

AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.616.836 - SP (2019/0332937-7)

RELATOR : MINISTRO ANTONIO SALDANHA PALHEIRO
AGRAVANTE : MARITZA AYALA ABREGO (PRESO)
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

DECISÃO

Trata-se de agravo interposto por MARITZA AYALA ABREGO contra decisão do Tribunal Regional Federal da 3ª Região que não admitiu o recurso especial interposto com fulcro no art. 105, III, "a" e "c", da Constituição da República.

Colhe-se dos autos que a ré foi condenada à pena de 4 anos, 4 meses e 15 dias de reclusão, em regime inicial semiaberto, mais 437 dias-multa, pela prática do delito inscrito no art. 33, *caput*, c/c o art. 40, I, ambos da Lei n. 11.343/2006 (tráfico de drogas majorado – transnacionalidade).

Segundo a denúncia, a ré foi surpreendida no Aeroporto Internacional de Guarulhos/SP, com destino a Cotonou/Benin, trazendo consigo, transportando e guardando cerca de **3,600kg (três quilos e seiscentos gramas) de cocaína** (e-STJ fl. 169).

Defesa e acusação apelaram; a 5ª Turma do Tribunal de origem deu parcial provimento aos recursos para exasperar a pena-base e conceder a detração do tempo de prisão cautelar. A pena foi estabelecida em 4 anos, 4 meses e 15 dias de reclusão, em regime inicial semiaberto, mais 437 dias-multa.

O acórdão recebeu a seguinte ementa (e-STJ fls. 300/301):

PENAL. TRÁFICO TRANSNACIONAL DE DROGAS. DOSIMETRIA. APLICAÇÃO DA SÚMULA N. 231 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. DETRAÇÃO. REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DE PENA. DIREITO DE APELAR EM LIBERDADE. APELAÇÕES PARCIALMENTE PROVIDAS.

1. A natureza e a quantidade da droga são elementos importantes para aferir a quantidade da pena inicial a ser aplicada ao crime de tráfico. Conforme expressa previsão legal no art. 42 da Lei n.

11.343/06, essa análise deve ser preponderante, o que significa ter uma influência maior, sem afastar, todavia, os critérios previstos no art. 59 do Código Penal.

2. A atenuante da confissão foi reconhecida na sentença, de modo que aplicada em 1/6 (um sexto), reduzindo a pena para o mínimo

Superior Tribunal de Justiça

legal de 5 (cinco) anos de reclusão e 500 dias -multa, em atenção à Súmula n. 231 do Superior Tribunal de Justiça, cuja constitucionalidade é reconhecida péla Supremo Tribunal Federal.

3. A detração do tempo de prisão provisória não infirma o disposto no art. 33, § 3º, c. c. o art. 59, caput, III, ambos do Código Penal. O cômputo do tempo de prisão provisória já cumprido deve ser considerado tão somente para a fixação do regime inicial de cumprimento de pena privativa de liberdade, de modo que essa modalidade de detração não implica modificação da pena definitiva fixada na sentença, sem prejuízo da avaliação pelo Juiz da Execução dos pressupostos para eventual progressão.

4. O direito de apelar em liberdade para os delitos da Lei n.

11.343/06 é excepcional, desafiando fundamentação própria, não havendo ilegalidade em manter a prisão do réu que nessa condição respondeu a ação penal 5. Apelações das partes parcialmente providas para fixar a pena da ré em 4 (quatro) anos, 4 (quatro) meses e 15 (quinze) dias de reclusão e 437 (quatrocentos e trinta e sete) dias -multa pelo crime do art. 33, caput, c. c. o art. 40, I, ambos da Lei n. 11.343/06.

No recurso especial, a defesa apontou violação do art. 33, § 4º, da Lei de Drogas e dissídio jurisprudencial.

Asseverou, em suma, que o réu preenche os requisitos necessários para a aplicação da minorante na fração de 2/3. *"Como é cediço a 'mula' do tráfico internacional, por ser na esmagadora parte das vezes, aliciada por urna ORCRIM certo é que sempre estará atuando no interesse desta, ainda que em caráter eventual. Entrementes, não visualizamos argumento robusto para afastar a aplicação da minorante em seu patamar máximo pelo simples fato de aderir eventualmente a ORCRIM com o propósito de realizar aquele único transporte da substância entorpecente"* (e-STJ fls. 317).

Diante dessas considerações, pediu a defesa o provimento do recurso para *"aplicação da causa de diminuição prevista no §4º do artigo 33 da lei n. 11.343/136, no patamar máximo"* (e-STJ fl. 324).

