

Aplicação da causa de diminuição de pena do artigo 33, parágrafo 4º, da Lei nº 11.343/2006 às “mulas” do tráfico internacional de drogas: novo enfoque à luz da Lei de Organizações Criminosas



Tiago Bologna Dias

Juiz Federal. Ex-Procurador da Fazenda Nacional. Ex-Advogado da Petrobras Distribuidora S/A. Especialista em Direito Administrativo pela PUC/SP. Graduado pela Universidade de São Paulo – USP.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. “Integrar organização criminosa” conforme a Lei nº 12.850/2013. 3. Dedicção a atividades criminosas – requisito autônomo que não se altera. 4. Conclusão. Referências.

1. Introdução.

Com a reforma do regime legal de combate às drogas promovida em 2006, a Lei nº 11.343/2006 revogou a antiga Lei nº 6.368/1976, promovendo diversas alterações relevantes, dentre as quais a relativa ao limite mínimo da pena privativa de liberdade para o delito de tráfico, passando de três para cinco anos de reclusão, revelando, *prima facie*, maior rigor por parte do legislador.

Não obstante, tendo por premissa que tal reprimenda mínima é demasiado elevada em face daqueles que praticam o delito com menor culpabilidade, introduziu uma nova causa de diminuição, o parágrafo 4º do artigo 33 da citada lei:

Art. 33. Importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer drogas, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar:

Pena - reclusão de 5 (cinco) a 15 (quinze) anos e pagamento de 500 (quinhentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa. (...)

§ 4º. Nos delitos definidos no *caput* e no § 1º deste artigo, as penas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, vedada a conversão em penas restritivas de direitos, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se

dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa. (Vide Resolução nº 5, de 2012)

O dispositivo traz quatro requisitos subjetivos cumulativos, todos relativos à culpabilidade, quais sejam, *ser primário, com bons antecedentes, não se dedicar a atividades criminosas nem integrar organização criminosa*.

Ocorre que o conceito de *integrar organização criminosa* era, até o advento da nova Lei nº 12.850/2013, extremamente aberto no direito positivo nacional, possibilitando diversas interpretações razoáveis e, assim, levando a uma celeuma jurídica insuperável, notadamente quanto às chamadas “mulas” *eventuais* do tráfico internacional de drogas pela via aeroportuária.

São assim denominados os transportadores de drogas de um país a outro, como passageiros em voos de carreira, que as levam consigo de diversas formas para sua ocultação, como dentro do próprio organismo, em cápsulas ou “camisinhas”; junto ao corpo, sob as vestes; em bagagem de mão ou despachada, normalmente em fundos falsos. Aqueles que assim atuam, sem que haja indício concreto de condutas anteriores em favor do narcotráfico, são considerados *eventuais*, ou também “mulas de primeira viagem”, em contraposição às “mulas profissionais”, aquelas que atuam reiteradamente nesta atividade ilícita.

A questão, que ainda paira sem solução, a despeito do tempo de vigência da lei, é se tais “mulas”, mesmo sendo *eventuais*, integram ou não organização criminosa.

A seriedade da divergência pode ser apurada no exame da jurisprudência da 1ª Seção do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, composta pelas Turmas com competência criminal, com acórdãos ora em um, ora em outro sentido, em reiterados julgamentos de Embargos Infringentes.

Cito aqui dois acórdãos recentes da mes-

ma Seção em sentidos opostos, a evidenciar que a questão está longe de se pacificar:

PENAL. PROCESSUAL PENAL. EMBARGOS INFRINGENTES EM APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO TRANSNACIONAL DE DROGAS. DO-SIMETRIA DA PENA. NATUREZA E QUANTIDADE DA DROGA. FUNÇÃO PREPONDERANTE NA FIXAÇÃO DA REPRIMENDA NO CRIME DE TRÁFICO. ART. 42, DA LEI 11.343/06. COCAÍNA: DROGA ALTAMENTE MALÉFICA. PENA-BASE ELEVADA. CAUSA DE REDUÇÃO DE PENA PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI 11.343/06: INAPLICABILIDADE AOS “MULAS” DO TRÁFICO QUE TRANSPORTAM GRANDE QUANTIDADE DE EMTORPECENTES (*sic*), AINDA QUE DE FORMA EVENTUAL: PROVAS DE INTEGRAÇÃO EM ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. REGIME INICIAL SEMIABERTO DE CUMPRIMENTO DE PENA. IMPOSSIBILIDADE. EMBARGOS INFRINGENTES A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

1. Embargos infringentes com pretensão ao acolhimento do voto vencido que manteve a pena-base no mínimo legal nos termos da sentença e aplicou a causa especial de diminuição de pena prevista no artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, fixando as penas em 04 (quatro) anos, 10 (dez) meses e 10 (dez) dias de reclusão e 486 (quatrocentos e oitenta e seis) dias-multa, bem como fixou o regime inicial semiaberto para o cumprimento da pena privativa de liberdade.

