

Superior Tribunal de Justiça

AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.415.320 - MS (2018/0331166-1)

RELATORA : MINISTRA LAURITA VAZ
AGRAVANTE : MHATTEUS PHILLIPE SANTOS DE ARAUJO
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
ADVOGADO : JOSÉ EDILSON CAVALCANTE - MS020352

EMENTA

AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO INTERMUNICIPAL DE DROGAS. APONTADA NEGATIVA DE VIGÊNCIA AO ART. 33, § 4.º, DA LEI N.º 11.343/2006. CONSTATAÇÃO. "MULA". DEDICAÇÃO ÀS ATIVIDADES CRIMINOSAS OU INTEGRAÇÃO DE ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. PRESUNÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. PRECEDENTES DE AMBAS CORTES SUPERIORES. APLICAÇÃO DO REDUTOR À RAZÃO DE 1/6 (UM SEXTO). POSSIBILIDADE. PATAMAR MÍNIMO JUSTIFICADO. EXPRESSIVA QUANTIDADE DE ENTORPECENTES. CIRCUNSTÂNCIAS DO CASO CONCRETO. MAIOR GRAU DE CENSURA E REPROVABILIDADE DA CONDUTA DENUNCIADA. CONSTATAÇÃO. PRECEDENTES. PEDIDOS CUMULATIVOS DE ABRANDAMENTO DO REGIME PRISIONAL E SUBSTITUIÇÃO DA SANÇÃO CORPORAL POR ALTERNATIVAS. PREJUDICIALIDADE EVIDENCIADA. AGRAVO CONHECIDO PARA DAR PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO ESPECIAL.

DECISÃO

Trata-se de agravo em recurso especial interposto por MHATTEUS PHILLIPE SANTOS DE ARAUJO contra decisão do Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul que inadmitiu recurso especial manifestado contra acórdão prolatado na Apelação Criminal n.º 0005380-95.2017.8.12.0002.

Consta dos autos que o Agravante foi condenado, pelo Juízo singular, como incurso nas sanções do art. 33, *caput*, da Lei n.º 11.343/2.006, c.c. o art. 29, *caput*, do Código Penal, à pena de 5 (cinco) anos de reclusão, em regime inicial semiaberto, acrescida do pagamento de 500 (quinhentos) dias-multa. Irresignados, Acusação e Defesa interpuseram recursos de apelação, tendo o Tribunal local lhes negado provimento.

No recurso especial, interposto com respaldo no art. 105, inciso III, alínea

Superior Tribunal de Justiça

a, da Constituição da República, o Suplicante sustenta, em síntese, negativa de vigência ao art. 33, § 4.º, da Lei de Drogas, ao precípua argumento de que preenche todos os requisitos legais necessários à concessão da minorante do tráfico privilegiado.

Nessa linha, assevera que o "*simples fato de os dois jovens*" terem transportado, como "mulas do tráfico", em viagem de Ponta Porã/MS com destino a Dourados/MS, "*30 Kg (cada) de droga de menor potencial ofensivo (maconha) dentro de mochilas, em meio de transporte coletivo*" (fl. 396), não denota – por mera presunção - sua dedicação à consecução de atividades criminosas, tampouco sua integração à organização de tal natureza, motivo pelo qual o reconhecimento da aludida benesse é medida de rigor, a ser modulada à razão de 2/3 (dois terços).

Por consequência, roga pelo abrandamento do regime prisional semiaberto para o aberto, *ex vi* do arts. 33, § 2.º e 3.º, do CP, bem como pela substituição da reprimenda corporal por restritivas de direitos.

Contrarrazões apresentadas às fls. 413-422.

A Corte de origem não admitiu o recurso especial, motivo pelo qual subiram os autos a este Superior Tribunal de Justiça por intermédio do presente agravo, em que o Agravante pugna pelo acolhimento da insurgência a fim de que seja admitido e provido o apelo nobre.

O Ministério Público Federal opinou pelo não provimento do agravo (fls. 474 e 475).

É o relatório.

Decido.

Evidenciada a viabilidade do agravo, passa-se à análise do recurso especial.

Quanto à questão em debate, convém repisar os fundamentos dosimétricos externados pelo Juízo primevo, ao quantificar as penas cominadas ao Sentenciado (fls. 143-145):

"Narra a exordial acusatória que no dia 02.05.2017, às 09:05h, no Ponto de Apoio da empresa Expresso Queiroz, em Dourados-MS, Matheus Phillipe Santos de Araújo foi preso transportando, para fins de mercancia, 31 kg (trinta e um quilos) de maconha. Na mesma ocasião Eduardo Santos foi preso transportando 28,850 kg (vinte e oito quilos e oitocentos e cinquenta gramas) de maconha, para fins de mercancia.

