



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 387.077 - SP (2017/0020912-1)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : THIAGO PEDRO PAGLIUCA DOS SANTOS - SP314233
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : SHEILA THANDIWE MSELEKU

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO RIBEIRO DANTAS (Relator):

Trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, com pedido de liminar, impetrado em favor de **SHEILA THANDIWE MSELEKU**, em que se aponta como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Consta nos autos que a paciente foi condenada à pena de 6 anos de reclusão, em regime inicial fechado, pela prática do crime tipificado no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006.

Em grau recursal, o Tribunal de origem negou provimento ao apelo defensivo.

Neste *writ*, alega a impetrante manifesta ilegalidade na dosimetria da pena, sob o argumento de que é indevida a dupla valoração da quantidade da droga na primeira e na terceira fase, sob pena de *bis in idem*. Aduz que não há óbice em se reconhecer a referida minorante aos denominados "mulas do tráfico". Sustenta, por fim, que o regime prisional foi estabelecido em desconformidade com o art. 33 do Código Penal e a jurisprudência do STJ.

Requer, assim, o reconhecimento do tráfico privilegiado, a alteração do regime prisional para o aberto, bem como a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

Liminar indeferida (e-STJ, fls. 83-84).

Informações prestadas (e-STJ, fls. 93-94).

O Ministério Público Federal opinou pela concessão da ordem, de ofício, para se aplicar a redutora no percentual de 1/6 e para fixar o regime inicial semiaberto (e-STJ, fls. 110-116).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 387.077 - SP (2017/0020912-1)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : THIAGO PEDRO PAGLIUCA DOS SANTOS - SP314233
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : SHEILA THANDIWE MSELEKU

EMENTA

PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA DA PENA. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. AGENTE NA CONDIÇÃO DE "MULA". AUSÊNCIA DE PROVA DE QUE INTEGRA ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. NECESSIDADE DE READEQUAÇÃO DO *QUANTUM* DE REDUÇÃO. REGIME PRISIONAL. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. NATUREZA E QUANTIDADE DA DROGA. MODO FECHADO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITO. FALTA DO PREENCHIMENTO DO REQUISITO OBJETIVO. MANIFESTA ILEGALIDADE VERIFICADA. *WRIT* NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação no sentido de que não cabe *habeas corpus* substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado.
2. Os condenados pelo crime de tráfico de drogas terão a pena reduzida, de um sexto a dois terços, quando forem reconhecidamente primários, possuírem bons antecedentes e não se dedicarem a atividades criminosas ou integrem organizações criminosas (art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006).
3. Embora haja diversos julgados de ambas as Turmas deste Tribunal Superior nos quais se afirma não ser possível o reconhecimento do tráfico privilegiado ao agente transportador de drogas na qualidade de "mula", acolho o entendimento uníssono do Supremo Tribunal Federal sobre a matéria, no sentido de que a simples atuação nessa condição não induz, automaticamente, à conclusão de que o sentenciado integre organização criminosa, sendo imprescindível, para tanto, prova inequívoca do seu envolvimento, estável e permanente, com o grupo criminoso, para autorizar a redução da pena em sua totalidade. Precedentes do STF.
4. O conhecimento pela paciente de estar a serviço do crime organizado no tráfico internacional 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.
5. Fixada a pena definitiva em 5 anos de reclusão, revela-se correta a imposição do regime inicial fechado (imediatamente mais grave segundo o *quantum* da sanção aplicada), tendo em vista a aferição desfavorável de uma das circunstâncias judiciais, nos exatos termos do art. 33, § 2º, "a", e § 3º, c/c o art. 59, ambos do Código Penal.
6. É inadmissível a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

direito, pela falta do preenchimento do requisito objetivo (art. 44, I, do Código Penal).

7. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem, concedida, de ofício, para fazer incidir em 1/6 a minorante do art. 33, § 4º, da Lei n. art. 11.343/2006, resultando a pena definitiva da paciente em 5 anos de reclusão mais o pagamento de 500 dias-multa.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO RIBEIRO DANTAS (Relator):

Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação no sentido de que não cabe *habeas corpus* substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado.

