

RECURSO ESPECIAL Nº 1.305.783 - SP (2012/0041012-0)

RELATOR : MINISTRO ANTONIO SALDANHA PALHEIRO
RECORRENTE : A V C
ADVOGADO : ALESSANDRA ALVES DE OLIVEIRA - DEFENSORA PÚBLICA E OUTROS
RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

DECISÃO

Trata-se de recurso especial interposto por A V C, fundamentado na alínea "a" do permissivo constitucional, contra decisão do Tribunal Regional Federal da 3ª Região.

Consta dos autos que o recorrente, denunciado pela prática dos delitos previstos nos arts. 28 e 33, *caput*, c/c o art. 40, I, todos da Lei n. 11.343/2006, em virtude da apreensão de **3,970kg (três quilos, novecentos e setenta gramas) de cocaína e 2g (dois gramas) de maconha**, foi condenado à pena de 6 anos, 6 meses e 22 dias de reclusão, em regime fechado, pelo crime de tráfico, e absolvido pelo crime de posse de entorpecente para uso pessoal (e-STJ fls. 234/246).

Irresignadas, ambas as partes interpuseram apelação. O Tribunal de origem deu parcial provimento a ambos os apelos, redimensionado a pena do recorrente para 6 anos, 9 meses e 20 dias de reclusão, mantido o regime fechado. Esta é a ementa do acórdão (e-STJ fls. 498/499):

PENAL. TRÁFICO TRANSNACIONAL DE COCAÍNA. POSSE DE ENTORPECENTE PARA CONSUMO PESSOAL. MATERIALIDADE, AUTORIA E DOLO COMPROVADOS. ESTADO DE NECESSIDADE NÃO CONFIGURADO. CONDENAÇÃO MANTIDA. CONCURSO MATERIAL DE DELITOS. DOSIMETRIA DAS PENAS. RECURSOS PARCIALMENTE PROVIDOS.

1. Comprovados a materialidade, a autoria e o dolo do crime de tráfico ilícito de drogas; e não configurada qualquer causa absolutória, e de rigor confirmar-se a conclusão condenatória exarada em primeiro grau de jurisdição.
2. Não se ajusta a qualquer das figuras previstas no artigo 24 do Código Penal a alegação de que o crime de tráfico ilícito de drogas foi perpetrado para custear os estudos e o material escolar de filho menor. I
3. A atenuação prevista no artigo 65, inciso III, alínea d, do

Superior Tribunal de Justiça

Código Penal deve ser aplicada sempre que a confissão servir para a formação do juízo condenatório, ainda que não se trate de crime de autoria desconhecida e mesmo que o agente não revele arrependimento. Tratando-se, porém, de confissão retratada, incompleta ou feita sob ressalvas, deve o juiz levar em consideração tais circunstâncias ao quantificar o abrandamento.

4. A fixação da fração de aumento de pena em patamar acima do mínimo legal deve ser fundamentada. |

5. Se o agente, conquanto não integre organização criminosa, tem plena consciência de que está a serviço de grupo dessa natureza, a causa de diminuição de pena prevista no § 4º do artigo 33 da Lei n. 11.343/2006 deve ser fixada no patamar mínimo.

6. Deve permanecer cautelarmente preso o réu que, sem vínculos com o distrito da culpa, foi preso em flagrante pela prática de tráfico transnacional de cocaína e permaneceu custodiado durante toda a tramitação do processo.

7. Não há falar em consunção entre os crimes previstos nos artigos 28 e 33 da Lei n.º 11.343/2006. Perpetradas ambas as condutas, devem ser aplicadas cumulativamente as penas, por força da regra do concurso material de crimes.

8. Recursos providos em parte.

Configurada divergência no julgamento quanto ao aumento da pena-base, foram interpostos embargos infringentes pela defesa, tendo sido negado provimento ao recurso, por unanimidade, nos termos da seguinte ementa (e-STJ fl. 566):

PENAL. TRÁFICO INTERNACIONAL DE DROGAS. LEI N. 11.343/06. DOSIMETRIA. PENA-BASE. FIXAÇÃO ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. ELEMENTOS DO ART. 42 DA LEI N. 11.343/06.

1. A pena-base do acusado deve ser fixada acima do mínimo legal, pois a natureza e a quantidade da droga apreendida enseja maior rigor na punição, com fundamento nos arts. 42 da Lei n. 11.343/06 e 59 do Código Penal.

