

AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.434.765 - SP (2019/0023642-9)

RELATOR : MINISTRO RIBEIRO DANTAS
AGRAVANTE : AUREA JACKELINE MONZ (PRESO)
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

DECISÃO

Trata-se de agravo interposto por **ÁUREA JACKELINE MONZ** contra decisão que não admitiu recurso especial ofertado de acórdão do Tribunal Regional Federal da 3ª Região.

Sustenta a defesa, nas razões do recurso especial, violação dos artigos 33, § 4º, da Lei 11.343/06, 310, par. único e 312, ambos do Código de Processo Penal.

Defende o direito da ré recorrer em liberdade, com os seguintes argumentos: **a)** "verifica-se dos autos que não encontram-se presentes quaisquer dos requisitos para a manutenção da prisão preventiva" (e-STJ, fl. 367); **b)** "o argumento de que a superveniência de decisão condenatória tornaria prejudicial o pedido para recorrer em liberdade não encontra guarida em nosso ordenamento, uma vez que não havendo decisão definitiva (transitada em julgado), não é possível considerar o Réu culpado, segundo o princípio constitucional da presunção da inocência, sendo, portanto, imperativa a sua liberdade" (e-STJ, fl. 368); **c)** "a Lei 11.464/07 deu nova redação ao art. 2º da Lei 8.072/90, excluindo a proibição da concessão de liberdade provisória aos autores dos chamados crimes hediondos e assemelhados, donde se insere o tráfico de entorpecentes" (e-STJ, fl. 368); **d)** "conforme orientação do Superior Tribunal de Justiça, o legislador constitucional não vedou em momento algum a liberdade provisória sem fiança aos presos em flagrante delito pela prática de crimes hediondos ou assemelhados, mas tão-somente a fiança, sendo esta apenas uma espécie do gênero 'liberdade provisória'." (e-STJ, fl. 369); e **e)** "vale citar que a condição de estrangeiro, por si só, não justifica a manutenção do Recorrente em cárcere, sob pena de se violar o princípio constitucional da igualdade, uma vez que brasileiros, na mesma condição podem ter deferida a sua liberdade" (e-STJ, fl. 370).

Aduz que estão presentes os requisitos para a aplicação da minorante do art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06 em seu grau máximo, uma vez que a recorrente é primária, possui bons antecedentes, não se dedica a atividades criminosas e não integra organização criminosa. Obtempera que "o fato da recorrente ter admitido que por duas vezes realizou viagem com o mesmo propósito não significa que ela se dedique a atividades criminosas, duas vezes, embora seja um comportamento reprovável, não significa que ela fazia do crime seu modo de vida, única forma de subsistência ou que ela se dedicasse a isto" (e-STJ, fl. 371).

Por fim, requer a aplicação da minorante em seu grau máximo e, após a diminuição da pena, o deferimento do pleito de permuta da pena corporal por restritivas de direitos, bem como "a imediata expedição de alvará de soltura em razão do direito de recorrer em liberdade" (e-STJ, fl. 376).

Apresentadas contrarrazões (e-STJ, fls. 379-393), o recurso foi inadmitido por incidência das Súmulas 7 e 83/STJ (e-STJ, fls. 395-400). Daí este agravo (e-STJ, fls. 402-411).

O Ministério Público Federal opinou pelo desprovimento do agravo

(e-STJ, fls. 427-433).

É o relatório.

Decido.

O recurso não merece prosperar.

Para a aplicação da causa especial de diminuição de pena aos condenados pelo delito de tráfico de drogas, é necessário que o agente seja reconhecidamente primário, ostente bons antecedentes e não se dedique a atividades criminosas ou integre organização criminosa.

O entendimento desta Corte é de que a mencionada norma legal tem como objetivo beneficiar, apenas, 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).

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 o recorrente 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 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).

Contudo, o caso em tela não se coaduna com a usual figura de mula do tráfico. O Tribunal de origem, **soberano na análise dos fatos**, concluiu que a agente se dedicava a atividade criminosa, conforme seguinte trecho do acórdão combatido:

"A defesa pede aplicação dessa minorante.

Pois bem. De acordo com essa norma, as penas do tráfico de drogas poderão ser reduzidas de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços), desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique a atividades criminosas nem integre organização criminosa, devendo esses quatro requisitos concorrer cumulativamente para que a minorante seja aplicada.