Nesse contexto, passo ao exame das supostas ilegalidades apontadas pela defesa.

Em primeiro grau, o Juiz sentenciante procedeu à individualização da pena nos seguintes termos:

A ré é primária e não ostenta antecedentes que desabonam sua conduta. Assim, fixo a pena-base acima do mínimo legal, seis anos de reclusão e seiscentos dias-multa, considerando a expressiva quantidade de cocaína que a ré visava transportar, nos termos do artigo 42 da Lei 11.343/06.

Deixo de aplicar a causa de diminuição prevista no parágrafo 4º do artigo 33, da Lei 11343/06, em razão da conduta da acusada evidenciar que integra organização criminosa estruturada com a finalidade de praticar o tráfico internacional de drogas (e-STJ, fl. 23).

A Corte de origem, por sua vez, manteve afastada a minorante do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, sob a seguinte motivação:

Nesse mister, o que se vê é que a pena base foi bem fixada acima do mínimo legal, em razão da enorme quantidade e nocividade da droga apreendida, que certamente atingiria um número considerável de consumidores, com consequências devastadoras para toda a sociedade.

Na segunda fase, a pena permaneceu inalterada, uma vez que ausentes circunstâncias modificadoras, valendo notar que não era mesmo o caso de aplicação do redutor contido no § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/06.

Afinal, as circunstâncias que envolveram a prisão, quando a ré se preparava para transportar grande quantidade de droga, que possui elevado valor econômico, demonstram de forma inequívoca que estava a serviço de uma organização voltada para a prática do tráfico.

Afinal, a apreensão do entorpecente ocorreu quando a acusada estava a caminho do aeroporto de Guarulhos, trazendo consigo drogas que provavelmente seriam remetidas ao exterior.

Assim, como a ré não pode ser considerada traficante esporádica ou eventual, chamada de "primeira viagem", não há como aceitar o argumento de que merece o tratamento reservado para os pequenos traficantes (e-STJ, . (e-STJ, fls. 214-215).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Colaciono, por oportuno, os relatos quanto a prisão da paciente e os depoimentos colhidos em sede instrução, extraídos do acórdão impugnado, que fundamentaram a convicção formada pelo julgador quanto a habitualidade delitiva da paciente:

Entretanto, já naquela ocasião foi incriminada pelo policial civil Fábio Cristiano Luchetti, que recebeu denúncia anônima acerca de uma mulher africana chamada Sheila, com determinadas características físicas, que estava envolvida com o tráfico de drogas e hospedada no Hotel Alteza. Assim, dirigiu-se até o local, confirmou que a ré estava no local, razão pela qual passou a monitorá-la, até que no dia dos fatos, a acusada chegou em um táxi, entrou no hotel e saiu novamente, ocasião em que o veículo foi abordado e a ré levada até a delegacia, onde foi revistada e escondidos em seu corpo foram apreendidos pacotes contendo cocaína (fls. 03/04).

[...]

Assim, na medida em que os policiais civis Fábio Cristiano Luchetti e Fábio Luiz Tessare (este último somente ouvido em juízo), prestaram declarações seguras, coerentes e sem desmentidos, no sentido de que a ré foi surpreendida dentro de um táxi, quando tinha em seu poder, presa ao corpo, vários pacotes contendo cocaína (mídia de fls. 128), não se tem a menor dúvida sobre o envolvimento da ré com o tráfico.

Vale dizer, em poder da acusada foi encontrada grande quantidade de cocaína, acondicionadas em pacotes que estavam presos ao seu corpo, conforme as fotografias de fls. 53/57 comprovam, de sorte que é evidente que aquele entorpecente tinha como destino a entrega a consumo de terceiros, de sorte que todo o teor da denúncia anônima recebida acabou comprovado pelos policiais.

[...]