2. Embargos infringentes desprovidos.

No recurso especial, a defesa alega, em resumo: a) que o recorrente faz jus ao direito de recorrer em liberdade, mesmo condenado por crime hediondo, em virtude das alterações trazidas pela Lei n. 11.464/2007; b) negativa de vigência aos arts. 59 do Código Penal e 42 da Lei n. 11.343/2006, ao argumento de que "levando-se em conta as quantidades usualmente apreendidas em nosso País, não há que se falar que o volume encontrado com o Recorrente justifica a majoração da pena acima do mínimo

Superior Tribunal de Justiça

legal ou no percentual aplicado nesses autos" (e-STJ fl. 596); c) que a atenuante da confissão, reconhecida por ambas as instâncias, deve ser aplicada na fração de 1/6, não se justificando redução a menor sob a alegação de que foi parcial; d) a minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 deve ser aplicada em seu grau máximo, por ser o recorrente primário e não participar ativamente de organização criminosa; e) que deve ser afastada a majorante da transnacionalidade, porquanto sanciona o recorrente duas vezes pelo mesmo crime, em evidente *bis in idem*; f) que, nos termos do art. 33, § 2º, "b", do Código Penal e considerando as circunstâncias do caso em tela, o recorrente faz jus ao regime inicial semiaberto; e, g) reduzida a pena nos termos acima expostos, imperioso constatar que se impõe a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, tendo em vista que o acusado preenche os requisitos esculpidos no art. 44 do Código Penal.

Contrarrazões às e-STJ fls. 613/625.

Ministério Público Federal opinou pelo desprovimento do recurso especial (e-STJ fls. 642/648).

É o relatório.

Decido.

Inicialmente, a elevação da pena-base, no caso, foi justificada pelo acórdão recorrido com espedaço na quantidade e na natureza do entorpecente apreendido – **3,970g (três quilos, novecentos e setenta gramas) de cocaína** – (e-STJ fl. 494).

De fato, no momento da fixação da reprimenda dos crimes abarcados pela Lei n. 11.343/2006, o julgador deve valorar, com preponderância sobre as demais circunstâncias judiciais, a natureza e a quantidade da droga, de acordo com o que dispõe o art. 42 da referida lei.

A propósito:

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO INTERNACIONAL DE DROGAS. DOSIMETRIA. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA APREENDIDA. MINORANTE PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006. PRETENDIDA APLICAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

Superior Tribunal de Justiça

- A fixação da pena-base em patamar acima do mínimo legal foi devidamente fundamentada pelas instâncias ordinárias que, a teor do art. 42 da Lei n. 11.343/2006, consideraram, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do Código Penal - CP, a natureza e a quantidade da droga apreendida (14,5kg de cocaína).

[...]

Agravo regimental desprovido.

(AgRg no AREsp 651.627/PR, Rel. Ministro ERICSON MARANHO - DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP, SEXTA TURMA, julgado em 04/02/2016, DJe 23/02/2016.)

PENAL E PROCESSUAL. AGRAVO INTERNO. TRÁFICO DE DROGAS. PENA-BASE. ART. 42 DA LEI DE DROGAS. EXASPERAÇÃO. LEGALIDADE. ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. INCIDÊNCIA. REEXAME DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. ART. 40, I, DA LEI 11.343/2006. TRANSNACIONALIDADE. INOCORRÊNCIA DE BIS IN IDEM. TIPO PENAL DE AÇÃO MÚLTIPLA. REGIME FECHADO. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. NATUREZA E A QUANTIDADE DE ENTORPECENTE APREENDIDO. LEGALIDADE.

1. A dosimetria da pena está inserida no âmbito de discricionariedade do julgador, estando atrelada às particularidades fáticas do caso concreto e subjetivas dos agentes, elementos que somente podem ser revistos por esta Corte em situações excepcionais, quando malferida alguma regra de direito.

2. Na hipótese do tráfico ilícito de entorpecentes é indispensável atentar para o que disciplina o 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.

3. No caso concreto, o Tribunal de origem expressamente fundamentou a majoração da pena-base considerando, em especial, a quantidade e a qualidade da droga apreendida - 6.770 g de cocaína -, nos termos do art. 42 da Lei 11.343/2006, não se mostrando desproporcional ou desarrazoada, porquanto fundamentada a exasperação em elementos concretos e dentro do critério da discricionariedade vinculada do julgador.

[...]

7. *Agravo regimental não provido.* (AgRg no AREsp 634.154/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 17/05/2016, DJe 25/05/2016.)

