

**RECURSO ESPECIAL Nº 1.541.304 - SP (2015/0157501-4)**

**RELATOR : MINISTRO ANTONIO SALDANHA PALHEIRO**  
**RECORRENTE : JOHN LOKOMBO MAYATA**  
**ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO**  
**RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL**

**DECISÃO**

Trata-se de recurso especial interposto por JOHN LOKOMBO MAYATA, com fundamento no art. 105, inciso III, alínea *a*, da Constituição da República, contra acórdão proferido pelo Tribunal Regional Federal da 3ª Região.

Colhe-se dos autos que o réu foi condenado às penas de 7 anos de reclusão, mais 700 dias-multa, pela prática do delito inscrito no art. 33, *caput*, c/c o art. 40, I, da Lei n. 11.343/2006 (tráfico de drogas majorado – transnacionalidade) e de 2 anos de reclusão, mais 10 dias-multa, em razão da prática do crime tipificado no art. 304 do Código Penal (uso de documento falso).

Segundo a denúncia, o ora recorrente, usando passaporte falso, foi surpreendido no Aeroporto Internacional de Guarulhos (SP) transportando para Kinshansa/Congo aproximadamente **2,940kg (dois quilos, novecentos e quarenta gramas) de cocaína** (e-STJ fl. 9).

A defesa apelou, e a 11ª Turma do Tribunal de origem deu parcial provimento ao recurso, para aplicar em 1/6 a minorante da pena do delito de tráfico de drogas. A pena desse delito foi redimensionada para 4 anos, 10 meses e 10 dias de reclusão, mais 485 dias-multa.

O acórdão recebeu a seguinte ementa (e-STJ fls. 753/755):

*PENAL/PROCESSUAL PENAL. TRÁFICO TRANSNACIONAL DE DROGAS. LEI Nº 11.343/06. CAUSA DE REDUÇÃO DA PENA. APLICAÇÃO. "MULA". TRAFICANTE OCASIONAL. DOSIMETRIA DA PENA. REDIMENSIONAMENTO. USO DE DOCUMENTO FALSO. ART. 304, DO CÓDIGO PENAL. CONSUMAÇÃO. USO. AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADAS.*

*I - É insustentável prever ingenuidade ou desconhecimento de quem transportava consigo mais de dois quilos de cocaína com destino ao exterior utilizando-se de documento inverídico, aliás, justamente o fato de estar praticando um fato criminoso grave e ousado*

*coaduna-se com a utilização de passaporte contrafeito, constituindo-se, assim, um comportamento identificado com razoável frequência em iter criminis semelhantes.*

*II - O documento público ainda que apresentado em razão de ordem policial, no exercício de suas atribuições, ou por razão de busca pessoal, não exclui o dolo do agente na conduta delitiva, por se tratar de delito de natureza formal, cuja consumação independe de qualquer ocorrência de resultado naturalístico ou prejuízo, aperfeiçoando-se com o uso efetivo.*

*III - A redação do artigo 42, da Lei nº 11.343/2006, que configura norma especial em relação ao artigo 59, do Código Penal, orienta o magistrado a dar maior importância à natureza e à quantidade do entorpecente em relação às demais circunstâncias judiciais.*

*IV - No caso concreto, a quantidade da droga transportada (2.942,9g - dois mil novecentos e quarenta e dois gramas e nove decigramas de cocaína) não justifica, isoladamente, a exasperação da pena, especialmente tendo em vista as circunstâncias judiciais favoráveis ao réu, consoante precedentes desta Egrégia Corte em casos análogos.*

*V - Não obstante reconheça que a cocaína tem um potencial lesivo um pouco mais acentuado que a maconha ou o lança-perfume, por exemplo, a quantidade apreendida não é expressiva a ponto de justificar o aumento da pena acima do mínimo legal.*