No caso dos autos, além dos depoimentos dos policiais que participaram da diligência não terem merecido contrariedade, a testemunha Jefferson Cintra Filho (motorista do táxi), em declarações semelhantes àquelas prestadas no inquérito, reafirmou que foi abordado pelos investigadores quando estava a caminho do aeroporto de Guarulhos, ocasião em que houve a efetiva apreensão de drogas em poder da ré (mídia de fls. 128).

Nem se diga que houve coação moral irresistível, como quis fazer crer a acusada em seu interrogatório. Isto porque nem mesmo ela tratou de identificar ou trazer qualquer indicação concreta sobre quem seriam as tais pessoas desconhecidas e, por outro lado, a citada testemunha Jefferson declarou que um indivíduo acompanhava a acusada e pagou pelo táxi, sem que ela tivesse demonstrado alguma inquietação ou temor durante o trajeto. Desta forma, o que se tem é que a alegação se limitou às palavras da ré, sem que trouxesse qualquer indício de prova a propósito dessa circunstância, ou mesmo apresentar essa versão tão logo fosse abordada pelos policiais, quando poderia, caso efetivamente coagida, expor todo seu drama.

Ao contrário, se não justificou o porte de tamanha quantidade de cocaína, ônus que competia à Defesa, na forma prevista no art. 156, do Código de Processo Penal, que não pode, agora, alegar a coação irresistível para tentar evitar a condenação. (e-STJ, fls. 98-102)

A teor do disposto no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, os condenados pelo crime de tráfico de drogas terão a pena reduzida, de um sexto a dois terços, quando forem



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

reconhecidamente primários, possuem bons antecedentes e não se dedicarem a atividades criminosas ou integrarem organizações criminosas.

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.

Na falta de parâmetros legais para se fixar o *quantum* dessa redução, os Tribunais Superiores decidiram que a quantidade e a natureza da droga apreendida, além das demais circunstâncias do delito, podem servir para a modulação de tal índice ou até mesmo para impedir a sua aplicação, quando evidenciarem o envolvimento habitual do agente com o narcotráfico (RHC 72.118/RS, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 20/10/2016, DJe 26/10/2016 e AgRg no REsp 1.442.055/PR, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, Sexta Turma, julgado em 04/08/2015, DJe 18/08/2015).

In casu, segundo se observa, o Tribunal de origem negou a redução da pena por entender que as circunstâncias em que ocorreram a prisão em flagrante, assim como a expressiva quantidade de droga apreendida, comprovariam que a paciente estava "a serviço de uma organização voltada para a prática do tráfico".

De fato, de uma simples leitura dos autos, verifica-se que a paciente, de nacionalidade estrangeira, **foi surpreendida em atuação típica de "mula" a serviço de organização criminosa**, quando, à caminho do aeroporto de Guarulhos, trazia consigo grande quantidade de droga (3.856,0g) escondida junto ao corpo.

Quanto ao tema, convém anotar que ambas as Turmas deste Superior Tribunal de Justiça têm entendimento oscilante sobre a possibilidade de reconhecimento do tráfico privilegiado ao agente transportador de drogas, na qualidade de 'mula' do tráfico. Há diversos julgados nos quais tem-se decidido que o condenado, enquanto no exercício dessa função, integraria organização criminosa e, por tal razão, não preencheria os requisitos legais para a aplicação da redutora (AgRg no AREsp 653.389/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 05/11/2015, DJe 11/11/2015; AgRg no AREsp 675.690/SP, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 17/11/2015, DJe 04/12/2015).

Ciente da jurisprudência hesitante desta Corte, entendo por bem acolher e acompanhar o entendimento uníssono do Supremo Tribunal Federal sobre a matéria, no sentido de que a simples atuação como "mula" não induz automaticamente a conclusão de que o sentenciado integre organização criminosa, sendo imprescindível, para tanto, prova inequívoca do seu envolvimento, estável e permanente, com o grupo criminoso para autorizar a redução da pena em sua totalidade.

