



Jurisprudência em destaque

APELAÇÃO CRIMINAL
0005627-53.2011.4.03.6119
(2011.61.19.005627-6)

Apelante: DIANA IVANOVA ANDONOVA (ré presa)
Apelada: JUSTIÇA PÚBLICA
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 6ª VARA DE GUARULHOS - SP
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL LUIZ STEFANINI
Revisor: DESEMBARGADOR FEDERAL ANTONIO CEDENHO
Classe do Processo: ACr 49444
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 22/11/2012

EMENTA

PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO TRANSNACIONAL DE DROGAS: ART. 33, *CAPUT*, C/C ART. 40, I DA LEI 11.343/06. MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVADAS. LAUDO PERICIAL ELABORADO EM PARTE DO VOLUME TOTAL DA DROGA: REGULARIDADE: SUBSTÂNCIA INALTERADA: MATERIALIDADE DELITIVA COMPROVADA. AUTORIA E DOLO INEQUÍVOCOS. ERRO DE TIPO NÃO CONFIGURADO. CONDENAÇÃO MANTIDA. DOSIMETRIA DA PENA: PRIMARIEDADE, BONS ANTECEDENTES, AUSÊNCIA DE PROVAS DE MÁ CONDUTA SOCIAL E PERSONALIDADE VOLTADA À PRÁTICA DE CRIMES. 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 EM 1/3. TRANSNACIONALIDADE: CONDUTA DE “EXPORTAR” DROGAS: CAUSA DE AUMENTO DO INC. I DO ART. 40 DA LEI

11.343/06: COMPATIBILIDADE COM O NÚCLEO DO ART. 33 DA LEI 11.343/06: CRIME DE AÇÃO MÚLTIPLA: INEXISTÊNCIA DE “BIS IN IDEM”: MERA DISTÂNCIA ENTRE PAÍSES: IRRELEVÂNCIA: APLICAÇÃO NO MÍNIMO LEGAL. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI 11.343/06: INAPLICABILIDADE: “MULA”: PROVAS DE ENVOLVIMENTO COM ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. PENA DE MULTA: PRECEITO SECUNDÁRIO: LEGALIDADE. MANUTENÇÃO. REGIME DE CUMPRIMENTO DA PENA: INICIAL FECHADO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS: IMPOSSIBILIDADE. AFASTAMENTO. DIREITO DE RECORRER EM LIBERDADE: VEDAÇÃO DECORRENTE DE PRECEITO CONSTITUCIONAL E DE LEI ESPECIAL: CF ART. 5º, XLIII, ART. 2º, II, DA LEI 8.072/90, ARTS. 33, § 1º, 34, 37 E 59 DA LEI 11.343/06.

1. Comprovadas nos autos a materialidade, autoria e dolo do crime previsto no art. 33, *caput*, c/c o art. 40, I, da Lei 11.343/06 praticado pela ré, presa em flagrante nas dependên-

cias do Aeroporto Internacional de Guarulhos/SP, quando tentava embarcar em voo com destino a Lisboa/Portugal, trazendo consigo, para fins de comércio ou entrega de qualquer forma a consumo de terceiros, no exterior, 4.213 g (quatro mil gramas, duzentos e treze gramas) de cocaína, armazenada em um fundo falso de sua bagagem.

2. Os laudos de exame toxicológico não são realizados na totalidade da droga, mas sim em amostras. A cocaína, quando apresentada na forma sólida, não é uma peça única, mas sim um pó, com diversas partículas compactadas. Ainda que ocorra a mistura de outros elementos químicos, a natureza da substância entorpecente não é alterada. Realizada a perícia em parte do volume, extrai-se o resultado para o todo, não se podendo falar em dúvidas acerca da materialidade do crime.

3. O erro sobre elemento do tipo apenas ocorre em circunstâncias extraordinárias, quando há prova irrefutável da ausência de consciência da ilicitude da conduta. Caso em que as alegações da ré, de que acreditava estar transportando medicamentos, não foram comprovadas pela defesa, além de contrariadas pelas circunstâncias dos autos.

4. Condenação mantida.

5. O julgador, na individualização da pena, deve examinar detidamente os elementos que dizem respeito ao fato, segundo os critérios estabelecidos pelo artigo 59 do CP. No caso de tráfico de drogas, há ainda que observar o artigo 42 da Lei 11.343/06, o qual determina expressamente que o Juiz, na fixação da pena, deve considerar, com preponderância sobre as circunstâncias judiciais previstas no artigo 59 do CP, a na-

tureza e quantidade da droga, bem como a personalidade e conduta do agente. Apesar da primariedade e bons antecedentes, a acusada não faz jus à fixação da pena-base no mínimo legal, considerando-se a natureza e quantidade da droga que transportava.

6. Não pode ser considerada de pequena monta a quantidade apreendida nestes autos (mais de quatro quilos), se comparada às quantidades normalmente portadas pelo criminoso no tráfico urbano de varejo, quando é vendida diretamente aos consumidores pelos pequenos traficantes. Ainda que a ré, na qualidade de “mula” do tráfico, não decida acerca da quantidade da droga que irá transportar, é inegável que possui consciência, por agir mediante promessa de pagamento, que estava colaborando com a atuação de uma organização voltada ao tráfico de entorpecentes.

7. A cocaína é tão maléfica ao organismo quanto as demais que são usualmente traficadas, pois vicia facilmente, sendo alta sua lesividade à saúde dos usuários. Por outro lado, a que é normalmente exportada possui grau de pureza altíssimo, sendo misturada a outras substâncias antes da entrega ao consumidor para elevar o rendimento.

8. Manutenção da pena-base em 6 (seis) anos de reclusão.

9. Incidência da causa de aumento de pena prevista no inc. I, do art. 40, da lei de drogas, diante da comprovação da transnacionalidade do tráfico. Não se há de falar em dupla punição pelo mesmo fato ante o argumento de que a conduta de “exportar” está contida no núcleo do art. 33 da Lei 11343/06, que é crime de ação múltipla e prevê a conduta imputada à ré, ou seja, a de transportar ou tra-

zer consigo o entorpecente quando estava em vias de embarcar para o exterior.

10. A simples distância entre países não justifica a aplicação da causa de aumento do inciso I do art. 40 da lei de drogas em patamar acima do mínimo, admitindo-se apenas nos casos em que a droga deixe o território nacional para ser distribuída em mais de um país no exterior. O legislador previu, nos incisos desse artigo, uma série de causas de aumento de pena, que justificam um aumento variável de um a dois terços, porém não estabeleceu os parâmetros para a quantificação do percentual. O índice de aumento deve ser calculado de acordo com as circunstâncias especificamente relacionadas com a causa de aumento, (e não às do crime), e variar de acordo com a quantidade de majorantes que estiverem presentes, de forma que na incidência de apenas um inciso não se justifica a elevação do percentual mínimo. Caso em que a ré foi presa com a droga ainda em território brasileiro e, em que pese sua intenção de levá-la a outro continente, não está comprovado que pretendesse difundi-la em mais de um país. Reduzido o patamar da causa de aumento para um sexto, que totaliza a pena da ré em 7 (sete) anos de reclusão.

11. Impossibilidade de aplicação da causa de redução de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas. Ainda que não se dedique a atividades criminosas e não haja notícias de ter praticado anteriormente algum crime, a ré agiu na condição de “mula” integrando, de maneira voluntária, uma estrutura criminosa voltada à prática do tráfico transnacional de drogas, pois promoveu a conexão entre os membros da

organização, transportando a droga de um país para outro, de forma que não preencheu um dos requisitos necessários para gozar do benefício, que é o de “não integrar organização criminosa”.

12. A imposição de pagamento de pena pecuniária para os crimes não ofende a proibição constitucional de prisão civil por dívida (art. 5º, LXVII, da CF), uma vez que não se está punindo a inadimplência civil, mas sim a prática de um delito. A aplicação da pena pecuniária decorre do preceito secundário expresso no art. 33 da lei de drogas, previsão legal e incondicional, que incide obrigatoriamente em cumulação com a pena privativa de liberdade, independentemente da situação econômica do réu.

13. Nos termos do art. 51 do CP, a pena de multa é considerada dívida de valor após o trânsito em julgado da condenação, aplicando-se-lhe as normas da legislação relativa à dívida ativa da Fazenda Pública, de forma que a pena pecuniária prevista no preceito secundário de um tipo penal não pode ser convertida em pena privativa de liberdade caso não seja paga, cabendo sua execução na forma da legislação tributária, razão pela qual não há possibilidades de que a ré permaneça custodiada por período superior ao da condenação. Pena pecuniária fixada em setecentos dias-multa, no valor unitário estabelecido pela sentença.

14. A Lei 8.072/90, com a alteração da Lei 11.464/07, dispõe que a pena do crime de tráfico de drogas será cumprida inicialmente em regime fechado. Permite-se apenas a progressão para o menos gravoso. O art. 33, § 3º do CP reporta-se expressamente aos critérios estabelecidos pelo art.

59 do mesmo texto legal. Apenas a quantidade da pena não justifica que o réu tenha o direito de iniciar o cumprimento da pena em regime menos gravoso, já que as circunstâncias judiciais consideradas como desfavoráveis na fixação da pena-base repercutem diretamente na fixação do regime inicial de cumprimento da pena. Ademais, no caso concreto, a fixação de regime semi-aberto ou aberto para o cumprimento da pena mostra-se absolutamente insuficiente para prevenção e repressão da conduta, ainda que não fosse legalmente vedada, por ser absolutamente incompatível com o tratamento mais gravoso que o legislador atribuiu aos crimes hediondos e equiparados.*

15. Impossibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos. A conversão não se mostra como medida social recomendável, diante do estímulo para a prática do tráfico de drogas, crime que causa grave lesão ao bem jurídico tutelado (saúde pública), sendo insuficiente para a prevenção e repressão do delito. Ainda que se admita a substituição das penas pelo fato de os estrangeiros serem iguais aos brasileiros perante a Constituição Federal, para a concessão será necessário que não estejam em situação irregular no país e que nele possuam residência fixa.

16. O Plenário do STF declarou, através do “habeas corpus” 97256, pela via incidental, a inconstitucio-

nalidade da expressão “vedada a conversão em penas restritivas de direitos” contida no parágrafo 4º do art. 33, da Lei nº 11.343/06, bem como da expressão “vedada a conversão de suas penas em restritivas de direitos”, constante do art. 44 da mesma lei. Contudo, a ordem não foi concedida para assegurar ao paciente a imediata substituição, mas sim para remover o óbice contido na Lei 11.343/06, devolvendo ao Juízo das Execuções Criminais a tarefa de auferir o preenchimento das condições objetivas e subjetivas para a concessão.

17. Caso em que as particularidades do crime não recomendam a substituição, tendo em vista o grau elevado de culpabilidade da ré, com provas contundentes de que participou de uma organização criminoso complexa, coordenada de forma a aliciar “mulas” para transportar drogas.

18. A proibição da liberdade provisória, nos casos de crimes hediondos e assemelhados, decorre da própria proibição de fiança imposta pela CF, art. 5º, XLIII. O art. 2º, II, da Lei nº 8.072/90 nada mais fez do que atender à norma constitucional, ao considerar inafiançáveis os crimes de tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os crimes definidos como hediondos.

19. A Lei nº 11.343/2006, que é específica para os crimes de tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, no artigo 44 estabelece que os crimes

* Em tempo, o Desembargador Federal Relator do Acórdão alterou seu entendimento para ressaltar que: “a fixação de regime inicial fechado encontra supedâneo no artigo 2º, § 1º, da Lei dos Crimes Hediondos (Lei nº 8.072/90), por ser o tráfico de drogas crime a eles equiparado, conforme previsão constitucional (art. 5º, XLIII, CF). Ocorre que recentemente o Supremo Tribunal Federal declarou a inconstitucionalidade do § 1º. do art. 2º da Lei nº 8.072/90, por meio do julgamento do HC 111840/ES. O magistrado deve se valer, além do *quantum* de pena imposta (art. 33, § 2º, CP), dos critérios previstos no artigo 59 do Código Penal para determinar o regime inicial de cumprimento da pena, conforme exegese do artigo 33, § 3º, do mesmo *codex*”. (TRF3ª Região, Acr 0004010-95.2009.4.03.6000/MS, Quinta Turma, Relator Desembargador Federal Antonio Cedenho, j. 06/05/2013, e -DJF3 17/05/2013).

previstos nos artigos 33, *caput* e § 1º e 34 a 37 são insuscetíveis de sursis, graça, indulto, anistia e liberdade provisória. Dispõe ainda o artigo 59 da mesma lei que, nos crimes de tráfico, o réu não poderá apelar sem recolher-se à prisão, salvo se for primário e de bons antecedentes, assim reconhecido na sentença condenatória. Contudo, não tem o direito de recorrer em liberdade o acusado que permaneceu justificadamente preso durante a instrução criminal, por força de prisão em flagrante ou preventiva, ainda que seja primário e de bons antecedentes. Sobrevindo sentença penal condenatória, um de seus efeitos é a manutenção da custódia do réu para apelar, o que não constitui ofensa à garantia constitucional da presunção de inocência, nos termos da Súmula 09 do STJ, de forma que eventuais condições favoráveis do agente, como primariedade e bons antecedentes, não são garantidoras de direito subjetivo à liberdade provisória, quando outros elementos recomendam a prisão.

20. A vigência da Lei nº 11.464/07, que deu nova redação ao artigo 2º, II, da Lei 8.702/90 afastando a vedação à liberdade provisória aos crimes equiparados a hediondos, não revogou o disposto no artigo 44 da lei 11.343/06 em relação à liberdade provisória, já que a Lei 11.343/06 se trata de legislação especial, que expressamente veda essa concessão aos acusados de tráfico de drogas, não se havendo que falar que o artigo 44 da lei de drogas foi derogado tacitamente pela Lei 11.464/2007, ou em inconstitucionalidade do referido dispositivo legal, uma vez que é fruto da regra constitucional prevista no art. 5º, inc. XLIII da Constituição Federal, e de uma política criminal

mais rigorosa de repressão aos crimes de tráfico.

21. Caso em que a acusada foi presa em flagrante e assim permaneceu durante toda a instrução criminal. Ademais, é estrangeira, sem vínculos com o distrito da culpa, com fortes possibilidades de se evadir se for solta, razão pela qual sua prisão tem por finalidade assegurar a aplicação da lei penal e o próprio resultado do processo, com o cumprimento integral da pena.

22. Apelação a que se dá parcial provimento para reduzir ao mínimo legal de um sexto a aplicação da causa de aumento prevista no inciso I, do artigo 40, da Lei nº 11.343/06, deixando de aplicar a causa de diminuição da pena prevista no § 4º do art. 33, da Lei 11.343/06, fixando a pena da ré em 7 (sete) anos de reclusão e 700 (setecentos) dias-multa.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Quinta Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por maioria, dar parcial provimento à apelação a fim de reduzir ao mínimo legal de 1/6 (um sexto) a aplicação da causa de aumento prevista no artigo 40, inciso I, da Lei nº 11.343/2006, deixando de aplicar a causa de diminuição de pena pela aplicação do art. 33, § 4º da Lei nº 11.343/2006, fixando a pena em 7 anos de reclusão e 700 dias-multa, nos termos do voto do Des. Fed. Antonio Cedenho, acompanhado pela Des. Fed. Ramza Tartuce, vencido o Relator que dava parcial provimento à apelação a fim de reduzir ao mínimo legal de 1/6 (um sexto) a aplicação da causa de aumento prevista no artigo 40, inciso I, da Lei nº 11.343/2006, bem como reconhecer a causa de diminuição de pena prevista no § 4º do artigo 33 daquela Lei e, com isso, reduzir as penas para 5 (cinco)

anos e 10 (dez) meses de reclusão e 583 (quinhentos e oitenta e três) dias-multa.

São Paulo, 22 de outubro de 2012.

Desembargador Federal ANTONIO CEDENHO - Relator para o Acórdão

recurso defensivo.

É o relatório.

À revisão.

Desembargador Federal LUIZ STEFANINI - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal LUIZ STEFANINI (Relator): Trata-se de apelação interposta por Diana Ivanova Andonova, em face da r. sentença que a condenou como incurso nas penas do artigo 33, “caput”, c.c. o art. 40, inciso I, ambos da Lei nº 11.343/2006, a sete anos, dois meses e doze dias de reclusão, em regime inicialmente fechado, e ao pagamento de 600 (seiscentos) dias-multa, no valor unitário mínimo legal.

Em razões de fls. 192/209, a defesa requer, em síntese:

a) a absolvição da apelante em razão de ter praticado o fato sob erro de tipo, pois não sabia que estava trazendo cocaína e sua mala foi trocada;

b) a aplicação da pena-base no mínimo legal;

c) a não aplicação do artigo 40, inciso I, da Lei nº 11.343/2006 (internacionalidade), sob pena de *bis in idem*, pois a conduta de “exportar” já está prevista no “caput” do artigo 33 da Lei 11.343/2006;

d) o reconhecimento da minorante do artigo 33, § 4º, fixado em seu patamar máximo (2/3);

e) a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos;

f) a fixação do regime aberto ou semiaberto;

g) a não aplicação da pena de multa;

Contrarrazões ministeriais, pelo improvimento da apelação.

