

28/06/2016

SEGUNDA TURMA

HABEAS CORPUS 134.597 SÃO PAULO

RELATOR : MIN. DIAS TOFFOLI
PACTE.(S) : ONYEKE SUNDAY EZE
IMPTE.(S) : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO
PROC.(A/S)(ES) : DEFENSOR PÚBLICO-GERAL FEDERAL
COATOR(A/S)(ES) : SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

EMENTA

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

HC 134597 / SP

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.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, sob a Presidência do Senhor Ministro Gilmar Mendes, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, em conceder a ordem de **habeas corpus** para o fim de cassar o acórdão recorrido e restabelecer o julgado do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, 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, nos termos do voto do Relator.

Brasília, 28 de junho de 2016.

MINISTRO DIAS TOFFOLI

Relator

28/06/2016

SEGUNDA TURMA

HABEAS CORPUS 134.597 SÃO PAULO

RELATOR : **MIN. DIAS TOFFOLI**
PACTE.(S) : **ONYEKE SUNDAY EZE**
IMPTE.(S) : **DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO**
PROC.(A/S)(ES) : **DEFENSOR PÚBLICO-GERAL FEDERAL**
COATOR(A/S)(ES) : **SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (RELATOR):

Habeas corpus, impetrado em favor de Onyke Sunday Eze, contra acórdão da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, que negou provimento ao agravo regimental no REsp nº 1.501.704/SP, Relator o Ministro **Reynaldo Soares da Fonseca**.

Narra a impetração que o paciente, flagrado na posse de 2.596 g de cocaína no aeroporto de Guarulhos, foi condenado, por infração ao art. 33, **caput** c/c. o art. 40, I, ambos da Lei nº 11.343/2006, à pena de 5 (cinco) anos, 11 (onze) meses e 24 (vinte e quatro) dias de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 800 dias-multa, e que o Tribunal Regional Federal proveu em parte sua apelação para redimensionar a pena para 4 (quatro) anos, 10 (dez) meses e 10 (dez) dias de reclusão e pagamento de 485 dias-multa.

Aduz que

“[i]rresignada, a defesa interpôs recurso especial da acusação, com fulcro no art 105, inciso III, alínea “a”, da Constituição Federal, pleiteando a redução da pena-base ao seu mínimo legal, a inaplicabilidade da Súmula nº 231 do STJ e a aplicação da causa de diminuição prevista no § 40, do art. 33, da Lei nº 11.343/06, em seu grau máximo.

Envaidecido, o Parquet interpôs recurso especial com fulcro no artigo 105, inciso III, alíneas “a” e “c”, da Constituição Federal, sob os seguintes argumentos: 1) violação ao artigo 65,

HC 134597 / SP

inciso III, alínea “d”, do Código Penal, bem como ao artigo 33, § 4º, da Lei nº 11343/2006; e 2) dissídio pretoriano quanto aos mesmos dispositivos legais.

Ultrapassadas as instâncias ordinárias, o Superior Tribunal de Justiça, por meio de decisão monocrática, negou provimento ao recurso defensivo e deu parcial provimento ao recurso da acusação. Inconformada, a Defesa apresentou Agravo Regimental, mas a Quinta Turma do STJ negou provimento”.

Sustenta a impetrante que a quantidade de droga apreendida em poder do paciente não justifica “a majoração da pena acima do mínimo legal ou no percentual aplicado”, acrescentando que

“[q]uanto à **natureza** da droga, não cabe auferir que a cocaína revela tamanha potencialidade, comparada a outros entorpecentes, tais como crack.

Importante mencionar, que as **consequências do crime são elementos próprios do tipo penal**, não podendo ser utilizadas como um fator delimitador da pena, deixando de ser, portanto, motivo para a não aplicação da pena-base no mínimo legal.

Deste modo, a pena-base foi elevada acima do mínimo legal, com base na **natureza e à quantidade da droga**. Porém, *in casu*, a dosimetria aplicada não guarda a devida proporcionalidade e razoabilidade, uma vez que, ainda que se considere a preponderância do artigo 42 da Lei nº. 11.343/06 sobre o artigo 59 do Código Penal, as circunstâncias em que ocorreu o crime não justificam o aumento da pena-base acima do mínimo legal.

