

**RECURSO ESPECIAL Nº 1.789.170 - SP (2018/0343114-4)**

**RELATOR : MINISTRO RIBEIRO DANTAS**  
**RECORRENTE : ELZETTE LIZELL MARCH (PRESO)**  
**RECORRENTE : LIEZLE PETERSEN (PRESO)**  
**ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO**  
**RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL**

**DECISÃO**

Trata-se de recurso especial interposto por **ELZETTE LIZELL MARCH** e **LIEZLE PETERSEN**, com fulcro no art. 105, III, "a", da Constituição Federal, contra acórdão do Tribunal Regional Federal da 3.<sup>a</sup> Região, assim ementado:

"PENAL E PROCESSUAL PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO TRANSNACIONAL DE DROGAS. DOSIMETRIA DA PENA.

1. Materialidade e autoria comprovadas.
2. A natureza e a quantidade total da droga apreendida (cerca de 28 quilos de cocaína) justificam o aumento da pena-base, porém em patamar inferior ao fixado pelo juízo de origem. Precedentes.
3. Correta a aplicação da causa de aumento de pena prevista no art. 40, I, da Lei nº 11.343/2006, relativa à transnacionalidade do delito, haja vista que ficou bem delineado pela instrução probatória o fato de que a droga seria transportada para o exterior.
4. Incidência da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006, na fração de 1/6 (um sexto).
5. Regime inicial semiaberto para o início de cumprimento da pena privativa de liberdade.
6. Impossibilidade de substituição de pena privativa de liberdade por restritiva de direito em razão do quantum da pena aplicada.
7. Apelação parcialmente provida." (e-STJ, fl. 396)

Nas razões do especial, a defesa alega contrariedade dos arts. 33, § 4º, e 42 da Lei n.º 11.343/06, 59 do CP e 19 do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Assevera que "Ainda que se entenda ser grande a quantidade de entorpecente apreendida com as Recorrentes, não há que se falar que tais volumes justificam a exasperação da pena-base no quantum imposto no v. acórdão." (e-STJ, fl. 418)

Sustenta que o "não há que se falar que a conduta das Recorrentes - conforme narrado no v. acórdão - revela maior gravidade de modo a impedir a aplicação da causa de diminuição de pena em sua fração máxima." (e-STJ, fl. 422)

Aduz que "a condição de estrangeira ostentada pela acusada não a exclui automaticamente do direito à prisão domiciliar sob pena de haver evidente tratamento discriminatório em relação às brasileiras na mesma condição." (e-STJ, fl. 424)

Requer, assim, o provimento do recurso.

Foram apresentadas contrarrazões (e-STJ, fls. 428-440).

O Ministério Público Federal opinou pelo não provimento do recurso especial (e-STJ, fls. 462-469).

**É o relatório.**

Decido.

O Tribunal de origem manteve a pena-base acima do mínimo legal sob a seguinte fundamentação:

"Na primeira fase, o juízo *a quo* fixou a pena-base privativa de liberdade em 11 (onze) anos de reclusão, levando em conta a quantidade total e a natureza da droga apreendida (cerca de 28 quilos de cocaína).

Nesse ponto, procede o recurso. Com efeito, considerando que as demais circunstâncias do art. 59 do Código Penal não são desfavoráveis às apelantes, bem como a jurisprudência das Turmas da Quarta Seção deste Tribunal Regional Federal, reduzo a pena-base para 7 (sete) anos e 6 (seis) meses de reclusão, montante suficiente para fazer frente ao injusto cometido." (e-STJ, fl. 390)

Preliminarmente, convém anotar que a individualização da pena é uma atividade vinculada a parâmetros abstratamente cominados na lei, sendo, contudo, permitido ao julgador atuar discricionariamente na escolha da sanção penal aplicável ao caso concreto, após o exame percuciente dos elementos do delito, e em decisão motivada. Dessarte, às Cortes Superiores é possível, apenas, **o controle da legalidade e da constitucionalidade na dosimetria**.