Em parecer, a Procuradoria Regional da República opinou pelo improvimento do

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal LUIZ STEFANINI (Relator): Segundo a denúncia, no dia 30/05/2011, no saguão do Aeroporto Internacional de São Paulo, em Guarulhos/SP, a apelante foi surpreendida por agentes federais, atuando em fiscalização de rotina, na posse de 4.213g (quatro mil duzentos e treze) gramas de cocaína, na iminência de embarcar em voo com destino a Lisboa/Portugal, estando a droga alojada na bagagem da ré.

A materialidade delitiva restou efetivamente comprovada por meio do Laudo Preliminar de Constatação (fls. 08/09), posteriormente ratificado pelo Laudo Pericial Toxicológico encartado às fls. 139/142, que atesta ser cocaína a substância entorpecente apreendida na posse da acusada.

A autoria, da mesma forma, é inconteste, pois além de ter sido presa em flagrante delito na posse da droga, ao ser interrogada em juízo, a apelante afirmou que ao receber a mala percebeu que estava com peso acima do normal e que sabia que se tratava de algo ilegal, mas como precisava do dinheiro para sustento de sua família, aceitou o encargo. Disse, ainda, que pela empreitada receberia a quantia de quatro a cinco mil euros.

Assim, a sua versão exculpativa de erro de tipo é manifestamente inverossímil, e, nesse sentido, acolho na integralidade os fundamentos esposados em primeiro grau, *verbis*:

(...) A versão da ré é inverossímil e desprovida de qualquer amparo probatório, o que leva à certeza da existência do dolo, ao menos na modalidade eventual.

Com efeito, seria realmente preciso ter uma ingenuidade infantil, totalmente incompatível com experiência de vida e idade da acusada, para acreditar e aceitar que alguém custeasse passagens aéreas, alimentação, hospedagem, além do pagamento de 4 a 5 mil euros, em troca apenas e tão somente do transporte de alguns medicamentos, que sequer lhe foram entregues, apenas tendo recebido uma mala, em seu relato, vazia.

Entendo que nada mais é preciso para se concluir pela presença do dolo na conduta da ré, mesmo porque, como bem esclarecido pelo MM. Juízo “a quo”, é pouquíssimo provável que alguém coloque drogas em mala a ser transportada por outra pessoa, sem que o proprietário da mala saiba do seu conteúdo, sob pena de a substância entorpecente jamais chegar ao seu verdadeiro destinatário, com graves perdas financeiras à organização criminosa.

Por fim, as condições financeiras demonstradas pela acusada dão conta de se tratar ela de típica “mula” do tráfico internacional, ou seja, desempregada, com dificuldades financeiras, e com viagem altamente custosa financiada por terceiros que sequer consegue claramente identificar e cujo intuito (busca de remédios) é obviamente desproporcional ao proveito que seria por ela auferido, qual seja, o recebimento de cinco mil euros pelo transporte escuso.

Outrossim, entendo efetivamente comprovados materialidade, autoria e dolo da ré.

No tocante à transnacionalidade do tráfico, também restou demonstrada ante as circunstâncias da prisão, realizada no Aeroporto Internacional de São Paulo momentos antes de a acusada embarcar com destino a Lisboa, corroboradas pelo passaporte e bilhete de passagem encartados aos autos.

Passo, pois, à análise da dosimetria da pena.

Considerando as circunstâncias judiciais previstas nos artigos 59 do Código Penal

e 42 da Lei Antitóxicos, particularmente, a natureza e a quantidade de substância entorpecente apreendida na posse da ré - 4.213g (quatro mil duzentos e treze) gramas de cocaína, a demonstrar sua maior culpabilidade e as nefastas consequências que seriam trazidas a número relevante de pessoas, a pena-base foi fixada em seis anos de reclusão.

Entendo que referido “quantum” foi correta e proporcionalmente aplicado, pois a quantidade e a natureza da droga (cocaína), apta a causar consequências gravíssimas a relevante número de pessoas e famílias, são circunstâncias que legitimam a fixação da pena-base naquele patamar.

Ausentes agravantes e atenuantes, na terceira e última fase, em razão da transnacionalidade do delito, deve ser retificada a aplicação da causa de aumento prevista no artigo 40, inciso I, da Lei em questão, reduzindo-a para o patamar de 1/6 (um sexto), sendo irrelevante para esta finalidade a distância da viagem que seria empreendida pelo réu, resultando, assim, na pena de sete anos de reclusão.

Nesse sentido, os seguintes precedentes:

(...) Descabida a pretensão da acusação de aumento do percentual em função da distância do destino da droga, o que não se depara de maior censurabilidade, tudo dependendo de casuísmos, numa viagem mais curta mas de riscos maiores podendo o agente revelar maior capacidade para a traficância.

- De ofício reduzida a pena-base ao mínimo legal.

- Recurso da acusação parcialmente provido para afastar a aplicação da causa de diminuição do artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06.

- Recurso da defesa desprovido

(ACR 200961190115808 ACR - APELAÇÃO CRIMINAL - 41416 Relator(a) DESEMBARGADOR FEDERAL PEIXOTO JUNIOR Sigla do órgão TRF3 Órgão julgador QUINTA TURMA Fonte DJF3 CJ1 DATA: 28/10/2010 PÁGINA: 1455)

(...) 5. A circunstância da transnacionalidade restou devidamente comprovada, pelas evidências do flagrante. Já no que concerne à quantidade do aumento, a transnacionalidade no aspecto da distância do destino da droga não se depara de maior censurabilidade, tudo dependendo de casuísmos, numa viagem mais curta mas de riscos maiores podendo o agente revelar maior capacidade para a traficância, pelo que o patamar de $\frac{1}{4}$ fixado na sentença deve ser reduzido para o mínimo previsto.

6. Apelação parcialmente provida.
(ACR 201061190006979 ACR - APELAÇÃO CRIMINAL - 41720 Relator(a) DESSEMBARGADOR FEDERAL ANTONIO CEDENHO Sigla do órgão TRF3 Órgão julgador QUINTA TURMA Fonte DJF3 CJI DATA: 10/03/2011 PÁGINA: 351)

Não há falar-se na ocorrência de “bis in idem”, porquanto o verbo “exportar”, previsto no “caput” do artigo 33 da Lei 11.343/2006 pode significar, como bem esclarecido pela própria defesa, o transporte da droga tanto para o exterior, quanto para os demais Estados ou Municípios da Federação Brasileira.

Nesse sentido, o Dicionário Aurélio prevê expressamente que o verbo “exportar” significa, *verbis*:

Mandar transportar para fora de um país, estado ou município (artigos nele produzidos).

Ocorre, porém, que, exclusivamente quanto ao transporte da droga para o exterior, entendeu o legislador por bem majorar as reprimendas impostas (artigo 40, inciso I, da Lei 11.343/2006), face a maior reprovabilidade da conduta, de forma que as penas mínimas (de reclusão e multa) previstas no “caput” do artigo 33 (5 anos de reclusão e 500 dias-multa) referem-se, tão somente, à exportação da droga entre os estados e municípios brasileiros, se o tráfico for praticado no Brasil, incidindo a majorante do artigo 40, inciso I, apenas quando a exportação realizar-se ao exterior.

Deve-se ressaltar, ademais, que a redação do inciso I do artigo 40 da Lei 11.343/2006, ao externar que a transnacionalidade do tráfico deve ser aferida pelas circunstâncias concretas do fato, possibilita ao interprete concluir que o tráfico de drogas terá caráter transnacional toda vez que estiver presente qualquer liame com o exterior, independentemente de a conduta praticada pelo agente tenha, ou não, voltado-se à exportação ou à importação de entorpecente.

Por todas essas razões, rechaço a alegação de *bis in idem*.

Quanto a não aplicação do § 4º do artigo 33, da Lei nº 11.343/2006 em análise do passaporte da apelante, entranhado aos autos às fls. 80, não há qualquer registro de outras viagens aéreas internacionais, que pudessem indicar dedicação a atividades criminosas em prol de organização criminosa voltada ao tráfico internacional.

Assim, não se pode presumir que a acusada integre a organização que a aliciou, fazendo do crime o seu meio de vida, sob pena de odiosa responsabilização objetiva, de maneira que, à míngua de outros elementos mais consistentes nesse sentido, entendo possível a aplicação, *in casu*, da causa de diminuição em tela, que aplico no patamar de $\frac{1}{6}$ (um sexto), tendo em vista a grande quantidade e a natureza da droga apreendida com a ré.

Dessa forma, a pena se torna definitivamente aplicada em 5 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão.

Não há que se falar na inaplicabilidade da pena de multa, posto que expressamente prevista na legislação de regência, não havendo ressalva no texto da lei.

Ademais, não há inconstitucionalidade no simples fato de referida reprimenda ser mais drástica frente aquela prevista no Código Penal, porquanto é lícito ao legislador infraconstitucional estabelecer parâmetros mais gravosos a determinadas espécies delitivas, nas hipóteses em que o delito também cau-

sar à sociedade consequências mais intensas e danosas, como se dá nos casos dos crimes hediondos e aos a eles equiparados.

Assim, a eventual impossibilidade de cumprimento da pena deverá ser sopesada pelo MM. Juízo das Execuções Penais, em momento oportuno.

Outrossim, sendo proporcionalmente aplicada, resta fixada definitivamente em 583 (quinhentos e oitenta e três) dias-multa.

No que se refere à substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, ausentes estão os pressupostos objetivos à concessão, tendo em vista que fixada reprimenda privativa de liberdade superior a quatro anos de reclusão.

Ainda que assim não fosse, ausentes também estão os pressupostos subjetivos previstos no artigo 44 do Código Penal, porquanto a grande quantidade e a natureza da droga teriam o condão de causar consequências gravíssimas a número relevante de pessoas, não sendo, assim, tal conduta compatível com os escopos da substituição.

Ademais, a apelante é estrangeira, sem vínculos com o Brasil, fator que também inviabilizaria a substituição, já que não haveria como trabalhar lícitamente neste País.

Nesse sentido, colaciono os seguintes precedentes:

Política criminal. Pena de prisão (limitação aos casos de reconhecida necessidade). Entorpecente (tráfico internacional). Estrangeiro não-residente no país (caso). Art. 44 do Cód. Penal (não-aplicação). Substituição da pena (impossibilidade).
1. A norma penal prevê a possibilidade de se aplicarem sanções outras que não a pena privativa de liberdade para crimes de pequena e média gravidade, como meio eficaz de combater a crescente ação criminógena do cárcere (...)
3. *Tratando-se de condenado de nacionalidade outra, certamente tal não impede a substituição da pena privativa*

de liberdade por restritiva de direitos, porquanto brasileiros e estrangeiros são iguais perante a lei - di-lo a Constituição -, pressupondo-se, porém, quanto aos estrangeiros, a regular residência no país (...)

(STJ, RESP 200602656993, Relator(a) NILSON NAVES, SEXTA TURMA, DJE DATA: 16/06/2008 LEXSTJ VOL.:00229 PG:00396) - grifo nosso.

PENAL. PROCESSUAL PENAL. TRÁFICO TRANSNACIONAL DE ENTORPECENTE. MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVADAS. TRANSNACIONALIDADE DEMONSTRADA. INTERNACIONALIDADE. CAUSA DE AUMENTO DE PENA. SUBSTITUIÇÃO POR PENA RESTRITIVA DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. NÃO PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS DO ART. 44 DO CP. APELAÇÃO DESPROVIDA .

(...)

2 - Embora preenchidos os requisitos objetivos constantes dos incisos I e II do art. 44 do CP, a concessão da substituição resultaria inviável pela inadequação do caso aos requisitos subjetivos do inciso III do dispositivo supra mencionado. Trata-se de acusado estrangeiro, em situação irregular no que diz respeito à permanência no território nacional, sem ocupação lícita e que não demonstrou qualquer vínculo com o distrito da culpa. Logo, a substituição de pena privativa por restritiva certamente frustraria a aplicação da lei penal, não se revelando medida recomendável e suficiente para prevenção e repressão do delito em tela (...)

(TRF 3ª REGIÃO, ACR 2010.61.12.005145-5, SP, SEGUNDA TURMA, DJF3 CJ1 DATA: 02/06/2011 PÁGINA: 437, Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL COTRIM GUIMARÃES) - grifo nosso.

HABEAS CORPUS. NARCOTRAFICÂNCIA (...) IMPOSSIBILIDADE DE SUBSTITUIÇÃO POR PENA RESTRITIVA DE DIREITOS. FALTA DO REQUISITO

SUBJETIVO. QUANTIDADE, NATUREZA E FORMA DE TRANSPORTE DA DROGA APREENDIDA. REGIME PRISIONAL. INSTAURAÇÃO DE INQUÉRITO PARA EXPULSÃO DO PACIENTE DO PAÍS. MANUTENÇÃO DO REGIME MAIS GRAVOSO. PARECER DO MPF PELO CONHECIMENTO PARCIAL DO WRIT E, NA EXTENSÃO, PELA DENEGACÃO DA ORDEM. ORDEM DENEGADA.

(...)

2. O óbice à substituição por pena restritiva de direitos e o cumprimento da pena em regime progressivo, ou mesmo em regime inicial aberto, decorre de construção jurisprudencial, que versa sobre a impossibilidade de se reconhecer a progressão de regime prisional a estrangeiro condenado pela prática de crime de tráfico ilícito, que tenha contra si decretada a expulsão, ou esteja em vias de ser decretada, quando não detenha residência fixa no país, sendo esta a hipótese dos autos (...)

(STJ, HC 200801221176, Relator(a) NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, QUINTA TURMA, DJE DATA: 03/11/2010) - grifo nosso.

Não há falar-se em direito à liberdade provisória e ao recurso em liberdade, pois, por primeiro, tendo a acusada sido presa em flagrante e assim permanecido durante todo o processo, com maior razão deve ser mantida a prisão cautelar até o trânsito em julgado, conforme reiterada jurisprudência de nossos tribunais superiores.

Ademais, verifico presentes os pressupostos da prisão preventiva, pois além de a autoria e a materialidade delitivas já terem sido exaustivamente demonstradas, é certo que a acusada é estrangeira, sem vínculos com o Brasil, não havendo qualquer garantia de que, posta em liberdade, se apresente espontaneamente após o trânsito em julgado para o cumprimento de sua pena, circunstância suficiente à manutenção da prisão cautelar, como forma de garantir a aplicação da lei penal.

Ante todo o exposto, *dou parcial provimento* à apelação defensiva, a fim de reduzir ao mínimo legal de 1/6 (um sexto) a aplicação da causa de aumento prevista no artigo 40, inciso I, da Lei nº 11.343/2006, bem como reconhecer a causa de diminuição de pena prevista no § 4º do artigo 33, daquela lei, e, com isso, reduzir as penas para 5 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão e 583 (quinhentos e oitenta e três) dias-multa, mantendo-se, no mais, a r. sentença.

É como voto.

Desembargador Federal LUIZ STEFANINI - Relator

VOTO CONDUTOR

O Exmo. Sr. Desembargador Federal ANTONIO CEDENHO: Trata-se de apelação criminal interposta por DIANA IVANOVA ANDONOVA, natural da Bulgária, contra sentença de fls. 177/188 que a condenou à pena de 7 (sete) anos, 2 (dois) meses e 12 (doze) dias de reclusão, a ser cumprida em regime inicial fechado, e ao pagamento de 600 (seiscentos) dias-multa, no valor unitário mínimo legal, por infração ao artigo 33, *caput*, c/c o artigo 40, I, da Lei 11.343/06.

Segundo a denúncia, no dia 30 de maio de 2011, no saguão do Aeroporto Internacional de São Paulo, em Guarulhos/SP, a acusada foi surpreendida por agentes federais quando prestes a embarcar em vôo com destino a Lisboa/Portugal, na posse de 4.213 g. (quatro mil duzentos e treze gramas) de cocaína, contida em seis embalagens plásticas inseridas em dois fundos falsos de sua bagagem.

Inconformada, a ré apelou. Nas razões de fls. 192/209, requer inicialmente a absolvição, por insuficiência de provas quanto à materialidade delitiva e por ter praticado o crime sob erro de tipo.

Subsidiariamente, requer a aplicação da pena-base no mínimo legal; a exclusão da causa de aumento de pena prevista no artigo

40, inciso I, da Lei nº 11.343/2006; a aplicação da causa de redução de pena prevista no § 4º do artigo 33 da mesma lei no patamar máximo; a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos; a fixação do regime aberto ou semiaberto para o início do cumprimento da pena e a exclusão da pena de multa e o direito de recorrer em liberdade.

Contrarrrazões ministeriais pela manutenção da sentença (fls. 212/226).

A Procuradoria Regional da República, no parecer de fls. 246/254, opina seja negado provimento à apelação.

Inicialmente, não tendo dúvidas em acompanhar o E. Relator no sentido de manter a condenação da ré, pois ao contrário do alegado pela defesa, as provas coligidas pela acusação demonstram de maneira inequívoca que cometeu o crime de tráfico transnacional de drogas.

