AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.425.303 - SP (2019/0005179-5)

RELATOR	**:**	**MINISTRO SEBASTIÃO REIS JÚNIOR**
AGRAVANTE	:	REGIANE BERNARDINO CALMERIO
ADVOGADO	:	DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO
AGRAVADO	:	MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

EMENTA

AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO INTERNACIONAL DE DROGAS. **1,8 KG DE COCAÍNA**, OCULTOS EM BAGAGEM COM FUNDO FALSO. VIOLAÇÃO DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. SUPOSTA ILEGALIDADE NA FIXAÇÃO DO REDUTOR ESPECIAL NA FRAÇÃO DE 1/6. IMPROCEDÊNCIA. ATUAÇÃO DO RÉU COMO MULA, EM FAVOR DE ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA À LUZ DA JURISPRUDÊNCIA DESTA CORTE. SÚMULA 568/STJ. PEDIDO DO ÓRGÃO MINISTERIAL (EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE). DEFERIMENTO. ENTENDIMENTO DO PLENÁRIO DO STF, RATIFICADO NO JULGAMENTO DO PEDIDO LIMINAR NAS ADCS 43 E 44, E DO ARE N. 964.246 (REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA).
Agravo conhecido para negar provimento ao recurso especial. Pedido de execução provisória da pena deferido.

DECISÃO

Regiane Bernardino Calmerio interpôs recurso especial, fundado no art. 105, III, *a*, da Constituição Federal, contra acórdão proferido pelo Tribunal Regional Federal da 3ª Região no julgamento da Apelação Criminal n. 0000749-80.2014.4.03.6119/SP, assim ementado (fls. 451/452):

> PENAL. PROCESSUAL PENAL. TRÁFICO INTERNACIONAL DE DROGAS. DOSIMETRIA DA PENA. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DO §4° DO ART. 33 DA LEI N° 11.343/06. PARTICIPAÇÃO DE MENOR IMPORTÂNCIA. ART. 29, § 1°, CP. REGIME PRISIONAL. PERDIMENTO DE BENS. APELAÇÕES DESPROVIDAS.
>
> 1. A majoração efetivada na pena-base mostra-se proporcional, suficiente e adequada para a prevenção e repressão do delito.
>
> 2. As circunstâncias do delito recomendam a incidência da causa de diminuição de pena estabelecida no art. 33, § 4°, da Lei n° 11.343/06. No entanto, os elementos dos autos não autorizam a aplicação do beneficio no máximo legal.
>
> 3. A acusada agiu como autora do crime, vez que para a aplicação da

redução da reprimenda penal são necessários dois requisitos: que o sujeito tenha atuado como partícipe (não realizando o núcleo do tipo) e que sua participação não seja decisiva para o sucesso da empreitada criminosa.

4. A exasperação da pena-base com fundamento na natureza e quantidade do entorpecente não impede a fixação de regime prisional mais benéfico, se as circunstâncias subjetivas forem favoráveis.

5. Inexistência de qualquer ilegalidade na decretação do perdimento dos bens, uma vez que nenhum deles pertencia a terceiro de boa -fé, indicando assim sua origem ilícita, além de se destinarem à prática delitiva.

6. Apelações desprovidas.

Nas razões, a defesa da recorrente suscitou contrariedade ao art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, aduzindo que a Corte de origem incorreu em ilegalidade ao manter a fração mínima do redutor (1/6), pois *expôs fundamentação genérica, sem analisar as peculiaridades do caso em questão* (fl. 464).

A Corte de origem inadmitiu o recurso com fundamento nas Súmulas 7 e 83/STJ (fls. 478/482). Daí, sobreveio o presente agravo (fls. 485/494).

Instado a se manifestar, o Ministério Público Federal opinou pelo desprovimento do recurso (fls. 511/518) e, em petição apartada, pugnou pelo início da execução provisória da pena (fls. 509/510).

É o relatório.

O agravo preenche os requisitos de admissibilidade. Quanto ao recurso especial em si, a insurgência, embora admissível, não merece acolhida.

Da leitura dos autos, verifica-se que a agravante foi presa e condenada, como incursa nos arts. 33 c/c o 40, I, da Lei n. 11.343/2006 (tráfico internacional de drogas), por ter s*ido surpreendida nas dependências do Aeroporto Internacional de Guarulhos/SP quando embarcava para Lisboa/Portugal, com destino final em Barcelona/Espanha, no vôo TP1049, da companhia 'aérea' TAP, trazendo consigo, para fins de comércio ou entrega de qualquer forma a consumo de terceiros no exterior, 1,822kg (um quilo,*

oitocentos e vinte e dois gramas – massa líquida) de cocaína (fls. 305/306).