No caso, a apelante confessou em seu interrogatório que ao menos por duas vezes dedicou-se ao tráfico de drogas, razão pela qual não tem, de fato, o direito à aplicação da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006. A propósito, vale destacar o seguinte trecho da sentença:

Ocorre que vejo na fl. 133 movimentação migratória que merece esclarecimento, tratando-se de pessoa humilde (e presumivelmente sem condições econômicas para viagens internacionais). Ora, no interrogatório policial, a ré deu informação de viagem frustrada a Tailândia. No interrogatório judicial, por sua vez, a ré afirmou que a viagem para a Tailândia foi para levar droga, recebendo 5 (cinco) mil dólares de pagamento.

Ainda, a ré informa que a viagem a Bancoc foi feita a pedido da mesma pessoa que ofereceu a viagem (na qual houve sua prisão). Ou seja, a informação da própria ré no sentido de que, ao menos, por duas vezes, dedicou-se ao tráfico de drogas, a meu ver, já representa um óbice à aplicação do art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006. É que concluo que a ré dedica-se a atividades criminosas, não fazendo jus à incidência da norma definidora do tráfico privilegiado.

Portanto, não havendo outras causas de aumento ou de diminuição, a pena definitiva fica mantida em 5 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão e 583 (quinhentos e oitenta e três) dias -multa." (e-STJ, fl. 338).

A modificação desse entendimento – a fim de fazer incidir a minorante da Lei de Drogas – enseja o reexame do conteúdo probatório dos autos, inadmissível em recurso especial (Súmula 7/STJ).

No mesmo sentido:

"[...]"

1. Tal como referido na decisão agravada, as instâncias ordinárias, soberanas na análise de fatos e provas, chegaram à conclusão de que o recorrente integra organização criminosa voltada ao tráfico internacional de drogas, em razão de terem aferido, dos meandros do caso, que ele "[...] subvencionava a estada da 'mula', Sílvia Maria da Costa Noronha, no Brasil, dava-lhe instruções e pagava suas diárias. Além disso, foi o responsável por entregar a mala contendo drogas, a fim de que aquela transportasse ao exterior, e também foi apreendido em seu poder o bilhete aéreo de retorno de Sílvia' (e-STJ, fl. 602).

2. Diante desse quadro fático, para esta Corte Superior de Justiça decidir de modo contrário, no sentido de que o agravante não faz parte de organização criminosa e que preenche, dessa forma, as exigências da lei para a obtenção do redutor da pena, teria, impreterivelmente, de esmerilar todo o acervo fático e probatório, o que é, terminantemente, vedado a esta Corte constitucionalmente vocacionada a dizer, tão somente, o direito.

3. Assim, a decisão agravada deve ser mantida intacta pelos seus próprios termos.

4. Agravo regimental improvido."

(AgRg no AREsp 926.265/SP, Min. Rel. REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, DJe 29/08/2016).

"[...]"

1. Este Superior Tribunal firmou o entendimento de que a apreensão de grande quantidade de drogas, a depender das peculiaridades do caso concreto, é hábil a denotar a dedicação do acusado a atividades criminosas e, conseqüentemente, a impedir a aplicação da causa especial de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, porque indica maior envolvimento do agente com o mundo das drogas.

2. Não obstante o agravante fosse tecnicamente primário ao tempo do delito e possuidor de bons antecedentes, a Corte estadual entendeu incabível a aplicação da minorante em questão, sob o fundamento de que o transporte de elevada quantidade de drogas (aproximadamente 221 quilos de maconha), naquelas circunstâncias, não se compatibilizaria com a posição de quem não se dedica, com certa frequência e anterioridade, a atividades delituosas, no seio dos objetivos de uma organização criminosa.

3. Apontados elementos concretos que indicam a integração do acusado em organização criminosa, estruturada especialmente para o tráfico de drogas, não há como ser reconhecida a incidência da causa especial de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006. De fato, não se mostra razoável admitir que alguém preso com elevada quantidade de drogas (no caso, aproximadamente 221 quilos de maconha) ostente a condição de traficante eventual, de modo a ser merecedor do benefício em questão.