MATERIALIDADE DELITIVA:

Está consubstanciada pelo laudo de constatação (fls. 8/9) e laudo pericial de fls. 139/142, atestando que a substância entorpecente transportada pela ré foi positiva para cocaína, no peso de quatro mil e duzentos e treze gramas.

Não prospera a alegação da defesa, no sentido de que não há provas da materialidade pelo fato de os laudos terem sido elaborados com base em amostras da substância.

Sabe-se que as perícias não são realizadas na totalidade da droga, mas sim em amostras, e os exames são realizados por peritos criminais federais, funcionários públicos cujas conclusões possuem presunção de veracidade e de legitimidade.

Ademais, também é de conhecimento geral que a cocaína, quando apresentada na forma sólida, não é uma peça única, mas um pó, ou seja, diversas partículas extremamente pequenas. Note-se que, geralmente, tais partículas encontram-se compactadas, sendo impossível que parte da substância não se trate de cocaína, uma vez que todo o volume em pó era formado por substância idêntica. Assim,

realizada a perícia em parte do volume, é óbvio que extrai-se o resultado para o todo.

Mesmo que ocorresse a mistura de outras substâncias em forma de “pó”, somente seria possível vislumbrar alteração na qualidade do entorpecente por ter sido mesclado com outro elemento químico, mas nunca alteração na própria substância que permanece incólume.

AUTORIA DELITUOSA:

Está devidamente comprovada, inicialmente pela prisão em flagrante da acusada, que portava a droga oculta em sua bagagem.

A corroborar a autoria, há o depoimento da testemunha de acusação, Adriano Lopes Bernardes, que participou da prisão da ré e que, em seu depoimento na fase judicial, narrou os fatos tais como descritos na denúncia e no auto de prisão em flagrante.

Consoante consta da sentença (fls. 178 v.), a acusada forneceu a seguinte versão dos fatos:

A acusada informou que não sabia que levava drogas, que a mala não era dela, mas que foi despachada por ela. Inicialmente disse que foi para a Bolívia para turismo, por 11 dias. Depois, que seu marido, de nome Jerry Emeka Okafor, um Nigeriano nascido em 07/02/81, a enviou de Palma de Majorca para Santa Cruz, na Bolívia, para retirar uma mala. Que era seu marido desde 2010, casou-se em Barcelona com ela por amor, mas depois ele ficou na cidade espanhola e ela foi para a Bulgária, nunca mais se viram desde então. Soube depois que ele tinha outra família. Disse que o conheceu no mesmo ano e não sabia o que ele fazia para viver. Depois retificou e disse que ele era vendedor de roupas. Quanto à mala, inicialmente disse que não sabia o que tinha, que ele havia dito a ela que não interessava. Depois retificou e disse que eram remédios, que seriam entregues a seu marido, mas não sabia para quê. Que a viagem

foi custeada por seu marido e que este lhe daria 4 a 5 mil euros pelo trabalho, que a mala seria entregue a ele próprio em Amsterdã/Holanda. Disse que não achava estranho buscar uma mala com remédios por tanto dinheiro, que viu que a mala estava pesada ale, do normal ao recebê-la no aeroporto. Afirmou que sabia que era algo ilegal, mas precisava do dinheiro, para sustento da família. Que o marido não a ajudaria porque ela estava na Bulgária, que quando ele ligou para ela para falar sobre a mala ela achou que era para o divórcio. Foi para a Bolívia com escala no Brasil, lá ficou num hotel, onde foi abordada por um homem que a colocou num táxi, foram até uma favela, onde o homem pegou suas coisas e colocou numa mala azul, a levou até o aeroporto e lá entregou uma mala com a droga. Foi por via aérea para Campo Grande e de lá para São Paulo, para desembarque em Amsterdã, após escala em Lisboa.

DO ALEGADO ERRO DE TIPO:

A defesa, com base nessas declarações da ré, afirma que ela não sabia que estava carregando drogas, razão pela qual estaria isenta de pena, nos termos do artigo 20, § 1º do Código Penal.

É certo que parte dos delitos são praticados tendo como causa erros, juízos falsos, que levam seus autores a realizar condutas tipificadas no Código Penal como crime, e que muitas vezes tais enganos não são espontâneos, mas provocados por terceiras pessoas que se interpõem na mesma relação. Decorre, portanto, a necessidade de se apreciar cuidadosamente os fatos para verificar o dolo, elemento subjetivo, a fim de solucionar a questão da forma mais adequada, prevista na Lei Penal.

Porém, sabe-se ser imprescindível que a defesa comprove a caracterização do erro sobre elementar do tipo penal, que apenas ocorre em circunstâncias extraordinárias, quando há prova irrefutável da ausência de consciência da ilicitude da conduta, não sendo

suficiente meras alegações do réu acerca do desconhecimento da existência da droga.

No caso, a alegação de erro de tipo, além de inverossímil, não tem correspondência com as demais provas e indícios constantes nos autos. Nesse aspecto, merece ser integralmente transcrita a acurada análise do dolo na conduta da ré, realizada pelo MM. Juiz de 1º grau e exposta na fundamentação da sentença, à qual nada mais é preciso acrescentar a fim de solucionar a questão:

A versão da ré é inverossímil e desprovida de qualquer amparo probatório, o que leva à certeza da existência do dolo, ao menos na modalidade eventual.

Com efeito, seria realmente preciso ter uma ingenuidade infantil, totalmente incompatível com experiência de vida e idade da acusada, para acreditar e aceitar que alguém custeasse passagens aéreas, alimentação, hospedagem, além do pagamento de 4 a 5 mil euros, em troca apenas e tão-somente do transporte de alguns medicamentos, que sequer lhe foram entregues, apenas tendo recebido uma mala, em seu relato, vazia.

Ainda que a ré tivesse genuíno amor por seu marido, do que há sérias dúvidas, dadas as peculiaridades do casamento e relação entre ele e a ré. Tal fato não excluiria a evidente suspeita, esperada do homem médio, quando, subitamente, tal pessoa teria se disposto a oferecer proposta tão surreal, custeando todos os gastos de uma viagem internacional extremamente custosa, apenas para que a acusada levasse alguns medicamentos que poderiam facilmente ser entregues via correio, ainda mais levando em consideração que o aliciador sequer vendia tal espécie de produtos, mas sim roupas, na versão da ré.

Ademais, traficante algum colocaria drogas na mala de um terceiro inocente nestas circunstâncias, sob pena de imediato à percepção do engodo. É pouco provável que alguém coloque drogas em uma mala a ser transportada por outra pessoa, sem que o proprietário

da mala saiba de seu conteúdo ilícito. Ainda mais no caso concreto, que diz respeito a substâncias psicotrópicas de elevado valor no mercado. O risco de perda, desvio ou perecimento do objeto ilícito, além da grande possibilidade de o terceiro inocente descartá-lo, por medo de se implicar, ou levá-lo às autoridades, buscando evidenciar sua boa-fé e o cumprimento da lei, evidencia a incoerência da versão.

Com efeito, a colocação de drogas na mala da ré em tais circunstâncias, tomando-a por inocente, levaria a diversos possíveis resultados, mas o único certo seria de que não chegariam ao destino pretendido pelos traficantes, às mãos de outro membro da organização no país de destino.

Corroborando a falsidade de suas alegações e conferindo absoluta certeza à sua culpa, evidenciam-se diversas contradições em seu interrogatório, tendo a ré hesitado em responder por diversas vezes quando confrontada com pontos incoerentes de seu relato.

O peso da mala também é algo que chama a atenção deste Juízo, uma vez que não é possível que a acusada não tenha notado um aumento de peso em sua bagagem de 4.000 g.

Com efeito, a própria ré ressaltou tal peso e afirmou, por fim, saber que poderia estar fazendo algo ilegal, por precisar de dinheiro, mas negou, a todo o momento, que soubesse que levava drogas. Assim, é evidente que ao menos assumiu o risco de transportar internacionalmente objeto ilícito qualquer que fosse sua natureza e quantidade, em adesão livre e consciente aos negócios de organização criminosa internacional (...)

Portanto, demonstradas a materialidade e autoria pela acusação, e diante da ausência de elementos aptos a ilidi-los, resta também evidente o dolo na conduta do apelante que, na condição de “mula”, com consciência e vontade, transportava a droga entre países, razão pela qual *mantenho sua condenação pela*

prática do crime previsto no artigo 33, caput, c/c o artigo 40, I, ambos da Lei 11.343/06.

Dosimetria da pena:

PENA-BASE:

Também concordo com o Eminentíssimo Relator, no tocante à manutenção da pena-base, fixada pela sentença acima do mínimo legal, em seis anos de reclusão e quinhentos e oitenta e três dias-multa, em atenção ao artigo 42, da Lei de drogas, que orienta o Magistrado a considerar, com preponderância sobre as circunstâncias judiciais gerais do art. 59 do CP, a natureza e a quantidade da droga.

Sabe-se que o julgador, na individualização da pena, deve examinar detidamente os elementos que dizem respeito ao fato, segundo os critérios estabelecidos pelo artigo 59 do CP. No caso de tráfico de drogas, há ainda que observar o comando expresso no artigo 42 da Lei 11.343/06, o qual determina expressamente que o Juiz, na fixação da pena, deve considerar, *com preponderância* sobre as circunstâncias judiciais previstas no artigo 59 do CP, a natureza e quantidade da droga, bem como a personalidade e conduta do agente.

No caso, não se há de falar que a quantidade da droga não poderia ser tida como critério para elevação da pena, como afirma a defesa, “já que transportava somente quantidade enquadrável na quota nacional de um único passageiro de cocaína.”

De fato, não pode ser considerada de pequena monta a quantidade apreendida nestes autos (mais de quatro quilos), ainda mais quando comparada às quantidades normalmente portadas pelo criminoso no tráfico urbano de varejo, quando é vendida diretamente aos consumidores pelos pequenos traficantes.

É certo, também, que, como no caso, não foi a ré, na qualidade de “mula” do tráfico que decidiu acerca da quantidade da droga que transportaria. Contudo, é inegável que evidentemente possuía consciência, por agir

mediante promessa de pagamento, que estava colaborando com a atuação de uma organização voltada ao tráfico de entorpecentes, e não como os denominados “aviõezinhos”, que repassam pequenas quantidades de drogas aos usuários.

Tampouco assiste razão à defesa ao requerer a redução da pena-base ao mínimo legal sob o argumento de que a natureza da droga (cocaína) não é tão maléfica ao organismo quanto as demais que são usualmente traficadas (*crack, ecstasy, anfetamina, heroína, LSD, etc.*). De fato, sabe-se que a cocaína é uma droga que vicia facilmente, sendo alta sua lesividade à saúde dos usuários, pois pode levar a óbito ainda que consumida em pequena quantidade. Por outro lado, a cocaína que é normalmente exportada possui grau de pureza altíssimo, sendo misturada a outras substâncias antes da entrega ao consumidor para elevar o rendimento.

Ademais, o bem jurídico tutelado pela Lei 11.343/06 é a saúde pública. Portanto, as consequências do crime de tráfico de drogas são extremamente nefastas, já que objetiva o fornecimento de expressivo numerário aos controladores da mercancia internacional de entorpecente, em prejuízo da saúde e do patrimônio honesto de milhares de cidadãos. Não se pode olvidar também que é um crime que está diretamente vinculado a outras práticas delitivas, em especial os crimes contra a pessoa.

Portanto, ainda que a ré seja primária e não possua antecedentes, porém levando em conta a natureza e a significativa quantidade da droga, bem como a gravidade e consequências do crime, e tendo em vista a larga faixa de graduação da reprimenda corporal prevista pelo preceito secundário do tipo descrito no artigo 33 da Lei 11.343/06 (de cinco a quinze anos de reclusão), penso que se mostra justa e suficiente para a prevenção, reprovação e repressão do crime, a fixação em *seis anos de reclusão*.

Na segunda etapa da individualização da pena, não há circunstâncias atenuantes ou

agravantes a serem consideradas.

TRANSNACIONALIDADE DO TRÁFICO:

Na terceira fase, o MM. Juiz aplicou a causa de aumento da transnacionalidade do tráfico (art. 40, I, da Lei 11.343/06) e aumentou a pena acima do mínimo previsto, em um quinto, considerando a distância efetivamente percorrida pela ré, que transportou drogas da Bolívia para o Brasil com destino à Europa, frustrando o controle de fronteira de dois países.

Inicialmente, destaco que não procede a alegação da defesa, no sentido de que não deve incidir essa causa de aumento sob pena de “bis in idem”, ante o argumento de que a conduta de “exportar” está contida no núcleo do art. 33 da Lei 11.343/06.

De fato, o crime previsto no artigo 33, *caput*, da Lei de drogas é de ação múltipla, e à ré foi imputada a conduta de transportar substância entorpecente apreendida em seu poder, quando estava em vias de embarcar para o exterior.

Desde a vigência da lei anterior, é pacífico o entendimento de que a causa de aumento derivada da internacionalidade do tráfico é aplicável em todas as modalidades do crime, sem que isso implique em dupla valoração pelo mesmo fato, pois o objetivo da majorante é o de punir com maior rigor o comércio com o exterior, com finalidades lucrativas, e não apenas a exportação sem essa finalidade, razão pela qual não há se falar em identidade de elementares do tipo.

Nesse sentido:

PENAL - PROCESSUAL PENAL - TRÁFICO INTERNACIONAL DE ENTORPECENTES - LEI 11.343/2006 - LIBERDADE PROVISÓRIA - IMPOSSIBILIDADE DE CONCESSÃO - RÉU PRESO DURANTE TODO O PROCESSO - ARTIGO 312 CPP - PRESENTES OS REQUISITOS PARA A PRISÃO CAUTELAR - PRELIMINAR

REJEITADA - AUTORIA E MATERIALIDADE DO DELITO AMPLAMENTE COMPROVADAS - INTERNACIONALIDADE DEMONSTRADA - PENA BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL - CONDIÇÕES JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS - CONFISSÃO - CAUSA DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO § 4º, DO ARTIGO 33, DA LEI 11.343/06 - MANUTENÇÃO DO PATAMAR FIXADO - NE *REFORMATIO IN PEJUS* - PENA PECUNIÁRIA REDIMENSIONADA - RECURSO DA DEFESA PARCIALMENTE PROVIDO.

(...)

Não há *bis in idem* na aplicação da causa de aumento referente à internacionalidade do delito, uma vez que, como assinalado pela própria defesa, o verbo exportar significa “vender (algo), remetendo-o para fora do país, estado, município ou região que o produziu”. A conduta de “exportar” não está sendo duplamente considerada para agravar a situação do réu, uma vez que tal conduta até mesmo poderia ter sido praticada, *v. g.*, pela venda de drogas entre dois municípios, devendo, portando, incidir a causa de aumento prevista no inciso I, do artigo 40, da Lei 11.343/06, quando a conduta pretende atingir dois países, como no caso dos autos. 9. É certo, ainda, que o apelante não praticou a conduta de “vender”, mas sim a de “transportar” ou “trazer consigo”, não se podendo falar, *in casu*, em exportação da droga, por parte do réu.

(TRF 3, ACR 200961190052203, Relator(a) JUIZA RAMZA TARTUCE, QUINTA TURMA, DJF3 CJ1 DATA: 27/10/2010 PÁGINA: 810)

APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO TRANSNACIONAL DE DROGAS. ART. 33, *CAPUT*, C/C ART. 40, INCISO I, DA LEI 11.343/06. MATERIALIDADE, AUTORIA E DOLO COMPROVADOS. DOSIMETRIA DA PENA. PENA-BASE. CRITÉRIOS DE FIXAÇÃO. CONFISSÃO ESPONTÂNEA. FATOR DE ATENUAÇÃO. TRANSNACIONALIDADE. ART.

40, I, DA LEI Nº 11.343/06. CAUSA DE MAJORAÇÃO. *BIS IN IDEM*. INOCORRÊNCIA. CAUSA DE REDUÇÃO DO ART. 33, § 4º, DA LEI 11.343/06. APLICABILIDADE. FRAÇÃO DE REDUÇÃO. DELAÇÃO PREMIADA. INEFICÁCIA DO AUXÍLIO PRESTADO PELO ACUSADO. MANUTENÇÃO DA REPRIMENDA. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE INVIÁVEL ANTE O QUANTUM DA PENA. LIBERDADE PROVISÓRIA. PRESENÇA DOS REQUISITOS DA PRISÃO PREVENTIVA. ART. 312 DO CPP. APELO PARCIALMENTE PROVIDO.

(...)

6. Não se vislumbra incompatibilidade da combinação da conduta “exportar” com a aplicação da majorante prevista no artigo 40, inciso I, da Lei nº 11.343/06, já que a exportação constitui um dos verbos nucleares veiculados pelo tipo penal com o agravamento representado pela efetiva transposição das fronteiras nacionais. O objetivo da majorante é punir com maior rigor a atividade dos agentes que apresentam, em sua conduta, uma culpabilidade mais exacerbada, ao demonstrarem a audácia de promover a traficância para fora das fronteiras nacionais ou, em sentido inverso, para dentro delas.