Contrarrazões às e-STJ fls. 328/341. O recurso especial não foi admitido (e-STJ fls. 343/348). A defesa interpôs agravo (e-STJ fls. 350/358) provocando a ascensão dos autos para análise nesta Corte.

Intimado a se manifestar, o Ministério Público Federal opinou pelo

desprovimento do agravo em recurso especial (e-STJ fls. 391/398).

É, em síntese, o relatório.

Aplicação da minorante do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006

No caso em tela, assim foi fundamentada a aplicação da minorante por ambas as instâncias ordinárias, *ipsis litteris* (e-STJ fls. 171/73 e 296):

Sentença:

A acusada relatou na autodefesa que aceitou, em razão de necessidade, proposta para levar drogas para o exterior, mediante a promessa de pagamento de US\$5.000,00. Relatou que pegou a droga na Bolívia, onde também recebeu a proposta.

Relatou, também, que veio ao Brasil de ônibus, e que nunca viajou de avião anteriormente, bem como que tirou o passaporte para realizar a viagem na qual transportaria a droga. Narrou, também, que reside na Argentina, e que retornou à Bolívia em busca de trabalho. Relatou que recebeu a mala já preparada, e que entregou suas roupas a quem preparou a mala. Narrou que não sabe quem arcou com os custos da viagem, e que ficaria 10 dias na África. Narrou, por fim, que nunca levou drogas anteriormente para o exterior.

[...]

Fixo a pena-base em 5 (cinco) anos de reclusão, e pagamento de 500 (quinhentos) dias-multa, tendo em vista que o Plenário do STF sedimentou que não é possível considerar a quantidade e natureza da substância na primeira e na terceira fases da dosimetria (STF, HC 112776/MS e HC 109193/MG, rel. MM. Teori Zavascki, 19.12.2013).

Na segunda fase da dosimetria, verifico a presença da atenuante da confissão, mas deixo de aplicá-la, considerando que a pena já foi fixada no seu mínimo legal (Súmula nº 231 STJ).

Não há agravantes.

Verificada a transnacionalidade do delito, deve ser aplicada a causa de aumento prevista no artigo 40, I, da Lei n. 11.343/06, razão pela qual majoro a pena em 1/6 (um sexto).

Assim, a pena privativa de liberdade fica estabelecida em 5 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão, e pagamento de 583 (quinhentos e oitenta e três) dias-multa.

De outra banda, considerando que a ré é primária, não ostenta maus antecedentes, não restou caracterizado que se dedique a atividades criminosas, tampouco que integre organização criminosa, a pena deve ser reduzida em 1/4 (um quarto), tendo em conta a natureza e a quantidade da substância entorpecente apreendida (2.336,4g. de massa líquida de cocaína), o que totaliza pena privativa de liberdade de 4 (quatro) anos, 4 (quatro) meses e 15 (quinze) dias de reclusão, e pagamento de 437 (quatrocentos e trinta e sete) dias -multa, pena essa que tomo definitiva.

Superior Tribunal de Justiça

Acórdão:

Assiste razão ao Parquet Federal ao requerer a exasperação da pena-base em razão da natureza e da quantidade de cocaína apreendida.

A natureza e a quantidade da droga são elementos importantes para aferir a quantidade da pena inicial a ser aplicada ao crime de tráfico. Conforme expressa previsão legal no art. 42 da Lei n. 11.343/06, essa análise deve ser preponderante, o que significa ter uma influência maior, sem afastar, todavia, os critérios previstos no art. 59 do Código Penal.

De fato, a apreensão de significativa quantidade de cocaína (2.336,4g de massa líquida) em poder da ré evidencia a gravidade da conduta e autorizam a majoração da pena em 1/6 (um sexto), para 5 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão e 583 (quinhentos e oitenta e três) dias -multa.

A atenuante da confissão foi reconhecida na sentença, de modo que a aplico em 1/6 (um sexto), reduzindo a pena para o mínimo legal de 5 (cinco) anos de reclusão e 500 dias-multa, em atenção à Súmula n. 231 do Superior Tribunal de Justiça, cuja constitucionalidade é reconhecida pela Supremo Tribunal Federal.

Na terceira fase, mantenho a diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06 na fração 1/4 (um quarto), à míngua de recurso da acusação.

A ré exercia a função de "mula" e 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, § 4º, 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), Assim, reduzo a pena em 1/4 (um quarto), para 3 (três) anos e 9 (nove) meses de reclusão e 375 (trezentos e setenta e cinco) dias-multa.

A seguir, considerada a transnacionalidade do crime, aumento a pena de 1/6 (um sexto), para 4 (quatro) anos, 4 (quatro) meses e 15 (quinze) dias de reclusão e 437 (quatrocentos e trinta e sete) dias -multa, que torno definitiva. (Grifei.)