(...)

No caso dos autos, tais circunstâncias judiciais são favoráveis ao paciente, que não possui antecedentes criminais, é primário, tem boa conduta social, laços familiares, comportamento adequado e não tem indícios que o vinculem à prática de atividades criminosas ou a qualquer organização

HC 134597 / SP

criminosa”.

Quanto à causa de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, aduz que

“[n]o v. acórdão objeto da presente impetração, a C. 5ª Turma considerou não ser possível a incidência da referida causa de diminuição, por acreditar que a simples participação na empreitada criminosa já impede a aplicação da minorante, pois sugere que ele integra organização criminosa.

Porém, valorando os elementos constantes dos autos, verifica-se que se trata de réu primário, de bons antecedentes e que não participa de organização criminosa e nem faz do crime seu meio de vida, tanto que é o primeiro crime pelo qual responde.

O fato de ser preso transportando droga não o faz integrante de organização criminosa, sendo apenas uma pequena ferramenta no grande e complexo sistema que é o tráfico internacional de entorpecentes.

(...)

A decisão aceita pela Turma Julgadora, afastou a incidência desta causa de diminuição no percentual máximo com base em indícios e presunções, o que fere terrivelmente o princípio da presunção de inocência, bem como da verdade real.

(...)

Destarte, em razão da presença de TODAS as circunstâncias judiciais favoráveis ao recorrente expressamente reconhecidas pelas instâncias inferiores, a Defesa Pública Federal almeja obter fração máxima de 2/3 da causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006”.

Sustenta ainda que, “ao contrário do exarado no ato coator, a análise dos autos não viola a Súmula nº 07/STJ, pois, não há necessidade de reexame fático-probatório, porquanto não existe discussão de matéria fática”.

HC 134597 / SP

Por fim, defende a não incidência das Súmulas nº 83 (“*Não se conhece do Recurso Especial pela divergência, quando a orientação do Tribunal se firmou no mesmo sentido da decisão recorrida*”) e nº 182 do Superior Tribunal de Justiça (“*É inviável o agravo do art. 545 do CPC que deixa de atacar especificamente os fundamentos da decisão agravada*”).

Requer, assim, a concessão da ordem de **habeas corpus** pleiteada, a fim de que “seja aplicada a pena base no mínimo legal e a minorante do art. 40 par. 4º, da lei 11.343/2006, no máximo legal” (sic).

O Ministério Público Federal, em parecer do Subprocurador-Geral da República Edson Oliveira de Almeida, opinou pela concessão da ordem, a fim de que, preenchidos os requisitos do art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, “seja restaurado o acórdão do Tribunal Regional Federal da 3ª Região”.

É o relatório.

28/06/2016

SEGUNDA TURMA

HABEAS CORPUS 134.597 SÃO PAULO

VOTO

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (RELATOR):

Conforme relatado, trata-se de **habeas corpus** impetrado em favor de Onyeke Sunday Eze contra acórdão da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, que negou provimento ao agravo regimental no REsp nº 1.501.704/SP, Relator o Ministro **Reynaldo Soares da Fonseca**.

Transcrevo a ementa do julgado ora impugnado:

“AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO INTERNACIONAL DE DROGAS. DOSIMETRIA DA PENA. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. QUANTIDADE DA DROGA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. AUMENTO RAZOÁVEL. RETORNO AO MÍNIMO POR FORÇA DA ATENUANTE DA CONFISSÃO. PRETENSÃO DE AUMENTO DA FRAÇÃO DO REDUTOR PREVISTO NO ART. 33, § 4º, DA LEI 11.343/2006. PEDIDO PREJUDICADO EM RAZÃO DO PROVIMENTO DO RECURSO DO MPF PARA AFASTAR A BENESSE. MULA. FUNDAMENTO NÃO IMPUGNADO. SUM 182/STJ. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 83/STJ AOS RECURSOS INTERPOSTOS PELA ALÍNEA "A". POSSIBILIDADE. PRECEDENTES. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. A Lei 11.343/2006, em seu art. 42, estabelece que, para o fim de fixação da pena-base aos condenados por tráfico de drogas, o juiz 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.