7. Portanto, não se cogita de *bis in idem* se a lei conferiu uma punição mais rigorosa ao agente que pratica as condutas típicas imbuído da pretensão de difundir a droga por outros países, apresentando uma culpabilidade mais intensa do que o criminoso que se presta à prática do mesmo delito no âmbito territorial do mesmo Estado.

8. Além disso, o delito em apreço é de natureza multitudinária, podendo o agente incidir no tipo penal praticando quaisquer um de seus verbos nucleares. No caso vertente, o acusado praticou ao menos dois deles, mais precisamente nas modalidades “trazer consigo” e “guardar”, não tendo logrado êxito, todavia, em alcançar o seu objetivo principal, que era a exportação do narcótico. Assim,

legítima a aplicação da causa especial de aumento.

(TRF3, ACR 200961190091014, Relator(a) JUIZ COTRIM GUIMARÃES, SEGUNDA TURMA, DJ3 CJ1 DATA: 02/09/2010 PÁGINA: 321)

No entanto, nesse aspecto também concordo com o Eminentíssimo Relator, na esteira do entendimento desta Turma no sentido de que a simples distância entre países não justifica a aplicação dessa causa de aumento em patamar acima do mínimo, admitindo-se apenas nos casos em que a droga deixe o território nacional para ser distribuída em mais de um país no exterior.

Ademais, o legislador previu, nos incisos do artigo 40, da Lei 11.343/06, uma série de causas de aumento de pena, que justificam um aumento variável de um a dois terços, porém não estabeleceu os parâmetros para a quantificação do percentual.

À míngua desses critérios, o índice de aumento deve ser calculado de acordo com as circunstâncias especificamente relacionadas com a causa de aumento, (e não às do crime), e variar de acordo com a quantidade de majorantes que estiverem presentes, de forma que na incidência de apenas um inciso não se justifica a elevação do percentual mínimo. Não se deve olvidar ainda a regra do artigo 42 do mesmo texto legal, que determina a consideração da natureza e quantidade da droga para a fixação da pena.

No caso, porém, há que ser considerado que a ré foi presa com a droga ainda em território brasileiro e, em que pese sua intenção de levá-la a outro continente, não está comprovado nos autos que pretendesse difundir-la em mais de um país.

Portanto, penso ser razoável a exasperação da pena no mínimo legal (um sexto), considerando-se a natureza e quantidade da droga e a rota planejada por mais de um continente, não estando evidenciadas outras circunstâncias que justifiquem o agravamento da causa de aumento.

A respeito, confira-se os seguintes excertos de alguns julgados desta Turma:

(...)

16. O caráter transnacional do tráfico restou evidenciado porque o estupefaciente seria transportado entre dois países (Brasil e Malásia), e a mera distância entre os referidos países não se afigura suficiente para justificar a majoração da reprimenda penal em metade, como efetuado pela sentença de primeiro grau: tal causa de aumento poderia incidir em patamar maior se, por exemplo, o entorpecente em questão deixasse o território nacional para ser distribuído em mais de um país no exterior.

17. É de se ressaltar, ainda, que, apesar de integrar a organização criminosa, a apelante não possuía a faculdade de escolher os destinos que percorreria, e que, no caso concreto, a acusada ainda foi presa em solo pátrio, razões pelas quais o aumento referente à internacionalidade do tráfico de drogas não deve ultrapassar seu patamar mínimo.

(...)

(TRF 3, ACR 34767, Relator(a) JUIZ CONVOCADO EM AUXILIO HELIO NOGUEIRA, QUINTA TURMA, DJF3 CJ1 DATA: 13/11/2009 PÁGINA: 693)

PENAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. BENEFÍCIO DO RECURSO EM LIBERDADE. PENA. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DO ART. 33, § 4º DA LEI Nº 11.343/06. TRANSNACIONALIDADE.

A internacionalidade do tráfico se caracteriza pela execução potencial ou efetiva do delito abrangendo o território de mais de um país, não infirmado esta inteligência o pensamento de implicação de “bis in idem” em relação à conduta de exportação, exegese que ignora as características da figura delituosa de conteúdo variado e opera descabida decomposição do tipo penal que como um todo unitário se apresenta à interpretação. Descabida a pretensão da acusação de aumento do percentual em função da distância do destino da droga,

o que não se depara de maior censurabilidade, tudo dependendo de casuísmos, numa viagem mais curta mas de riscos maiores podendo o agente revelar maior capacidade para a traficância, mantido o patamar mínimo previsto na sentença.
(...)

(TRF 3ª REGIÃO, ACR - 2009.61.19.002878-0/SP, QUINTA TURMA, DJF3 CJI DATA:02/07/2010 PÁGINA: 259, Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL PEIXOTO JUNIOR)

Por esses motivos, reduzo o percentual da causa de aumento de pena prevista no artigo 40, I, da Lei 11.343/06 ao mínimo legal (um sexto). Dessa forma, *a pena anteriormente fixada em seis anos de reclusão, com o acréscimo fica estabelecida em 7 (sete) anos de reclusão.*

CAUSA DE REDUÇÃO DE PENA: § 4º DO ART. 33, DA LEI 11.343/06:

Ainda na terceira fase da aplicação da pena, o MM. Juiz deixou de aplicar o benefício previsto no § 4º do artigo 33, da Lei 11.343/06.

Nesse ponto, ousou discordar do voto do E. Relator, que entendeu ser aplicável o benefício no patamar mínimo.

Isso porque essa causa de redução exige a presença de quatro requisitos, que devem ser preenchidos cumulativamente, ou seja, que o agente “seja primário, de bons antecedentes, não se dedique a atividades criminosas nem integre organização criminosa”.

Como a lei utilizou a conjunção “NEM”, deduz-se que há uma diferença substancial entre “se dedicar a atividades criminosas” e “integrar uma organização criminosa”. A dedicação a atividades criminosas exige habitualidade, permanência, conjunção de propósitos, divisão de tarefas, ou seja, que o réu faça do crime seu meio de vida. Por outro lado, para que se afirme que o réu integra uma organização criminosa, basta a prova de que participou da empreitada criminosa de alguma forma.

Assim, quando o parágrafo 4º do artigo 33 da Lei 11.343/06 exige que o agente não integre organização criminosa, significa que não é necessário, para esse fim, que esteja incurso no crime de associação para o tráfico. A reiteração de condutas criminosas no passado, ou o ânimo de reiterá-las futuramente, é elemento caracterizador da estabilidade e permanência, exigíveis para a configuração do crime autônomo de associação para o tráfico (antigo artigo 14 da Lei nº 6.368/75 e atual artigo 35, da Lei nº 11.343/06).

Contudo, no parágrafo 4º do artigo 33, da Lei 11.343/06, não é necessário esse ânimo para que se caracterize a integração em organização criminosa, já que está presente em outro requisito, que é o “não se dedicar a atividades criminosas”. Repito: se a lei exigisse que a prática reiterada de delitos, ou a vontade de praticá-los reiteradamente fosse elemento essencial para a integração a uma atividade criminosa, não teria inserido como requisito da causa de redução de pena a exigência de que o agente também não se dedique a atividades criminosas.

Feitas tais considerações, e passando à análise do caso concreto, é certo que a acusada é primária, sem antecedentes e que não há provas de que se dedique a atividades criminosas.

Entretanto, as circunstâncias do fato, a quantidade da droga e o alto valor pela qual é comercializada também demonstram que a ré integrou uma organização criminosa voltada ao tráfico transnacional de drogas que atua em dois países, na qual há a divisão de tarefas e em que cada integrante tem uma função específica, havendo sempre de um lado um membro da organização que fornece a droga, embala, prepara o local para ocultá-la e, de outro lado, uma pessoa que recebe a droga, prepara para consumo e posteriormente fornece a pessoas que irão vendê-la.

Embora não possa ser considerada como membro efetivo de uma quadrilha ou que não tivesse o ânimo de voltar a delinquir, não há como negar que a ré efetivamente fi-

gurou, ainda que de forma eventual, em uma ponta da organização criminosa voltada ao tráfico internacional de drogas. Integrou a organização ao lhe prestar serviços na condição de “mula” transportando a droga de um para outro país, ao promover a conexão entre seus membros e ao colaborar, como elemento essencial, para o sucesso da atividade ilícita e a distribuição mundial de entorpecentes.

Por esses motivos, comungo do entendimento de que a causa de diminuição prevista no parágrafo 4º do artigo 33 da Lei de drogas não foi criada a fim de ser aplicada a pessoas que, como a ré, participa de organizações criminosas de tráfico internacional de grande poder financeiro e logístico, que distribuem grandes quantidades de entorpecentes, plenamente cientes de que estão se envolvendo com pessoas que vivem do crime, mas sim ao tráfico de menor expressão, que não envolve quantidades tão expressivas de entorpecente; como no tráfico urbano de varejo, onde pequenos distribuidores comercializam drogas em quantidades menores, diretamente aos usuários.

Ressalto que a aplicação indiscriminada dessa causa de redução de pena aos “mulas” do tráfico transnacional de drogas certamente servirá como incentivo para que o Brasil se torne, muito em breve, a principal rota para o transporte de drogas provenientes dos países vizinhos para o exterior, fato incompatível com os vários acordos internacionais sobre o combate às drogas firmados pelo nosso País.

Esse é também o entendimento de parte dos integrantes desta Turma. Confira-se:

PENAL - PROCESSUAL PENAL - TRÁFICO INTERNACIONAL DE ENTORPECENTES - LEI 11.343/2006 - LIBERDADE PROVISÓRIA - IMPOSSIBILIDADE DE CONCESSÃO - RÉU PRESO DURANTE TODO O PROCESSO - ARTIGO 312 CPP - PRESENTES OS REQUISITOS PARA A PRISÃO CAUTELAR - PRELIMINAR REJEITADA - AUTORIA E MATERIALIDADE DO DELITO AMPLAMENTE COMPRO-

VADAS - INTERNACIONALIDADE DEMONSTRADA - AUSÊNCIA DE “BIS IN IDEM” - PENA BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL - CONDIÇÕES JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS - CONFISSÃO - OCORRÊNCIA - CAUSA DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO § 4º, DO ARTIGO 33, DA LEI 11.343/06 - INAPLICABILIDADE - RECURSO DA ACUSAÇÃO PROVIDO - RECURSO DA DEFESA IMPROVIDO.

(...)

O apelante, de forma habitual ou não, integrava associação criminosa, participando, como transportador da droga, de esquema criminoso voltado para o comércio ilícito de entorpecentes, impossibilitando a aplicação do benefício legal previsto no § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/06.

(...)

(TRF 3, ACR 200861190080255, Relator(a) JUIZA RAMZA TARTUCE, QUINTA TURMA, DJF3 CJ1 DATA: 15/06/2010 PÁGINA: 18)

PENAL - PROCESSUAL PENAL - TRÁFICO INTERNACIONAL DE ENTORPECENTES - LEI 11.343/2006 - AUTORIA E MATERIALIDADE DO DELITO AMPLAMENTE COMPROVADAS - INTERNACIONALIDADE DEMONSTRADA - PENA BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL MANTIDA - CAUSA DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO § 4º, DO ARTIGO 33, DA LEI 11.343/06: INAPLICABILIDADE - RECURSO DA DEFESA IMPROVIDO.

1. A autoria e a materialidade do delito restaram bem demonstradas pelo Auto de Prisão em Flagrante, pelo Laudo Preliminar de Constatação, pelo Laudo de Apresentação e Apreensão, pelas Fotos Digitalizadas, pelo Laudo de Exame Químico Toxicológico, com resultado positivo para maconha, pelos depoimentos prestados pelas testemunhas e pelo próprio interrogatório judicial do apelante, que acabou reconhecendo a existência do entorpecente no interior do veículo Astra, embora tenha asseverado desconhecer tal fato.

2. As circunstâncias em que foi realizada a prisão em flagrante do apelante, aliadas aos depoimentos dos agentes policiais, colhidos tanto na fase policial como judicial, confirmam, de forma precisa e robusta, a ocorrência dos fatos delituosos e a responsabilidade do recorrente, que não é excluída com sua pueril alegação de que desconhecia a existência do entorpecente no interior do veículo que conduzia, já que tal versão não se harmoniza com a prova carreada aos autos.

3. A versão de inocência do apelante, além de insulada no acervo probatório, não se afigura verossímil, não sendo crível que o réu aceitasse proposta de paraguai desconhecido para conduzir veículo Astra, recebido de pessoa estranha em território paraguai, até a cidade de Eldorado/MS (tendo como destino final a cidade de São Paulo), obtendo valores em dinheiro para tanto, sem que tivesse ciência que no interior do automóvel houvesse enorme quantidade de estupefaciente (mais de 60 Kg de maconha), o que denota, desde logo, que agia dolosamente, cômico de sua participação na empreitada criminosa. Ademais, ao assumir a responsabilidade de conduzir o veículo Astra, recebido em cidade paraguaia, cumpria-lhe vistoriar o automóvel que recebia, mormente diante da circunstância de já ter sido preso pelo transporte de cigarros também do Paraguai, como declarou em juízo por ocasião de seu interrogatório.

4. A versão do acusado, apresentada por ocasião do interrogatório, deve ser interpretada, apenas, como intenção de eximir-se da responsabilidade penal, pelo que fica rejeitada.

5. No que se refere à fixação da pena-base, como se observa do auto de apreensão e do laudo de exame em substância, foi apreendida, em poder do apelante, razoável quantidade de substância entorpecente, com poder de criar vício e dependência (maconha) e em montante considerável, como já dito (60.715 gramas), o que denota, sem dúvida, uma

maior culpabilidade e lesão mais intensa ao bem jurídico tutelado (saúde pública), justificando o recrudescimento da sanção penal, atendendo, inclusive, o comando normativo inserto no 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 do produto, a personalidade e a conduta social do agente”.

6. Ausentes circunstâncias agravantes ou atenuantes, na terceira fase de fixação da pena, com relação à causa de aumento da pena pela internacionalidade do tráfico de drogas, resta patente a sua configuração. A majorante prevista no artigo 40, inciso I da Lei nº 11.343/06, aplica-se ao tráfico com o exterior, seja quando o tóxico venha para o Brasil, seja quando esteja em vias de ser exportado. Assim, é evidente, *in casu*, a tipificação do tráfico internacional de entorpecentes, já que o apelante, ao ser preso, confessou aos policiais que vinha do Paraguai conduzindo o veículo no qual o entorpecente era transportado.

7. O apelante, de forma habitual ou não, dedicava-se à atividade criminosa de tráfico de entorpecentes, participando, como transportador da droga, de esquema criminoso voltado para o comércio ilícito de entorpecentes, impossibilitando a aplicação do benefício legal previsto no § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/06. Nesta trilha já decidiu o Tribunal Regional Federal da 3a. Região que: “(...) Incabível a aplicação do art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, frente às circunstâncias que norteiam a prática delitiva, a natureza e a grande quantidade de droga apreendida, bem como diante as declarações do réu, que seguramente transportava a droga por conta e ordem de organização criminosa, exercendo a função de mula” (ACR nº 29658 - Proc. nº 2006.61.19.008219-0 - 2ª T. - Rel. Desembargadora Cecilia Mello - DJF3 12.06.08).

8. O benefício não é, pois, cabível, dada a notória lesividade do entorpecente e

sua significativa quantidade, e o fato de o recorrente, no mínimo, estar colaborando diretamente com as atividades de organização criminosa voltada para o comércio ilícito de drogas. Além disso, como se verifica da certidão de fls. e do próprio interrogatório judicial do acusado, constata-se que este já responde a processo criminal por crime de descaminho, dedicando-se, pois, ao desenvolvimento de atividades delituosas, não fazendo jus, também por essa razão, ao benefício legal previsto no § 4º do art. 33 da Lei Antidrogas.

9. Recurso da defesa improvido.
 (TRF 3, ACR 2009.60.06.000074-2/MS, QUINTA TURMA, Fonte: DJF3 CJ1 DATA:13/09/2010 PÁGINA: 626, Relator: JUIZ CONVOCADO EM AUXILIO HELIO NOGUEIRA)

Por esses motivos, deixo de aplicar, na dosimetria da pena da ré, a causa de redução de pena prevista no § 4º do artigo 33, da Lei 11.343/06, razão pela qual a *pena resta definitivamente fixada em 7 (sete) anos de reclusão.*

PENA PECUNIÁRIA:

A pena de multa, nas mesmas proporções, totaliza 700 (setecentos) dias-multa, no valor unitário fixado pela sentença.

Não procedem as alegações da defesa, no sentido de que seja excluída a pena pecuniária.

Alega-se que as “mulas” do tráfico não dispõem de recursos financeiros, de forma que de nada adiantaria a aplicação dessa pena se não há bens a serem penhorados e que, no caso de cumprir totalmente a pena a que foi condenada, a apelante apenas poderá retornar ao seu país de origem após a conclusão do processo de expulsão, que se concretiza com o pagamento integral da multa, que será impossível diante das condições financeiras da ré, o que fará com que permaneça presa por mais tempo do que realmente deveria.