(...)

6. O benefício previsto no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/06 exige que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa. Como a lei utilizou a conjunção “nem”, deduz-se que há diferença substancial entre “se dedicar a atividades criminosas” e “integrar uma organização criminosa”. Integrar não exige habitualidade e permanência, a reiteração de condutas cri-

minosas ou o ânimo de reiterá-las, que está presente em outro requisito, que é o não se dedicar a atividades criminosas. 7. Ainda que o embargante seja primário, de bons antecedentes e que não existam provas de que se dedique a atividades criminosas, se figurou, ainda que de forma eventual, na ponta de uma organização criminosa a ela prestando serviços e colaborando para a distribuição mundial de entorpecentes ao exercer a função de “mula” de grande quantidade de drogas para o exterior mediante remuneração, integrou a organização criminosa, não preenchendo, pois, de forma cumulativa os requisitos exigidos para a aplicação desse benefício.

(...)

(TRF 3ª REGIÃO, EIfNu 0007292-41.2010.4.03.6119/SP, Primeira Seção, Relator Desembargador Federal Antonio Cedenho, j. 19/09/2013, e-DJF3 27/09/2013)

DIREITO PENAL. EMBARGOS INFRINGENTES E DE NULIDADE. TRÁFICO TRANSNACIONAL DE ENTORPECENTES. ART. 33, CAPUT, C.C. ART. 40, I, DA LEI 11.343/06. “MULA” DO TRÁFICO. APLICABILIDADE DO ART. 33, § 4º, DA LEI 11.343/06. NECESSÁRIA ANÁLISE CASO A CASO. IMPOSSIBILIDADE DE EXCLUSÃO A PRIORI. EMBARGOS PROVIDOS.

I) A figura apelidada de “mula”, como é o caso do réu, embora seja essencial ao êxito da traficância transnacional, não pode ser aprioristicamente considerada como integrante de organização criminosa. Tal enquadramento somente é possível mediante a apresentação de provas do envolvimento estável e permanente do acusado com o grupo narcotraficante com o qual colaborou.

II) Não se afigura lícita a presunção em seu desfavor, o que avilta inclusive a verificação empírica dos casos semelhantes, nos quais predomina a cooptação eventual de pessoas das camadas sociais mais pobres e menos instruídas, tentadas a aplacar suas premências financeiras com a incursão na crimina-

lidade pontual.

(...)

(TRF 3ª REGIÃO, EIfNu 0005025-96.2010.4.03.6119/SP, Primeira Seção, Relator Desembargador Federal Cotrim Guimarães, j. 15/08/2013, e-DJF3 23/08/2013)

A divergência foi examinada de forma ampla na edição nº 118 desta Revista,¹ em comentários a acórdão que bem enfocaram as diversas correntes sobre o tema e não pretendo aqui rediscutir os mesmos aspectos.

Ocorre que a nova lei de organizações criminosas, Lei nº 12.850/2013, passa a melhor delimitar no direito positivo o conceito de “integrar organização criminosa”, adotado pelo referido parágrafo 4º do artigo 33 da Lei de Drogas, de forma que a celeuma merece reexame à luz do novo diploma legal.

É o que proponho a seguir, sem pretensão de esgotar este enfoque, senão de trazê-lo para exame e discussão, até porque a lei em tela é muito recente, carente de estudo e aplicação.

2. “Integrar organização criminosa” conforme a Lei nº 12.850/2013.