2. Na hipótese dos autos, a expressiva quantidade de entorpecentes apreendidos em poder do agravante (2.596g de massa bruta de cocaína) constitui circunstância hábil à

HC 134597 / SP

majoração da pena-base. O aumento em 1/6 não se revela desarrazoado ou desproporcional, estando o acórdão recorrido, no ponto, alinhado à orientação jurisprudencial desta Corte. 3. No tocante à fração redutora, o agravante não impugnou, como lhe competia, o fundamento da decisão agravada, limitando-se a insistir na argumentação do recurso anterior. Incidência da Súmula 182/STJ.

4. É pacífica a orientação da Terceira Seção desta Corte no sentido de que, regra geral, o agente que transporta drogas, na qualidade de 'mula' do tráfico, integra organização criminosa, não fazendo jus ao benefício previsto no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006.

5. Consolidou-se, há tempos, neste STJ, o entendimento de que a Súmula 83 pode ser invocada para julgar o recurso especial, ainda que este tenha sido interposto pela alínea "a" do permissivo constitucional, desde que o acórdão recorrido esteja em consonância com a jurisprudência sedimentada nesta Corte Superior.

6. Agravo Regimental desprovido.”

Essa é a razão por que se insurge a impetrante.

O inconformismo, em relação à pena-base imposta ao paciente, não vinga.

De acordo com o julgado ora impugnado,

“[e]xtrai-se dos autos que o Ministério Público Federal denunciou o agravante porque, em 7/2/2012, no Aeroporto Internacional de Guarulhos/SP, foi ele surpreendido quando tentava embarcar para a Joanesburgo, África do Sul, transportando 2.596g (dois mil, quinhentos e noventa e seis gramas) de massa bruta de cocaína.

Ao final da instrução, comprovada a autoria e a materialidade do delito, o acórdão impugnado confirmou a condenação, estabelecendo a pena pouco acima do mínimo legal, em 5 anos e 9 meses de reclusão, mais 575 dias-multa. Em razão da confissão espontânea, voltou a reprimenda ao mínimo

HC 134597 / SP

legal (5 anos), tendo em vista o enunciado 231 da Súmula desta Corte. Na terceira fase, procedeu-se ao aumento pela transnacionalidade, à razão de 1/6, com redução pela incidência da minorante do § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006, também em 1/6, totalizando a reprimenda 4 anos, 10 meses e 10 dias de reclusão, e 485 dias-multa, em regime inicial semiaberto.

Quanto à pena-base, assim se manifestou o acórdão impugnado (e-STJ fls. 429/430):

'(...).

1. Pena-base (artigos 59 do Código Penal e 42 da Lei de Drogas) NA PRIMEIRA FASE, com base nas circunstâncias previstas no artigo 59 do Código Penal e no artigo 42 da Lei de Drogas, o Juízo fixou a pena-base acima do mínimo legal, em 07 (sete) anos de reclusão e 700 (setecentos) dias-multa, tendo a defesa, em seu recurso, requerido a sua redução ao mínimo legal. :

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. Assim, o fato de o réu ser primário e não ter maus antecedentes não implica, necessariamente, na fixação da reprimenda no patamar mínimo.

(...).

NO CASO CONCRETO, a referência feita na sentença recorrida no sentido de que a má índole na maneira de agir e reagir às dificuldades que a vida lhe reservou e o completo desrespeito à saúde pública e a busca pelo lucro fácil são circunstâncias inerentes à " conduta delituosa e não podem atuar como justificativa para o aumento da penalidade. Por outro lado, a forma de ocultação do entorpecente na bagagem com o fim de dificultar a descoberta e a apreensão pela polícia, bem como a quantidade da droga apreendida, justificam o aumento dessa grandeza, mas não no patamar utilizado

HC 134597 / SP

pelo Juízo 'a quo'.

DESSA FORMA considerando a quantidade da droga apreendida e a forma de ocultação, o mínimo legal deve ser aumentado em 1/6 (um sexto), o que resulta em 5 (cinco) anos e 9 (nove) meses de reclusão e 575 (quinhentos e setenta e cinco) dias-multa'.