Inicialmente, conigno que não há de se falar que a falta de pagamento da pena

pecuniária se constituiria em ofensa à proibição constitucional de prisão civil por dívida (art. 5º, LXVII, da CF), uma vez que não se está punindo a inadimplência civil, mas sim a prática de um crime.

Por outro lado, a aplicação da pena pecuniária decorre do preceito secundário expresso no artigo 33 da lei de drogas, previsão legal e incondicional, como ocorre com tantos outros tipos penais, e que incide obrigatoriamente em cumulação com a pena privativa de liberdade, independentemente da situação econômica do réu, tendo em vista que não existe, na legislação penal ou processual penal, dispositivo que permita ao juiz isentar o réu do pagamento da pena de multa em razão de insuficiência financeira.

Também não está configurada qualquer afronta ao princípio da isonomia, pois, aqueles que optam pela prática de crimes não podem buscar igualdade com as pessoas que optaram por uma vida honesta, tampouco se podendo cogitar em desrespeito ao mesmo princípio dentre as várias espécies de agentes que cometem o crime de tráfico de drogas.

Deve-se considerar ainda que as “mulas” do tráfico agem sempre movidas pela cobiça, no sentido de obter recompensa financeira patrocinada pelos verdadeiros traficantes, motivo pelo qual a cumulação da pena pecuniária com privativa de liberdade se torna necessária para a prevenção e repressão desse crime.

Assim, se a ré não dispõe de recursos financeiros, tal fato não a isenta do pagamento de multa, justificando apenas a fixação do valor unitário no mínimo legal, como, aliás, acertadamente decidido na sentença.

Por outro lado, a exigibilidade ou não da cobrança da multa trata-se de matéria a ser apreciada em sede de execução.

Ademais, consoante dispõe o artigo 51 do Código Penal, a pena de multa é considerada dívida de valor após o trânsito em julgado da condenação, aplicando-se-lhe as normas da legislação relativa à dívida ativa da Fazenda

Pública, de forma que a pena pecuniária prevista no preceito secundário de um tipo penal não pode ser convertida em pena privativa de liberdade caso não seja paga, cabendo sua execução na forma da legislação tributária, razão pela qual não há possibilidades de que a ré permaneça custodiada por período superior ao da condenação.

Portanto, se a aplicação da pena de multa cumulada com a privativa de liberdade está prevista em lei, respeita o princípio da legalidade e não ofende a Constituição, é de rigor sua aplicação.

Por esses motivos, mantenho a pena pecuniária.

REGIME DE CUMPRIMENTO DE PENA:

Não procede a pretensão da defesa, quanto à fixação de regime inicial de cumprimento de pena menos gravoso do que o fechado.

A Lei 8.072/90, em sua redação original, estabelecia que, no caso do delito de tráfico de entorpecentes, deveria ser imposto o regime integralmente fechado. Com a alteração da Lei 11.464/07, o artigo 2º, § 1º, dessa lei, passou a ter a seguinte redação:

Os crimes hediondos, a prática da tortura, o tráfico de entorpecentes e drogas afins e o terrorismo são insuscetíveis de: (...)

§ 1º: A pena por crime previsto neste artigo será cumprida inicialmente em regime fechado.

Da interpretação desse artigo, denota-se que é imperativo legal que seja cumprida a pena desses crimes em regime inicial fechado, e não integralmente fechado, permitindo-se apenas que seja efetuada a progressão para o menos gravoso. Em outras palavras, foi apenas suprimida a vedação da progressão de regime prisional para os condenados pelos crimes citados.

Ademais, o § 3º do artigo 33 do Código Penal reporta-se expressamente aos critérios

estabelecidos pelo artigo 59 do mesmo texto legal, de maneira que apenas a quantidade da pena não justifica que o réu tenha o direito de iniciar o cumprimento da pena em regime menos gravoso, já que as circunstâncias normadoras da fixação da pena nos crimes de tráfico (art. 42 da Lei 11.343/06) repercutem diretamente na fixação do regime inicial de cumprimento da pena.

No caso concreto, a fixação de regime semi-aberto ou aberto para o cumprimento da pena mostra-se absolutamente insuficiente para prevenção e repreensão da conduta, ainda que não fosse legalmente vedada, por ser absolutamente incompatível com o tratamento mais gravoso que o legislador atribuiu aos crimes hediondos e equiparados.

Nesse sentido:

PENAL. *HABEAS CORPUS*. ARTS. 33, *CAPUT*, DA LEI Nº 11.343/06 E 304, *CAPUT*, DO CÓDIGO PENAL. DOSIMETRIA DA PENA. PENA-BASE. FUNDAMENTAÇÃO. GRANDE QUANTIDADE DE DROGA APREENDIDA. CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL. POSSIBILIDADE. CIRCUNSTÂNCIA ATENUANTE. PERCENTUAL DE REDUÇÃO. JUÍZO DISCRICIONÁRIO. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA. ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/2006. REQUISITOS. PACIENTE QUE SE DEDICA À ATIVIDADE CRIMINOSA. IMPOSSIBILIDADE. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. CRIME EQUIPARADO À HEDIONDO PRATICADO SOB A ÉGIDE DA LEI Nº 11.464/07. REGIME INICIAL FECHADO. *SURSIS*. SUBSTITUIÇÃO DE PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. VEDAÇÃO LEGAL. ART. 44, DA LEI 11.343/2006. (...)

VI - Após a modificação do art. 2º, § 1º, da Lei 8.072/90 pela Lei nº 11.464/07, tornou-se obrigatória a fixação do regime inicial fechado para o cumprimento da pena pelos condenados por crimes hediondos e equiparados, independente do *quantum* da pena. VII - *In casu*,

tendo o paciente cometido o crime sob a égide da Lei nº 11.464/07, é incensurável a fixação do regime inicial fechado para o cumprimento da reprimenda penal.

(...)

(STJ, HC 200901191388, Relator(a) FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, DJE DATA: 12/04/2010)

HABEAS CORPUS. PROCESSO PENAL. REEXAME DAS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS. INADMISSIBILIDADE. REGIME INICIAL. TRÁFICO. SEMIABERTO. ABERTO.

(...)

3. A Lei nº 8.072, de 25.07.90, art. 2º, § 1º, em sua redação original, estabelecia que, no caso do delito de tráfico de entorpecentes, deveria ser imposto o regime integralmente fechado. É implícito que o regime inicial é, de regra, o fechado. A declaração de inconstitucionalidade desse dispositivo pelo Supremo Tribunal Federal, escusado lembrar, incide tão somente quanto ao cumprimento integral, não o inicial. Desse modo, válida a norma na parte em que, por implicação, impunha o regime inicial fechado. Com a superveniência da Lei nº 11.464, de 28.03.07, tornou-se possível a progressão, reafirmando-se claramente que a pena deve ser cumprida no regime inicial fechado. Por fim, os critérios do art. 33 do Código Penal para a determinação não são absolutos, pois o § 3º desse dispositivo reporta-se ao art. 59 do mesmo Código e devem ser avaliados pelo Juiz da fixação do regime de cumprimento da pena.

(...)

(TRF 3, ACR 2010.61.19.003731-9/SP, QUINTA TURMA, DJF3 CJ1 DATA: 15/09/2011 PÁGINA: 720, Relator: DESEMBARGADORA FEDERAL RAMZA TARTUCE)

Por esses motivos, o regime inicial para o cumprimento da pena da acusada deve ser o fechado.

SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE

DIREITOS:

Agiu com acerto o MM. Juiz ao deixar de aplicar a referida substituição.

Em primeiro lugar, a vedação à substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos tem fundamento nos artigos 33, parágrafo 4º e 44, ambos da Lei nº 11.343/06, que proíbem expressamente que a pena privativa de liberdade cominada, embora possa ser objeto de redução, seja convertida em restritiva de direitos, em atenção à função preventivo-repressiva da pena privativa de liberdade como instrumento eficaz ao combate das atividades relacionadas ao tráfico de entorpecentes.

Em que pesem alguns entendimentos em contrário, entendo que a regra prevista no artigo 44 da Lei nº 11.343/2006, ao vedar a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, não fere a Constituição Federal. Ao contrário, a completa, porque tal substituição se mostra incompatível com a necessidade de maior repressão e prevenção aos crimes considerados mais gravosos à sociedade, tais como o de tráfico internacional de entorpecentes, que causa efeitos altamente maléficos aos usuários e à sociedade. Por esses motivos, não se há falar-se em afronta ao princípio da individualização da pena.

Reconheço ainda que o Plenário do STF recentemente declarou, através do “habeas corpus” 97.256, pela via incidental, a inconstitucionalidade da expressão “vedada a conversão em penas restritivas de direitos” contida no parágrafo 4º do artigo 33, da Lei nº 11.343/06, bem como da expressão “vedada a conversão de suas penas em restritivas de direitos”, constante do artigo 44 da mesma lei. Contudo, a ordem não foi concedida para assegurar ao paciente a imediata substituição, mas sim para remover o óbice contido na Lei 11.343/06, devolvendo ao Juízo das Execuções Criminais a tarefa de auferir o preenchimento das condições objetivas e subjetivas para a concessão.

Ainda que seja adotado o entendimento do Supremo Tribunal Federal, há que se con-

siderar que as penas restritivas de direitos dificilmente serão aptas a reprimir o tráfico ilícito de drogas e, portanto, além dos requisitos objetivos exigidos pelo art. 44 do Código Penal, deve haver outros elementos subjetivos altamente favoráveis ao réu para que possa ser concedida a substituição.

No caso, as particularidades não recomendam a substituição, tendo em vista que os elementos dos autos revelaram um grau elevado de culpabilidade da ré, com provas contundentes de que participou de uma organização criminoso complexa, coordenada de forma a aliciar “mulas” para transportar drogas.

Ademais, é estrangeira e não possui vínculos com o nosso país, de forma que facilmente poderá se evadir de permanecer solta, mais um motivo demonstrando não ser recomendável a substituição, por não se mostrar suficiente para a reprovação e a prevenção do crime, inclusive pela repercussão que terá sobre a aplicação da lei penal.

Destaco que esse fato de forma alguma fere o princípio da isonomia, que consiste em conceder tratamento diferenciado para situações distintas.

Levando-se em consideração os motivos e as circunstâncias do crime, observa-se que a substituição da pena privativa de liberdade não se mostra suficiente para impedir que a ré volte a traficar drogas, refreando o desejo de ganho irrefletido de dinheiro. Por outro lado, prestando serviços em instituições públicas, haverá o sério risco de dar continuidade ao crime de tráfico de drogas.

Assim, entendo não ser socialmente recomendável a substituição da pena privativa de liberdade, que deve limitar-se a crimes considerados de menor gravidade, sendo inadequada sua aplicação aos condenados pelo crime de tráfico de drogas por ser por demais branda e insuficiente para reprimir tão grave delito, em nosso país equiparado a hediondo, tendo em vista os terríveis malefícios que causam aos usuários e à sociedade como um todo.

Confira-se alguns julgados acerca desse tema:

HABEAS CORPUS. ART. 10, § 2º, DA LEI Nº 9.437/97. ATIPICIDADE DA CONDUTA. ABOLITIO CRIMINIS TEMPORÁRIA. PRETENDIDO RECONHECIMENTO. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. WRIT NÃO CONHECIDO. (...)

SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. REQUISITOS OBJETIVO E SUBJETIVO. AUSÊNCIA DE PREENCHIMENTO. IMPOSSIBILIDADE DE PROCEDER-SE À PERMUTA.

Inviável substituir-se a pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, haja vista a ausência de preenchimento do pressuposto objetivo previsto no art. 44 do CP e a desfavorabilidade de 2 (duas) circunstâncias judiciais, o que evidencia que, *in casu*, a conversão da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos não se mostrará suficiente para a prevenção e repressão dos delitos denunciados. (...)

(STJ, HC 200901593924, Relator(a) JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, DJE DATA:01/02/2011)

HABEAS CORPUS. NARCOTRAFI-CÂNCIA. CRIME COMETIDO NA VIGÊNCIA DA LEI 6.368/76. PACIENTE CONDENADO A 4 ANOS DE RECLUSÃO, EM REGIME INICIAL FECHADO, E MULTA, POR TRÁFICO INTERNACIONAL DE ENTORPECENTES (ART. 12, *CAPUT*, C/C ART. 18, I, AMBOS DA LEI 6.368/76). INGESTÃO DE 72 CÁPSULAS DE COCAÍNA, PARA COMERCIALIZAÇÃO NO ESTRANGEIRO. PENA-BASE FIXADA NO MÍNIMO LEGAL: 3 ANOS. IMPOSSIBILIDADE DE SUBSTITUIÇÃO POR PENA RESTRITIVA DE DIREITOS. FALTA DO REQUISITO SUBJETIVO. QUANTIDADE, NATUREZA E FORMA DE TRANSPORTE DA DROGA APREENDIDA. REGIME PRISIONAL. INSTAURAÇÃO DE INQUÉRITO PARA EXPULSÃO DO

PACIENTE DO PAÍS. MANUTENÇÃO DO REGIME MAIS GRAVOSO. PARECER DO MPF PELO CONHECIMENTO PARCIAL DO WRIT E, NA EXTENSÃO, PELA DENEGAÇÃO DA ORDEM. ORDEM DENEGADA.

(...)

2. O óbice à substituição por pena restritiva de direitos e o cumprimento da pena em regime progressivo, ou mesmo em regime inicial aberto, decorre de construção jurisprudencial, que versa sobre a impossibilidade de se reconhecer a progressão de regime prisional a estrangeiro condenado pela prática de crime de tráfico ilícito, que tenha contra si decretada a expulsão, ou esteja em vias de ser decretada, quando não detenha residência fixa no país, sendo esta a hipótese dos autos.

(...)

(STJ, HC 200801221176, Relator(a) NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, QUINTA TURMA, DJE DATA: 03/11/2010)

Política criminal. Pena de prisão (limitação aos casos de reconhecida necessidade). Entorpecente (tráfico internacional). Estrangeiro não-residente no país (caso). Art. 44 do Cód. Penal (não-aplicação). substituição da pena (impossibilidade). 1. A norma penal prevê a possibilidade de se aplicarem sanções outras que não a pena privativa de liberdade para crimes de pequena e média gravidade, como meio eficaz de combater a crescente ação criminógena do cárcere.

(...)

3. Tratando-se de condenado de nacionalidade outra, certamente tal não impede a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, porquanto brasileiros e estrangeiros são iguais perante a lei - di-lo a Constituição -, pressupondo-se, porém, quanto aos estrangeiros, a regular residência no país.

(...)

(STJ, RESP 200602656993, Relator(a) NILSON NAVES, SEXTA TURMA, DJE DATA: 16/06/2008 LEXSTJ VOL.: 00229 PG: 00396)

PENAL. PROCESSUAL PENAL. TRÁFICO TRANSNACIONAL DE ENTORPECENTE. MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVADAS. TRANSNACIONALIDADE DEMONSTRADA. INTERNACIONALIDADE. CAUSA DE AUMENTO DE PENA. SUBSTITUIÇÃO POR PENA RESTRITIVA DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. NÃO PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS DO ART. 44 DO CP. APELAÇÃO DESPROVIDA.

(...)

2 - Embora preenchidos os requisitos objetivos constantes dos incisos I e II do art. 44 do CP, a concessão da substituição resultaria inviável pela inadequação do caso aos requisitos subjetivos do inciso III do dispositivo supra mencionado. Trata-se de acusado estrangeiro, em situação irregular no que diz respeito à permanência no território nacional, sem ocupação lícita e que não demonstrou qualquer vínculo com o distrito da culpa. Logo, a substituição de pena privativa por restritiva certamente frustraria a aplicação da lei penal, não se revelando medida recomendável e suficiente para prevenção e repressão do delito em tela;

(...)

(TRF 3ª REGIÃO, ACR 2010.61.12.005145-5, SP, SEGUNDA TURMA, DJF3 CJ1 DATA:02/06/2011 PÁGINA: 437, Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL COTRIM GUIMARÃES)

DIREITO DE RECORRER EM LIBERDADE

Consoante entendimento cediço nas Cortes Superiores, a proibição da liberdade provisória, nos casos de crimes hediondos e assemelhados, decorre da própria proibição de fiança, imposta pela Constituição Federal no artigo 5º, inciso XLIII.

E o artigo 2º, inciso II, da Lei nº 8.072/90, atendendo à norma constitucional, considerou inafiançáveis os crimes de tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os crimes definidos como hediondos.

Por outro lado, a Lei nº 11.343/2006, que é específica para os crimes de tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, no artigo 44 estabelece que os crimes previstos nos artigos 33, *caput* e § 1º e 34 a 37 são insuscetíveis de *sursis*, graça, indulto, anistia e liberdade provisória. Dispõe ainda o artigo 59 da mesma lei que, nos crimes de tráfico, o réu não poderá apelar sem recolher-se à prisão, salvo se for primário e de bons antecedentes, assim reconhecido na sentença condenatória.