No âmbito da celeuma posta, a mim parecia que *as chamadas “mulas” do tráfico internacional aeroportuário integrariam organização criminosa, o que não exigiria habitualidade nem maiores comprovações acerca da quantidade de membros e da estrutura em que inseridas.*

Sustentava o posicionamento com base nos irretocáveis argumentos do Eminentíssimo Juiz Federal Alessandro Diaferia, trazidos em

¹ Jurisprudência em Destaque. *Revista do Tribunal Regional Federal da 3ª Região*. São Paulo: Tribunal Regional Federal da 3ª Região, ano XXIV, n. 118, jul./set. 2013, p. 99-148. Acórdão da ACr 0005627-53.2011.4.03.6119, de Relatoria do Desembargador Federal Antonio Cedenho, comentado pelos Juízes Federais Cristiane Farias Rodrigues dos Santos, Leonardo Safi de Melo e Roberto da Silva Oliveira.

diversos acórdãos por Sua Exa. relatados na condição de Juiz Convocado à 1ª Seção, dos quais cito a título de exemplo:

PENAL. TRÁFICO TRANSNACIONAL DE COCAÍNA. MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVADOS. DOSIMETRIA DA PENA. PENA-BASE. NATUREZA E QUANTIDADE DE DROGA. EXASPERAÇÃO. CONFISSÃO ESPONTÂNEA. DIMINUIÇÃO PREVISTA NO § 4º DO ARTIGO 33 DA LEI Nº 11.343/2006. “MULA”. INTEGRANTE DE ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. INAPLICABILIDADE.

(...)

VI - Mesmo em se tratando de acusado primário, portador de bons antecedentes e ausentes provas nos autos de que se dedique a atividades criminosas, a causa de diminuição prevista no artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006 não tem aplicação no caso concreto.

VII - A pessoa que transporta entorpecente em grande quantidade para o exterior efetivamente integra, ainda que de modo eventual, a organização criminosa, atuando mediante remuneração, com despesas totalmente pagas e custeadas previamente.

VIII - Há diferença evidente entre os verbos associar-se e integrar, eis que no primeiro exige-se *affectio*, permanência, atribuição de função, identidade de propósitos, etc.; para o segundo, nada disso é exigível, basta a mera presença de um indivíduo num local com uma função, para que ele esteja integrado ao contexto. Também não se confunde com integrar o significado do verbo pertencer. Pertencer indica relação de propriedade, de vinculação perene ou prolongada. O conceito de integrar não exige tais condições.

IX - No caso das mulas, é evidente que elas integram a organização criminosa na medida em que o seu “trabalho” é uma condição *sine qua non* para a narcotraficância internacional; as mulas têm justamente a função de transportar o entorpecente para o exterior e sabem

dessa circunstância, aceitando tal serviço por razões de diversas ordens, sendo a primeira delas a financeira.

X - Em casos como o presente, a pessoa é contratada para levar grande quantidade de entorpecente para de um país para o outro, “mercadoria” que possui elevadíssimo valor de mercado, o que inclusive é uma das razões para os constantes relatos de ameaças e para o receio em praticar a delação premiada.

XI - Mesmo não existindo uma “tabela oficial” de preços de entorpecente, o julgador não pode desconsiderar a realidade do mundo em que vive, principalmente à vista do resultado de diversas investigações da Polícia Federal que informam, oficiosamente, que um quilograma de cocaína no continente europeu possui o “valor” de cerca de 35.000 Euros, ao passo que o ecstasy, por sua vez, é “comercializado no varejo” ao preço de 35 a 50 reais cada comprimido; por isso, não há como negar que se trata de grande quantidade de dinheiro envolvida em toda a operação criminosa do tráfico, ainda que a quantidades aparentemente reduzidas.

XII - A causa de diminuição em tela não está voltada àquele que pratica o tráfico com uma autêntica estrutura logística voltada à remessa de grandes quantidades de droga para o exterior a partir do Brasil, estrutura essa que começa por recrutar pessoas economicamente desfavorecidas no exterior muitas vezes longínquo (Ásia, Tailândia, Turquia, Leste Europeu, países africanos, todos em condições econômicas sabidamente difíceis e até deploráveis), para vir ao Brasil, aqui permanecer hospedados em hotéis, recebendo grandes quantias em dinheiro (para o padrão do *homo medius* brasileiro), telefones celulares locais e internacionais, roupas, passaportes (por vezes falsos), às vezes até acompanhantes (talvez “olheiros”), unicamente para transportar o entorpecente conforme previamente contratado.