Ainda que haja alguma impropriedade à menção "à forma de ocultação da droga", o certo é que, como dito no *decisum* ora impugnado, a Lei 11.343/2006, em seu art. 42, estabelece que, para o fim de fixação da pena-base aos condenados por tráfico de drogas, o juiz 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.

Assim, a quantidade e a natureza da droga são parâmetros relevantes e preponderantes na dosimetria da pena. Na hipótese dos autos, não se pode ignorar a expressiva quantidade de entorpecentes apreendidos em poder do agravante, nem desprezar a sua natureza (pasta base de cocaína), com alto poder de disseminação, o que constitui circunstância hábil à majoração da pena-base.

O aumento em 1/6 não se revela desarrazoado ou desproporcional, não se divisando ofensa à legislação infraconstitucional citada no recurso, estando o acórdão recorrido, no ponto, alinhado à orientação jurisprudencial desta Corte.

Assim, a quantidade e a natureza da droga são parâmetros relevantes e preponderantes na dosimetria da pena. Na hipótese dos autos, não se pode ignorar a expressiva quantidade de entorpecentes apreendidos em poder do agravante, nem desprezar a sua natureza (pasta base de cocaína), com alto poder de disseminação, o que constitui circunstância hábil à majoração da pena-base.

(...)

De qualquer forma, aplicada a redução pela confissão

HC 134597 / SP

espontânea, retornando a reprimenda ao mínimo legal, não há qualquer prejuízo e nem se verifica qualquer benefício na pretendida minoração, tendo em vista o teor da Súmula 231 desta Corte, no sentido de que a incidência de circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal. Ademais, foi fixado o regime semiaberto, não havendo ilegalidade a sanar”.

Esse entendimento se harmoniza com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

Como tive a oportunidade de destacar no voto condutor do HC nº 131.887/SC, Segunda Turma, de **minha relatoria**, DJe de 4/3/16,

“[n]os termos do art. 42 da Lei nº 11.343/06, ‘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’.

É pacífico o entendimento do Supremo Tribunal Federal, mesmo sob a égide da revogada Lei nº 6.368/76, de que a natureza e a quantidade da droga sempre constituíram motivação idônea para a exasperação da pena-base (RHC nº 84.571/RJ, Segunda Turma, Relator o Ministro **Joaquim Barbosa**, DJ de 13/5/05; HC nº 86.415/PR, Segunda Turma, Relator o Ministro **Carlos Velloso**, DJ de 18/11/05; HC nº 88.968/SP, Segunda Turma, Relatora a Ministra **Ellen Gracie**, DJe de 26/9/08; HC nº 114.388/SP, Primeira Turma, Relator o Ministro **Luiz Fux**, DJe de 1º/7/13 e HC nº 122.344/SP, Primeira Turma, Relatora a Ministra **Rosa Weber**, DJe de 6/10/14).

A Suprema Corte ressaltou, no RHC nº 123.367/SP, Primeira Turma, de **minha relatoria**, DJe de 21/11/14, que “a natureza e a quantidade da droga sempre constituíram vetores da dosimetria da pena, a título de ‘circunstâncias e consequências do crime’ (art. 59, CP)’.

No mesmo sentido, decidiu-se que ‘a quantidade e a natureza da droga apreendida constituem fundamentos idôneos para fixar a pena-base acima do mínimo legal’ (RHC nº

HC 134597 / SP

122.598/SP, Segunda Turma, Relator o Ministro **Teori Zavascki**, DJe de 30/10/14).

É evidente que, quanto maior a quantidade de droga apreendida, maior potencial lesivo à sociedade, a exigir que a resposta penal seja proporcional ao crime praticado (HC nº 121.389/MS, Primeira Turma, de **minha relatoria**, DJe de 7/10/14).

Veda-se, apenas, a consideração **cumulativa** da quantidade e da natureza da droga na primeira e na terceira fases da dosimetria da pena (Repercussão Geral no ARE nº 666.334, Plenário, Relator o Ministro **Gilmar Mendes**, DJe de 6/6/14, e HC nº 112.776/MS, Plenário, Relator o Ministro **Teori Zavascki**, DJe de 30/10/14), e não sua consideração **alternativa**.