Ao que consta da sentença e do acórdão atacado, o redutor foi fixado no mínimo legal (1/6), considerando a **colaboração da agravante com organização criminosa** dedicada ao tráfico internacional de drogas (fls. 321 e 447/448):

> [...]
> De outro lado, contudo, é inegável que, no caso concreto, embora não integrando efetivamente a organização criminosa, a ré, **quando aceitou a proposta de transportar drogas de um país a outro - recebendo e entregando o entorpecente a pessoas distintas em cenário claramente preparado e organizado, com oferta de pagamento pelo serviço - tinha plena consciência de que, com sua participação no transporte da droga, colaborava decisivamente para o sucesso de um grupo criminoso internacional (ainda que sem integrá-lo efetivamente)**. Sendo assim, entendo que, mesmo fazendo jus à causa de diminuição de pena prevista no art. 33, 4º da Lei 11.343/06, a ré deve ser beneficiada pelo menor patamar da redução (1/6), reservando-se os patamares maiores aos que, não integrando organizações criminosas, com elas sequer se relacionem.
> [...]
>
> [...] é importante notar, sobre esse aspecto, que se trata de ré que se popôs a levar drogas do Brasil até a Espanha. Esse comportamento, sem dúvida, exige uma maior reprovação, justamente porque revela uma audácia maior do que aquele que se atreve a comercializar drogas em pequenos pontos de venda.
> Ressalte-se que o magistrado não está obrigado a aplicar o máximo da redução prevista (2/3) quando presentes os requisitos para a concessão desse beneficio, possuindo plena discricionariedade para aplicar, de forma fundamentada, a redução no patamar que entenda necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime.
> Portanto, nesse caso, **embora não esteja comprovado que a agente integre organização criminosa, deve ser considerado o grau de auxílio prestado por ela ao tráfico internacional de drogas e a consciência de que estava a serviço de um grupo de tal natureza**.
> Dessa maneira, a ré faz jus a manutenção da causa de diminuição no patamar mínimo legal, ou seja, em 1/6 (um sexto) e não na fração máxima prevista pelo artigo 33, §4° da Lei Antidrogas de 2/3 (dois terços), nitidamente reservada a casos menos graves.
> [...]

Tal fundamentação é idônea à luz da jurisprudência desta Corte Superior:

[...]

1. **A ciência pelo condenado de estar a serviço do crime organizado no tráfico internacional de drogas 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.

[...]

(AgRg no REsp n. 1.558.162/SP, Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, DJe 30/8/2017)

AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO INTERNACIONAL DE DROGAS. 1,48 Kg DE COCAÍNA OCULTOS EM AMPLIFICADORES. SUPOSTA ILEGALIDADE NA FIXAÇÃO DA PENA-BASE. IMPROCEDÊNCIA. QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA QUE JUSTIFICAM O INCREMENTO DA PENA NA PRIMEIRA FASE. REDUTOR ESPECIAL DA PENA (ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006). RECURSO QUE OBJETIVA A FIXAÇÃO NO PATAMAR MÁXIMO. RÉ QUE ATUOU NA CONDIÇÃO DE MULA. IMPOSSIBILIDADE. ORIENTAÇÃO JURISPRUDENCIAL DOMINANTE. MODIFICAÇÃO DE ENTENDIMENTO, LASTREADA NA JURISPRUDÊNCIA RECENTE DO STF. CIRCUNSTÂNCIA QUE, POR SI SÓ, NÃO INDUZ QUE INTEGRE ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA DE FORMA ESTÁVEL E PERMANENTE. DEMAIS CIRCUNSTÂNCIAS QUE, NO CASO, NÃO INDICAM QUE A RÉ INTEGRASSE ORGANIZAÇÃO OU SE DEDICASSE AO CRIME. INCIDÊNCIA DO REDUTOR. PATAMAR MÍNIMO MANTIDO, CONSIDERANDO QUE A FUNDAMENTAÇÃO UTILIZADA PELO ACÓRDÃO É IDÔNEA. AGRAVO REGIMENTAL PROVIDO, EM PARTE, APENAS PARA ESTABELECER QUE A RÉ FAZ JUS AO REDUTOR, SEM REFLEXOS NA DOSIMETRIA DA PENA FIXADA NA DECISÃO AGRAVADA.