A propósito, confira-se os seguintes julgados da Suprema Corte que respaldam esse entendimento:

HABEAS CORPUS. PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. PENA-BASE. AUMENTO PELA TRANSNACIONALIDADE. BIS IN IDEM. INOCORRÊNCIA. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DA PENA. AFASTAMENTO PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. ATIVIDADE DE 'MULA'. INTEGRANTE DE ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. NÃO COMPROVAÇÃO. FIXAÇÃO DO REGIME SEMIABERTO. PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS. POSSIBILIDADE. ORDEM CONCEDIDA EM PARTE. I – A causa de aumento em razão da transnacionalidade é aplicável ao agente que transporta a droga para o exterior ou com ela adentra as fronteiras de nosso país, não configurando bis in idem. Precedentes. II – No crime de tráfico de drogas, as penas poderão ser reduzidas de 1/6 a 2/3, desde que o agente seja primário, de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

bons antecedentes, não se dedique a atividades criminosas nem integre organização criminosa. III - **A exclusão da causa de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006, somente se justifica quando indicados expressamente os fatos concretos comprovem que a “mula” integre a organização criminosa.** Precedentes. IV – O Código Penal determina que o condenado não reincidente, cuja pena seja superior a 4 (quatro) anos e não exceda a 8 (oito), poderá, desde o princípio, cumpri-la em regime semiaberto. Sendo o réu primário e com bons antecedentes, requisitos aferidos na sentença condenatória, não há motivos que impeçam a fixação do regime semiaberto para o cumprimento inicial da pena. V – Ordem concedida em parte. (HC 132459, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, julgado em 13/12/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-028 DIVULG 10-02-2017 PUBLIC 13-02-2017)

Habeas corpus. Penal e Processual Penal. Tráfico de drogas (art. 33, caput, da Lei nº 11.343/06). Pena-base. Majoração. Valoração negativa da natureza e da quantidade da droga (2.596 g de cocaína). Admissibilidade. Vetores a serem considerados necessariamente na dosimetria (art. 59, CP e art. 42 da Lei nº 11.343/06). “Mula”. Aplicação da causa de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei de Drogas. Admissibilidade. Inexistência de prova de que o paciente integre organização criminosa. Impossibilidade de negar a incidência da causa de diminuição de pena com base em ilações ou conjecturas. Precedentes. Percentual de redução de pena: 1/6 (um sexto). Admissibilidade. Fixação em atenção ao grau de auxílio prestado pelo paciente ao tráfico internacional. Ordem de habeas corpus concedida, para o fim de cassar o acórdão recorrido e restabelecer o julgado do Tribunal Regional Federal da 3ª Região Federal. 1. É pacífico o entendimento do Supremo Tribunal Federal de que a natureza e a quantidade da droga constituem motivação idônea para a exasperação da pena-base, nos termos do art. 59 do Código Penal e do art. 42 da Lei nº 11.343/06. Precedentes. 2. Descabe 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 o réu integre organização criminosa. Precedentes. 3. **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.** Precedentes. 4. O paciente, procedente da Venezuela, foi flagrado na posse de 2.596 g de cocaína no aeroporto de Guarulhos, no momento em que se preparava para embarcar em voo para a África do Sul, com destino final em Lagos, na Nigéria. 5. Correta, portanto, a valoração negativa do grau de auxílio por ele prestado ao tráfico internacional, na terceira fase da dosimetria, com a fixação do percentual de redução em 1/6 (um sexto). 6. Ordem de habeas corpus concedida, para o fim de se cassar o acórdão recorrido e de se restabelecer o julgado do Tribunal Regional Federal da 3ª Região Federal, que redimensionou a pena imposta ao paciente para 4 (quatro) anos, 10 (dez) meses e 10 (dez) dias de reclusão e 485 (quatrocentos e oitenta e cinco) dias-multa. (HC 134597, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Segunda Turma, julgado em 28/06/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-166 DIVULG 08-08-2016 PUBLIC 09-08-2016)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Ainda sobre a matéria, firmou-se também no Pretório Excelso o entendimento de que a atuação do agente na condição de "mula", embora não seja suficiente para denotar que integre, de forma estável e permanente, organização criminosa, configura circunstância concreta e idônea para se valorar negativamente na terceira fase da dosimetria, modulando a aplicação da causa especial de diminuição de pena pelo tráfico privilegiado.