Logo, diversamente do que sustenta a impetrante, o aumento de 2 (dois) anos na pena-base do paciente, à conta da quantidade e da natureza da droga apreendida, é legal, e não se mostra desarrazoado ou arbitrário”.

Não bastasse isso, embora majorada a pena na primeira fase da dosimetria, o Tribunal Regional Federal reduziu-a, na segunda fase, ao mínimo legal de 5 (cinco) anos, pelo reconhecimento da atenuante da confissão espontânea.

Melhor sorte assiste à impetrante no tocante à causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06.

O julgado ora hostilizado, para afastar a sua incidência, aduziu que

“foi provido o recurso do Ministério Público Federal para afastar a incidência da referida causa de diminuição de pena, pelos seguintes fundamentos:

‘O acórdão recorrido admitiu que o réu tinha consciência de que, na função de mula, trabalhava para organização criminosa. Todavia, fez incidir a redutora prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006. Ao assim decidir, o Tribunal de origem divergiu da firme jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça, no sentido de que o agente que transporta entorpecentes,

HC 134597 / SP

no exercício da função de mula, integra organização criminosa, não fazendo jus, portanto, ao benefício previsto na citada legislação.

Observo que o acusado concordou em transportar grande quantidade de substância altamente nociva (pasta base de cocaína), com expressivo potencial de disseminação, desde a Venezuela até a Nigéria, passando por dois países (Brasil e África do Sul), a denotar vínculo significativo com organização criminosa.

Sobre o tema, confirmam-se os seguintes julgados desta Corte:'

Com efeito, é pacífica a orientação da Terceira Seção desta Corte no sentido de que regra geral, o agente que transporta drogas, na qualidade de 'mula' do tráfico, integra organização criminosa”.

Esse entendimento, todavia, colide com a jurisprudência da Suprema Corte.

Como assentei no voto condutor do RHC nº 123.119/DF, Primeira Turma, de **minha relatoria**, DJe de 14/11/14,

“[a] jurisprudência do Supremo Tribunal Federal não admite o manejo do **habeas corpus** para revolvimento do conjunto fático-probatório, a fim de se redimensionar a pena imposta.

Nesse sentido, RHC nº 105.150/MG, Primeira Turma, de **minha relatoria**, DJe de 4/5/12; RHC nº 121.092/SP, Primeira Turma, Relator o Ministro **Luiz Fux**, DJe de 12/5/14; HC nº 118.602/SP, Segunda Turma, Relator o Ministro **Teori Zavascki**, DJe de 11/3/14; e o HC nº 111.398/SP, Segunda Turma, Relator o Ministro **Ricardo Lewandowski**, DJe de 3/5/12.

De qualquer forma, em matéria de dosimetria de pena, cabe ao Supremo Tribunal Federal exercer “o controle da legalidade e da constitucionalidade dos critérios empregados, bem como a correção de eventuais discrepâncias, se gritantes ou

HC 134597 / SP

arbitrárias” (HC nº 120.095/MS, Primeira Turma, Relatora a Ministra **Rosa Weber**, DJe de 20/5/14).

Na espécie, as instâncias ordinárias afastaram a incidência da causa de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06 ao argumento de que o recorrente integrava organização criminosa, sem, contudo, se ampararem em base empírica idônea, como a seguir demonstrado.

O recorrente, de acordo com a sentença, é angolano, estava em dificuldades financeiras, veio a ser recrutado por um nigeriano para vir ao Brasil com o único propósito de transportar drogas ao exterior, e foi flagrado na posse de 1.680 g (mil seiscientos e oitenta gramas) de cocaína, no momento em que se preparava para embarcar em voo internacional com destino à África do Sul.

Esse fato, que justifica o reconhecimento da causa de aumento de pena por transnacionalidade do tráfico, não leva, por si só, à conclusão de que o recorrente **integrava** organização criminosa.