Sabe-se, contudo, que não tem o direito de recorrer em liberdade o acusado que permaneceu justificadamente preso durante a instrução criminal, por força de prisão em flagrante ou preventiva, ainda que seja primário e de bons antecedentes e que, sobrevivendo sentença penal condenatória, um de seus efeitos é a manutenção da custódia do réu para apelar, o que não constitui ofensa à garantia constitucional da presunção de inocência, nos termos da Súmula 09 do STJ, de forma que eventuais condições favoráveis do agente, como primariedade e bons antecedentes, não são garantidoras de direito subjetivo à liberdade provisória, quando outros elementos recomendarem a prisão.

Postas tais premissas, verifico que a ré foi presa em flagrante e assim permaneceu durante toda a instrução criminal. É estranha, sem vínculos com nosso país, com fortes possibilidades de se evadir se for solta, razão pela qual sua prisão tem por finalidade assegurar a aplicação da lei penal e o próprio resultado do processo, com o cumprimento integral da pena.

Por outro lado, a mera circunstância de a ré integrar uma organização criminosa dedicada à prática do tráfico de drogas já é suficiente para que permaneça presa, pois sabe-se que essas organizações não se intimidam com ações repressoras no sentido de investigar e punir a ação do grupo, tanto é que a própria Lei nº 9.034/95, que trata das organizações criminosas, prevê expressamente no artigo 7º, que não será concedida liberdade provisória, com ou sem fiança, aos agentes que tenham

tido intensa e efetiva participação na organização criminosa, como no caso.

Assim sendo, para a efetivação da ação repressora do Estado, é necessário que o grupo seja desestruturado, o que somente se obtém com a prisão de todos os seus integrantes, daí porque o principal fundamento para a custódia é a garantia da ordem pública.

E ainda que não mais se justifique o requisito concernente à conveniência da instrução criminal, já que a instrução probatória já foi encerrada, remanesce também a necessidade da garantia da ordem pública e da necessidade de se garantir a aplicação da lei penal, razão pela qual não cabe o deferimento do benefício do apelo em liberdade, quer seja mediante termo de comparecimento (artigo 310, parágrafo único), ou mediante pagamento de fiança (artigo 324, inciso IV).

Nesse sentido:

PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. ART. 33 DA LEI Nº 11.343/06. PRISÃO EM FLAGRANTE. LIBERDADE PROVISÓRIA. PROIBIÇÃO DECORRENTE DE NORMA CONSTITUCIONAL.

I - A proibição de concessão do benefício de liberdade provisória para os autores do crime de tráfico ilícito de entorpecentes está prevista no art. 44 da Lei nº 11.343/06, que é, por si, fundamento suficiente por se tratar de norma especial especificamente em relação ao parágrafo único do art. 310, do CPP.

II - Além do mais, o art. 5º, XLIII, da Carta Magna, proibindo a concessão de fiança, evidencia que a liberdade provisória pretendida não pode ser concedida.

III - Precedentes do Pretório Excelso (AgReg no HC 85711-6/ES, 1ª Turma, Rel. Ministro Sepúlveda Pertence; HC 86814-2/SP, 2ª Turma, Rel. Min. Joaquim Barbosa; HC 86703-1/ES, 1ª Turma, Rel. Ministro Sepúlveda Pertence; HC 89183-7/MS, 1ª Turma, Rel. Ministro Sepúlveda Pertence; HC 86118-

1/DF, 1ª Turma, Rel. Ministro Cezar Peluso; HC 79386-0/AP, 2ª Turma, Rel. Ministro Maurício Corrêa; HC 83468-0/ES, 1ª Turma, Rel. Min. Sepúlveda Perence; HC 82695-4/RJ, 2ª Turma, Rel. Ministro Carlos Velloso)

Habeas corpus denegado.

(STJ - HC 78.237/RS, 5ª Turma, Rel. Ministro FELIX FISCHER, DJU de 24.9.2007)

Diante do exposto, dou parcial provimento à apelação, a fim de reduzir ao mínimo legal de um sexto a aplicação da causa de aumento prevista no inciso I, do artigo 40, da Lei nº 11.343/06, deixando de aplicar a causa

de diminuição da pena prevista no § 4º do art. 33, da Lei 11.343/06, fixando a pena da ré em 7 (sete) anos de reclusão e 700 (setecentos) dias-multa.

Determino o envio de ofício ao Ministério da Justiça, com o escopo de verificação da conveniência e oportunidade da instauração de procedimento administrativo tendente à expulsão da ré DIANA IVANOVA ANDONOVA, a ser efetivada após o cumprimento da pena.

É o voto.

Desembargador Federal ANTONIO CEDENHO - Relator para o acórdão

“A inovação legal tem um nítido caráter de política criminal. Percebam que, com a previsão legal da causa especial de diminuição de pena na Lei de Tóxicos (art. 33, §4º, cabe ao magistrado dar maior amplitude à apreciação do caso concreto, de maneira a individualizar a pena, dando reprimenda menos grave àquele que demonstra menor periculosidade social.”

(Cristiane Farias Rodrigues dos Santos)

“Entendo que a prestação de serviços à organização criminosa voltada para a prática transnacional do tráfico ilícito de entorpecentes, na condição de ‘mula’, mesmo em caráter eventual, inviabiliza a aplicação da causa de diminuição em comento.”

(Leonardo Safi de Melo)

“Para alguns, o simples fato da pessoa ter aceitado o papel de ‘mula’, transportando a droga, já caracterizaria sua participação na organização. Todavia, a resposta para a questão somente pode se calcar nas provas efetivamente produzidas nos autos.”

(Roberto da Silva Oliveira)



Em destaque



Cristiane Farias Rodrigues dos Santos

Juíza Federal da 4ª Turma Recursal. Graduada em Direito pela Universidade Católica de Santos. Doutora em Direito pela Universidade de São Paulo (2002).

1. Considerações introdutórias: a delimitação do problema e a justificação do tema para o início da reflexão.

A inclusão dos transportadores de drogas entre países, as chamadas mulas, em organizações criminosas é um tema polêmico para os desembargadores do Tribunal Regional Federal da 3ª Região. Essas pessoas normalmente são presas em aeroportos ou fronteiras quando tentam levar drogas de um país para outro a mando de algum grupo internacional ligado ao tráfico de drogas.

A jurisprudência divide-se na interpretação da lei. Às mulas pode ser aplicada a causa de diminuição de pena prevista no artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006 (Lei de Tóxicos)? Entre os desembargadores da 3ª região, não existe opinião majoritária quanto à questão.

O embate de opiniões entre os juízes

demonstra a polêmica envolvendo a finalidade da pena para o Direito Penal moderno e a culpabilidade do agente, problemas tão antigos quanto a própria história do Direito Penal.

Sob a égide da lei antiga, Lei nº 6.368/1976, o traficante ocasional recebia a pena na mesma proporção que aquela aplicada ao agente que já se dedicava ao crime de tráfico de forma habitual. Em que pese o diferente grau de envolvimento de cada um com o tráfico de drogas, ambos recebiam do sistema a mesma reprimenda penal. Com a previsão legal da causa especial de diminuição de pena, cabe ao magistrado dar maior amplitude à apreciação do caso concreto, de maneira a individualizar a pena, dando reprimenda menos grave àquele que demonstra menor periculosidade social.

O trabalho ora proposto enfoca a figura do traficante individual e ocasional, primário e de bons antecedentes, inovação trazida pelo § 4º do artigo 33 da Lei nº 11.343/2006 que prevê, como causa de diminuição de pena,

referente ao crime previsto no *caput* e § 1º do mesmo dispositivo legal, que o agente preencha os seguintes requisitos: ter bons antecedentes, não ser dedicado às atividades criminosas nem integrante de organização criminosa.

Objetiva-se trazer à tona a discussão sobre a finalidade da pena para o Direito Penal moderno, o princípio da individualização da pena e a aplicabilidade da causa de diminuição de pena contida no § 4º do artigo 33 da Lei nº 11.343/2006.

2. Princípio da individualização da pena.

Para adequadamente conceituar o princípio da individualização da pena, cabe perquirir o entendimento dado pela doutrina ou pela jurisprudência ao instituto e sua função no ordenamento jurídico.

Assevera Alexandre de Moraes que o princípio da individualização da pena consiste na exigência de uma estreita correspondência entre a responsabilização da conduta do agente e a sanção a ser aplicada, de maneira que a pena atinja as suas finalidades de repressão e prevenção.¹

Apesar da liberdade que o juiz possui para individualização da pena, há vínculos constitucionais e legais que impedem a discricionariedade absoluta nessa matéria. Os limites que se estabelecem são os princípios constitucionais que fundamentam o Direito Penal moderno: dignidade humana, *ultima ratio*, subsidiariedade que decorre da fragmentariedade, necessidade e culpabilidade.²

1 FRIEDE, Reis. *Curso analítico de direito constitucional e de teoria geral do Estado*. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 151; MORAES, Alexandre de. *Direitos humanos fundamentais: teoria geral: comentários aos arts. 1º ao 5º da Constituição da República Federativa do Brasil*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2002, p. 235.

2 TAVARES, Juarez. Critérios de seleção de crimes e cominação de penas. *Revista brasileira de ciências criminais*. São Paulo, SP, número especial de lançamento, 1992, p. 81; FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantis-*

A imposição da pena depende do juízo individualizado da culpabilidade do agente, censurabilidade da conduta do acusado. O E. Supremo Tribunal Federal ressalta que a culpabilidade do agente é a medida da aplicação da pena e que a individualização da pena, que deve ser motivada, é um direito público subjetivo do apenado (HC 72.992-4/SP).³

Consoante manifestação do E. Superior Tribunal de Justiça,⁴ o princípio da individualização da pena, materialmente, significa que a sanção deve corresponder às características do fato, do agente e da vítima. Ou seja, deve haver a adequada sintonia entre a sanção aplicada e todas as circunstâncias do delito.

Comentando essa decisão do E. Superior Tribunal de Justiça, Carmen Silvia de Moraes Barros destaca as funções humanitárias, consentâneas com o respeito às garantias individuais, do princípio constitucional da individualização da pena. Afirma a autora que a pena deve dizer respeito à culpabilidade exteriorizada naquele fato concreto, pois no Estado de Direito o fato se resume a um fragmento estritamente delimitado da vida do

mo penal. Tradução Ana Paula Zomer Sica, Fauzi Hassan Choucr, Juarez Tavares, Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 366 e ss.

3 Como base no princípio da individualização da pena, o STF proferiu julgamentos de grande repercussão nacional em matéria criminal. Na jurisprudência atual da Suprema Corte, não têm sido toleradas normas legais que usurpem do juiz a possibilidade de individualizar a pena de acordo com o caso concreto. No bojo do HC 82.959-7/SP, relatado pelo Min. Marco Aurélio, sagrou-se vencedora a tese de que é inconstitucional o § 2º do artigo 2º da Lei nº 8.072/1990, que, em sua redação original, vedava a progressão de regime em crimes hediondos. Para a Suprema Corte, em certos casos, é possível que pessoa condenada por crime hediondo, por apresentar bom comportamento carcerário e mérito individual, faça jus aos regimes prisionais semiaberto e aberto, respectivamente. No âmbito do HC 97.256/RS, o Plenário, por seis votos a quatro, entendeu que a norma contida no artigo 44 da Lei de Drogas, ao proibir a concessão de penas restritivas de direitos aos condenados pelos crimes de tráfico, violou a individualização da pena, pois é vedado ao legislador subtrair dos magistrados o poder-dever de aplicar a sanção mais adequada e suficiente para punir o réu. *Vide* E. STF, HC 72.992-4/SP, Primeira Turma, Relator Ministro Celso de Mello, j. 21/11/1995 DJ 14/11/1996.

4 STJ, REsp 151.837/MG, Sexta Turma, Relator Ministro Luiz Vicente Cernicchiaro, j. 28/05/1998, DJ 22/06/1998.

autor e não pode implicar uma liquidação geral de contas. Em suma, a pena não pode ser aumentada por razões que não dizem respeito à culpabilidade exteriorizada no fato.⁵

Para José Eduardo Goulart, o princípio da individualização da pena é consequência direta do postulado da personalidade, segundo o qual a pena só pode ser dirigida à pessoa do autor da infração na medida de sua culpabilidade.⁶

O conceito de culpabilidade, por sua vez, teria a função de assegurar ao indivíduo que o Estado não estenda seu poder penal além do que corresponde a sua responsabilidade.⁷

O princípio da culpabilidade adotado pelo Código Penal de 1984,⁸ parte geral, no seu artigo 59, determina que se examine a pessoa do condenado, no sentido de estabelecer a reprovação penal de seu ato, antes da imposição efetiva da pena. Dentro do sistema previsto no referido Código, os limites de

análise judicial estão indicados pelo mínimo e pelo máximo cominados no tipo penal. Esta é a base fixa para a determinação da pena.⁹

Diante dessas preleções, podemos concluir que uma adequada conceituação do princípio da individualização da pena deve ser precedida de uma correta compreensão, sob o ângulo que interessa ao presente estudo, dos institutos da culpabilidade e da pena. Não se pretende aprofundar nesses temas, o que fugiria ao escopo do presente trabalho, mas tão somente dar-lhes uma definição que suporte à conceituação da individualização da pena.

A culpabilidade é definida como o juízo de reprovação da conduta do agente. Quanto maior esse juízo de reprovação, consoante os parâmetros estabelecidos em lei, mais intensa deve ser a pena, e vice-versa. Esse juízo de reprovação, que varia de acordo com os valores sociais de determinado momento, seria efetuado levando-se em conta diversos elementos, todos exteriorizados no fato concreto.¹⁰

Serve a culpabilidade como freio aos eventuais excessos do Estado, pois somente podem ser condenados aqueles que infligiram as normas sociais e merecem reprovação por parte do direito, na medida desse grau de reprovação. Não pode, portanto, a pena passar da pessoa que praticou a conduta culpável; somente ela pode ser punida. O responsável deve ser apenado somente por sua conduta na prática do ato ilícito. Situações alheias à conduta exteriorizada nesse fato não podem servir de fundamento para a pena, pois, de forma diversa, estaria ofendido o disposto no inciso II do artigo 5º da Constituição Federal.

No nosso sistema penal aplica-se o método trifásico de fixação da pena. No âmbito da pena privativa de liberdade, as regras gerais do critério trifásico estão previstas no artigo 68 do Código Penal, segundo o qual se

5 BARROS, Carmem Silvia de Moraes. A fixação da pena abaixo do mínimo legal: corolário do princípio da individualização da pena e do princípio da culpabilidade. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 26, p. 291-295, abr./jun. 1999.

6 GOULART, José Eduardo. *Princípios informadores do direito da execução penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, p. 95-97.

7 KAUFMANN, Arthur. *Filosofia del derecho*. 2. ed. Colômbia: Universidad Externado de Colômbia, 1999, p. 423 e ss. Culpabilidade tem sua origem na liberdade do homem. Liberdade em sentido negativo, segundo Kant.

8 Exposição de motivos da nova Parte Geral do Código Penal, Lei nº 7.209, de julho de 1984. Ver artigo de LEITE, Alaor. Erro, causas de justificação e justificação no novo projeto de Código Penal, Projeto de Lei 236/2012 do Senado Federal. *Revista Liberdades*. IBCCRIM. 2011-2012. Edição Especial: "Nossa parte geral não é antiquada e imprestável e sequer está em descompasso completo com o que há no resto do mundo em matéria de teoria do crime. O discurso de que temos um código editado no Estado Novo, em 1940, serve apenas em relação à parte especial, já que nossa parte geral foi objeto de reforma em 1984, no contexto de redemocratização de nosso país. Se o reformador daquele tempo resolveu manter a estrutura do legislador de 1940 quanto às formas de imputação do crime, o fez conscientemente, especialmente motivado pela ideia de que, no que se refere à parte geral, é preciso manter a estabilidade e mudar apenas diante de comprovados equívocos, com a mais extrema parcimônia. Não é crível que a atual comissão partilhe da ideia de que, a cada nova teoria sobre o dolo, sobre a autoria, deve, então, o legislador alterar a parte geral de um código".

9 CAMARGO, Antônio Luis Chaves. *Sistema de penas e dogmática jurídico-penal e política criminal*. São Paulo: Cultural Paulista, 2002, p. 183 e ss.

10 NUCCI, Guilherme de Souza. *Individualização da pena*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 51 e ss.

obedece à análise de três fases distintas, quais sejam: a etapa da pena-base, da pena provisória e da pena definitiva. Na primeira fase, a da pena-base, o juiz fixará um valor conforme a análise das circunstâncias judiciais do artigo 59 do Código Penal. Somente depois de obtida a pena-base, passa-se à fase seguinte, a da pena provisória, na qual são avaliadas as circunstâncias atenuantes e agravantes. Finalmente, sobre o resultado da operação anterior incidem as causas de aumento e de diminuição da pena, encontradas nas partes geral e especial do Código Penal e, também, em leis especiais. A não observância do critério trifásico gera nulidade da pena fixada, não da condenação. Segundo o artigo 59 do Código Penal, são circunstâncias judiciais a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social, a personalidade do agente, os motivos, o comportamento da vítima, as circunstâncias e as consequências do crime. Destaco que a reincidência é um fator relevante no atual sistema de individualização da pena, impeditivo de muitos benefícios legais ao condenado.