[...]

Superior Tribunal de Justiça

No que tange à autoria os policiais militares [...], ao serem inquiridos, mencionaram que de forma rotineira abordam o ônibus na garagem da empresa Expresso Queiroz e que, dado o peso excessivo de duas malas, uma de cor verde e outra de cor preta, desconfiaram do seu conteúdo, encontrando a maconha acondicionada em ambas. Que através das etiquetas e dos comprovantes de embarque os policiais chegaram aos acusados como sendo os proprietários das malas. Acrescentam que Mattheus ainda estava no ônibus quando foi abordado [...]. Destacaram, ao final, que **ambos confessaram** a traficância, **esclarecendo que teriam sido contratados pela mesma pessoa.**

O réu Mattheus [...] confessou a traficância, mencionando em seu interrogatório que fora contratado por uma pessoa em Aracaju/SE para que viesse até Ponta Porã/MS buscar a droga e leva-la até Dourados/MS, ganhando R\$ 1.500,00 (um mil e quinhentos reais) pelo serviço, enfatizando que apesar de não saber sobre a quantidade ou o tipo de droga que carregaria, tinha ciência de que se tratava de entorpecente.

Por sua vez, Eduardo Santos mencionou o fato de que fora contratado para realizar o transporte por um desconhecido chamado 'Marcelo', enquanto vendia coco na praia, confirmando que sabia tratar-se de transporte de entorpecentes e que deveria pegar a droga em Ponta Porã e levar até Dourados.[...]

Os relatos das testemunhas são razoáveis e estão de acordo com os fatos e provas acostadas aos autos. Ademais, os réus foram confessos quanto à prática delitiva, não restando dúvidas quanto a posse e a finalidade de traficar a droga apreendida. Assim, a condenação é medida impositiva.

[...]

II) Das causas de diminuição da pena:

a) Do tráfico privilegiado – art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06:

Quanto ao tráfico privilegiado, considerando as circunstâncias do delito, em que **ambos os acusados mencionam terem sido contratados pela mesma pessoa para o transporte de considerável quantidade de entorpecente, releva anotar que tal associação, ainda que momentânea e esporádica, vem a impedir a concessão de tamanha benesse, consoante entendimento consolidado em nossos tribunais.**"

O Tribunal estadual, ao negar provimento ao apelo defensivo, ratificou (fl. 379; grifos diversos do original):

"Minorante prevista no artigo 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006.

[...]

Não há como ser reconhecida a minorante aos réus, não apenas pela elevada quantidade de entorpecente apreendidos – quase 60 kg (sessenta quilos) de maconha, mas pela prática do crime em coautoria, indicando integração de organização e dedicação a atividade criminosas.

[...]

Superior Tribunal de Justiça

Logo, considerando as circunstâncias próprias do caso concreto, não estão preenchidos os requisitos cumulativos do § 4º do art. 33, da Lei nº 11.343/06, sendo, pois, impossível a incidência da correspondente causa especial de diminuição."

Sobre o tema em apreço, é cediço por esta Corte, de forma ordinária, conforme já assentado por esta Relatoria no REsp 1.773.834, julgado em 27/11/2018, DJe 19/12/2018, que se de um lado a grande quantidade de droga pode denotar a dedicação do acusado a atividades criminosas ou o envolvimento com o crime organizado, por outro, mesmo havendo quantidades menores ou não expressivas, outras circunstâncias do tráfico podem indicar o mesmo envolvimento, como, por exemplo, anotações de movimentação frequente da traficância, testemunhos, apetrechos para o tráfico regular de entorpecentes etc, exegese jurisprudencial que não se coaduna ao caso vertente, por ausência de similitude fática.

Da compreensão dos trechos destacados, verifica-se que o acórdão recorrido está em dissonância ao entendimento propalado pelo Superior Tribunal de Justiça sobre a matéria, no sentido de que a atuação do Agente na **condição de "mula"**, como mero colaborador do tráfico de entorpecentes, ainda que permeada pelo instituto da coautoria e com expressiva quantidade de estupefacientes apreendidos, não induz, **automaticamente**, com base **em mera presunção** – e em homenagem aos princípios da individualização da pena e da não culpabilidade –, a conclusão de que o Sentenciado integre organização criminosa.

Segundo entendimento desta Corte superior, afigura-se imprescindível, para o afastamento de tal benesse, *"prova inequívoca do seu envolvimento, estável e permanente, com o grupo criminoso, para autorizar a redução da pena em sua totalidade. Precedentes do STF. O conhecimento pela paciente de estar a serviço do crime organizado no tráfico [...] 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 praticada. Precedentes do STF e STJ."* (HC 387.077/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 06/04/2017, DJe 17/04/2017; grifos diversos do original.)