Superior Tribunal de Justiça

Verifico, ainda, que a pena-base foi exacerbada em 2 anos e 6 meses acima do mínimo legal com base na quantidade e na natureza do entorpecente.

De fato, não obstante os fundamentos serem idôneos, esse *quantum* de aumento é desproporcional e desarrazoado. Com efeito, a jurisprudência desta Corte Superior de Justiça é a de que é proporcional a fração de 1/6 (um sexto) para cada vetorial negativa, considerada no cálculo da pena-base, o que revela a necessidade de reparo na decisão agravada.

Nesse sentido:

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PENAL. CRIME DE LESÕES CORPORAIS. VIOLÊNCIA DOMÉSTICA. DOSIMETRIA. CIRCUNSTÂNCIAS DO CRIME. FRAÇÃO DE 1/6 (UM SEXTO) DE AUMENTO. PROPORCIONALIDADE E RAZOABILIDADE. SÚMULA 7/STJ. NÃO INCIDÊNCIA.

1. A jurisprudência desta Corte Superior de Justiça é no sentido de que é proporcional a fração de 1/6 (um sexto) de aumento, calculado a partir da pena mínima abstratamente prevista, para cada vetorial negativa considerada na fixação da pena-base, o que revela a idoneidade e a consequente desnecessidade de qualquer reparo na decisão agravada.

2. Ao contrário do sustentado pelo agravante, no caso, não houve necessidade de incursão no acervo probatório dos autos, para se concluir pela violação aos arts. 59 e 68 do Código Penal, uma vez que a situação fática já estava delineada no acórdão recorrido. Não há se falar, portanto, na incidência da Súmula 7/STJ.

3. Agravo regimental a que se nega provimento. (AgRg no AREsp 856.661/MG, de minha relatoria, SEXTA TURMA, julgado em 30/03/2017, DJe 20/04/2017, grifei)

PENAL. HABEAS CORPUS. ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO (ART. 14 DA LEI 6.368/1976). IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DE RECURSO ESPECIAL. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. DOSIMETRIA. PENA-BASE. VALORAÇÃO NEGATIVA. CULPABILIDADE ASPECTOS INERENTES AO TIPO PENAL VIOLADO. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. DOSIMETRIA. CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL. CONSEQUÊNCIAS DO CRIME. EXASPERAÇÃO. QUANTUM. PROPORCIONALIDADE. VIOLAÇÃO. REDIMENSIONAMENTO DA PENA. REGIME FECHADO. PENA INFERIOR A 8 ANOS DE RECLUSÃO. CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL. VIOLAÇÃO. INOCORRÊNCIA. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

Superior Tribunal de Justiça

1. *Tratando-se de habeas corpus substitutivo de recurso especial, inviável o seu conhecimento.*
2. *O método trifásico de cálculo da pena busca viabilizar o exercício do direito de defesa, colocando o réu inteiramente a par de todas as etapas da individualização, uma vez que passa a conhecer o valor atribuído pelo juiz às circunstâncias legais que reconheceu presentes.*
3. *Desse modo, na primeira fase da dosimetria, a finalidade não é outra senão fixar a pena-base utilizando como instrumentos as circunstâncias judiciais do artigo 59 do Código Penal. Como ponto de partida, utiliza-se o julgador da pena simples ou qualificada abstratamente prevista no preceito secundário do tipo. Aqui, o julgador possui o que se convencionou chamar de discricionariedade vinculada, porque atua dentro das margens, mínimo e máximo, estabelecidas pela apódose normativa previamente ponderada pelo legislador infraconstitucional. São dois desdobramentos essenciais do Princípio da Individualização das penas (pena abstrata e pena em concreto), devendo ser analisados de maneira associada.*
4. *Conceitos vagos e genéricos, máxime quando ínsitos ao próprio tipo penal violado, são inservíveis para fins de majoração da pena-base (HC 144.765/RJ, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 27/10/2015, DJe 16/11/2015).*
5. *Em atendimento ao princípio da proporcionalidade, quando presente apenas uma circunstância judicial negativa, a jurisprudência tem entendido adequada e suficiente a exasperação da pena-base no patamar de 1/6 (um sexto) da reprimenda mínima (HC 341.706/RJ, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 10/11/2016, DJe 21/11/2016).*
6. *Estabelecida a pena em patamar inferior a 8 (oito) anos de reclusão, a fixação do regime fechado para o início do cumprimento, no caso, deveu-se à existência de circunstância judicial desfavorável, em observância ao disposto no artigo 33, §§ 2º e 3º, c.c. o 59, ambos do Código Penal.*
7. *Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para redimensionar a pena do paciente, mantidos os demais termos da condenação. (HC 368.214/PA, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 14/02/2017, DJe 22/02/2017, grifei)*