No momento, não nos importará analisar individualmente o conteúdo de cada uma das circunstâncias judiciais do artigo 59 do Código Penal, mas propomos, neste ensaio, estabelecerem-se limites e critérios orientadores quando da fixação da pena-base, fazendo assim uma adequação do Código Penal aos diversos princípios penais, destacando-se, dentre os quais, o da legalidade, artigo 5º, XXXIX, da Constituição Federal; o da necessidade da pena; o da temporariedade dos efeitos da condenação, artigo 5º, XLVII, da Constituição Federal.¹¹

Feitos esses comentários, estamos aptos a conceituar a individualização da pena como: direito público subjetivo de todo condenado a ser submetido a uma pena compatível com

seu grau de culpabilidade, atendidos os limites e parâmetros estabelecidos pela lei. A individualização da pena é o ponto culminante da reprovação penal, após todo o trâmite do processo e a conclusão pela imputação do fato ao agente e sua condenação com uma sanção prevista em lei. A função de individualizar a pena é um ato de suma importância, pois, no momento em que o juiz impõe uma pena ao acusado, ele concretiza uma política criminal erigida pelo legislador.¹² Nesse sentido, diz Jescheck que, ao lado da apreciação da prova e da aplicação do preceito penal, o terceiro ponto culminante do processo criminal é a atividade resolutória.¹³

Em relação à pena, para os fins do presente estudo, é necessário que se estabeleça a sua função.¹⁴ Nosso ordenamento jurídico agasalha dupla finalidade para a pena,¹⁵ nos termos do artigo 59 do Código Penal: retributiva e preventiva.¹⁶

A teoria retributiva parte do pressuposto de que a pena é a justa retribuição ao ilícito cometido. O agente deve passar por um sofrimento proporcional àquele causado com a prática do fato delituoso.¹⁷ A teoria pre-

11 SANTOS, Juarez Cirino. *Teoria da pena: fundamentos políticos e aplicação judicial*. Curitiba: ICPC, Lumen Juris, 2005, p. 108. Devemos ter certo cuidado interpretativo, por exemplo, quando Juarez Cirino dos Santos diz que as circunstâncias judiciais são objeto de arbítrio exclusivo do juiz.

12 SILVA SANCHEZ, Jesús María. *Política criminal y persona*. Airel Derecho, 1996, p. 118.

13 JESCHECK, Hans-Heinrich. *Derecho penal: parte general*. Tradução Jose Luiz Samaniego. Granada: Comares, 1993, p. 40 e ss.

14 GEMAQUE, Silvio César Arouck. *Dignidade da pessoa humana e prisão cautelar*. São Paulo: RCS, 2005.

15 TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos do direito penal*. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 3 e ss.

16 FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Direito penal português*. Lisboa: Aequitas, 1993, p. 258. Segundo o autor, o problema dos fins da pena é um pressuposto lógico, necessário e estrutural do processo de determinação da pena. É um requisito essencial de uma maior certeza e segurança na determinação da pena.

17 MIR PUIG, Santiago. *El derecho penal en el estado social y democrático de derecho*. Barcelona: Ariel Derecho, 1994, p. 34 e ss. Kant e Hegel foram os mais importantes expoentes das teses retribucionistas da pena. Eles defenderam uma concepção absolutista da pena como exigência absoluta de justiça. O Direito Penal liberal permitiu atribuir à pena uma função tanto retributiva como de prevenção, KAUFMAN, ob. cit. Kant entendia que a igualdade era numérica e formal. Ao igual deve retribuir-se exatamente da mesma forma: Lei do talião, olho por olho. Assim, a pena tem natureza retributiva.

ventiva busca associar a pena à produção de efeitos úteis para a sociedade.¹⁸ Tem-se assim a função preventiva – geral, intimidando potenciais delinquentes, e especial, intimidação do agente.

Atualmente, em países como Espanha, Portugal e Alemanha¹⁹ predominam as teses preventivas da pena, a tese retribucionista hoje está superada.²⁰

“Para o legislador, o acusado que foi detido traficando ocasionalmente, merece menor reprovabilidade, ou seja, tratamento mais benéfico.”

3. A causa de diminuição de pena.

Em 23 de agosto de 2006, foi publicada a Lei nº 11.343, cuja ementa dispõe sobre a instituição do Sistema Nacional de Políticas sobre Drogas e a prescrição de medidas para prevenção do uso indevido de drogas, atenção

e reinserção social de usuários e dependentes. O estabelecimento de normas de direito material e processual objetiva a repressão da produção não autorizada e do tráfico ilícito de entorpecentes, definindo crimes e estabelecendo outras providências.²¹

A denominada Nova Lei de Drogas determinou a exasperação das penas cominadas para os crimes de tráfico de drogas e figuras assemelhadas, se comparada com o antigo regramento, Lei nº 6.368/1976. Porém, o legislador inovou ao estabelecer considerável causa de diminuição de pena, em benefício do agente individual, ocasional, primário e de bons antecedentes.

O § 4º do artigo 33 da Lei nº 11.343/2006 dispõe:

Art. 33.

(...)

§ 4º. Nos delitos tipificados no *caput* e no § 1º do artigo 33, as penas poderão ser reduzidas de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços), vedada a substituição em penas restritivas de direitos, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa.

A referida previsão legal consagrou o princípio da individualização da pena previsto na Constituição Federal, pretendendo que o tratamento penal seja totalmente direcionado para as características pessoais do agente. Precisamos destacar que no inciso XLVI do artigo 5º da Constituição Federal encontra-se positivado o princípio da individualização da

18 MIR PUIG, Santiago. *Introducción a las bases del derecho penal*. 2. ed. Buenos Aires: 2002, p. 56 e ss. As teorias preventivas da pena foram idealizadas por Von Liszt, que ressaltava que a função da pena e do Direito Penal era a de proteção dos bens jurídicos mediante a incidência de pena na medida da personalidade do delinquentes para evitar ulteriores delitos. No mesmo sentido, os gregos destacavam que a única finalidade da pena é a prevenção dos delitos. ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. Tradução de Leonel Vallandro e Gerd Bornheim da versão inglesa de W. D. Ross. São Paulo: Abril Cultural, 1984, p. 206. Aristóteles destacava a seus discípulos que a pena tem uma função unicamente de prevenção especial. Atualmente, na Alemanha, Espanha e Portugal predominam as teses preventivas da pena. KAUFMANN, Arthur, ob. cit., p. 304. Aristóteles tinha uma concepção de igualdade distributiva, proporcional. O igual é um ponto médio, dizia ele, o ponto médio entre o muito e o pouco. Para Aristóteles o direito é essencial para a justiça distributiva. Assim, para Aristóteles a justiça é distributiva; para ele a pena tinha uma atribuição de prevenção especial e ressocialização do delinquentes.

19 ROXIN, Claus. *Política criminal e sistema jurídico-penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 28. GRECO, Luis; LOBATO, Danilo (Coord.). *Temas de direito penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 39 e ss. Claus Roxin afirma que um dado sistema que se pretenda frutífero deve apresentar três características principais: clareza conceitual, proximidade à realidade e orientação para fins políticos-criminais. Há necessidade de atrelar o Direito Penal e a política criminal.

20 RODRIGUES, Anabela Miranda. *A determinação da medida da pena privativa de liberdade*. Coimbra: Coimbra, 1995, p. 84 e ss e p. 245 e ss.

21 GOMES, Luiz Flávio (Coord.); BIANCHINI, Alice; CUNHA, Rogério Sanchez; OLIVEIRA, William Terra de. *Lei de drogas comentada*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 06 e ss.

pena. Em linhas gerais, essa norma determina que as sanções impostas aos infratores devem ser personalizadas e particularizadas de acordo com a natureza e as circunstâncias dos delitos e à luz das características pessoais do infrator. Assim, as penas devem ser justas e proporcionais, vedado qualquer tipo de padronização.²²

A intenção da lei é punir com menos rigor o traficante ocasional. O objeto da norma é o traficante episódico, ou seja, aquele que não faz do tráfico o seu meio de vida. Para o legislador, o acusado que foi detido traficando ocasionalmente, merece menor reprovabilidade, ou seja, tratamento mais benéfico.

Na análise do caso concreto, é necessário identificar se o tráfico foi praticado por traficante ocasional, fazendo incidir tratamento mais brando do que o aplicado para o traficante profissional. Em que pese o legislador reconhecer a menor culpabilidade do traficante ocasional em relação ao traficante habitual, manteve a conduta inserida no artigo 33 da Lei nº 11.343/2006, fato que enquadra a conduta do agente como crime equiparado a hediondo, obstaculizando a aplicação de diversos benefícios legais, nos termos do que preconiza o artigo 44 do mesmo diploma legal, o que vem sendo objeto de divisões na doutrina. Essa questão foi recentemente solucionada pelo Pleno do E. Supremo Tribunal Federal, que reconheceu que a causa especial de redução de pena prevista no § 4º do artigo 33 da Lei nº 11.343/2006 não tem o condão de afastar o caráter hediondo do crime de tráfico de drogas, previsto no *caput* do mesmo artigo, para dar a ela definição jurídica diversa e autônoma. Destacou o relator Ministro Celso de Mello que

(...) existe apenas uma diferenciação entre o tráfico praticado pelo grande traficante, pelo criminoso habitual que faz desse crime seu meio de vida, e aquele praticado por pessoas que, embora processadas pelo mesmo delito, possuem

um histórico de vida que as diferencia dos demais traficantes. Contudo, tanto numa hipótese quanto noutra, o crime é de tráfico de drogas.²³

23 A Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal (STF), no dia 27 de novembro de 2012, resolveu submeter ao Plenário da Corte um *Habeas Corpus* (HC 110884) que discute se o chamado “tráfico privilegiado” deve ser considerado crime hediondo. O tráfico privilegiado seria aquele em que as penas podem ser reduzidas de um sexto a dois terços, desde que o réu seja primário, tenha bons antecedentes e não se dedique a atividade criminosa e nem integre organização criminosa, ou seja, não faça do tráfico um meio de vida. O HC foi impetrado pela defesa de A.C.P.S., condenado a 5 anos e 10 meses de reclusão por tráfico internacional de drogas, crime previsto na Lei nº 11.343/2006 (Lei de Drogas). De acordo com a tese sustentada pelos advogados, o acusado teria praticado “tráfico privilegiado”, o que não deve ser considerado hediondo por não estar expressamente identificado no artigo 2º da Lei dos Crimes Hediondos (Lei nº 8.072/1990). O dispositivo, conforme a defesa, faz referência tão somente à figura do tráfico de entorpecentes, nos termos do *caput* do artigo 33 da Lei de Drogas. A defesa também informou que inicialmente recorreu da condenação pedindo indulto com base no Decreto Presidencial nº 6.706/2008, que, segundo argumenta, desqualifica qualquer caráter hediondo do tráfico privilegiado e prevê expressamente que os condenados por tráfico de drogas que tenham sido beneficiados pelo artigo 33, § 4º, da Lei de Drogas podem também se beneficiar do indulto. Esse argumento foi rejeitado pelo juiz das execuções penais. No entanto, houve um mutirão carcerário no local onde o acusado cumpre pena e seu caso foi reexaminado. Na ocasião, o juiz entendeu que ele fazia jus ao indulto porque já teria cumprido um terço de sua pena. Porém, o Ministério Público recorreu e o Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul (TJ-MS) cassou o benefício. A sugestão de submeter a questão ao Plenário foi do ministro Celso de Mello, uma vez que nenhuma das Turmas se pronunciou sobre o tema. O ministro Celso de Mello lembrou que o próprio Ministério Público Federal (MPF) já opinou pela concessão do *Habeas Corpus*. O ministro Ricardo Lewandowski, relator do HC, e os demais integrantes da Segunda Turma concordaram com a sugestão de submeter o caso ao Plenário, “dada a sua relevância e o caráter constitucional da matéria”. No início da sessão, antes da proposta sugerida pelo ministro Celso de Mello, o relator do processo se pronunciou no sentido de que a figura do tráfico privilegiado não retira o caráter hediondo do crime de tráfico de drogas. Ele fez referência à vedação prevista no artigo 44 da Lei nº 11.343/2006, na parte que trata do indulto. O ministro afirmou que o inciso I do artigo 2º da Lei nº 8.072/1990 também proíbe a concessão de indulto aos condenados pelo delito de tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins. “No que concerne à possibilidade de ser deferido o indulto aos condenados por tráfico ilícito de drogas, a Corte ainda não se pronunciou a respeito, pelo menos sob a perspectiva trazida neste HC”, destacou o ministro Lewandowski ao afirmar que “não há nenhuma violação constitucional na referida proibição que, aliás, está expressa no inciso XLIII do artigo 5º da Constituição Federal”. “A causa especial de redução de

22 GOMES, Luiz Flávio. Ob. cit. p. 06 e ss.

Ainda que o artigo 33, § 4º, da Nova Lei de Drogas afirme que o juiz “poderá” reduzir a pena de um sexto a dois terços, a doutrina brasileira, em sua grande maioria, tem defendido a concepção de que a redução de pena é um direito público subjetivo, desde que estejam satisfeitos os requisitos legais.

A aplicação da causa especial de diminuição de pena não constitui uma simples faculdade do juiz; ela é obrigatória, desde que presentes os requisitos que a lei fixa para a concessão. De modo algum se trata de uma faculdade discricionária. Tal arbítrio não pode converter-se em arbitrariedade, o que seria inadmissível num sistema democrático de direito.²⁴ Nesse sentido, também a quantidade de diminuição de pena, de um sexto até dois terços, terá de ser fixada de forma

fundamentada, nos termos do que dispõe o artigo 93, XI, da Constituição da República Federativa do Brasil.²⁵ No nosso ordenamento jurídico, como destacado no item anterior, há vínculos normativos predeterminados à atividade do juiz, os princípios da legalidade e da motivação são consequências claras da opção sistêmica de controle da atividade judicial.²⁶

Com efeito, a norma legal em apreço traduz-se em questão de política criminal, em que o legislador buscou dar tratamento menos rigoroso ao chamado “traficante ocasional”, aquele que não se dedica ao tráfico de drogas como profissão, de forma a tentar reintegrá-lo o mais rápido possível à sociedade. Portanto, só pode ser negada a aplicação da causa de diminuição de pena ao acusado quando estiver comprovada a ausência dos requisitos indicados no artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006.

pena prevista no § 4º do artigo 33 da Lei 11.343/2006 não tem o condão de afastar o caráter hediondo do crime de tráfico de drogas, previsto no *caput* do mesmo artigo, para dar a ela definição jurídica diversa e autônoma”, destacou o relator ao afirmar que “existe apenas uma diferenciação entre o tráfico praticado pelo grande traficante, pelo criminoso habitual que faz desse crime seu meio de vida, e aquele praticado por pessoas que, embora processadas pelo mesmo delito, possuem um histórico de vida que as diferencia dos demais traficantes. Contudo, tanto numa hipótese quanto noutra, o crime é de tráfico de drogas”, destacou o ministro.

24 Na esfera do STF, o Ministro Maurício Corrêa destacou em um voto memorável que: “A quantidade da pena-base, fixada na primeira fase do critério trifásico (CP, arts. 68 e 59, II), não pode ser aplicada a partir da média dos extremos da pena cominada para, em seguida, considerar as circunstâncias judiciais favoráveis e desfavoráveis ao réu, porque este critério não se harmoniza com o princípio da individualização da pena, por implicar num agravamento prévio (entre o mínimo e a média) sem qualquer fundamentação. O Juiz tem poder discricionário para fixar a pena-base dentro dos limites legais, mas este poder não é arbitrário porque o *caput* do artigo 59 do Código Penal estabelece um rol de oito circunstâncias judiciais que devem orientar a individualização da pena-base, de sorte que quando todos os critérios são favoráveis ao réu, a pena deve ser aplicada no mínimo cominado; entretanto, basta que um deles não seja favorável para que a pena não mais possa ficar no patamar mínimo. Na fixação da pena-base o Juiz deve partir do mínimo cominado, sendo dispensada a fundamentação apenas quando a pena-base é fixada no mínimo legal; quando superior, deve ser fundamentada à luz das circunstâncias judiciais previstas no *caput* do artigo 59 do Código Penal, de exame obrigatório”. Precedentes. (STF, HC 76196/GO, Segunda Turma, Relator Ministro Maurício Corrêa, j. 29/09/1998, DJ 15/12/2000, p. 62, Vol. 2016-03/448. Informativo STF nº 214).

