AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.490.186 - SP (2019/0123267-2)

RELATOR	**:**	**MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
AGRAVANTE	:	MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
AGRAVANTE	:	MATHILDE OUMATJIE VAISAKO (PRESO)
ADVOGADO	:	DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO
AGRAVADO	:	OS MESMOS

DECISÃO

Trata-se de agravo interposto por **MATHILDE OUMATJIE VAISAKO** 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 59 do Código Penal, 33, § 4º, e 42, da Lei 11.343/06.

Aduz, em síntese, que: **a)** "a natureza e a quantidade da droga apreendida com a ora recorrente estão dentro da habitual rotina das apreensões realizadas no Aeroporto Internacional de Guarulhos/SP, o que, somado às demais circunstâncias judiciais, não reclama por fixação da pena-base acima do mínimo legal" (e-STJ, fl. 517); e **b)** "pessoas nessas condições - 'mulas' - não podem ser consideradas como integrantes de organização criminosa ou dedicadas à atividade criminosa, já que nada mais são do que uma pequena engrenagem no complexo mecanismo do tráfico ilícito de entorpecentes, sem qualquer conhecimento sobre detalhes da estrutura criminosa e sem qualquer poder de decisão/escolha sobre o tipo e a quantidade de droga que será transportada, bem como sobre o modo como a droga será transportada" (e-STJ, fl. 519).

Requer a redução da pena-base ao mínimo legal, ou a patamar inferior ao fixado, a aplicação da minorante no patamar de 1/2 e, com a diminuição da reprimenda, o abrandamento do regime e a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

Apresentadas as contrarrazões (e-STJ, fls. 557-575).

O recurso não foi admitido por incidência das Súmulas 7 e 83, ambas do STJ (e-STJ, fls. 590-600).

O Ministério Público Federal opinou pelo desprovimento do agravo (e-STJ, fls. 715-725).

É o relatório.

Decido.

O Tribunal *a quo* fixou a pena-base acima do mínimo legal e aplicou a minorante em 1/6, nos seguintes termos:

> "Da natureza e quantidade do entorpecente De fato, a natureza e a quantidade da substância ou do produto, nos termos do art. 42 da Lei n.° 11.343/06, devem ser consideradas para exasperação da pena-base.
> [...]
> De outro lado, o fato de o grau de pureza da droga não ter sido aferido por laudo pericial não afasta a possibilidade de majoração da

> pena-base, com fundamento na natureza da droga apreendida, pois se trata de cocaína que, independentemente do real grau de pureza, é usualmente diluída para revenda e continua causando malefícios indescritíveis a seus usuários.
> Ressalte-se, ainda, que o indivíduo que aceita transportar substância entorpecente de um país para outro, tendo-a recebido de um terceiro, assume o risco de transportar qualquer quantidade e em qualquer grau de pureza, motivo pelo qual tais circunstâncias devem ser consideradas para majoração da pena-base.
> Todavia, trata-se de ré primária, que não ostenta maus antecedentes, bem como as demais circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal não lhe são desfavoráveis e, considerando o entendimento fixado pela 11' Turma desta Corte, bem como a quantidade da droga apreendida, 10.348 g (dez mil trezentos e quarenta e oito gramas) de cocaína - massa líquida, a pena -base deve ser majorada à metade (1/2), restando estabelecida em para 07 (sete) anos e 06 (seis) meses de reclusão e 750 (setecentos e cinquenta) dias-multa" (e-STJ, fls. 389-391).
>
> "Ainda que as circunstâncias do art. 59 do Código Penal sejam favoráveis a ré, restou comprovado, pelo interrogatório judicial (mídia, fl. 183), que Mathilde exercia a função de 'mula' de tráfico para organização criminosa, portanto, não é possível aplicar a causa de diminuição na fração máxima de 2/3 (dois terços) ou manter a fração de 1/2 (metade) concedida pelo Juízo *a quo*, haja vista que a atividade desempenhada pela ré é de extrema importância para a organização criminosa que se dedica ao tráfico internacional de drogas por meio de terceiros.
> A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é no sentido de que o conhecimento pelo agente de estar a serviço do crime organizado para o tráfico transnacional de entorpecentes constitui fundamento concreto e idôneo a ser valorado para fins de estabelecimento da incidência da causa de diminuição de pena do art. 33, § 4°, da Lei n. 11.343/06 no mínimo legal, ante a gravidade da conduta perpetrada (STJ, HC n. 387.077, Rel. Min. Ribeiro Dantas, j. 06.04.17)" (e-STJ, fl. 502).

Inicialmente, quanto à fixação da pena-base acima do mínimo legal, cumpre registrar que a dosimetria da pena está inserida no âmbito de discricionariedade do julgador, estando ela atrelada às particularidades fáticas do caso concreto e subjetivas do agente, elementos que somente podem ser revistos por esta Corte em situações excepcionais, quando malferida alguma regra de direito.

Na hipótese do tráfico ilícito de entorpecentes, é indispensável atentar para a inteligência do art. 42 da Lei 11.343/2006, segundo o qual "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 a conduta social do agente".