RECURSO ESPECIAL. HOMICÍDIO NA DIREÇÃO DE VEÍCULO AUTOMOTOR. ELEMENTO PSÍQUICO. CIRCUNSTÂNCIAS DO FATO EXTERNO. INGESTÃO DE ÁLCOOL. EXCESSO DE VELOCIDADE. INDIFERENÇA ANTE O RESULTADO DANOSO. DOLO EVENTUAL RECONHECIDO. CONDENAÇÃO. PROVA JUDICIALIZADA. PENA-BASE. QUANTUM. RECURSO ESPECIAL CONHECIDO E

Superior Tribunal de Justiça

PARCIALMENTE PROVIDO.

1. O elemento psíquico do agente é extraído dos elementos e das circunstâncias do fato externo. Não há como afastar o decisum que reconheceu o dolo eventual em crime de homicídio na direção de veículo automotor, de forma fundamentada e com base nas provas dos autos, ao apontar sinais concretos do agir doloso, a saber, a ingestão de álcool, o excesso de velocidade e a indiferença do recorrente ante o resultado danoso.

2. A investigação conclusiva sobre a alegada ausência do elemento subjetivo do tipo demandaria incursão vertical sobre o extenso material probatório produzido sob o crivo do contraditório, vedada pela Súmula n. 7 do STJ.

3. Não se admite, no ordenamento jurídico pátrio, a prolação de decreto condenatório fundado exclusivamente em elementos informativos colhidos durante o inquérito policial. Sem embargo, o magistrado pode deles se utilizar para reforçar seu convencimento, desde que corroborados por provas produzidas durante a instrução processual, ou desde que essas provas sejam repetidas em juízo, exatamente como na espécie.

4. A morte prematura da vítima, que, aos 44 anos, deixou, especialmente, filhos órfãos, justifica a conclusão pela valoração negativa das consequências do delito.

5. **Muito embora a ponderação das circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal não seja uma operação aritmética, com pesos determinados a cada uma delas, extraídos de simples cálculo matemático, o patamar utilizado pelo Tribunal de origem está bem superior às balizas fomentadas por esta Corte, que admite o acréscimo em até 1/6 da pena-base para cada circunstância judicial desfavorável, salvo peculiaridade que justifique incremento maior.**

6. Recurso especial conhecido e parcialmente provido para reduzir a reprimenda imposta ao recorrente. (REsp 1358116/RN, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 20/09/2016, DJe 10/10/2016, grifei)

Quanto ao pedido de aplicação da minorante da confissão espontânea ao delito de tráfico de drogas em maior percentual, o recurso não prospera.

No particular, rememoro, por oportuno, que o Código Penal não estabelece limites mínimo e máximo de aumento ou redução de pena em razão da incidência das agravantes e das atenuantes genéricas. Diante disso, a doutrina e a jurisprudência pátrias anunciam que cabe ao magistrado sentenciante, nos termos do princípio do livre convencimento motivado, aplicar a fração adequada ao caso concreto

Superior Tribunal de Justiça

em obediência aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.

No mesmo sentido:

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. REINCIDÊNCIA ESPECÍFICA. AUMENTO EM 2/5. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES DO STJ. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. AGRAVO IMPROVIDO.

1. Inexiste, na lei, parâmetros aritméticos para a aplicação de atenuantes e de agravantes, cabendo ao magistrado, em face da discricionariedade motivada e atento aos critérios de razoabilidade e proporcionalidade, fixar o patamar que melhor se aplique ao caso.

2. Não há falar em ilegalidade na majoração da pena acima de 1/6, na segunda fase da dosimetria, em face da reincidência específica do réu - o que, a teor da jurisprudência desta Corte, é plenamente aceito -, na medida em que a fração de aumento eleita pelas instâncias ordinárias ancorou-se em circunstância excepcional do caso concreto.

