

AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.582.832 - SP (2019/0275080-7)

RELATORA : **MINISTRA LAURITA VAZ**
AGRAVANTE : **M A N DOS S (PRESO)**
ADVOGADO : **DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO**
AGRAVADO : **MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL**

EMENTA

AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. ART. 33, § 4.º, DA LEI N.º 11.343/2006. TRANSPORTE DA DROGA. 12.965G DE COCAÍNA. "*MULAS DO TRÁFICO*". PATAMAR DA REDUÇÃO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. AGRAVO CONHECIDO PARA CONHECER E NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO ESPECIAL.

DECISÃO

Trata-se de agravo interposto por M. A. N. DOS S. contra decisão do Tribunal Regional Federal da 3.ª Região que inadmitiu recurso especial fundamentado no art. 105, inciso III, alíneas *a* e *c*, da Constituição Federal na Apelação n.º 0006510-87.2017.4.03.6119/SP (2017.61.19.006510-3/SP).

Consta nos autos que o Juízo de primeiro grau condenou a Agravante às penas de 6 (seis) anos, 9 (nove) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, em regime inicial semiaberto, e pagamento de 680 (seiscentos e oitenta) dias-multa, no mínimo legal, como incursa no art. 33, *caput*, c.c. o art. 40, inciso I, ambos da Lei n.º 11.343/2006, porquanto trazia consigo, para embarque em voo internacional, 12.965g (doze mil, novecentos e sessenta e cinco gramas) de cocaína (fls. 278-297).

Irresignadas, Defesa e Acusação interpuseram as respectivas apelações. A Corte de origem negou provimento ao apelo do *Parquet* e proveu em parte o recurso defensivo para, reconhecendo a atenuante da confissão espontânea, redimensionar as sanções impostas aos patamares de 5 (cinco) anos, 8 (oito) meses e 1 (um) dia de reclusão, em regime semiaberto, e 566 (quinhentos e sessenta e seis) dias-multa, no menor valor previsto pela legislação de regência, nos termos da seguinte ementa (fls. 436-438):

"PENAL. PROCESSUAL PENAL. TRÁFICO INTERNACIONAL DE DROGAS. ARTIGO 33, CAPUT, C.C. ARTIGO 40, I, DA LEI 11.343/2006. NEGADO O DIREITO DE RECORRER EM

LIBERDADE. MATERIALIDADE E AUTORIA DEMONSTRADAS. INOCORRÊNCIA DE COAÇÃO MORAL IRRESISTÍVEL. DOSIMETRIA DA PENA. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. ART. 42 DA LEI 11.343/2006. QUALIDADE E QUANTIDADE DA DROGA. RECONHECIMENTO DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA. ART. 33, §4º APLICADO EM SUA FRAÇÃO MÍNIMA. REGIME INICIAL SEMIABERTO. INCABÍVEL A SUBSTITUIÇÃO POR RESTRITIVAS DE DIREITOS.

1. O direito de apelar em liberdade foi negado porque se entenderam presentes os motivos para a decretação da prisão preventiva, notadamente a necessidade de garantia da ordem pública e para assegurar a aplicação da lei penal. Não há constrangimento ilegal na negativa do direito de aguardar em liberdade o julgamento de eventual recurso de apelação, por ocasião da prolação da sentença condenatória, se o apelante respondeu encarcerado cautelarmente.

2. Materialidade e autoria comprovadas. As circunstâncias em que foi cometida a conduta delitiva, aliadas aos depoimentos colhidos, confirmam, de forma precisa e harmônica, a ocorrência dos fatos e a responsabilidade do acusado, devendo ser condenado como incurso no art. 33, caput c/c art. 40, I da Lei 11.343/06.

3. A mera alegação de que a acusada se encontrava sob coação moral irresistível não afasta suas responsabilidades penais, eis que não restou comprovada a existência de nenhum perigo imediato que justificasse o cometimento do delito, não se podendo falar na aplicação do artigo 22, do Código Penal. A ré meramente afirmou, sem apresentar as necessárias provas, que teria sido aliciada para realizar a atividade de tráfico internacional aqui reprimida e estaria a sofrer ameaças de traficantes, quando intentou desistir da empreitada criminosa. O conjunto probatório carreado aos autos autoriza a conclusão segura de que a acusada praticou conscientemente o tráfico ilícito de entorpecentes, tal como descrito na denúncia, sem quaisquer excludentes de ilicitude ou da culpabilidade.

4. A caracterização da transnacionalidade do tráfico de entorpecentes independe da comprovação de transposição de fronteiras, bastando que as circunstâncias do crime indiquem que a droga era proveniente de local fora dos limites territoriais nacionais.