Adotado o sistema trifásico pelo legislador pátrio, na primeira etapa do cálculo, a pena-base será fixada conforme a análise das circunstâncias do art. 59 do Código Penal. Tratando-se de condenado por delitos previstos na Lei de Drogas, o art. 42 da referida norma estabelece a preponderância dos vetores referentes a quantidade e a natureza da droga, assim como a personalidade e a conduta social do agente sobre as demais elencadas no art. 59 do Código Penal.

No caso, o Tribunal de origem, atento aos vetores do art. 42 da Lei de Drogas, considerou a natureza e a gigantesca quantidade de droga para exacerbar a pena-base em 6 anos de reclusão.

Tendo sido indicados elementos válidos para a majoração da reprimenda básica, uma vez que significativo o *quantum* de entorpecente e altamente nociva as substâncias apreendidas, não se identifica a alegada contrariedade ao art. 59 do CP, sobretudo quando tais circunstâncias foram elencadas legalmente como preponderantes, e as penas máxima e mínima abstratamente cominadas ao delito de tráfico de drogas são de 5 a 15 anos de reclusão.

Do mesmo modo, não merece prosperar o pleito de incidência da minorante do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 no grau máximo.

O referido benefício foi concedido em 1/6, sob a seguinte fundamentação:

"O juízo *a quo* afastou a aplicação da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006, sob o fundamento de que as acusadas se dedicam a atividades criminosas e, por isso, não fariam jus à minorante.

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, as apelantes são rés primárias, não registram maus antecedentes no Brasil, não há demonstração clara de que se dedicam a atividades criminosas e não se pode afirmar que integrem, ainda que circunstancialmente, organização criminosa voltada ao tráfico transnacional de drogas. Trata-se de caso de "mulas" do tráfico.

É importante observar, por oportuno, que não é possível dizer, a priori, que as "mulas" sempre integram organização criminosa ou, de outro lado, que nunca a integram. Deve haver análise caso a caso. As "mulas" são pessoas contratadas para o transporte da droga e caracterizam-se por não ter nenhum poder de ingerência sobre como realizarão esse transporte, nem onde e de quem -- receberão a droga, cabendo-lhes obedecer a ordens e seguir roteiro previamente estabelecido.

É inegável que o papel das "mulas" é imprescindível na cadeia delitiva de uma organização criminosa. Contudo, não se pode dizer que toda "mula" integra tal organização. A propósito, é de se destacar o seguinte trecho do voto -vista do Min. Gilmar Mendes, no julgamento do HC nº 101.265/SP:

No caso, tudo indica que o envolvimento das rés com o narcotráfico tenha sido pontual, sendo esse o único episódio criminoso por elas perpetrado, de modo que **fazem jus à minorante na fração de 1/6 (um sexto), e não em 2/3 (dois terços), como quer a defesa, pois a conduta por elas praticada foi relevante, tendo se disposto a levar consigo grande quantidade de droga oculta em sua bagagem.**" (e-STJ, fls. 391-392; sem grifos no original)

A teor do disposto no art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, para que incida a 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 tem como objetivo beneficiar, apenas, pequenos e eventuais traficantes, não alcançando aqueles que fazem do tráfico de entorpecentes 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).

Tem-se decidido também que, na falta de parâmetros legais, a quantidade de droga apreendida, dentre outras circunstâncias do delito, pode servir para a definição do patamar de redução – de um sexto até dois terços – e para impedir a aplicação do referido benefício quando evidenciar a dedicação do agente ao tráfico de entorpecentes (AgRg no AREsp 628.686/MG, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, DJe 2/3/2015).

Na hipótese, o Tribunal de origem considerou as circunstâncias do delito para modular a fração de redução em 1/6. Verificado que as recorrentes foram surpreendidas com significativa quantidade de droga (**cerca de 28 kg de cocaína**), quando tentavam embarcar em voo internacional no aeroporto de Guarulhos, em atuação típica de "mulas". A par da consideração da quantia dos entorpecentes encontrado, observa-se que a conduta das recorrentes, de fato, é especialmente grave diante do auxílio prestado à organização criminosa voltada ao tráfico internacional.