Superior Tribunal de Justiça

Em casuística correlata, o Supremo Tribunal Federal, ao externar interpretação constitucional ao redutor em exame, exortou que não cabe ao Juízo condenatório *"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 os réus integrariam organização criminosa. 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."* (HC 124.107, Rel. Ministro DIAS TOFFOLI, Primeira Turma, julgado em 04/11/2014, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-230 DIVULG 21-11-2014 PUBLIC 24-11-2014; grifos diversos do original.)

Em casos análogos:

"PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. VIA INADEQUADA. NÃO CONHECIMENTO. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. [...] APREENSÃO DE APROXIMADAMENTE 9 KG DE COCAÍNA. [...] AFASTAMENTO DO REDUTOR DO ART. 33, § 4º, DA LEI 11.343/2006. [...] AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DA DEDICAÇÃO DO PACIENTE À ATIVIDADE CRIMINOSA OU DE QUE INTEGRASSE ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. PRECEDENTES DO STF. POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DA REDUTORA NA FRAÇÃO DE 1/6. TRANSPORTE DE DROGA. EXAME DAS CIRCUNSTÂNCIAS DA CONDUTA. ATUAÇÃO DO AGENTE SEMELHANTE A DE 'MULA' DO TRÁFICO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA, DE OFÍCIO.

[...]

- Embora esta Corte Superior tenha jurisprudência firme no sentido de que a quantidade e a natureza da droga apreendida servem para modular a fração da redutora do tráfico privilegiado, vem, outrossim, decidindo que a referida vetorial, isoladamente, não legitima o afastamento da causa de diminuição do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, porque, dissociada de outros elementos de prova porventura existentes nos autos, ela não basta para atestar a dedicação do apenado à atividade criminosa ou o fato de que ele integraria organização criminosa.

- No mesmo sentido, são os precedentes do col. Pretório Excelso, que firmam a **possibilidade, em tese, de concessão do benefício do tráfico privilegiado, a despeito da apreensão de grande quantidade de droga, quando estiver caracterizada a condição de 'mula do tráfico'.**

- Em verdade, o Supremo Tribunal Federal vem entendendo que **a atuação no transporte de entorpecente, ainda que em grande quantidade, não patenteia, de modo automático, a adesão estável e permanente do apenado à estrutura de organização criminosa ou a sua**

Superior Tribunal de Justiça

dedicação à atividade delitiva. Precedentes.

- Assim, no caso, **impõe-se a concessão da ordem para reduzir a pena-base ao mínimo legal e aplicar a redutora do tráfico privilegiado, na fração de 1/6.**

[...]

- Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para reduzir a pena do paciente ao novo patamar de 4 anos e 2 meses de reclusão, em regime inicialmente fechado, e 416 dias-multa, mantidos os demais termos da condenação." (HC 466.202/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 12/03/2019, DJe 25/03/2019; grifos diversos do original.)

"RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO TRANSNACIONAL DE DROGAS. DOSIMETRIA. PENA-BASE. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA E IDÔNEA. MINORANTE PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. FUNÇÃO DE 'MULA'. CIRCUNSTÂNCIA QUE, DE PER SI, NÃO EVIDENCIA INTEGRAÇÃO EM ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. REGIME INICIAL FECHADO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA. INSUFICIÊNCIA DA MEDIDA. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

[...]

5. O núcleo essencial da ideia de organização criminosa está vinculado à compreensão de que esse tipo de organização é altamente estruturada, organizada hierarquicamente, com recrutamento de pessoas, divisão funcional de tarefas, dotada de alto poder de intimidação e de ingerência sobre a própria máquina estatal, com repercussões [...] que não encontram fronteiras, dado o poderio econômico que detém, o que lhe imprime alto planejamento e controle.

6. A razão de ser da causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 é justamente **punir com menor rigor o pequeno traficante, ou seja, aquele indivíduo que não faz do tráfico de drogas o seu meio de vida; antes, ao cometer um fato isolado, acaba incidindo na conduta típica prevista no art. 33 da mencionada lei federal.**

7. **O fato de o agente haver atuado como 'mula' no transporte da droga não pode - como numa relação, pura e simples, de causa e efeito - levar à conclusão de que ele seria integrante de organização criminosa e, como tal, não seria merecedor da causa especial de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006. A diferenciação deve ser feita, inequivocamente, caso a caso, com base em elementos objetivos e concretos dos autos.**

8. A necessidade de conferir tratamento diferenciado aos agentes que praticam crimes como 'mulas' guarda relação, em certa medida, com a aleatoriedade ou com a fragilidade (vulnerabilidade) que esses indivíduos apresentam, **recrutados, na maioria dos casos, para a finalidade de um único transporte de droga.**

9. À luz dos elementos coligidos aos autos e com base em uma análise detida dos fundamentos utilizados pelas instâncias ordinárias

Superior Tribunal de Justiça

para justificar a impossibilidade de incidência do redutor, verifica-se que, especificamente no caso ora em análise, a relação existente entre o recorrente e o tráfico de drogas foi meramente **circunstancial** e que ele não integra, diretamente, uma organização criminosa em si.