3. *Agravo regimental improvido.* (AgInt no HC 356.160/RJ, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 1/12/2016, DJe 13/12/2016)

No que diz respeito à fração da minorante do tráfico privilegiado, os precedentes desta Corte orientam que se deve aplicar o redutor no mínimo legal quando tratar de condenado a serviço do crime organizado no tráfico internacional (mula), haja vista a maior censurabilidade da conduta:

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. QUANTUM DE EXASPERAÇÃO. PATAMAR FIXADO EM 10 MESES PELA GRANDE QUANTIDADE DE DROGA. DESPROPORCIONALIDADE. NÃO OCORRÊNCIA. MINORANTE DO TRÁFICO. FIXADO NA ORIGEM A FRAÇÃO DE 1/6. MULA. PROPORCIONALIDADE. ALTERAÇÃO DO PATAMAR. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.

1. Não há falar em ofensa à proporcionalidade, diante do quantum da pena aplicado pelas instâncias ordinárias na exasperação da pena-base, correspondente a 10 meses pela grande quantidade de cocaína apreendida, tendo em vista, sobretudo, o mínimo e o máximo das penas cominadas abstratamente ao delito de tráfico de drogas.

2. **A ciência do agente de estar a serviço de grupo criminoso voltado ao tráfico internacional de drogas é circunstância apta a justificar a redução da pena em 1/6, pela aplicação da minorante do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 (AgRg no AREsp**

1240897/MS, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 12/06/2018, DJe 20/06/2018).

3. Ademais, a reversão do julgado, para fins de modificação da fração de redução, demandaria o revolvimento do conjunto fático-probatório, inadmissível a teor da Súmula 7/STJ.

4. *Agravo regimental improvido.* (AgRg no AREsp 1336930/SP, relator Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 21/03/2019, DJe 02/04/2019, grifei)

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. VIA INADEQUADA. NÃO CONHECIMENTO. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. FLAGRANTE PREPARADO. CRIME IMPOSSÍVEL E PROVA ILÍCITA. TESES NÃO EXAMINADAS PELA CORTE DE ORIGEM. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. DOSIMETRIA. POSSIBILIDADE DE ANÁLISE CONJUNTA DAS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS. CORRÉUS NAS MESMAS CONDIÇÕES FÁTICAS E SUBJETIVAS. APREENSÃO DE APROXIMADAMENTE 9 KG DE COCAÍNA. EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE. AFASTAMENTO DO REDUTOR DO ART. 33, § 4º, DA LEI 11.343/2006. QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA APREENDIDA VALORADA EM MAIS DE UMA FASE DA DOSIMETRIA. BIS IN IDEM. REDUÇÃO DA PENA-BASE AO MÍNIMO LEGAL. 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.

[...]

- 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 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

Superior Tribunal de Justiça

reclusão, em regime inicialmente fechado, e 416 dias-multa, mantidos os demais termos da condenação. (HC 466.202/SP, relator Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 12/03/2019, DJe 25/03/2019, grifei)

PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. PENA-BASE MAJORADA. GRANDE QUANTIDADE DE DROGA APREENDIDA. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. MULA. REDUÇÃO EM 1/6. PROPORCIONAL. AGRAVO NÃO PROVIDO.

[...]

3. A ciência do agente de estar a serviço de grupo criminoso voltado ao tráfico internacional de drogas é circunstância apta a justificar a redução da pena em 1/6, pela aplicação da minorante do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 (Precedentes).

4. Agravo regimental não provido. (AgRg no AREsp 1421754/SP, relator Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 26/02/2019, DJe 06/03/2019, grifei)

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO INTERNACIONAL DE DROGAS. "MULA". ATUAÇÃO A SERVIÇO DE ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. FUNDAMENTO VÁLIDO PARA O FIM DE MODULAR O REDUTOR DA PENA EM PATAMAR AQUÉM DO MÁXIMO.

1. O Tribunal Regional Federal decidiu em harmonia com a jurisprudência desta Corte, assentada no sentido de que "a atuação na condição de mula, embora não seja suficiente para denotar que integre, de forma estável e permanente, organização criminosa, configura 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, como ocorre na espécie" (AgRg no HC n. 410.698/SP, relator Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 10/10/2017, DJe 16/10/2017, grifei).

2. Agravo regimental desprovido. (AgRg no AREsp 1372189/SP, relator Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 27/11/2018, DJe 04/02/2019, grifei)

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. PRETENDIDA

Superior Tribunal de Justiça

ALTERAÇÃO DO QUANTUM DE REDUÇÃO PELA MINORANTE PREVISTA NO § 4.º DO ART. 33 DA LEI N.º 11.343/2006. GRANDE QUANTIDADE DE DROGAS. FRAÇÃO MÍNIMA. MOTIVAÇÃO IDÔNEA. AGRAVO DESPROVIDO.