XIII - A sistemática do tráfico transnacional é uma constante, independen-



temente da procedência ou do destino, eis que sempre se constata a extraterritorialidade da conduta, atuando como elo de ligação a pessoa que se dispõe a viajar transportando grande quantidade de entorpecente em prol de uma organização criminosa, proprietária da droga e detentora da logística de seu deslocamento.

XIV - A aplicação do art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06, está voltada ao narcotráfico de menor expressão, que não possui tamanha estrutura e poderio econômico, nem envolve quantidades tão expressivas de entorpecente, aos “microempresários” do tráfico, que definitivamente não são os que atuam no Aeroporto Internacional de São Paulo, em Guarulhos, nem tampouco os que a essa prática aderem.

XV - A pessoa que aceita esse tipo de “trabalho”, a par de demonstrar ter perdido a sua inocência ou ingenuidade e, assim, optado pelo crime, está plenamente ciente do que faz, afirmação que é reforçada pelos constantes relatos de ameaça e pela raridade de delações; ela sabe que está lidando com pessoas inescrupulosas, que vivem do crime e são capazes de cometer atos terríveis para atingir seus objetivos; ela sabe que jamais viria ao Brasil em condições normais e muito menos viajaria para o

exterior para passar um período sem qualquer outra justificativa plausível. Sua única justificativa para a viagem é transportar a droga e, ao final, receber quantia bastante elevada de dinheiro, que certamente levaria muito tempo para amealhar em condições lícitas de trabalho, pois é certo que o caminho estreito é sempre o mais difícil.

XVI - Com efeito, para “integrar a organização criminosa” não é necessária vinculação perene ou prolongada, muito menos saber quem são os donos do entorpecente; os produtores e fabricantes; os pilotos que trouxeram de avião; os gerentes; os preparadores e artesãos que confeccionam os artefatos de dissimulação; basta ter contato com o “aliciador” e o eventual “olheiro”; essa é a forma como ocorre esse tipo de contratação, com a evidente e imprescindível compartimentação de informações, visando justamente a preservar primeiramente a segurança da organização; não saber quem é quem numa organização criminosa é uma medida de segurança para a organização e para o indivíduo que a integra, tanto para afastar riscos de delação, quanto para se esquivar da chamada “queima de arquivo”.

XVII - Precedentes do E. STF (HC nº 106.762, rel. Min. Carmen Lúcia, 1ª Turma), do E. STJ (STJ HC 189979 - SP, 6ª Turma, J: 03/02/2011. Rel. Ministro Og Fernandes, HC 122800 - SP, 5ª Turma, J: 27/04/2009. Rel. Ministro Felix Fischer) e desta E. Corte (TRF3, ACR 32477, 200761190040277/SP, rel. Des. Vesna Kolmar, DJF3 17/11/08 e ACR 2006.61.19.006726-6 27355; Relator: Juiz Convocado Márcio Mesquita; 1ª Seção; D.J: 16/10/2008).

(...)

(TRF 3ª REGIÃO, ACr 0010804-66.2009.4.03.6119/SP, Segunda Turma, Relator para o Acórdão Juiz Federal Convocado Alessandro Diaferia, j. 19/07/2011, e-DJF3 10/08/2011)

Adotando inteiramente a argumentação supra, tomava o *conceito de organização*

criminosa como conceito jurídico-penal relativamente aberto, como de associação narcotraficante com divisão de tarefas, cuja existência em casos tais *se inferia das circunstâncias em que inserido réu*, bem como o de *integrar* como o de mera atuação em favor desta associação, ainda que eventualmente.

Todavia, a questão merece novo enfoque com advento da Lei nº 12.850/2013, pois seu artigo 1º, parágrafo 1º, passa a *definir com precisão o conceito penal de organização criminosa*, “considera-se organização criminosa a associação de 4 (quatro) ou mais pessoas estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas, ainda que informalmente, com objetivo de obter, direta ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza, mediante a prática de infrações penais cujas penas máximas sejam superiores a 4 (quatro) anos, ou que sejam de caráter transnacional”, bem como estabelece novo tipo penal em seu artigo 2º, passando a definir como *delito autônomo* “promover, constituir, financiar ou *integrar*, pessoalmente ou por interposta pessoa, *organização criminosa*” com pena de 3 a 8 anos.

Como se nota, todas as circunstâncias da excludente da causa de diminuição do artigo 33, parágrafo 4º, da Lei de Drogas, “integrar organização criminosa”, são hoje elementos de tipo penal próprio, o que, a meu sentir, traz diversas consequências novas no exame da minorante em tela.