10. Sendo o recorrente tecnicamente primário ao tempo do delito, possuidor de bons antecedentes, e diante da ausência de elementos concretos que, efetivamente, evidenciem a sua dedicação a atividades delituosas ou a sua integração em organização criminosa, deve o recurso ser provido nesse ponto, a fim de reconhecer a incidência da minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 em seu favor.

[...]

13. Recurso especial parcialmente provido, a fim de: a) reconhecer, em favor do recorrente, a atenuante da confissão espontânea, aplicando-a no patamar de 1/6; b) aplicar a minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 e, por conseguinte, tornar a reprimenda do acusado definitivamente estabelecida em 4 anos, 10 meses e 10 dias de reclusão e pagamento de 486 dias-multa." (REsp 1.365.002/MS, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 22/08/2017, DJe 11/09/2017; grifos diversos do original.)

Na espécie, restou apurado, perante as instâncias ordinárias, que ambos os acusados confessaram "*terem sido contratados pela mesma pessoa para o transporte de [...] drogas*", aferida no total de "*31 Kg (trinta e um quilos) de maconha*" (fl. 149), de forma "*momentânea e esporádica*" (fl. 145), ocultada como bagagem em ônibus de viação, em viagem de Ponta Porã/MS com destino a Dourados/MS.

Nesse contexto, afigura-se possível a concessão e modulação, na terceira fase dosimétrica, da causa especial de diminuição de pena do tráfico privilegiado, no patamar mínimo de 1/6 (um sexto), quando o agente, conquanto primário, sem antecedentes criminais e sem comprovado envolvimento, **estável e permanente**, com organização criminosa, exerce – na qualidade de "mula" por esta recrutado – e ainda que em codelinquência, o transporte intermunicipal de **expressiva quantidade** de estupefaciente, delineamento apto a revelar maior grau de censura e reprovabilidade da conduta denunciada, transcendente à tipicidade ordinária encartada no tipo incriminador em tela.

Dessa forma, com amparo na explanação retromencionada, definida a sanção intermediária do Apenado, na segunda etapa dosimétrica, em 5 (cinco) anos de reclusão e 500 (quinhentos) dias-multa, decorrente da circunstância atenuante da confissão, *ex vi* do art. 65, inciso III, alínea *d*, do CP, reputa-se razoável e justificada a

Superior Tribunal de Justiça

concessão da causa especial de diminuição de pena positivada no art. 33, § 4.º, da Lei de Drogas, à razão mínima de 1/6 (um sexto), motivo pelo qual redimensionam-se as sanções a 4 (quatro) anos e 2 (dois) meses de reclusão e 416 (quatrocentos e dezesseis) dias-multa, *quantum* que se mantém em definitivo, à míngua de outras causas modificativas.

Realinhada a reprimenda corporal do Condenado acima do patamar de 4 (quatro) anos, reputam-se prejudicados os pleitos cumulativos de abrandamento do regime prisional semiaberto para o aberto e de substituição da sanção corporal cominada por alternativas, *ex vi* do art. 577, parágrafo único, do CPP, conjugada à dicção dos arts. 33, § 2.º, alínea *c*, e 44, inciso I, ambos do CP.

Por fim, como o caso em apreço está delineado pelo concurso de agentes, e fundado o provimento em exame em simétrica causa de pedir, sem qualquer peculiaridade de caráter pessoal, estende-se a concessão do redutor do tráfico privilegiado, nos moldes supraditos, ao corréu Eduardo Santos, *ex vi* do art. 580 do CPP.

Ante o exposto, CONHEÇO do agravo para DAR PARCIAL PROVIMENTO ao recurso especial, a fim de aplicar a causa de diminuição do art. 33, § 4.º, da Lei n.º 11.343/2006, na fração de 1/6 (um sexto), ficando as penas redimensionadas nos termos da presente decisão, bem como estender os efeitos desta decisão ao corréu EDUARDO SANTOS.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília (DF), 02 de outubro de 2019.

MINISTRA LAURITA VAZ
Relatora