Logo, tendo sido apontado circunstâncias fáticas dos autos para a devida

modulação do redutor do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 a alteração desse índice, por se tratar de questão afeta à atividade discricionária do julgador, está condicionada aos casos de manifesta desproporcionalidade, o que não se verifica na espécie.

À respeito, os seguintes precedentes:

"PENAL. RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO TRANSNACIONAL DE DROGAS. RECURSO DO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. EXERCÍCIO DA FUNÇÃO DE MULA. MINORANTE DO ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/06. ALEGAÇÃO DE QUE A RÉ INTEGRAVA ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. SÚMULA 7/STJ. RECURSO DA DEFESA. ART. 304, C/C O ART. 297 DO CÓDIGO PENAL. USO DE DOCUMENTO FALSO. PASSAPORTE DA REPÚBLICA DO URUGUAI. TESE DE ATIPICIDADE DA CONDUTA POR FALTA DE OFENSA À FÉ PÚBLICA NACIONAL. IMPROCEDÊNCIA. DOSIMETRIA DO CRIME DE TRÁFICO. PENA-BASE. NATUREZA E ELEVADA QUANTIDADE DE DROGA APREENDIDA. PREPONDERÂNCIA. POSSIBILIDADE. ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA. REDUÇÃO EM 2 MESES. DESPROPORCIONALIDADE. ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/06. FRAÇÃO MÍNIMA DE 1/6. CIRCUNSTÂNCIAS DO CASO CONCRETO. MOTIVAÇÃO VÁLIDA. SÚMULA 7/STJ. RECRUDESCIMENTO DO REGIME. LEGALIDADE. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL.  
[...]

6. Devidamente fundamentada a aplicação da fração mínima de 1/6 pelo reconhecimento da minorante do § 4º do art. 33 da Lei de Drogas, a sua revisão exigiria o reexame fático-probatório, o que é vedado pela Súmula 7/STJ.

[...]

8. Recurso do Ministério Público Federal improvido e recurso da defesa parcialmente provido."

(REsp 1568954/SP, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 18/10/2016, DJe 07/11/2016).

"AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO INTERNACIONAL DE DROGAS. FRAÇÃO DE REDUÇÃO PELO RECONHECIMENTO DA CONFISSÃO. DISCRICIONARIEDADE VINCULADA DO JULGADOR. REDUTOR DO ART. 33, § 4º, DA LEI 11.343/2006 APLICADO PELO TRIBUNAL A QUO NA FRAÇÃO DE 1/6. CONTRIBUIÇÃO COM ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. REVISÃO. SÚMULA 7/STJ. REGIME INICIAL FECHADO. MOTIVAÇÃO IDÔNEA. QUANTIDADE DA DROGA. ART. 312 DO CPP. REQUISITOS. RÉU ESTRANGEIRO. PRISÃO PARA A GARANTIA DE ORDEM PÚBLICA E PARA ASSEGURAR A APLICAÇÃO DA LEI PENAL. AGRAVO IMPROVIDO.  
[...]

3. A opção pela fração de 1/6 foi devidamente justificada no fato de o acusado ter contribuído com organização criminosa, atuando na logística de transporte e distribuição do entorpecente.

4. A escolha da fração de redução se mostra condizente com os parâmetros da razoabilidade e da proporcionalidade e encontra justificativa nas peculiaridades da ação criminosa. Maiores considerações a respeito, para o fim de reduzir ou aumentar a fração da benesse, encontra óbice na Súmula 7 desta Corte.

[...]

7. Agravo regimental improvido."

(AgRg no AREsp 451.319/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 04/08/2016, DJe 12/08/2016)

"PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. CIRCUNSTÂNCIAS DO CASO. CIÊNCIA DO RÉU DE ESTAR A SERVIÇO DE ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. APLICAÇÃO DO PATAMAR DE 1/6. PROPORCIONALIDADE. AGRAVO NÃO PROVIDO.

[...]

3. Assentado pela Corte de origem que o agravante tinha ciência de estar a serviço de organização criminosa, diante das circunstâncias em que realizada a empreitada criminosa, não se mostra desproporcional a aplicação do patamar de redução no mínimo legal (1/6).

[...]