*VI - Na segunda fase, o Juízo a quo reconheceu a atenuante da confissão, todavia, ora inaplicável, diante da Súmula 231 do STJ ("A incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal").*

*VII - Na terceira fase, mantida a majoração em 1/6 pela transnacionalidade, porquanto o réu estava prestes a embarcar para o Rio de Janeiro, com destino final a cidade de Kinshasa, no Congo, com conexão em Luanda, resultando em 5 (cinco) anos e 10 meses de reclusão e 583(quinhetos e oitenta e três) dias -multa.*

*VIII - Nos casos em que não esteja comprovado que o agente integra, em caráter permanente e estável, a organização criminosa, mas possuindo ele a consciência de que está a serviço de um grupo com tal natureza, vem decidindo esta Egrégia Corte que ele faz jus à causa de diminuição que, contudo, deve ser fixada no mínimo legal, ou seja, 1/6 (um sexto), e não na fração máxima prevista pelo artigo 33, parágrafo 4º, da Lei Antidrogas, de 2/3 (dois terços) da reprimenda, nitidamente reservada para casos menos graves, a depender da intensidade do auxílio prestado pelo réu.*

*IX - Da comparação entre os dados constantes no relatório do Sistema de Tráfego Internacional (SIT) e os do passaporte do apelante, a única certeza que se tem sobre eventuais viagens internacionais por ele empreendidas é que o mesmo adentrou em solo brasileiro uma vez, em 29/07/2007.*

*X - Ausentes elementos concretos que denunciem que a atuação como "mula" era realizada de maneira regular e profissional, é inevitável que os fatos sejam interpretados em favor do apelante.*

*XI - As circunstâncias indicam que se está diante de pessoa contratada para transportar substância entorpecente de forma esporádica, diferenciando-se do traficante profissional, aplicando-se, pois, o benefício de redução de pena previsto no artigo 33, parágrafo 4º, da Lei nº 11.343/2006, que deve ser fixada, no entanto, no mínimo legal, ou seja, 1/6 (um sexto), resultando a pena em 4 (quatro) anos, 10 (dez) meses e 10 (dez) dias de reclusão e 485 (quatrocentos e oitenta e cinco) dias-multa.*

*XII - Inaplicável o disposto no art.41, da Lei nº 11.343/06, pelas razões adotadas pelo juízo singular.*

*XIII -Tomando-se em conta o disposto no artigo 387, §2º, do CPP, com a redação dada pela Lei 12.736/2012, que orienta a operação de detração da pena do acusado para fins de fixação do regime inicial de cumprimento da pena,o réu foi preso em flagrante em 04/12/2007, sendo solto aos 27/03/2009.*

*XIV - Cabe, portanto, descontar a pena cumprida até a data em que foi solto e, diante desse raciocínio, considerando que a soma das penas definitivas foi fixada em 6 (seis) anos, 10 (dez) meses e 10 (dez) dias de reclusão e 495 (quatrocentos e noventa e cinco) dias -multa, descontando o tempo de prisão, tratando-se de réu que não compareceu aos atos do processo (desatendendo ordem expressa de Tribunal Superior), e teve sua prisão cautelar decretada juntamente com a revelia, deve ser mantido o regime inicial fechado, para início de cumprimento da pena, nos termos do artigo 33, parágrafos 2º, alínea "a", e 3º do Código Penal.*

*XV - Diante da pena imposta, a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direito não autorizada, eis que ausentes os requisitos do artigo 44 e incisos, do Código Penal.*

*XV - Recurso de apelação parcialmente provido para manter a condenação do réu como incurso no art.304, do Código Penal, nos termos da sentença de primeiro grau; manter a condenação como incurso no art.33, caput c.c art.40, I, aplicando-se o parágrafo §4º do art.33 todos da Lei nº11.343/06, reduzindo-se a pena desta figura para 4 (quatro) anos, 10 (dez) meses e 10 (dez) dias de reclusão e 485 (quatrocentos e oitenta e cinco) dias -multa, mantido o quantum diário, o regime inicial fechado e os demais termos do r. decism.*

Os embargos de declaração foram parcialmente providos sem efeitos infringentes (e-STJ fls. 774/787).