In casu, as instâncias ordinárias fundamentaram expressamente a majoração da pena-base, considerando, em especial, a natureza e a quantidade da droga apreendida – 10.348 g (dez mil, trezentos e quarenta e oito gramas) de cocaína –, nos termos do art. 42 da

Lei n. 11.343/2006. Daí, não se mostra desproporcional ou desarrazoada, porquanto fundamentada a fração em elementos concretos e dentro do critério da discricionariedade vinculada do julgador.

Assim, o acórdão recorrido está em consonância com a jurisprudência deste Tribunal. A esse respeito, os seguintes precedentes:

> "[...]
> 1. *In casu*, a utilização da quantidade/natureza da droga apreendida para elevar a pena-base (primeira fase) e para afastar a incidência da minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas (terceira fase), por demonstrar que o acusado se dedica a atividades criminosas ou integra organização criminosa, não configura bis in idem. Diversa é a hipótese tratada 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).
> 2. Para se acolher a tese de que as agravantes não integram organização criminosa, bem como não se dedicam a atividades criminosas, impresncidível o reexame das provas, procedimento sabidamente inviável na instância especial.
> 3. Agravo regimental desprovido."
> (AgRg no REsp 1484961/GO, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 05/12/2017, DJe 15/12/2017).
>
> "[...]
> - A dosimetria da pena insere-se dentro de um juízo de discricionariedade do julgador, atrelado às particularidades fáticas do caso concreto e subjetivas do agente, somente passível de revisão por esta Corte no caso de inobservância dos parâmetros legais ou de flagrante desproporcionalidade.
> - A fixação da pena-base deve ser fundamentada de forma concreta, idônea e individualizada, não sendo suficiente referências a conceitos vagos e genéricos, máxime quando ínsitos ao próprio tipo penal.
> - Em se tratando dos crimes de tráfico de drogas e associação para o tráfico, como ocorre na espécie, o juiz deve considerar, com preponderância sobre o previsto no artigo 59 do Estatuto Repressivo, a natureza e a quantidade da substância entorpecente, a personalidade e a conduta social do agente, consoante o disposto no artigo 42 da Lei 11.343/2006.
> - No caso, embora sejam favoráveis as circunstâncias judiciais, a elevada quantidade e a extrema nocividade da droga apreendida, a saber, 70 Kg (setenta quilos) de cocaína, são fundamentos idôneos a embasar o aumento da pena-base no patamar intermediário de 1/3. Precedentes desta Turma.
> [...]
> - *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida de ofício para

> redimensionar a sanção imposta ao paciente para 12 anos, 5 meses e 10 dias de reclusão e 1.865 dias-multa."
> (HC 333.860/MA, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 15/12/2015, DJe 01/02/2016).
>
> "[...]
> 3. A Corte Regional decidiu em consonância com a jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça e com o disposto no artigo 42 da Lei nº 11.343/2006, segundo o qual o juiz deve considerar, ao fixar a pena-base, a natureza e a quantidade da droga com preponderância sobre o disposto no artigo 59 do Código Penal.
> [...]
> *5. Agravo regimental improvido."*
> (AgRg no REsp 1442092/RS, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 4/8/2015, DJe 17/8/2015).
>
> "[...]
> 1. A quantidade e natureza da droga apreendida (3,167 kg de cocaína) autoriza a exasperação da pena-base, nos termos do art. 42 da Lei n. 11.343/2006.
> [...]
> *4. Agravo regimental improvido."*
> (AgRg no REsp 1472871/SP, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 17/3/2015, DJe 26/3/2015).

Quanto à aplicação da causa especial de diminuição de pena, consigna-se que, 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 integrar organizações criminosas.

Dispõe o art. 42 da Lei de Drogas 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 a conduta social do agente".

Nesse contexto, esta Corte firmou o entendimento no sentido de que, na falta de indicação pelo legislador de balizas para o *quantum* de redução, a natureza e a quantidade de droga apreendida, assim como as demais circunstâncias do art. 59 do CP, podem ser utilizadas na definição de tal índice ou, até mesmo, para impedir a aplicação da minorante quando evidenciarem a dedicação do agente ao tráfico de entorpecentes (AgRg no AREsp 628.686/MG, Rel. Ministra MARIA TEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, DJe 2/3/2015).

Por fim, cabe salientar que, 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 (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).

In casu, verifica-se que as instâncias ordinárias entenderam por aplicar o redutor pelo tráfico privilegiado no patamar mínimo de 1/6.

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 paciente 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).

Por fim, indeferida a pretensão de diminuição da pena, mantida a reprimenda em 6 anos e 27 dias de reclusão, os pleitos de abrandamento do regime inicial e de permuta da pena corporal por restritivas de direitos não merecem prosperar, porquanto não preenchidos os requisitos legais para o deferimento dos benefícios.

Ante o exposto, com fundamento no art. 932, VIII, do CPC, c/c art. 253, parágrafo único, II, "b", do RISTJ, **conheço** do agravo para **negar provimento** ao recurso especial.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília (DF), 10 de junho de 2019.

Ministro RIBEIRO DANTAS
Relator