De acordo com o aludido art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, o agente poderá ser beneficiado com a redução de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços) da pena, desde que seja, **cumulativamente**, primário e portador de bons antecedentes e não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa.

Sob esse prisma, não constato violação do dispositivo legal nem de divergência jurisprudencial.

Superior Tribunal de Justiça

In casu, o colegiado de origem, a fim de manter a fixação da minorante na fração de 1/4, tomou em consideração elemento concreto extraído dos autos – ciência da ré de que servia à organização de transporte internacional de drogas. Inclusive, como visto na transcrição, foi prometido à ré o pagamento de US\$5.000,00 (cinco mil dólares) pela execução do transporte internacional de entorpecentes.

Entendo que o Tribunal regional, ponderando de acordo com o seu livre convencimento motivado, qualificou os fatos de modo proporcional e razoável a fim de fixar a fração de redução da pena.

Nesse sentido:

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. MINORANTE PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. FRAÇÃO DP REDUTOR. ARGUMENTO CONCRETO E IDÔNEO. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

1. A Corte regional - dentro do seu livre convencimento motivado - fundamentou, com base em argumentos idôneos e específicos dos autos, o porquê da aplicação da minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 na fração de 1/6, havendo destacado, em síntese, o conhecimento, pela ré, de estar a serviço do crime organizado para o tráfico transnacional de drogas e o fato de ela própria haver afirmado que receberia, em troca pelo transporte da substância, a quantia de U\$ 1.000,00 (mil dólares).

2. O juiz, ao reconhecer a presença dos quatro requisitos necessários ao reconhecimento da benesse em questão, não está obrigado a aplicar o patamar máximo de redução de pena, já que possui plena discricionariedade para aplicar a redução no quantum que entenda suficiente e necessário para a prevenção e a repressão do delito perpetrado.

3. Agravo regimental não provido.

(AgRg no AREsp 1533907/SP, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 05/12/2019, DJe 11/12/2019)

AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO INTERNACIONAL DE DROGAS. QUANTIDADE DE 1,8 KG DE COCAÍNA OCULTA EM BAGAGEM COM FUNDO FALSO. VIOLAÇÃO DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. SUPOSTA ILEGALIDADE NA FIXAÇÃO DO REDUTOR ESPECIAL NA FRAÇÃO DE 1/6. IMPROCEDÊNCIA. ATUAÇÃO DO RÉU COMO MULA, EM FAVOR DE ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA À LUZ DA JURISPRUDÊNCIA DESTA CORTE.

Agravo regimental improvido.

(AgRg no AREsp 1425303/SP, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 23/04/2019, DJe 03/05/2019)

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA. FRAÇÃO DO REDUTOR. TRANSPORTADOR DA DROGA. MULA. BENEFÍCIO NO MÍNIMO LEGAL. CIRCUNSTÂNCIAS DO CASO CONCRETO. POSSIBILIDADE. INSURGÊNCIA IMPROVIDA.

1. Nos termos da jurisprudência deste Sodalício, "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 410.698/SP, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 10/10/2017, DJe 16/10/2017).

2. Na hipótese dos autos, o Tribunal de origem justificou a aplicação da minorante do tráfico na fração mínima de 1/6 (um sexto), ressaltando as circunstâncias do caso concreto, notadamente a gravidade da conduta do réu, que atuou como transportador (mula), colaborando com o tráfico internacional de drogas.

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

4. Agravo regimental improvido.

(AgRg no AREsp 1476873/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 28/05/2019, DJe 06/06/2019)

Dessa forma, constato que o acórdão do Tribunal estadual não destoou do entendimento desta Corte, motivo pelo qual não deve ser reformado.

Ademais, como se sabe, é vedado o reexame, em recurso especial, do acerto da subsunção feita pelas instâncias ordinárias.

A reversão do julgamento exigiria reexame de provas nesta instância especial, o que é vedado pelo enunciado 7 da Súmula desta Corte.

Cumpre lembrar que *"a valoração da prova, no âmbito do recurso especial, pressupõe contrariedade a um princípio ou a uma regra jurídica no campo probatório, ou mesmo à negativa de norma legal nessa área. Tal situação não se confunde com o livre convencimento do Juiz realizado no exame das provas carreadas*

Superior Tribunal de Justiça

nos autos para firmar o juízo de valor sobre a existência ou não de determinado fato; cujo reexame é vedado pela Súmula n.º 07/STJ" (AgRg no AREsp n. 160.862/PE, relatora Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, DJe 28/2/2013).

Ante o exposto, **conheço do agravo para não conhecer do recurso especial.**

Publique-se. Intimem-se.

Brasília, 02 de abril de 2020.

Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO
Relator