena definitiva do paciente em 5 anos, 8 meses e 1 dia de reclusão, mais pagamento de 566 dias-multa, mantido o regime fechado.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2017/0005652-4

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 385.226 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00101143220124036119 030620124 101143220124036119 1922380820168090051
201261190101146 201601922382 30620104 5432013

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 : ANTHONY PATRICIO FREITAS DE ALENCAR E OUTRO
ADVOGADO : ANTHONY PATRICIO FREITAS DE ALENCAR E OUTRO(S) - GO038382
IMPETRADO : TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3A REGIÃO
PACIENTE : RUBENS DA SILVA SANTOS (PRESO)
CORRÉU : SILVANIA ALINE DA SILVA

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

SUSTENTAÇÃO ORAL

SUSTENTARAM ORALMENTE: DR. TIAGO AZEVEDO BORGES MATEUCCI (P/PACTE)

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia QUINTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

"Após o voto do Sr. Ministro Relator não conhecendo do pedido e concedendo "Habeas Corpus" de ofício, no que foi acompanhado pelos votos dos Srs. Ministros Joel Ilan Paciornik e Jorge Mussi, pediu vista o Sr. Ministro Felix Fischer".

Aguarda o Sr. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2017/0005652-4

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 385.226 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00101143220124036119 030620124 101143220124036119 1922380820168090051
201261190101146 201601922382 30620104 5432013

EM MESA

JULGADO: 27/04/2017

Relator

Exmo. Sr. Ministro **RIBEIRO DANTAS**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **ALCIDES MARTINS**

Secretário

Me. **MARCELO PEREIRA CRUVINEL**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : ANTHONY PATRICIO FREITAS DE ALENCAR E OUTRO
ADVOGADO : ANTHONY PATRICIO FREITAS DE ALENCAR E OUTRO(S) - GO038382
IMPETRADO : TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3A REGIÃO
PACIENTE : RUBENS DA SILVA SANTOS (PRESO)
CORRÉU : SILVANIA ALINE DA SILVA

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

SUSTENTAÇÃO ORAL

SUSTENTARAM ORALMENTE NA SESSÃO DE 18/04/2017: DR. TIAGO AZEVEDO BORGES
MATEUCCI (P/PACTE) E MINISTÉRIO PÚBLICA FEDERAL

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia QUINTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

"Prosseguindo no julgamento, a Turma, por unanimidade, não conheceu do pedido e concedeu "Habeas Corpus" de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator."

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