Nesse sentido, cito ainda o julgado da Primeira Turma do STF, no HC 120.985, Rel. Ministra ROSA WEBER, DJe 30/6/2016:

Habeas corpus. Penal. Condenação pelo delito de tráfico de drogas. Dosimetria. Causa especial de redução de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas. Pretendido reconhecimento em seu patamar máximo de 2/3 (dois terços). Impossibilidade. Justificativa idônea para aplicação do percentual de 1/6 (um sexto). Paciente que, embora não integrasse organização criminosa, atuou conscientemente a seu rogo, visto que foi contratado para transportar a droga até o Brasil. Improriedade do *writ* para revisar o juízo feito pelas instâncias de mérito quanto à reprovabilidade da conduta para ponderar a respeito de qual seria a pena adequada ao caso. Precedentes. Ordem denegada.

1. Razão não assiste à impetrante quanto ao pretendido reconhecimento da causa especial de redução de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas em seu grau máximo de 2/3 (dois terços).

2. O paciente foi surpreendido transportando, em 43 (quarenta e três) cápsulas alojadas em seu corpo, 614 g (seiscentos e quatorze gramas) de cocaína, tendo confessado ter sido contratado para trazer a droga para São Paulo pela quantia de \$ 500 (quinhentos) dólares, conforme relatado em interrogatório policial e judicial.

3. A aplicação da causa de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06 em 1/6 (um sexto) pelo Tribunal Regional Federal da 3ª Região mostra-se suficientemente fundamentada nas circunstâncias subjetivas do caso, considerando, para tanto, que o paciente conscientemente atuou a rogo de organização criminosa, já que admitiu ter sido contratado para trazer a substância entorpecente até o Brasil.

4. Consoante pacífica jurisprudência da Corte, o *habeas corpus* não é a via adequada para revisar o juízo feito pelas instâncias de mérito quanto à reprovabilidade da conduta do paciente para ponderar a respeito de qual seria a pena adequada ao caso concreto.

5. Ordem denegada.

Logo, devidamente comprovado que a conduta da paciente se reveste de maior grau de reprovabilidade, pois ela tinha conhecimento de estar a serviço do crime organizado no tráfico internacional, o percentual de redução, pela incidência da minorante do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, deve ser estabelecido no mínimo legal.

Nesse sentido:

PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. PENA-BASE. QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA APREENDIDA. EXASPERAÇÃO JUSTIFICADA. MINORANTE DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. PACIENTE CUJA FUNÇÃO É O TRANSPORTE DA DROGA (MULA). FUNDAMENTOS VÁLIDOS PARA A MODULAÇÃO DO ÍNDICE DE REDUÇÃO. CRITÉRIO IDÔNEO.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AUSENCIA DE MANIFESTA ILEGALIDADE. WRIT NÃO CONHECIDO.

1. Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação no sentido de que não cabe habeas corpus substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado a justificar a concessão da ordem de ofício.

2. A individualização da pena, como atividade discricionária do julgador, está sujeita à revisão apenas nas hipóteses de flagrante ilegalidade ou teratologia, quando não observados os parâmetros legais estabelecidos ou o princípio da proporcionalidade, o que não é o caso dos autos.

3. No termos do art. 42 da Lei n. 11.343/2006, a quantidade e a natureza da droga apreendida são preponderantes sobre as circunstâncias judiciais estabelecidas no art. 59 do Código Penal e podem justificar a fixação da pena-base acima do mínimo legal, cabendo a atuação desta Corte apenas quando demonstrada flagrante ilegalidade no quantum aplicado.

4. Hipótese em que, nos termos do art. 59, do CP, c/c o art. 42 da Lei n. 11.343/2006, as instâncias ordinárias, na primeira etapa da dosimetria, fixaram a pena-base no patamar de 6 anos e 3 meses de reclusão, considerando como desfavoráveis a quantidade e a natureza da droga apreendida (5.065g de cocaína), o que não se mostra desproporcional.