Inicialmente, entendo que não há como se interpretar a mesma expressão legal, *integrar organização criminosa*, de formas diversas para uma e outra lei, sendo as duas leis penais, componentes, assim, de um mesmo microssistema jurídico, ou seja, *o conceito jurídico-penal de integrar organização criminosa deve ser um só*, sob pena de incongruência e desproporcionalidade.

E quem ditará o sentido, o conteúdo e o alcance deste conceito *é a lei nova*, pois *especial* no trato do tema, além de trazê-lo como tipo penal próprio, não como mera circunstância.

Sendo tipo penal próprio, *seus elementos devem ser bem determinados e sempre provados*, pois, a rigor, a mim me parece que agora não há como escapar da conclusão de que dizer que a “mula” do tráfico de drogas integra organização criminosa não somente afasta a causa de diminuição do delito do artigo 33, parágrafo 4º, da Lei de Drogas, *mas também imputa um outro delito*.

Nessa esteira, há de se ter em conta que o conceito de organização criminosa *não pode mais ser tomado de forma aberta e inferida*, mas como “associação de 4 (quatro) ou mais pessoas estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas, ainda que informalmente, com objetivo de obter, direta ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza, mediante a prática de infrações penais cujas penas máximas sejam superiores a 4 (quatro) anos, ou que sejam de caráter transnacional”, isto é, tendo por *elementos essenciais e dependentes de prova*: a presença de *4 ou mais pessoas associadas*, ou seja, em vínculo estável e permanente; de forma *estruturalmente ordenada* e com divisão de tarefas.

Dessa forma, passa-se a não mais poder presumir a existência de organização criminosa se este conceito é legal e caracteriza elemento de tipo, *cabendo à acusação a prova* de que há uma *estrutura ordenada com divisão de tarefas* e que dela participam *quatro ou mais pessoas vinculadas de forma estável e permanente*, para a prática de um número indeterminado de crimes.

Esta prova da existência da associação é de extrema complexidade até mesmo quando os supostos associados são os réus, sendo ainda mais difícil quando são terceiros, caso das “mulas” que se tem como “de primeira viagem” ou eventuais.

Não discordo, a princípio, do raciocínio de que, havendo indícios de sua existência, é ônus da defesa a prova da ausência de organização criminosa para aplicação da minorante, como *circunstância modificativa* da preten-

são punitiva que é, pelo que a acusação não precisaria ser tão rigorosa na demonstração de seus elementos indicativos, desde que esta fosse deduzida das circunstâncias do caso.

Todavia, esta construção só seria válida *se com isso não se imputasse outro crime* àquele que se alega ser seu integrante, como era o caso até o advento da nova lei, quando a corrente por mim até então observada sustentava que a “mula” poderia integrar a organização criminosa, mesmo eventualmente, sem com isso cometer crime de associação para o tráfico, o que se extraía das circunstâncias gerais do caso, sem perquirir acerca do número de agentes, do grau de organização ou da estabilidade do grupo criminoso (vêm ao Brasil com despesas pagas por grupo narcotraficante, previamente ajustadas para retirar a droga com outro agente indicado pelo aliciador, num local planejado, escondê-la de forma predeterminada e entregá-la a outrem no país de destino, conforme o acordado, para obter o pagamento prometido).

Assim, lidava-se meramente com uma circunstância com influência na pena, não com um delito em si.

Mas não é mais esse o caso, pois *integrar* tal forma de associação *passa agora a ser núcleo de tipo*.

E tipo com *pena mínima grave, igual à do crime de associação para o tráfico* que, ao menos à luz da jurisprudência e da doutrina predominantes, *exige estabilidade e permanência*, não bastando a mera eventualidade, além de ter por núcleos outros *promover, constituir e financiar, sob a mesma pena, sem distinção entre membros efetivos e eventuais*.

A exigência de estabilidade e permanência para o crime de associação, que aqui adoto como premissa, para emprestá-la ao delito de organização criminosa, não é pacífica, por isso merece alguma atenção.

De uma análise *prima facie* e literal do tipo penal do artigo 35 da Lei de Drogas,

seria possível concluir da expressão “reiteradamente ou não” que o delito em tela consumir-se-ia com a mera associação eventual de dois ou mais agentes, dispensando estabilidade e permanência.