No presente recurso, a defesa aponta violação dos arts. 33, § 2º, "b", 109, V, e 110, § 1º, do Código Penal e 33, § 4º, da Lei de Drogas.

Inicialmente, alega a prescrição do delito de uso de documento falso.

Assevera que não houve fundamentação idônea que justificasse a aplicação da minorante no patamar de 1/6.

Por fim, sustenta a possibilidade da modificação do regime prisional.

Diante dessas considerações, requer a Defensoria Pública da União o provimento do recurso "[...] *para que, preliminarmente, seja extinta a punibilidade do Recorrente em razão da prescrição, em relação ao delito de uso de documento falso (artigo 304, CP). No mérito, requer seja dado integral provimento para reformar o v. acórdão no tocante ao delito de tráfico ilícito de entorpecentes, cominando-se ao recorrente pena inferior àquela já aplicada, consoante argumentos e pedidos acima expostos, bem como seja fixado o regime inicial semiaberto para cumprimento da pena. Sendo fixada pena igual ou inferior a 04 anos, requer seja a mesma substituída por restritiva de direitos, uma vez que aplicável o artigo 44 do Código Penal*" (e-STJ fl. 807).

Contrarrazões às e-STJ fls. 818/825.

Instado, o Ministério Público Federal opinou pelo parcial provimento do recurso para fixar o regime inicial semiaberto (e-STJ fls. 842/862).

É, em síntese, o relatório.

**Decido.**

**Prescrição da punibilidade do delito de uso de documento falso**

Em relação ao crime de uso de documento falso, a sentença, publicada no dia **18/5/2011**, fixou a pena privativa de liberdade em **2 anos de reclusão** (e-STJ fls. 655 e 658). O Ministério Público não recorreu e o colegiado regional confirmou a condenação (e-STJ fls. 751).

Consoante dispõe o art. 110, § 1º, do Código Penal, "*a prescrição, depois da sentença condenatória com trânsito em julgado para a acusação ou depois de improvido seu recurso, regula-se pela pena aplicada, não podendo, em nenhuma hipótese, ter por termo inicial data anterior à da denúncia ou queixa*" (redação dada pela Lei n. 12.234, de 2010).

No caso, tendo em vista que a pena imposta ao recorrente não excede a 2 anos, **a pretensão punitiva prescreve em 4 anos**, conforme prevê o art. 109, inciso V, do Código Penal, *in verbis*:

*Art. 109. A prescrição, antes de transitar em julgado a sentença final, salvo o disposto no § 1º do art. 110 deste Código, regula-se pelo máximo da pena privativa de liberdade cominada ao crime, verificando-se: (Redação dada pela Lei nº 12.234, de 2010).*

[...]

*V - em quatro anos, se o máximo da pena é igual a um ano ou, sendo superior, não excede a dois;*

Dessa forma, considerando que, entre o dia da publicação da sentença condenatória, 18/5/2011 (e-STJ fl. 658), e a presente data, transcorreu prazo superior a 4 anos, forçoso reconhecer a prescrição da pretensão punitiva estatal.

Ante o exposto, com fulcro no art. 107, IV, do Código Penal, c/c o art. 61 do Código de Processo Penal, declaro **extinta a punibilidade do réu quanto ao delito de uso de documento falso** – art. 304 do Código Penal.