5. Nos termos do disposto no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, os condenados pelo crime de tráfico de drogas terão a pena reduzida, de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços), quando forem reconhecidamente primários, possuírem bons antecedentes e não se dedicarem a atividades criminosas ou integrarem organização criminosa.

6. Segundo reiterada jurisprudência deste Tribunal Superior, o mencionado benefício legal tem como objetivo favorecer os pequenos e eventuais traficantes, não alcançando aqueles que fazem do tráfico de drogas um meio de vida. Precedentes.

7. A simples atuação como "mula", por si só, não induz que o paciente integre organização criminosa, de forma estável e permanente, não constituindo, portanto, fundamento idôneo para afastar a aplicação do redutor em sua totalidade, tratando-se de meras ilações, presunções ou conjecturas, até por que pode se tratar de recrutamento único e eventual. Precedente do STF.

8. Embora atuação na condição de "mula" não seja suficiente para denotar que o paciente integre, de forma estável e permanente, organização criminosa, é considerada como circunstância concreta e elemento idôneo para valorar negativamente a conduta do agente, na terceira fase da dosimetria, a fim de se modular a aplicação da causa especial de diminuição de pena pelo tráfico privilegiado, por ter o agente conhecimento de que auxilia o crime organizado no tráfico internacional. Precedente do STF.

9. No caso, as instâncias ordinárias, dentro do critério de discricionariedade vinculada do julgador na individualização da pena, reduziu motivadamente a pena em 1/6, por considerarem que o paciente, embora não integre, de forma permanente e estável, organização criminosa, "tinha consciência de que, com sua participação no transporte da droga, colaborava decisivamente para o sucesso de um grupo criminoso internacional", o que não se mostra desproporcional.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

10. Inalterado o quantum da pena fixada, ficam mantidos o regime inicial fixado (semiaberto) e a inviabilidade de sua substituição por restritivas de direitos, nos moldes exarados nas decisões ordinárias.

11. *Habeas corpus* não conhecido.

(HC 365.603/SP, de minha relatoria, QUINTA TURMA, julgado em 06/12/2016, DJe 13/12/2016).

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO TRANSNACIONAL DE DROGAS. FRAÇÃO DA MINORANTE PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

1. Havendo sido concretamente fundamentada a aplicação da minorante em comento no patamar de 1/6, sobretudo em razão de "estar-se diante de quem se prestou a atuar na condição popularmente conhecida como 'mula' do tráfico" (fl. 252), não há contrariedade ao disposto no art. 33, § 4º, da Lei de Drogas.

2. Agravo regimental não provido.

(AgRg no AREsp 684.780/AM, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 10/05/2016, DJe 19/05/2016).

Passo, assim, ao redimensionamento da pena.

A pena-base foi estabelecida em 6 anos de reclusão mais 600 dias-multa, pela valoração desfavorável da quantidade e da natureza da droga apreendida. Na segunda fase, ausentes agravantes/atenuantes, o *quantum* da reprimenda permanece inalterado. Na última etapa, reduzo-a na fração mínima de 1/6, em razão da incidência da minorante do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, conforme razões acima expostas. **A pena fica definitiva em 5 anos e 500 dias multa.**

O regime prisional permanece inalterado.

A obrigatoriedade do regime inicial fechado aos sentenciados por crimes hediondos e a eles equiparados não mais subsiste, diante da declaração de inconstitucionalidade, *incidenter tantum*, do § 1º do art. 2º da Lei n. 8.072/1990, pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC 111.840/ES (em 27/7/2012).

Na identificação do modo inicial de cumprimento de pena, necessário à prevenção e à reparação da infração penal, o magistrado deve expor **motivadamente** sua escolha, atento às diretrizes do art. 33 do Código Penal, e, na hipótese de condenado por crime de tráfico de drogas, ao disposto no art. 42 da Lei n. 11.343/2006, segundo o qual serão consideradas com preponderância a natureza e a quantidade de substância entorpecente, a personalidade e a conduta social do agente sobre as demais circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal.