Contudo, tal interpretação, além de desproporcional, levando a uma pena mínima de oito anos para qualquer delito de tráfico de drogas em concurso de pessoas, acarretaria uma contradição no próprio tipo, resolvida contra o réu, pois a palavra *associar*, núcleo do tipo, pressupõe mais que mera unidade de designios, mas um vínculo estável e permanente.

Dessa forma, a interpretação mais razoável e sistemática é a que equipara o tipo em tela a um *quadrilha ou bando*, artigo 288 do Código Penal, com fim específico e menor número de agentes.

Assim, para a associação não basta o mero *concurso de dois ou mais agentes* para sua configuração, sendo necessário também que haja um *liame associativo de caráter estável e permanente com o fim de praticar um número indeterminado de crimes de tráfico de drogas*.

São três, portanto, os elementos essenciais do crime de associação, como ocorre com o delito geral do Código Penal. Como se nota, ainda que haja planejamento, não há crime de quadrilha ou bando sem o especial fim de praticar diversos crimes, o que também deve ser considerado para a associação para o tráfico de drogas.

Nesse sentido é a doutrina de José Paulo Baltazar Júnior:²

Tenho que a supressão da causa de aumento e mesmo a expressa menção à finalidade de prática reiterada ou não do delito não afastam a exigência do ânimo de estabilidade para o reconhecimento do delito do art. 35 da Lei nº 11.343/06, o que decorre da utilização, no tipo, do

² BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo. *Crimes federais*. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 626.

verbo associar-se, que traduz justamente a ideia de formar associação ou sociedade, e, em consequência, o fim de praticar uma séria indeterminada de crimes, de forma permanente, como se dá com o crime de bando ou quadrilha do art. 288 do CP, do qual o delito de associação para o tráfico constitui forma especial. Tal interpretação evita o apenamento excessivo que decorreria do reconhecimento do concurso material entre os delitos do art. 33 e do art. 35 para todo e qualquer caso de concurso de agentes com fins de tráfico de drogas, caso em que a pena mínima seria de 8 anos de reclusão e 1200 dias-multa, superando, por exemplo, a pena mínima prevista para o homicídio simples, que é de 6 anos de reclusão. Destaco que nem mesmo a possibilidade – nem sempre presente – de aplicação da causa de diminuição do § 4º do art. 33 afastaria o exagero do apenamento na hipótese, uma vez que tal causa de diminuição não é aplicável ao delito de associação.

Também assim é a lição de Alice Bianchini, Luiz Flávio Gomes, Rogério Sanches Cunha e Willian Terra Oliveira:³

A lei revogada previa uma causa de aumento quando a associação fosse eventual (sem estabilidade), é dizer, mero concurso de agentes. A atual aboliu essa majorante, mudança que deve retroagir em benefício do agente, alcançando fatos pretéritos, ainda que acobertados pelo manto da coisa julgada (art. 2º, parágrafo único, do CP). Nem se diga que, agora, a mera reunião ocasional de duas ou mais pessoas passou a subsumir-se ao tipo penal em estudo. A uma, porque a redação do crime autônomo de associação para o tráfico (artigo 14, agora 35) não mudou sua redação. A duas, porque a cláusula “reiteradamente ou não” significa somente que a reunião deve visar

a prática de crimes futuros (no espírito do art. 288 do CP), não dispensando, de modo algum, a estabilidade. A três, porque é do nosso sistema penal (sem exceções) punir o mero concurso de agentes como agravante, causa de aumento ou qualificadora de crime, jamais como tipo básico, um delito autônomo.

No mesmo sentido é a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

HABEAS CORPUS. PACIENTES CONDENADOS POR TRÁFICO DE ENTORPECENTES E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. PLEITO DE ABSOLVIÇÃO QUANTO AO CRIME PREVISTO NO ARTIGO 35 DA LEI 11.343/2006. RECONHECIMENTO PELAS INSTÂNCIAS DE ORIGEM DE QUE TERIA HAVIDO ASSOCIAÇÃO EVENTUAL. NECESSIDADE DE ESTABILIDADE OU PERMANÊNCIA PARA A CARACTERIZAÇÃO DO DELITO DE ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EXISTENTE. ABSOLVIÇÃO QUANTO À ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. CONCESSÃO DA ORDEM.