**Minorante do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006**

No caso, o colegiado regional teceu as seguintes considerações acerca da dosimetria (e-STJ fls. 748/749):

*Com efeito, nos casos em que não esteja comprovado que o agente integra, em caráter permanente e estável, a organização criminosa, mas possuindo ele a consciência de que está a serviço de um grupo com tal natureza, vem decidindo esta Egrégia Corte que ele faz jus à causa de diminuição que, contudo, deve ser fixada no mínimo legal, ou seja, 1/6 (um sexto), e não na fração máxima prevista pelo artigo 33, parágrafo 4º, da Lei Antidrogas, de 2/3 (dois terços) da reprimenda, nitidamente reservada para casos menos graves, a depender da intensidade do auxílio prestado pelo réu.*

[...]

*No caso concreto, compulsando o passaporte encontrado com o réu, comparativamente ao relatório do Sistema de Tráfego Internacional (SIT) às fls. 436 e 517, conforme oportunamente já mencionado, tenho que a única certeza que se tem sobre eventuais viagens internacionais por ele empreendidas é que o mesmo adentrou em solo brasileiro uma vez, em 29/07/2007.*

*Portanto, ausentes elementos concretos que denunciem que sua atuação como "mula" era realizada de maneira regular e profissional, é inevitável que os fatos sejam interpretados em seu favor. Dessa forma, as circunstâncias indicam que se está diante de pessoa contratada para transportar substância entorpecente de forma esporádica, diferenciando-se do traficante profissional, sendo, pois, merecedor do benefício de redução de pena previsto no artigo 33, parágrafo 4º, da Lei nº 11.343/2006, que deve ser fixada, no entanto, no mínimo legal, ou seja, 1/6 (um sexto), resultando a pena em 4 (quatro) anos, 10 (dez) meses e 10 (dez) dias de reclusão e 485*

# *Superior Tribunal de Justiça*

*(quatrocentos e oitenta e cinco) dias-multa. (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 visualizo violação do dispositivo legal.

*In casu*, verifico que o colegiado de origem, ponderando sobre as peculiaridades da causa, concluiu pela maior reprovabilidade da conduta do agente, o qual **tinha ciência de que servia ao transporte internacional de drogas**, o que justifica a aplicação de uma reprimenda mais severa.

Desse modo, constato que subsiste elemento concreto capaz de justificar a fixação da minorante na fração de 1/6.

Entendo, portanto, que o Tribunal regional – dentro do seu livre convencimento motivado – qualificou os fatos de modo proporcional e razoável a fim de fixar a fração de redução da pena.

O acórdão não destoou do entendimento desta Corte, motivo pelo qual não deve ser reformado.

Nesse sentido:

*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 INTERNACIONAL DE DROGAS. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA. FRAÇÃO MÍNIMA. ESCOLHA FUNDAMENTADA. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.*

1. Como delineado na decisão impugnada, o Tribunal de origem apresentou fundamentação idônea, baseada em elementos concretos dos autos, para justificar a redução da pena na fração mínima prevista em lei, a evidenciar a ausência de constrangimento ilegal na espécie.

2. Ausentes fatos novos ou teses jurídicas diversas, a permitir a análise do caso sob outro enfoque, deve ser mantida a decisão recorrida.

3. Agravo regimental não provido.

(AgInt no AREsp 1328871/SP, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 25/09/2018, DJe 15/10/2018)

**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)

Além disso, ressalto que 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 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).*

**Regime inicial**

Considerando a pena-base fixada no mínimo legal, a primariedade do agente, o *quantum* final da sanção (4 anos, 10 meses e 10 dias de reclusão) e a ausência de motivação concreta que justificasse a execução mais severa da reprimenda, de rigor o abrandamento do regime prisional para o **intermediário**, nos termos do art. 33, § 2º, "b", e § 3º, e art. 59 do Código Penal.

Ante o exposto, **dou parcial provimento ao recurso para declarar extinta a punibilidade do réu quanto ao delito de uso de documento falso – art. 304 do Código Penal – e fixar o regime inicial semiaberto para a condenação referente ao crime de tráfico de drogas majorado.**

Publique-se. Intimem-se.

Brasília, 03 de abril de 2020.

Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO  
Relator