5. Agravo regimental não provido."

(AgRg no REsp 1298240/SP, de minha relatoria, QUINTA TURMA, julgado em 14/06/2016, DJe 22/06/2016).

Quanto ao pedido de alteração do regime prisional, também não assiste razão às recorrentes.

Cumpre anotar que a obrigatoriedade do cumprimento inicial em regime fechado aos sentenciados por crimes hediondos e os a eles equiparados não mais subsiste, diante da inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei n. 8.072/1990, declarada pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC 111.840/ES.

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

Estabelecida a pena final em 7 anos, 3 meses e 15 dias de reclusão e sendo desfavoráveis as circunstâncias do delito, que justificou o aumento da pena-base - "quantidade total e a natureza da droga apreendida (cerca de 28 quilos de cocaína" e-STJ, fl. 390 -, o regime prisional **fechado** é o adequado à prevenção e à reparação do delito, nos termos do art. 33, § 2º, "b", e § 3º, c/c o art. 59, ambos do Código Penal.

No mesmo sentido:

"(...)

1. Nos crimes de tráfico de entorpecentes, a escolha do regime prisional inicial deve levar em consideração a quantidade da pena

imposta, a eventual existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis e as demais peculiaridades do caso concreto (como a natureza e a quantidade de drogas apreendidas, por exemplo), para que, então, seja escolhido o regime carcerário que, à luz do disposto no art. 33 e parágrafos, do Código Penal, se mostre o mais adequado para a prevenção e a repressão do delito perpetrado.

2. O regime inicial fechado foi devidamente estabelecido pelas instâncias ordinárias, em razão da natureza e da quantidade da droga apreendida - 72,7g de cocaína -, bem como da valoração negativa das circunstâncias do crime." (AgRg no AREsp 622.670/MT, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, DJe 22/4/2015.)

"(...)

2. O aumento da pena-base em 1/6, com base na natureza e na quantidade dos entorpecentes apreendidos, mostra-se razoável e está em consonância com o disposto no art. 42 da Lei n. 11.343/06, que prevê a preponderância de tais circunstâncias em relação às demais previstas no art. 59 do CP.

3. Os fundamentos utilizados pelas instâncias ordinárias para não aplicar ao caso concreto a causa de diminuição de pena prevista no §4º do art. 33 da Lei n.11.343/06, em razão da dedicação do paciente à atividade criminosa, evidenciada sobretudo pela quantidade e variedade de drogas apreendidas, está em consonância com o entendimento desta Corte. Ademais, para se acolher a tese de que o paciente não se dedica a atividades criminosas, é necessário o reexame aprofundado das provas, inviável em *habeas corpus*.

4. A utilização concomitante da quantidade de droga apreendida para elevar a pena-base (1ª fase da dosimetria) e para afastar a incidência da minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas (3ª fase da dosimetria) - por demonstrar que o acusado se dedica a atividades criminosas ou integra organização criminosa - não configura *bis in idem*. Trata-se de hipótese diversa daquela discutida no ARE n. 666.334 (Repercussão Geral), no qual o Pretório Excelso passou a considerar *bis in idem* a utilização da quantidade de droga "tanto na primeira fase de fixação da pena, como circunstância judicial desfavorável, quanto na terceira, para modular a aplicação da causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006" (ARE 666.334/RG, Rel. Ministro GILMAR MENDES, DJ de 6/5/2014).

5. É pacífica nesta Corte Superior a orientação segundo a qual a fixação de regime mais gravoso do que o imposto em razão da pena deve ser feita com base em fundamentação concreta, a partir das circunstâncias judiciais dispostas no art. 59 do CP ou de outro dado concreto que demonstre a extrapolação da normalidade do tipo. Nesse sentido, foi elaborado o Enunciado n. 440 da Súmula deste STJ e os enunciados n. 718 e 719 da Súmula do STF. *In casu*, as instâncias ordinárias aplicaram o regime fechado e vedaram a substituição da reprimenda com base exclusivamente na gravidade abstrata do delito de tráfico, o que vai de encontro com a jurisprudência desta Corte. Todavia, não resta evidenciada ilegalidade na fixação do regime fechado e na não substituição da pena por restritiva de direitos, pois **a pena-base foi fixada acima**