1. A quantidade e natureza da droga apreendida justificam o incremento da pena na primeira fase da dosimetria (art. 42 da Lei n.

11.343/2006).

2. Até recentemente, a jurisprudência desta Corte Superior estava consolidada no sentido de que o agente transportador de drogas, na qualidade de mula do tráfico, integra organização criminosa, não fazendo jus, portanto, à causa especial de diminuição da pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006.

3. No julgamento do AgRg no AREsp n. 784.082/MS, da relatoria do Ministro Ribeiro Dantas, a Quinta Turma, lastreada na jurisprudência recente do Supremo Tribunal Federal, passou a adotar entendimento diverso acerca do tema, no sentido de que **a simples atuação como mula, por si só, não induz que o réu integre organização criminosa, de forma estável e permanente, não constituindo, pois, fundamento idôneo para afastar a aplicação do redutor; ressalvando, no entanto, a possibilidade de que tal**

elemento subsidie a modulação do redutor, considerando que o réu, enquanto transportador, tem conhecimento de que auxilia o crime organizado no tráfico internacional.

4. Como o novo entendimento encontra ressonância na jurisprudência recente do Supremo Tribunal Federal, não há motivo para insistir na manutenção da tese contrária, que até então vinha sendo acatada na Sexta Turma.

5. **No caso dos autos, além da condição de mula, o juízo processante não indicou nenhum elemento concreto que evidenciasse que a ora agravante integrasse organização criminosa ou se dedicasse ao tráfico de drogas, circunstância expressamente reconhecida no acórdão da apelação, que entendeu pela incidência do redutor especial no patamar mínimo (1/6); fração que deve ser mantida, considerando que o fundamento utilizado pelo acórdão - calcado na forma de acondicionamento da droga (oculta em amplificadores de som) - efetivamente indica um tráfico mais sofisticado, consubstanciado fundamento idôneo para a fixação do redutor no mínimo legal.**

6. Agravo regimental provido em parte, apenas para estabelecer que a ora agravante faz jus ao redutor especial da pena (art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006), no patamar originalmente fixado (1/6), sem reflexos na dosimetria da pena estabelecida na decisão agravada.

(AgRg no AREsp n. 1.052.075/SP, de minha relatoria, Sexta Turma, DJe 1º/8/2017)

[...] 1. O estabelecimento do redutor na fração de 1/6 não se mostrou, de modo flagrante, desarrazoado, diante da natureza, quantidade e **forma de acondicionamento da substância entorpecente apreendida** - 50 ampolas de cocaína, a atrair a incidência do art. 42 da Lei n.º 11.343/2006. Motivada de maneira concreta a fixação do quantum de aplicação do referido benefício, não há falar em ilegalidade. [...]

(HC n. 360.982/SP, Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, DJe 24/8/2016)

[...] 2. As instâncias ordinárias entenderam devida a incidência da fração de 1/6 com base nas peculiaridades do caso concreto, notadamente no *modus operandi* empregado no cometimento do delito - tais como a forma de acondicionamento da droga (em estruturas falsas de sua mala), o fato de o agravante haver sido preso no momento em que tentava embarcar em voo com destino à Espanha -, de modo que, tendo sido concretamente fundamentada a aplicação da minorante em comento em 1/6, deve ser mantido inalterado o patamar de redução. [...]

(AgRg no REsp n. 1.549.725/CE, Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, DJe 2/12/2015)

É o caso, pois, de incidir a Súmula 568/STJ.

Em face do exposto, **conheço** do agravo para **negar provimento** ao

recurso especial.

Quanto ao pedido do Ministério Público Federal, no sentido de dar início imediato à execução provisória da pena privativa de liberdade, entendo que, diante do indeferimento do pedido liminar nas ADCs 43 e 44 (Plenário do STF, julgamento em 5/10/2016) e do julgamento do ARE n. 964.246, com repercussão geral reconhecida, consolidou-se a orientação de que é adequada a execução provisória da pena após o julgamento em segunda instância, razão pela qual, ressalvado o meu entendimento pessoal sobre o tema, **defiro** o pedido formulado, determinando que a Coordenadoria da Sexta Turma proceda à extração de cópia integral dos autos a ser encaminhada ao Tribunal de origem.

Publique-se.

Brasília, 20 de fevereiro de 2019.

Ministro Sebastião Reis Júnior
Relator