1. O legislador não delimitou parâmetros para a redução da pena pela causa de diminuição prevista na Lei de Drogas, de forma que o quantum de diminuição fica adstrito ao prudente arbítrio do magistrado, que deve observar o princípio do livre convencimento motivado.

2. No caso, a fração implementada revela-se proporcional e fundamentada, tendo o Tribunal de origem motivado a escolha do **patamar mínimo** em razão da grande quantidade de drogas apreendidas (12,6 kg de maconha) e nas circunstâncias do caso, **notadamente na atuação da agente como mula do tráfico**.

3. *Agravo regimental desprovido.* (AgRg no AREsp 1357355/MS, relatora Ministra LAURITA VAZ, SEXTA TURMA, julgado em 13/11/2018, DJe 04/12/2018, grifei)

Assim, não há reparos a fazer no acórdão recorrido que aplicou a benesse referenciada em 1/6 (e-STJ fl. 496).

No mais, cumpre ressaltar que, embora "*(...) o art. 33 da Lei n. 11.343/2006 preveja as condutas de 'importar' e 'exportar', não há bis in idem na aplicação da causa de aumento de pena pela transnacionalidade (art. 40, I, da Lei n. 11.343/2006), porquanto o simples fato de o agente 'trazer consigo' a droga já conduz à configuração da tipicidade formal do crime de tráfico*" (REsp n. 1.395.927/SP, relator Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 13/9/2016, DJe 20/9/2016, grifei).

Ainda, a propósito:

HABEAS CORPUS. SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADMISSIBILIDADE. TRÁFICO DE DROGAS E USO DE DOCUMENTO FALSO. CONSUNÇÃO NÃO VERIFICADA. AUMENTO DA PENA-BASE EM RAZÃO DA NATUREZA E QUANTIDADE DA DROGA. POSSIBILIDADE. CAUSA DE AUMENTO DE PENA PELA TRANSNACIONALIDADE. NÃO OCORRÊNCIA DE BIS IN IDEM. DELAÇÃO PREMIADA. GRAU REDUTOR FUNDAMENTADO. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DO ART. 33, § 4º, DA LEI DE DROGAS. MATÉRIA NÃO ANALISADA NA CORTE DE ORIGEM. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. REGIME INICIAL DO CRIME DE USO DE DOCUMENTO FALSO DEVIDAMENTE JUSTIFICADO.

[...]

4. A jurisprudência desta Corte não reconhece a existência de bis in idem na aplicação da causa de aumento de pena pela transnacionalidade (art. 40, inciso I, da Lei n. 11.343/2006), em razão de o art. 33 da Lei n. 11.343/2006 prever as condutas de "importar" e "exportar", pois trata-se de tipo penal de ação múltipla, e o simples fato de o agente "trazer consigo" a droga já conduz à configuração da tipicidade formal do crime de tráfico.

[...]

8. *Habeas corpus não conhecido.* (HC 217.665/SP, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 05/02/2015, DJe 20/02/2015)

PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL. TRÁFICO INTERNACIONAL DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO. RESP INADMITIDO. ARESP NÃO CONHECIDO. AUSÊNCIA DE IMPUGNAÇÃO DE TODOS OS FUNDAMENTOS DO DECISUM AGRAVADO. SÚMULA 182/STJ.

[...]

PLEITO DE REDIMENSIONAMENTO DA PENA E ALTERAÇÃO DO REGIME PRISIONAL. NECESSIDADE DE REVOLVIMENTO DO ACERVO PROBATÓRIO PARA REFORMA DO ACÓRDÃO RECORRIDO. ÓBICE DA SÚMULA 7/STJ.

[...]

MAJORANTE DA TRANSNACIONALIDADE. CONDUTA DE IMPORTAR. ALEGAÇÃO DE BIS IN IDEM. INOCORRÊNCIA. PRECEDENTES DO STJ. AGRAVO NÃO PROVIDO.

DECISÃO MONOCRÁTICA MANTIDA.

5. Por se tratar de tráfico ilícito de entorpecente, tipo penal de ação múltipla, resta afastada a alegação de bis in idem pelo uso da causa especial de aumento da pena da transnacionalidade (art. 40, I, da Lei 11.343/06). Precedentes do STJ.