1. Diante da expressão “reiteradamente ou não”, contida no *caput* do artigo 35 da Lei 11.343/2006, há que se perquirir se para a configuração do delito de associação para o tráfico basta a convergência ocasional de vontades ou a eventual colaboração entre pessoas para a prática delituosa, ou se é necessário, tal como no crime de quadrilha ou bando previsto no Código Penal, que a reunião se dê de forma estável.

2. Para a caracterização do crime de associação para o tráfico, é imprescindível o dolo de se associar com estabilidade e permanência, sendo que a reunião ocasional de duas ou mais pessoas não se subsume ao tipo do artigo 35 da Lei 11.343/2006. Doutrina. Precedentes.

3. As instâncias de origem, tendo reconhecido que a reunião dos pacientes teria sido eventual, a admitiram como apta a configurar o delito de associação para o

3 GOMES, Luiz Flávio; CUNHA, Rogério Sanches (Coords.). *Legislação criminal especial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 210.

tráfico, o que contraria a interpretação majoritária que tem sido conferida ao tipo do artigo 35 da Lei de Drogas.

4. Não havendo qualquer registro, quer na denúncia, na sentença condenatória, ou no aresto que a confirmou, de que a associação dos pacientes teria alguma estabilidade ou caráter permanente, não há que se falar no delito de associação para o tráfico, estando-se diante de mero concurso de pessoas.

5. Ordem concedida apenas para absolver os pacientes do delito de associação para o tráfico, mantendo-se, quanto ao mais, a sentença condenatória prolatada na origem.

(STJ, HC 2009.0101923-9/MS, Quinta Turma, Relator Ministro Jorge Mussi, j. 02/09/2010, DJe 08/11/2010)

O mesmo, *mutatis mutandis*, se pode dizer do delito de integrar organização criminosa.

Ademais, o mero concurso de agentes, quantos forem eles e ainda que de forma premeditada, não acarreta dano à paz pública a ponto de justificar um delito especial com pena mínima de três anos de reclusão, ressaltando-se que não legitima sequer a incidência do tipo do artigo 288 do Código Penal, cuja pena mínima é de apenas um ano.

Por fim, não é irrelevante a consideração do elemento próprio ao delito de organização criminosa, “estrutura ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas”, notadamente quando se fala dos grupos narcotraficantes africanos atuantes no Brasil por meio de “mulas”, os quais, conforme depreendo de casos concretos, não são efetivamente organizados e com bem delimitada divisão de tarefas, sendo mais precisamente um grupo de agentes autônomos, relacionados em redes de conhecidos, que se auxiliam e oferecem seus serviços ilícitos reciprocamente, conforme a disponibilidade e a demanda, assumindo cada um as mais variadas tarefas conforme a proposta ou a necessidade, um mesmo agente sendo ora financiador, ora aliciador,



ora “mula”, ou seja, ainda que se comprove estabilidade e permanência, *seria discutível a efetiva organização*.

Acerca da aplicação intertemporal deste entendimento, não ignoro que a incidência do novo tipo não pode retroagir em prejuízo do réu, mas a interpretação fechada de seus elementos, que advém da Lei nº 12.850/2013, é *favor rei*, devendo ser aplicada em todos os casos.

Portanto, se o agente é primário, de bons antecedentes, não se dedica a atividades criminosas nem integra organização criminosa, ou seja, não atua de forma estável e permanente em favor de estrutura organizada composta por quatro ou mais pessoas, o benefício legal é aplicável.

3. Dedicção a atividades criminosas – requisito autônomo que não se altera.

De outro lado, embora sem tais requisitos não se possa falar em integrar organização criminosa, ainda se mantém cabível o entendimento de que a minorante não incide caso se infira que o réu *se dedica a atividades criminosas*, requisito independente, que se aplica aos casos de “mulas” habituais ou profissionais, a que basta demonstrar que o réu pratica delitos de forma reiterada, pouco importando se em concurso de agentes, com quantas outras pessoas ou o grau de organização.

Tal demonstração, ao contrário do que ocorre com a caracterização de integração em organização criminosa, por esta ser um crime em si, prescinde de prova plena, bastando relevantes indícios, tais como o registro de inúmeras viagens internacionais, em curtos intervalos de tempo, entre países rota de tráfico de drogas, incompatíveis com a condição econômica e profissional do réu e sem justificativa plausível, pois, como já dito, trata-se de causa modificativa da pretensão punitiva, cabendo, assim, o ônus de sua prova ao réu, conforme artigo 156 do Código de Processo Penal.