O exercício da função de “mula”, embora indispensável para o tráfico internacional, não traduz adesão, em caráter estável e permanente, à estrutura de organização criminosa, até porque esse recrutamento pode ter por finalidade um único transporte de droga.

Outrossim, não é possível negar, com base em presunções, ilações ou conjecturas, a aplicação da causa de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06.

Vide o que decidiu o Supremo Tribunal Federal no HC nº 111.309/DF, Primeira Turma, Relator o Ministro **Roberto Barroso**, DJe de 9/4/14,

HABEAS CORPUS EM SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO ORDINÁRIO CONSTITUCIONAL. TRÁFICO INTERNACIONAL DE COCAÍNA. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DA PENA. INEXISTÊNCIA DE PROVA DE QUE O RÉU INTEGRE ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. 1. A causa especial de diminuição de pena

HC 134597 / SP

do art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006 não pode ser indeferida com apoio em ilações ou em conjecturas de que o réu se dedique a atividades ilícitas ou integre organização criminosa. 2. Sentença de primeiro grau que reconheceu, com apoio na prova judicialmente colhida, o preenchimento de todos os requisitos indispensáveis ao reconhecimento da minorante em causa. 3. *Habeas Corpus* extinto sem resolução de mérito por inadequação da via processual. 3. Ordem concedida de ofício para restabelecer a sentença de primeiro grau, no ponto específico.'

No mesmo sentido: RHC nº 118.008/SP, Primeira Turma, Relatora a Ministra **Rosa Weber**, DJe de 19/11/13, e HC nº 108.388/SP, Segunda Turma, Relator o Ministro **Gilmar Mendes**, DJe de 22/4/13”.

Na espécie, de forma análoga, o Superior Tribunal de Justiça afastou a incidência da causa de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, diante da mera presunção de que o paciente, por ser “mula”, integrava organização criminosa.

Essa presunção, como exposto, ausente base empírica idônea que a ampare, não pode subsistir, razão por que se impõe seja restabelecido o acórdão do Tribunal Regional Federal.

Finalmente, no tocante ao **quantum** de redução de pena, as instâncias ordinárias entenderam que,

“nos casos em que não esteja comprovado que o agente integra, em caráter permanente e estável, a organização criminosa, possuindo ele a consciência de que está a serviço de um grupo com tal natureza, vem decidindo esta Colenda Turma 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 40, da Lei Antidrogas, de 2/3 (dois terços) da reprimenda, nitidamente reservada para casos menos graves, a depender da intensidade

HC 134597 / SP

do auxílio prestado pelo réu.

(...)

No caso concreto, o réu é primário, com bons antecedentes. As circunstâncias indicam que se está diante da chamada "mula", pessoa, contratada para transportar substância entorpecente, o que, de "per si", denotam o caráter lucrativo e profissional da atividade, não sendo suficientes para ,comprovar que seja integrante de organização criminosa. O réu serviu como "mula" 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 mínimo legal, ou seja, 1/6 (um sexto)".

O percentual de redução, portanto, foi fixado no mínimo legal, em atenção ao grau de auxílio prestado pelo paciente ao tráfico internacional.

Assim, diversamente do que sustenta a impetrante, existe motivação idônea para a incidência, no piso legal, da causa de diminuição de pena.

Esse entendimento encontra amparo na jurisprudência desta Corte:

"HABEAS CORPUS. PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. PENA-BASE DEVIDAMENTE FUNDAMENTADA. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI 11.343/2006. APLICAÇÃO EM SEU GRAU MÍNIMO (1/6). FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. PENA SUPERIOR A 4 ANOS DE RECLUSÃO. OBRIGATORIEDADE DO REGIME INICIAL FECHADO. INCONSTITUCIONALIDADE DO § 1º DO ART. 2º DA LEI 8.072/1990 (REDAÇÃO CONFERIDA DA PELA LEI 11.464/2007). ORDEM CONCEDIDA EM PARTE.

I – Não prospera a alegação de ausência de fundamentação idônea na exasperação da pena-base, que foi aumentada em 1 ano (num intervalo de 10 anos) com supedâneo em quatro circunstâncias judiciais desfavoráveis, valendo anotar que, em se tratando de tráfico, a quantidade da

HC 134597 / SP

droga apreendida é fator que deve preponderar na fixação da reprimenda.