4. Para afastar a conclusão de que o agravante não integraria organização criminosa, seria necessário o revolvimento do conjunto fático-probatório amealhado durante a instrução criminal, providência essa que, como cediço, é vedada na via estreita do habeas corpus.

5. As peculiaridades do caso concreto, notadamente a elevada

quantidade de drogas apreendidas em poder do acusado (221,7 kg de maconha), em contexto de organização criminosa, justificam a imposição do regime inicial fechado de cumprimento de pena.

6. Não há como ser determinada a substituição da reprimenda privativa de liberdade por restritiva de direitos, por ausência de preenchimento do requisito objetivo (pena superior a 4 anos de reclusão (art. 44, I, do Código Penal) e também em razão do não cumprimento do requisito subjetivo (elevada quantidade de drogas apreendidas).

7. Agravo regimental não provido."

(AgRg no HC 346.466/MS, Min. Rel. ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, DJe 24/05/2016).

Deste modo, indeferido o pleito de aplicação da minorante do art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06, mantendo-se a pena em 5 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão, o pedido de permuta da pena corporal por restritivas de direitos resta prejudicado, diante da ausência do requisito objetivo previsto no artigo 44, I, do Código Penal.

Por fim, cumpre ressaltar que a condenação da recorrente pelo Tribunal de origem supera eventual decreto preventivo, devendo, pois, ser iniciada a execução provisória.

Com efeito, a execução provisória da pena não se confunde com a prisão preventiva. Esta possui natureza cautelar e dever ser decretada quando presentes os requisitos dos arts. 312 e 313 do CPP e aquela decorre da condenação confirmada em segundo grau e ainda não transitada em julgado.

Após o julgamento do *Habeas Corpus* n. 126.292/SP (STF, Relator Ministro TEORI ZAVASCKI, TRIBUNAL PLENO, julgado em 17/2/2016), esta Corte passou a adotar o entendimento do Supremo Tribunal Federal de que "a execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal". Em outras palavras, voltou-se a admitir o início de cumprimento da pena imposta pelo simples esgotamento das instâncias ordinárias, ou seja, antes do trânsito em julgado da condenação, nos termos da Súmula 267/STJ.

Sobre o tema, confirmam-se:

"DIREITO PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADMISSIBILIDADE. MÉRITO. ROUBO QUALIFICADO. PACIENTE CONDENADO EM PRIMEIRA INSTÂNCIA, GARANTIDO O DIREITO DE RECORRER EM LIBERDADE. RECURSO EXCLUSIVO DA DEFESA. SENTENÇA CONFIRMADA EM SEGUNDA INSTÂNCIA. PRISÃO DETERMINADA PELO TRIBUNAL. POSSIBILIDADE. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA. LEGALIDADE. RECENTE ENTENDIMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA. ORDEM NÃO CONHECIDA. [...]

2. O Plenário do Supremo Tribunal Federal, por maioria de votos, entendeu que a possibilidade de início da execução da pena condenatória após a confirmação da sentença em segundo grau não

ofende o princípio constitucional da presunção da inocência (HC n. 126.292, julgado no dia 17 de fevereiro de 2016).

3. No particular, como a sentença condenatória foi confirmada pelo Tribunal de origem e porquanto encerrada a jurisdição das instâncias ordinárias (bem como a análise dos fatos e provas que assentaram a culpa do condenado), é possível dar início à execução provisória da pena antes do trânsito em julgado da condenação, sem que isso importe em violação do princípio constitucional da presunção de inocência. Ademais, a sentença assegurou ao paciente o direito de recorrer em liberdade, o que representa a prerrogativa de apelar em liberdade, como ocorreu, tendo em vista que os recursos especial e extraordinário não são dotados, regra geral, de efeito suspensivo.

4. *Habeas Corpus* não conhecido. Cassada, de ofício, a liminar outrora deferida em benefício do paciente e recomendada a análise da detração penal."

(HC 350.518/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 17/5/2016, DJe 24/5/2016).

"PROCESSUAL PENAL E PENAL. *HABEAS CORPUS*. ROUBO MAJORADO. CONDENAÇÃO CONFIRMADA PELO SEGUNDO GRAU DE JURISDIÇÃO. EXECUÇÃO ANTECIPADA DA PENA. NOVO ENTENDIMENTO FIRMADO PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO JULGAMENTO DO HC 126292. *HABEAS CORPUS* DENEGADO.