Dizer que o réu se dedica a atividades criminosas implica afirmar que praticou outros delitos, mas a circunstância é aberta, não especifica crimes, nem contém elementares de tipo penal, portanto, sua constatação por indícios não leva a qualquer outra consequência penal que não o afastamento da causa de diminuição.

A prova plena da existência de outro crime anterior pode levar também à conclusão de que o réu se dedica a atividades delitivas, mas é constatação que diz respeito com maior adequação a outras circunstâncias do mesmo preceito minorante, *primaryidade e bons antecedentes*, estas sim caracterizadas por ausência de condenação anterior com trânsito em julgado.

Contudo, não se dedicar a atividades criminosas é circunstância autônoma, não cabendo interpretação que a esvazie, vale dizer, se há condenação anterior por outro delito, com trânsito em julgado, a pressupor sua prova plena, o benefício é inaplicável, mas por reincidência ou maus antecedentes, conforme o caso; se há indícios relevantes de outro delito anterior, sem sua prova plena, não se aplica a redução em razão da dedicação a atividades criminosas.

Tal interpretação é condizente com os fins da causa de diminuição, pois leva à aplicação de pena significativamente menor apenas caso não haja dúvida acerca da menor culpabilidade do agente.

Assim, os requisitos de não integrar organização criminosa, primaryidade, bons antecedentes e não se dedicar ao crime são distintos e independentes, de forma que, embora a nova lei promova severas alterações na interpretação e aplicação do primeiro, em nada altera o último.

4. Conclusão.

Na linha de todo o exposto, conclui-se que:

- a interpretação do parágrafo 4º do artigo 33 da Lei de Drogas ignorando a Lei nº 12.850/2013 é incabível, sob pena de incongruência no sistema jurídico-penal, pelo que a nova lei impõe uma reanálise da minorante discutida;
- o conceito até então aberto de “integrar organização criminosa” passa agora a ter contornos precisos, além de configurar tipo penal próprio, o que é expresso nos artigos 1º, parágrafo 1º, e 2º, da nova lei;
- tais contornos devem ser considerados no exame da causa de diminuição para o tráfico de drogas, de forma que esta só se afasta em razão de integrar o réu organização criminosa se este se vincular de forma *estável e permanente* em favor de estrutura *organizada* composta por *quatro ou mais pessoas*;
- além disso, sendo esta circunstância agora um crime autônomo, sua caracterização depende de *prova plena*, pois não se está mais no âmbito de circunstância modificativa da pretensão punitiva, mas de elementares de tipo penal, ressaltando-se a incoerência de se dizer que um mesmo fato caracteriza “integrar

organização criminosa” para os fins da Lei de Drogas mas não para os da Lei de Organização Criminosa, que compõem o mesmo sistema jurídico-penal;

- não obstante, ainda se mantém válida a interpretação segundo a qual a causa de diminuição não se aplica em caso de dedicação a atividades criminosas, o que pode ser provado de forma indiciária, bastando a caracterização de que o réu atua de forma criminosa habitualmente, sem outros requisitos, prescindindo também de prova plena, com condenações anteriores com trânsito em julgado, o que diz respeito mais precisamente à primariedade e aos antecedentes.

A rigor, o que se tem é que o sistema penal não comporta mais o afastamento da causa de diminuição discutida em face das “mulas” eventuais ou “de primeira viagem”, sem qualquer indício de reiteração delitiva, mas esta continua inaplicável para aqueles em face de quem parem robustos indícios de habitualidade delitiva, ainda que não em concurso de pessoas, prescindindo da prova plena da prática de outros crimes.

Este é o resultado a que cheguei a partir desta primeira análise sistemática das Leis nºs 11.343/2006 e 12.850/2013, não respondendo, mas colocando a questão, para apreciação dos leitores e ulteriores discussões e aprofundamentos.

Referências.

BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo. *Crimes federais*. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

GOMES, Luiz Flávio; CUNHA, Rogério Sanches (Coords.). *Legislação criminal especial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

JURISPRUDÊNCIA em Destaque. *Revista do Tribunal Regional Federal da 3ª Região*. São Paulo: Tribunal Regional Federal da 3ª Região, ano XXIV, n. 118, p. 99-148, jul./set. 2013.