6. *Agravo regimental não provido.* (AgRg no AREsp 425.292/PR, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 18/09/2014, DJe 25/09/2014)

Assim, no ponto, não destoou o acórdão recorrido da jurisprudência assentada nesta Casa.

Passo ao redimensionamento da reprimenda, mantendo os parâmetros

Superior Tribunal de Justiça

adotados pela Corte de origem.

Na primeira fase, estabeleço a pena-base em 6 anos, 9 meses e 20 dias de reclusão, isto é, 1/6 (um sexto) acima do mínimo legal para cada circunstância judicial negativa (duas, no caso).

Na segunda fase, foi reconhecida a atenuante da confissão, reduzindo-se a pena em 6 meses. A pena provisória, assim, fica estabelecida em 6 anos, 3 meses e 20 dias de reclusão.

Reconhecida a majorante da transnacionalidade em 1/6 e o redutor do tráfico privilegiado também em 1/6, a pena definitiva fica estabelecida em **6 anos, 1 mês e 16 dias de reclusão**.

Quanto a regime inicial de desconto da reprimenda, a quantidade elevada de entorpecente, usada, no caso, para exasperar a pena-base, também justifica o regime mais gravoso, uma vez que tal montante possui maior poder de disseminação, sendo capaz de atingir maior número de pessoas, o que demonstra a gravidade concreta do delito, em consonância com o art. 42 da Lei n. 11.343/2006, que assim dispõe: "*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.*"

Esse entendimento está de acordo com a jurisprudência de ambas as Turmas que compõem a Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, conforme se verifica dos seguintes precedentes:

HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO CONFIRMADA EM SEDE DE APELAÇÃO. TRÂNSITO EM JULGADO. OCORRÊNCIA. VIA INDEVIDAMENTE UTILIZADA EM SUBSTITUIÇÃO A REVISÃO CRIMINAL. **REGIME MENOS GRAVOSO** E SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. POSSIBILIDADE EM TESE. CASO CONCRETO. **POTENCIAL DE DISSEMINAÇÃO E NATUREZA DA DROGA**. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE MANIFESTA. NÃO CONHECIMENTO.

1. É imperiosa a necessidade de racionalização do emprego do habeas corpus, em prestígio ao âmbito de cognição da garantia constitucional, e, em louvor à lógica do sistema recursal. In casu, foi

Superior Tribunal de Justiça

impetrada indevidamente a ordem como substitutiva de revisão criminal.

2. Esta Corte, na esteira do posicionamento do Supremo Tribunal Federal, entende ser possível nas condenações por tráfico de drogas, em tese, a fixação de regime menos gravoso, bem como a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, sempre tendo em conta as particularidades do caso concreto.

3. É imperioso ter em linha de consideração os ditames norteadores do art. 42 da Lei n.º 11.343/2006, no sentido de 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".

4. Devidamente fundamentada a negativa de abrandamento do regime inicial de cumprimento de pena, bem como a negativa de substituição da reprimenda corporal por restritiva de direitos, em razão do elevado potencial de disseminação e da natureza da droga - 29 porções de cocaína (art. 42 da Lei n.º 11.343/2006), não há constrangimento ilegal a ser sanado.

5. *Habeas corpus não conhecido.* (HC 281377/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 3/12/2013, DJe 13/12/2013, grifei)

HABEAS CORPUS IMPETRADO EM SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO PREVISTO NO ORDENAMENTO JURÍDICO. 1. NÃO CABIMENTO. MODIFICAÇÃO DE ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL. RESTRIÇÃO DO REMÉDIO CONSTITUCIONAL. EXAME EXCEPCIONAL QUE VISA PRIVILEGIAR A AMPLA DEFESA E O DEVIDO PROCESSO LEGAL. 2. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. CAUSA DE REDUÇÃO DE PENA. APLICAÇÃO EM PATAMAR MÁXIMO. IMPOSSIBILIDADE—3. **MODIFICAÇÃO DO REGIME PRISIONAL. DIVERSIDADE, NATUREZA E QUANTIDADE DO ENTORPECENTE (3 TUBETES DE COCAÍNA - 0,9g E 18 PEDRAS DE CRACK - 1,7g). ADEQUAÇÃO DO REGIME FECHADO.** SUBSTITUIÇÃO DA SANÇÃO RECLUSIVA POR MEDIDAS RESTRITIVAS DE DIREITOS INADEQUADA. UTILIZAÇÃO DE MENOR NA EMPREITADA CRIMINOSA. 4. ORDEM NÃO CONHECIDA. LIMINAR CASSADA.

1. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, buscando a racionalidade do ordenamento jurídico e a funcionalidade do sistema recursal, vinha se firmando, mais recentemente, no sentido de ser imperiosa a restrição do cabimento do remédio constitucional às hipóteses previstas na Constituição Federal e no Código de Processo Penal. Nessa linha de evolução hermenêutica, o Supremo Tribunal Federal passou a não mais admitir habeas corpus que tenha por objetivo substituir o recurso ordinariamente cabível para a espécie. Precedentes. Contudo, devem ser analisadas as questões suscitadas na inicial no intuito de verificar a existência de constrangimento ilegal evidente - a ser sanado mediante a concessão de habeas

Superior Tribunal de Justiça

corpus de ofício -, evitando-se prejuízos à ampla defesa e ao devido processo legal.

2. Para a aplicação da causa de diminuição da pena do art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006 é necessário o preenchimento dos requisitos previstos no referido dispositivo. Hipótese em que, o Tribunal de origem, embora tenha reconhecido a dedicação às práticas criminosas, concedeu a minorante na fração de ½ (metade). Para afastar eventual constrangimento ilegal seria indispensável a incursão nas premissas fáticas estabelecidas pelas instâncias ordinárias, bem como o revolvimento das provas coligidas na instrução criminal, providência incabível na estreita via cognitiva do habeas corpus.

3. No caso em apreço, consoante preceituam os arts. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal, e 42 da Lei de Tóxicos, conquanto a sanção imposta seja inferior a 4 (quatro) anos de reclusão, pelos mesmos motivos já expostos (diversidade, natureza e quantidade da droga apreendida), não se vislumbra a possibilidade de cumprimento de pena reclusiva em regime diferente do fechado, tampouco sua substituição por medidas restritivas de direitos. Hipótese em que o acórdão proferido pelo Tribunal a quo destaca a utilização de menor para a empreitada criminosa.

4. *Habeas corpus não conhecido. Liminar cassada.* (HC 274.467/SP, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, QUINTA TURMA, julgado em 22/10/2013, DJe 4/11/2013, grifei)

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006. FRAÇÃO DO REDUTOR. DISCRICIONARIEDADE. QUANTIDADE DE DROGA. REDUÇÃO INFERIOR AO MÁXIMO ACERTADA. EXECUÇÃO. CRIME PRATICADO NA VIGÊNCIA DA LEI N. 11.464/2007. **REGIME PRISIONAL DIVERSO DO FECHADO. POSSIBILIDADE EM TESE. QUANTIDADE E NATUREZA DA SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE. REGIME INICIAL MAIS GRAVOSO QUE SE MOSTRA DEVIDO.** SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. MATÉRIA NÃO APRECIADA PELA CORTE DE ORIGEM. IMPOSSIBILIDADE DE ANÁLISE DIRETAMENTE POR ESTE SUPERIOR TRIBUNAL. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA.

[...]

4. **A Sexta Turma deste Superior Tribunal adotou o entendimento de que, ante o quantum de pena aplicado e considerando-se as circunstâncias do caso concreto, é possível a fixação de regime prisional mais brando de cumprimento de pena, à luz do disposto no art. 33 do Código Penal.**

5. Na hipótese que se apresenta, não obstante a imposição de reprimenda inferior a 8 anos de reclusão, mostra-se devida a

Superior Tribunal de Justiça

imposição do regime inicial fechado, nos termos do art. 33, § 3º, do Código Penal, tendo em vista a quantidade e a natureza da droga apreendida em poder do paciente - crack -, substância entorpecente cuja nocividade é maior do que a de outras drogas, uma vez que dotada de alto poder viciante.

[...]

7. *Habeas corpus parcialmente conhecido e, nessa extensão, ordem denegada.* (HC 187.047/SP, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 20/03/2012, DJe 9/4/2012, grifei)

Assim, considerando o *quantum* de pena superior a 4 anos e a existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis, deve ser mantido o regime inicial fechado e rechaçado o pleito de substituição.

Por fim, não há falar em recurso em liberdade, no caso, tendo em vista que esgotada a jurisdição ordinária e confirmada a condenação nesta instância superior, inclusive com possibilidade de execução provisória da pena.

Ante o exposto, **dou parcial provimento ao recurso especial**, nos termos ora delineados.

Publique-se. Intimem-se. Comunique-se.

Brasília, 08 de outubro de 2019.

Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO
Relator