1. Não se constata ilegalidade no decreto de prisão quando proferido em acórdão condenatório em sede de apelação criminal nos termos da nova orientação da Sexta Turma ao apreciar o HC 352.845/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 26/4/2016, DJe 3/5/2016, adotando recente orientação, fixada pelo Pleno do Supremo Tribunal Federal (HC 126.292/SP, Rel. Ministro TEORI ZAVASCKI, de 17/2/2016, DJe 17/5/2016), segundo o qual, a execução provisória da condenação penal, na ausência de recursos com efeito suspensivo, não viola o constitucional princípio da presunção de inocência.

2. *Habeas corpus* denegado."

(HC 354.470/SP, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 2/6/2016, DJe 16/6/2016).

Acrescente-se que o Supremo Tribunal Federal também reconheceu a repercussão geral do tema (ARE 964.246/SP, Rel. Ministro TEORI ZAVASCKI) e, em 11/11/2016, decidiu, em Plenário Virtual, pela reafirmação de sua jurisprudência externada no mencionado HC 126.292/SP.

Outrossim, a Terceira Seção desta Corte Superior, no julgamento da Rcl 30.193/SP, firmou entendimento de que, com a nova orientação da Suprema Corte, nos autos do HC 126.292/SP, "a manutenção da sentença penal pela segunda instância encerra a análise de fatos e provas que assentaram a culpa do condenado, o que autoriza o início da execução da pena". O referido julgamento recebeu a seguinte ementa:

"PROCESSUAL PENAL E PENAL. RECLAMAÇÃO. DECISÃO DE MAGISTRADO DE 1º GRAU QUE DETERMINOU A EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA. SUPOSTO

DESCUMPRIMENTO DE *HABEAS CORPUS* DESTA CORTE QUE GARANTIRA AO RÉU O DIREITO DE RECORRER EM LIBERDADE E QUE TRANSITOU EM JULGADO. SUPERVENIENTE MODIFICAÇÃO DO ENTENDIMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL SOBRE A POSSIBILIDADE DE EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA (HC 126292/SP). INEXISTÊNCIA DE AFRONTA À COISA JULGADA. RECLAMAÇÃO IMPROCEDENTE.

1. Não existe descumprimento de acórdão desta Corte, nem tampouco ofensa à coisa julgada, se a ordem concedida em *Habeas Corpus*, autorizando ao réu recorrer em liberdade, teve por fundamento o fato de que o Tribunal de Justiça, em recurso exclusivo da defesa, efetuara uma *reformatio in pejus*, agravando a situação do réu, ao determinar a prisão preventiva do réu, em decisão desfundamentada, enquanto que a decisão apontada como coatora, do julgador de 1º grau, determinou a execução provisória da pena, com amparo no novo e superveniente entendimento do Supremo Tribunal Federal sobre o assunto.

2. A execução provisória da pena não se confunde com o instituto da prisão cautelar. A primeira não ocorre com simples mandado de prisão. Exige-se, no mínimo, a expedição de Guia de Recolhimento para cumprimento da pena privativa de liberdade, a ser efetivada pelo Juízo da Execução Penal, consoante se depreende da Resolução n. 113/2010, com a redação dada pela Resolução n. 180/2013, do Conselho Nacional de Justiça.

3. Ao apreciar o *Habeas Corpus* n. 126292/SP, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, por maioria de votos, revendo sua posição anterior, passou a entender que o início da execução da pena condenatória, após a confirmação da sentença em segundo grau, não ofende o princípio constitucional da presunção da inocência, dado que a manutenção da sentença penal pela segunda instância encerra a análise de fatos e provas que assentaram a culpa do condenado, o que autoriza o início da execução da pena.

4. Reclamação improcedente." (Rcl 30.193/SP, rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, julgado em 11/5/2016).

Como se vê, o argumento de que foi violado o princípio constitucional da igualdade não merece guarida, uma vez que à estrangeira foi aplicado o mesmo tratamento dado aos brasileiros em situação idêntica à dela.

Ante o exposto, com fundamento no art. 932, III, do CPC c/c art. 253, parágrafo único, II, "a", do RISTJ, **conheço** do agravo para **não conhecer** do recurso especial.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília (DF), 15 de fevereiro de 2019.

Ministro RIBEIRO DANTAS
Relator