**do mínimo legal, tendo em vista as circunstâncias judiciais desfavoráveis presentes na hipótese.**

Dessa forma, não olvidando que a reprimenda corporal tenha sido estabelecida em patamar superior a 4 e inferior a 8 anos de reclusão, há motivação concreta extraída dos autos, qual seja, a quantidade e variedade das drogas apreendidas, que evidenciam a maior ousadia e periculosidade do paciente, exatamente em conformidade com o disposto no art. 33, §§ 2º e 3º, e art. 44, inciso III, ambos do CP e 42 da Lei n. 11.343/06, estando em consonância com a jurisprudência desta Quinta Turma. *Habeas corpus* não conhecido."

(HC 354.243/SP, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, DJe 15/08/2016, grifou-se.)

Por fim, no tocante à alegada violação do art. 19 do Estatuto da Criança e do Adolescente, melhor sorte não assiste à defesa.

No ponto, o acórdão recorrido encontra-se fundamentado nos seguintes termos:

"Com efeito, o objetivo da prisão domiciliar da mulher com filho de até 12 (doze) anos (CPP, art. 318, V) é não privar a criança do convívio com a mãe, a fim de lhe propiciar melhor formação no início da vida, sem, contudo, descuidar da higidez do procedimento investigativo e do processo penal, haja vista tratar-se de modalidade cautelar de prisão. Ou seja, há sempre a necessidade de se ponderar os direitos e interesses protegidos, a fim de harmonizá-los entre si e com o sistema jurídico. Todavia, extrai-se dos autos que a acusada e seu filho têm residência no exterior, o que inviabiliza a concessão da medida.

Assim, a despeito do teor da declaração firmada pela acusada (fls. 256) e dos documentos apresentados (fls. 263), ela não faz jus à prisão domiciliar." (e-STJ, fl. 394)

Quanto ao pedido de substituição da prisão preventiva pela custódia domiciliar, tem-se que, com o advento da Lei n. 13.257/2016, o artigo 318 do Código de Processo Penal passou a permitir ao juiz a substituição da prisão cautelar pela domiciliar quando o agente for "mulher com filho de até 12 (doze) anos de idade incompletos".

Em 20/2/2018, nos autos do HC 143.641/SP, Rel. Ministro Ricardo Lewandowski, a 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal concedeu *habeas corpus* coletivo para **"determinar a substituição da prisão preventiva pela domiciliar - sem prejuízo da aplicação concomitante das medidas alternativas previstas no art. 319 do CPP - de todas as mulheres presas, gestantes, puérperas, ou mães de crianças e deficientes, nos termos do art. 2º do ECA e da Convenção sobre Direitos das Pessoas com Deficiências (Decreto Legislativo 186/2008 e Lei n. 13.146/2015), relacionadas neste processo pelo DEPEN e outras autoridades estaduais, enquanto perdurar tal condição, excetuados os casos de crimes praticados por elas mediante violência ou grave ameaça, contra seus descendentes ou, ainda, em situações excepcionalíssimas, as quais deverão ser devidamente fundamentadas pelos juízes que denegarem o benefício"**.

Na espécie, é inadequada a substituição da custódia preventiva pela prisão domiciliar, isso porque, conforme constatou o Tribunal de origem, a recorrente Lizele

Petersen é estrangeira, de procedência africana, com filho vivendo em seu país de origem e sem qualquer vínculo com o Brasil.

Portanto, o caso em análise enquadra-se nos casos excepcionais, porquanto mostra-se inviável o cumprimento da prisão domiciliar em outro país, como inferiu o Tribunal *a quo* da situação fática enfrentada. Outrossim, a ré foi colaboradora de organização transnacional, o que torna ainda mais problemática à ordem pública a concessão de prisão domiciliar.

Ante o exposto, com fundamento no art. 34, XVIII, b, do RISTJ, **nego provimento** ao recurso especial.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília (DF), 03 de abril de 2019.

Ministro RIBEIRO DANTAS

Relator