5. Dosimetria da pena. Na primeira fase de fixação da pena, além das circunstâncias judiciais do artigo 59 do Código Penal, deve ser considerado preponderantemente, nos termos do artigo 42 da Lei 11.343/2006, o grau de reprovabilidade da conduta, aferido pela nocividade e quantidade de tóxico que se buscou transportar, o que indicará se a pena-base deverá ser fixada no mínimo legal, ou acima desse patamar.

6. Considerando a enorme quantidade e a qualidade do entorpecente apreendido (mais de 8kg de cocaína) devida a exasperação

da pena-base acima do mínimo legal.

7. A notícia da existência de ações penais contra a ré, sem prova do trânsito em julgado, é circunstância que não pode ser considerada para aumentar a pena-base (súmula 444 do STJ).

8. O modus operandi não pode ser considerado para elevar a pena-base, já que utilizado para aplicação do §4º do art. 33 da Lei 11.343/06, sob pena de incorrer em bis in idem.

9. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é pacífica no sentido de que a incidência da atenuante prevista no art. 65, inciso III, alínea 'd', do Código Penal, independe se a confissão foi integral, parcial, qualificada, meramente voluntária, condicionada, extrajudicial ou posteriormente retratada, especialmente quando utilizada para fundamentar a condenação (Súmula 545 STJ).

10. Aplicada a causa de diminuição de pena prevista no art. 33, §4º da Lei 11.343/06 em sua fração mínima de 1/6 (um sexto). Deve-se ponderar que, no presente caso, o réu assentiu em praticar tráfico internacional de entorpecentes que havia sido planejado por organização criminosa, conforme se extrai da estruturação do delito.

11. Regime inicial semiaberto, nos termos do artigo 33, §§ 2º, alínea 'b', e 3º, do Código Penal.

12. Incabível a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, tendo em vista ser o quantum da condenação superior a quatro anos, não estando preenchidos os requisitos do artigo 44, inciso I, do Código Penal.

13. Recurso da acusação desprovido. Recurso da defesa parcialmente provido."

Alega a Defesa, nas razões do recurso especial, além da existência de dissídio pretoriano, negativa de vigência ao art. 33, § 4.º, da Lei n.º 11.343/2006.

Assevera que, em sendo preenchidos todos os requisitos legais, tal como aduz ocorrer na hipótese dos autos, deveria a citada minorante ter sido aplicada em seu patamar máximo.

Contrarrazões às fls. 460-477. Inadmitido o apelo nobre na origem (fls. 480-483), foi interposto o presente agravo (fls. 486-494).

O Presidente do Superior Tribunal de Justiça, por meio da decisão de fls. 513-514, não conheceu do agravo em recurso especial.

Foi interposto agravo regimental (fls. 517-519), a o qual o Presidente desta Corte Superior deu provimento para reconsiderar a decisão agravada e determinar a distribuição do feito (fl. 523).

Superior Tribunal de Justiça

O Ministério Público Federal apresentou parecer (fls. 533-534), opinando pelo desprovidimento do agravo em recurso especial.

É o relatório.

Decido.

No tocante à diminuição da pena em decorrência da incidência do disposto no art. 33, § 4.º, da Lei n.º 11.343/2006, o Tribunal de origem fundamentou a manutenção da fração que fora fixada pela sentença primeva – 1/6 (um sexto) – com amparo nos seguintes argumentos (fls. 433-434; sem grifos no original):

"No tocante ao artigo 33, §4º, da Lei 11.343/2006, a defesa pleiteia a diminuição em seu máximo e, por sua vez, a acusação pugna pelo afastamento.

Para a configuração da minorante, exige que estejam preenchidos, de forma cumulativa, os seguintes requisitos:

[...]

No caso em tela, a réu é primária, não ostenta maus antecedentes, tampouco há comprovação de que se dedique às atividades delituosas ou que integre organização criminosa, de forma que faz jus à benesse do § 4º, do artigo 33 da Lei de Drogas.

Não obstante, o dispositivo legal prevê a existência de uma margem de diminuição legal de pena variável entre 1/6 e 2/3, que o juízo pode aplicar com base no princípio do livre convencimento, sempre de acordo com a valoração das circunstâncias, alegações e provas apresentadas.

Como é cediço, o legislador, ao instituir o referido benefício legal, teve como objetivo conferir tratamento diferenciado aos pequenos e eventuais traficantes, não alcançando, assim, aqueles que fazem do tráfico de entorpecentes um meio de vida.