Na hipótese, embora a paciente seja primária e a pena tenha sido estabelecida em 5 anos de reclusão, revela-se correta a imposição do regime inicial fechado (imediatamente mais grave segundo o *quantum* da sanção aplicada), tendo em vista a aferição desfavorável das circunstâncias judiciais (natureza e a quantidade de droga), nos exatos termos do art. 33, § 2º, "a", e § 3º, c/c o art. 59, ambos do Código Penal.

Nesse sentido:

"PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. PLEITO DE INCIDÊNCIA DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO DA PENA (ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006). DEDICAÇÃO À ATIVIDADE CRIMINOSA. (98,5 G DE COCAÍNA EM PEDRA, 19,3 G DE



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

COCAÍNA EM PÓ E 49,5 G DE MACONHA, DEVIDAMENTE ACONDICIONADAS PARA A MERCÂNCIA). CAUSA ESPECIAL DE AUMENTO (ART. 40, III, DA LEI N. 11.343/2006). PROXIMIDADE A TRÊS ESCOLAS E UM CENTRO DE RECREAÇÃO. COMPROVAÇÃO. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. REGIME INICIAL FECHADO. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. NATUREZA, E QUANTIDADE DE DROGAS. 300 "PAPELOTES" PARA REVENDA DE CRACK, MACONHA E COCAÍNA EM PÓ.

[...]

4. A fixação da pena-base acima do mínimo legal, aliada à pena definitiva imposta (superior a 4 anos), justifica a imposição do regime inicial fechado de expiação.

5. Agravo regimental improvido."

(AgRg no HC 283.816/SP, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 20/09/2016, DJe 06/10/2016).

"DIREITO PENAL. HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DE RECURSO ESPECIAL. DOSIMETRIA. PRIMARIEDADE. DETRAÇÃO. TEMAS NÃO ENFRENTADOS PELA CORTE DE ORIGEM. COGNIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. CONDENAÇÕES ANTERIORES. DECURSO DO PRAZO PREVISTO NO ART. 64, INCISO I, DO CÓDIGO PENAL. CONFIGURAÇÃO DE MAUS ANTECEDENTES. POSSIBILIDADE. JURISPRUDÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA. MAUS ANTECEDENTES. DEDICAÇÃO ÀS ATIVIDADES CRIMINOSAS. CIRCUNSTÂNCIAS QUE IMPEDEM A APLICAÇÃO DO ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/06. REGIME INICIAL FECHADO. CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL. QUANTIDADE DE DROGA APREENDIDA. ADEQUAÇÃO. SUBSTITUIÇÃO DE PENA. REQUISITO OBJETIVO NÃO PREENCHIDO. NÃO CONHECIMENTO.

[...]

5. Devidamente fundamentada a manutenção do regime inicial fechado, em razão da existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis e das circunstâncias do caso concreto, não há constrangimento ilegal a ser sanado.

6. A substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos submete-se à regência do art. 44 do Código Penal, segundo o qual só faz jus ao benefício legal o condenado a pena inferior a 4 anos. Na espécie, tendo a reprimenda final alcançado 5 anos e 6 meses de reclusão, não é possível a pretendida substituição.

7. *Habeas corpus* não conhecido."

(HC 354.928/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 01/09/2016, DJe 12/09/2016).

Por fim, estabelecido o *quantum* da sanção corporal em patamar superior a 4 anos de reclusão, é inadmissível a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direito, pela falta do preenchimento do requisito objetivo (art. 44, I, do Código Penal).

Diante do exposto, **não conheço** deste *habeas corpus*. Entretanto, **concedo, de**



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA
ofício, a ordem para fazer incidir em 1/6 a minorante do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, resultando a pena definitiva da paciente em 5 anos de reclusão mais o pagamento de 500 dias-multa, mantido o regime fechado.

É como voto.