II – O Tribunal Regional Federal da 3ª Região, ao dar parcial provimento à apelação da defesa, fez incidir a causa especial de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006 e estabeleceu a redução na fração 1/6, porque *“as assim denominadas ‘mulas’, conquanto não integrem, em caráter estável e permanente, a organização criminoso, têm plena e perfeita consciência de que estão a serviço de grupo dessa natureza”*, não merecendo, assim, uma redução maior.

III – O juiz não está obrigado a aplicar o máximo da redução prevista quando presentes os requisitos para a concessão desse benefício, possuindo plena discricionariedade para aplicar, de forma fundamentada, a redução no patamar que entenda necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime, como ocorreu no caso concreto.

IV – A reprimenda fixada, definitivamente, em 5 anos, 4 meses e 5 dias de reclusão, num intervalo que varia de 5 a 15 anos, não desbordou os lindes da proporcionalidade e da razoabilidade, não havendo, a meu ver, flagrante ilegalidade ou teratologia que justifiquem a concessão da ordem, sendo certo que não se pode utilizar *‘o habeas corpus para realizar novo juízo de reprovabilidade, ponderando, em concreto, qual seria a pena adequada ao fato pelo qual condenado o Paciente’* (HC 94.655/MT, Rel. Min. Cármen Lúcia).

(...)

(HC nº 115.149/SP, Segunda Turma, Relator o Ministro **Ricardo Lewandowski**, DJe de 2/5/13)“.

Dignas de registro, ainda, por sua pertinência à espécie, as seguintes observações do voto condutor desse acórdão,

*“É importante notar, sobre esse aspecto, que se trata de ré que saiu da sua terra natal (Tailândia) para buscar droga no Brasil, e tinha como destino a cidade de Dubai, nos Emirados Árabes Unidos. **Esse comportamento, sem dúvida, exige uma***

HC 134597 / SP

maior reprovação, justamente porque revela uma audácia maior do que daquele que se atreve a comercializar drogas em pequenos pontos de venda (grifo nosso).

Daí porque o juiz não está obrigado a aplicar o máximo da redução prevista quando presentes os requisitos para a concessão desse benefício, possuindo plena discricionariedade para aplicar a redução no patamar que entenda necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime, como ocorreu no caso concreto.”

No caso concreto, de forma análoga, o paciente 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. O paciente, que é nigeriano, era procedente da Venezuela, e seu destino final era Lagos, na Nigéria.

Correta, portanto, a valoração negativa do auxílio por ele prestado para o tráfico na terceira fase da dosimetria.

Nada há que se reparar, portanto, na fração eleita de redução de pena.

Ante o exposto, concedo a ordem de **habeas corpus** para o fim de cassar o acórdão recorrido e 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.

É como voto.

SEGUNDA TURMA

EXTRATO DE ATA

HABEAS CORPUS 134.597

PROCED. : SÃO PAULO

RELATOR : MIN. DIAS TOFFOLI

PACTE.(S) : ONYEKE SUNDAY EZE

IMPTE.(S) : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO

PROC.(A/S) (ES) : DEFENSOR PÚBLICO-GERAL FEDERAL

COATOR(A/S) (ES) : SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Decisão: A Turma, por votação unânime, concedeu a ordem de *habeas corpus* para o fim de cassar o acórdão recorrido e restabelecer o julgado do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, 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, nos termos do voto do Relator. Falou, pelo Paciente, o Dr. Gustavo de Almeida Ribeiro, Defensor Público Federal. Ausente, justificadamente, o Senhor Ministro Teori Zavascki. Presidência do Senhor Ministro Gilmar Mendes. **2ª Turma**, 28.6.2016.

Presidência do Senhor Ministro Gilmar Mendes. Presentes à sessão os Senhores Ministros Celso de Mello, Cármen Lúcia e Dias Toffoli. Ausente, justificadamente, o Senhor Ministro Teori Zavascki.

Subprocurador-Geral da República, Dr. Odim Brandão Ferreira.

Ravena Siqueira
Secretária