Deve-se ponderar que, no presente caso, a ré assentiu em praticar tráfico internacional de entorpecentes que havia sido planejado por organização criminosa, conforme se extrai da estruturação do delito (suporte financeiro, preparação e ocultação de quantidade razoável de droga, etc.).

Assim, em vista as circunstâncias em que o crime foi cometido, melhor se amolda ao caso dos autos a aplicação da minorante na fração de 1/6 (um sexto), tal como fixado na sentença ao fundamentar que se não há prova de que a acusada aderiu, de forma estável e permanente, à organização criminosa, o fato desta ter transportado a droga em claro contexto de patrocínio por organização criminosa, ante as circunstâncias fáticas descritas, deve servir como parâmetro para a fixação da redução prevista no artigo 33, §4º da Lei 11.343/06 (fl. 258).

Nessa ordem de ideias, fica definitivamente fixada a pena privativa de liberdade de 5 (cinco) anos, 8 (oito) meses e 1 (um) dia de reclusão e 566 (quinhentos e sessenta e seis) dias-multa."

Com efeito, verifica-se que a Corte regional reconheceu que a Agravante se enquadra na situação fática vulgarmente denominada de "*mulas do tráfico*", ou seja, pessoas recrutadas por organizações criminosas para o transporte pontual de drogas. Nesse contexto, a jurisprudência desta Corte Superior entende que é adequada a aplicação da minorante do tráfico privilegiado em fração inferior a 2/3 (dois terços).

Nesse sentido:

"PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. 3,987KG (TRÊS QUILOS, NOVECENTOS E OITENTA E SETE GRAMAS) DE COCAÍNA. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DA PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006 NA FRAÇÃO DE 1/6. AGENTE NA CONDIÇÃO DE 'MULA'. FUNDAMENTOS IDÔNEOS PARA MODULAR A FRAÇÃO DE REDUÇÃO. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

[...]

3. No caso dos autos, o colegiado regional, respeitando os critérios legais estabelecidos pelo art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 e, ainda, com observância aos pormenores da situação concreta, entendeu pela aplicação da causa especial de diminuição da pena na fração de 1/6 (um sexto), destacando que o agravante, embora não integrasse organização criminosa, teria se associado, de maneira pontual, a organização criminosa de tráfico internacional de drogas, atuando como 'mula'.

4. Revela-se suficiente a fundamentação da Corte local, quanto à não incidência da minorante em seu grau máximo, haja vista a maior reprovabilidade da conduta, sobretudo porque o agravante tinha conhecimento de estar a serviço de organização criminosa de tráfico internacional. Precedentes.

5. Agravo regimental a que se nega provimento." (AgRg no AgRg no AREsp 1.205.580/SP, Rel. Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 06/12/2018, DJe 14/12/2018; sem grifos no original.)

"AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA. ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006.

FRAÇÃO DO REDUTOR. MULA. BENEFÍCIO NO MÍNIMO LEGAL. CIRCUNSTÂNCIAS DO CASO CONCRETO. POSSIBILIDADE. AGRAVO IMPROVIDO.

1. Nos termos da jurisprudência deste Sodalício, a ação do agente na figura de transportador da droga, embora não seja suficiente para demonstrar sua dedicação permanente às atividades criminosas e afastar a aplicação da causa especial de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas, é fundamento idôneo para modular a fração de incidência da referida minorante.

2. Na hipótese dos autos, o Tribunal de origem manteve a aplicação da minorante do tráfico na fração de 1/3 estabelecida pelo Togado singular, embora tenha ressaltado que as circunstâncias do caso concreto permitiriam sua aplicação no patamar mínimo de 1/6, o que não se poderia realizar, ante a ausência de recurso ministerial.

3. Acórdão recorrido que se encontra em consonância com jurisprudência firmada nesta Corte, razão pela qual a pretensão do agravante esbarra no óbice previsto no Enunciado Sumular n. 83/STJ.

4. Agravo regimental a que se nega provimento." (AgRg no AREsp 1.046.990/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 09/10/2018, DJe 17/10/2018; sem grifos no original.)

Portanto, o entendimento adotado pela Corte regional não destoia da jurisprudência desta Corte Superior, aplicando-se, quanto a este tema, o disposto na Súmula n.º 568/STJ: "*O relator, monocraticamente e no Superior Tribunal de Justiça, poderá dar ou negar provimento ao recurso quando houver entendimento dominante acerca do tema.*"

Ante o exposto, CONHEÇO do agravo para CONHECER e NEGAR PROVIMENTO ao recurso especial.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília (DF), 28 de novembro de 2019.

MINISTRA LAURITA VAZ
Relatora