25 GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *A motivação das decisões penais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 163. Define que a motivação judicial consiste em argumentar com a indicação de critérios de inferência, ou seja, das regras que autorizam passar do fato constatado (elementos de prova) à afirmação sobre a real ocorrência da hipótese fática debatida no processo. Afirma o autor, de maneira ampla, que a natureza de tais regras de inferência é diversificada, abrangendo disposições legais, regras técnicas e científicas, noções consagradas pela experiência comum e mesmo regras de procedimento de abdução. FERNANDES, Antônio Scarance. *Processo penal constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 129. A necessidade da motivação do ato não se restringe a uma garantia técnica do processo, ela tem a natureza de garantia de ordem política, pois é essencial à administração da justiça em um Estado Democrático de Direito. Por meio da motivação é possível avaliar o exercício da atividade jurisdicional, verificando as escolhas e seleções feitas pelo julgador para apuração do fato delitivo, a observância do amplo contraditório e, acima de tudo, as circunstâncias fáticas extraídas dos autos que formaram a verdade judicial. A motivação dos atos judiciais é importante para as partes, mas também para a sociedade, na medida em que possibilita a todos acompanhar a distribuição de justiça de forma igualitária.

26 RODRIGUES, Anabela Miranda. *A determinação da medida da pena privativa de liberdade*. Coimbra: Coimbra, 1995, p. 84 e ss e p. 658 e ss. Como ressalta a professora portuguesa sobre o tema, a chamada discricionariedade do judicial não é livre.

4. A questão dos transportadores de drogas entre países, “mulas”, e a aplicação da redução de pena prevista no artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006 (Lei de Tóxicos).

“Mulas” são indivíduos a serviço do tráfico de drogas, que se dispõem a transportar, no interior de seu corpo ou em seus pertences, entorpecentes para outras localidades, geralmente Estados estrangeiros. Não é raro ver ações penais em desfavor desses indivíduos na Justiça Federal, em casos de tráfico internacional, nas quais quase sempre se discute a questão da aplicação da redução de pena prevista no artigo 33, *caput* e § 4º, da Lei nº 11.343/2006 (Lei de Tóxicos), sendo o cerne das discussões saber se esses indivíduos integram ou não organizações criminosas. O assunto ainda não se mostra totalmente pacífico na jurisprudência dos Tribunais.

Sob a égide da lei antiga, Lei nº 6.368/1976, o traficante ocasional recebia a pena na mesma proporção que aquela aplicada ao agente que já se dedicava ao crime de tráfico de forma habitual. Em que pese o diferente grau de envolvimento de cada um com o tráfico de drogas, ambos recebiam do sistema a mesma reprimenda penal.

O motivo *essendi* da inclusão da referida causa de diminuição de pena no artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006 (Lei de Tóxicos) foi distinguir o traficante ocasional do agente que se dedica ao crime de tráfico de forma habitual. A inovação legal tem um nítido caráter de política criminal. Percebam que, com a previsão legal da causa especial de diminuição de pena na Lei de Tóxicos, cabe ao magistrado dar maior amplitude à apreciação do caso concreto, de maneira a individualizar a pena, dando reprimenda menos grave àquele que demonstra menor periculosidade social.

Diz Jescheck que, ao lado da apreciação da prova e da aplicação do preceito penal, o terceiro ponto culminante do processo penal

é a atividade resolutória.²⁷

No sistema penal brasileiro, para a análise judicial é fundamental o reconhecimento das garantias penais como ponto inicial de análise da conduta do agente.²⁸ Diante desse fato, o juiz na sentença avaliará as provas dos autos sobre a conduta do acusado, o dolo, o desvalor da ação, o perigo da conduta do acusado e a culpabilidade do agente. A análise dos elementos dos autos permitirá ao juiz determinar a pena do réu na medida da culpabilidade do agente. Nesse sentido há decisões das Cortes Superiores, o E. Superior Tribunal de Justiça,²⁹ que ressaltam que o princípio da individualização da pena,³⁰ materialmente, significa que a sanção deve corresponder às características do fato, do agente e da vítima. Ou seja, deve haver a adequada sintonia entre a sanção aplicada e todas as circunstâncias do delito.

O E. Supremo Tribunal Federal informa que a imposição da pena depende do juízo individualizado da culpabilidade do agente, censurabilidade da conduta do acusado. O citado tribunal ressalta também que a culpabilidade do agente é a medida da aplicação da pena e que a individualização da pena, que deve ser motivada, é um direito público subjetivo do apenado (HC 72.992/SP).

Em relação à determinação da pena, o problema da fixação da sanção penal pelo juiz identifica-se, em grande parte, com os espaços de valoração da pena atribuídos à

27 JESCHECK, Hans-Heinrich. Ob. cit., p. 40 e ss.

28 Nesse sentido, Mir Puig, ob. cit. *Introducción a las bases del Derecho Penal*, p. 43 e ss. Exposição de Motivos da Lei nº 7.209/84. O item 18 esclarece que o princípio da culpabilidade estende-se a todo o projeto de reforma do Código Penal de 1940.

29 STJ, REsp 151.837/MG, Sexta Turma, Relator Ministro Luiz Vicente Cernicchiaro, j. 28/05/1998, DJ 22/06/1998.

30 Exposição de Motivos da Lei nº 7.209/84. O item 49 esclarece que o projeto do Código vigente visa assegurar a individualização da pena sob critérios mais abrangentes e precisos. Transcende-se, assim, o caráter individualizador do Código vigente, restrito à fixação da pena, dentro dos limites estabelecidos, para oferecer ao *arbitrium judicis* variada gama de opções, que em determinadas circunstâncias pode envolver o tipo de sanção a ser aplicada.

função judicial. Para evitar o problema da arbitrariedade judicial, a história do Direito Penal confunde-se com o controle da atividade judicial e com os princípios da legalidade e da tipicidade das penas. O juiz tem liberdade valorativa, nos termos do artigo 59 do Código Penal. Os critérios do artigo 59, embora numerosos e detalhados, não são exaustivos e, por sua natureza, a conotação escapa de uma completa predeterminação legal.³¹ São esses juízos de valor que formam a discricionariedade fisiológica da interpretação judicial. Por isso o magistrado deve decidir de forma imparcial e vinculado à lei, para evitar-se o arbítrio.

A pena para o Direito moderno não é apenas um castigo como foi para o Direito Penal clássico, no qual se buscava pagar um mal com outro mal. A pena também serve para a proteção dos bens jurídico-penais e possui ainda uma função de prevenção geral,³² especial e ainda retributiva.³³

No caso, para que o juiz deixe de aplicar a causa de diminuição da pena, deve ficar demonstrado nos autos que o transportador de drogas participa de forma estável da organização criminosa ou não preenche um dos demais requisitos exigidos pelo artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006. Caberá ao juiz, em cada caso, avaliar as condições e tirar as suas conclusões. Se ficar demonstrado, nos autos, que o réu não participa de forma estável de organização criminosa e preenche todos os

demais requisitos exigidos pelo referido artigo da Lei de Tóxicos, entendo que a causa de diminuição de pena deve ser obrigatoriamente aplicada.³⁴ O objeto da análise judicial deve limitar-se ao fato que está sendo julgado e não se estender a conotações estranhas a ele.³⁵ Por isso a decisão do juiz deverá ser fundamentada nos termos do artigo 93 da Constituição Federal. Por meio da motivação

“Se ficar demonstrado, nos autos, que o réu não participa de forma estável de organização criminosa e preenche todos os demais requisitos exigidos pelo referido artigo da Lei de Tóxicos, entendo que a causa de diminuição de pena deve ser obrigatoriamente aplicada.”

é possível avaliar o exercício da atividade jurisdicional, verificando as escolhas e seleções feitas pelo julgador para apuração do fato delitivo, a observância do amplo contraditório e, acima de tudo, as circunstâncias fáticas extraídas dos autos que formaram a verdade judicial. A motivação dos atos

judiciais é importante para as partes, mas também para a sociedade, na medida em que possibilita a todos acompanhar a distribuição de justiça de forma igualitária.³⁶

Portanto, a aplicação da causa especial de diminuição de pena não constitui uma simples faculdade do juiz, ela é obrigatória desde que presentes os requisitos que a lei fixa para a sua concessão. De modo algum se trata de uma faculdade discricionária.³⁷

31 FERRAJOLI, Luigi. Ob. cit., p. 364.

32 ARISTÓTELES. Ob. cit.

33 TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos do direito penal*. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 54 e ss. Exposição de Motivos da Lei nº 7.209/84. O item 50 esclarece que a pena tem função retributiva e preventiva.

34 MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. *Prova por indícios no processo penal*. Lumen Juris, Reimpressão – 2009, p. 36. A autora conceitua indício como: todo rastro, vestígio, sinal e, em geral, todo fato acontecido, devidamente provado e suscetível de conduzir ao conhecimento de fato desconhecido, a ele relacionado por meio de operação de raciocínio. O artigo 239 do Código de Processo Penal ressalta que indução é uma operação mental pautada no raciocínio que devemos fazer para nos conduzir a um conceito de indício. O indício está intimamente ligado à atividade probatória.

35 FERRAJOLI, Luigi. Ob. cit., p. 373.

36 FERNANDES, Scarance. Ob. cit., p. 129 e ss.

37 RODRIGUES, Anabela Miranda. Ob. cit., p. 80 e ss. A autorização de escolha que é concedida ao juiz na determinação da medida da pena dentro da moldura penal não é

E, por fim, o juiz criminal deve ter em mente que a história do direito penal é a história de sua progressiva humanização, sendo que a dignidade humana³⁸ e a necessidade da pena são os critérios complementares atribuídos à pena, que, ao final, correspondem à racionalização e à humanização do sistema penal.³⁹

Bibliografia

ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. Tradução de Leonel Vallandro e Gerd Bornheim da versão inglesa de W. D. Ross. São Paulo: Abril Cultural, 1984.

BARROS, Carmem Silvia de Moraes. A fixação da pena abaixo do mínimo legal: corolário do princípio da individualização da pena e do princípio da culpabilidade. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 26, p. 291-295, abr./jun. 1999.

CAMARGO, Antônio Luis Chaves. *Sistema de penas e dogmática jurídico-penal e política criminal*. São Paulo: Cultural Paulista, 2002.

FERNANDES, Antônio Scarance. *Processo penal constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. Tradução Ana Paula Zomer Sica, Fauzi Hassan Choucr, Juarez Tavares, Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Direito penal português*. Lisboa: Aequitas, 1993.

FRIEDE, Reis. *Curso analítico de direito constitucional e de teoria geral do Estado*. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

GEMAQUE, Silvio César Arouck. *Dignidade da pessoa humana e prisão cautelar*. São Paulo: RCS, 2005.

GOMES, Luiz Flávio (Coord.); BIANCHINI, Alice; CUNHA, Rogério Sanchez; OLIVEIRA, William Terra de. *Lei de drogas comentada*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *A motivação das decisões penais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

GOURLART, José Eduardo. *Princípios informadores do direito da execução penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

GRECO, Luis; LOBATO, Danilo (Coord.). *Temas de direito penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

JESCHECK, Hans-Heinrich. *Derecho penal: parte general*. Tradução Jose Luiz Samaniego. Granada: Comares, 1993.

uma liberdade de decisão material dentre duas soluções igualmente corretas, mas pura e simplesmente uma tarefa de concretização que deve descobrir a única pena correta dentre as numerosas quantidades de penas abrangidas pela moldura penal.

38 PÉREZ LUÑO, Antonio-Henrique. *Derechos humanos, estado de derecho y constitución*. Oficina Depósito Legal Madrid, 1991, p. 76 e ss.

39 FERRAJOLI, Luigi. Ob. cit., p. 364. Ferrajoli destaca que o argumento decisivo contra a falta de humanidade das penas é o princípio moral do respeito à pessoa humana enunciado por Beccaria e por Kant com a máxima de que cada homem, por conseguinte também o condenado, não deve ser tratado nunca como meio ou coisa, senão sempre como fim ou pessoa.

KAUFMANN, Arthur. *Filosofia del derecho*. 2. ed. Colômbia: Universidad Externado de Colômbia, 1999.

LEITE, Alaor. Erro, causas de justificação e justificação no novo projeto de Código Penal, Projeto de Lei 236/2012 do Senado Federal. *Revista Liberdades*. IBCCRIM. 2011-2012. Edição Especial.

MIR PUIG, Santiago. *El derecho penal en el estado social y democrático de derecho*. Barcelona: Ariel Derecho, 1994.

_____. *Introducción a las bases del derecho penal*. 2. ed. Buenos Aires: 2002.

MORAES, Alexandre de. *Direitos humanos fundamentais: teoria geral: comentários aos arts. 1º ao 5º da Constituição da República Federativa do Brasil*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. *Prova por indícios no processo penal*. Lumen Juris, Reimpressão – 2009.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Individualização da pena*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

PÉREZ LUÑO, Antonio-Henrique. *Derechos humanos, estado de derecho y constitución*. Oficina Depósito Legal Madrid, 1991.

RODRIGUES, Anabela Miranda. *A determinação da medida da pena privativa de liberdade*. Coimbra: Coimbra, 1995.

ROXIN, Claus. *Política criminal e sistema jurídico-penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

SANTOS, Juarez Cirino. *Teoria da pena: fundamentos políticos e aplicação judicial*. Curitiba: ICPC, Lumen Juris, 2005.

SILVA SANCHEZ, Jesús María. *Política criminal y persona*. Ariel Derecho, 1996.

TAVARES, Juarez. Critérios de seleção de crimes e cominação de penas. *Revista brasileira de ciências criminais*. São Paulo, SP, número especial de lançamento, 1992.

TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos do direito penal*. São Paulo: Saraiva, 1991.



Leonardo Safi de Melo

Juiz Federal da 3ª Turma Recursal de São Paulo.

A forma mais elaborada e estruturada de grupo criminoso é a organização criminosa. Trata-se da formação de grupo estruturado, organizado, hierarquizado, voltado para a prática de crimes graves e com estabilidade consolidada. Não se está mais diante de pequenos grupos, bandos, reunidos precariamente para atos ilícitos pontuais, mas de grandes organizações, com capacidade logística e sofisticados mecanismos voltados à realização do injusto penal e ao seu encobrimento.¹

A Lei nº 11.343, de 23/08/2006, de forma inédita, possibilitou ao magistrado aplicar a causa de diminuição de pena ao doutrinariamente intitulado “traficante de primeira viagem”. Estabelece o artigo 33, § 4º da Lei Antidrogas:

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:

¹ BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Lavagem de dinheiro* – aspectos penais e processuais penais – comentários à Lei nº 9.613/1998, com as alterações da Lei nº 12.683/2012. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

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 a atividades criminosas nem integre organização criminosa.

Louvável a iniciativa do legislador. De fato, ao possibilitar ao magistrado realizar a devida adequação da reprimenda penal, nos termos do preceito secundário do artigo 33 da Lei Antidrogas, ao fato-crime de, em tese, menor gravidade ou danosidade social atende-se, de forma direta, ao princípio da individualização da pena, consagrado no artigo 5º, XLVI, da Constituição Federal.

Logo, o agente, não obstante ter praticado conduta tipificada como tráfico ilícito de drogas, terá sua pena mitigada, desde que, sendo primário e de bons antecedentes, não se dedique a atividades criminosas e muito menos integre organização criminosa.

Porém, indaga-se: o parágrafo 4º do artigo 33 da Lei nº 11.343/2006 exige o ânimo de reiteração de condutas criminosas para caracterizar a integração em organização criminosa, tendo, por consequência, o afastamento

da citada causa de diminuição de pena?

A questão ora colocada foi recentemente debatida no âmbito da col. 5ª Turma do Eg. Tribunal Regional Federal da 3ª Região, nos autos da Apelação Criminal nº 0005627-53.2011.4.03.6119/SP.

Naquela oportunidade, decidiu o citado órgão colegiado, por maioria de votos, dar parcial provimento à apelação da ré, para reduzir ao mínimo legal de 1/6 (um sexto) a aplicação da causa de aumento prevista no artigo 40, I, da Lei nº 11.343/2006 (tráfico ilícito de drogas transnacional) deixando, porém, de aplicar a minorante prevista no parágrafo 4º do artigo 33 da Lei Antidrogas, sob o fundamento de que a comprovação da integração da agente, de nacionalidade estrangeira, mesmo em caráter eventual, em organização criminosa estruturada para a prática da traficância transnacional, por si só, afasta a possibilidade da aplicação da causa de diminuição de pena.

O relator do processo, Desembargador Federal Luiz Stefanini, entendeu por bem aplicar a causa de diminuição da pena do parágrafo 4º do artigo 33 da Lei nº 11.343/2006, no piso, com a seguinte fundamentação:

(...) em análise do passaporte da apelante, entranhado aos autos às fls. 80, não há qualquer registro de outras viagens aéreas internacionais que pudessem indicar dedicação a atividades criminosas em prol da organização criminosa voltada ao tráfico internacional.

Da análise do voto proferido pelo eminente relator, percebe-se a preocupação em afastar eventual “responsabilização objetiva” da agente, ao fazer constar do voto que “não se pode presumir que a acusada integre a organização que a aliciou, fazendo do crime o seu meio de vida”.

De outro giro, pelo voto condutor, da lavra do eminente Desembargador Federal Antonio Cedenho, a reiteração de condutas criminosas, ou o intuito de reiterá-las, integra

a tipicidade do crime autônomo de associação para o tráfico (art. 35 da Lei nº 11.343/2006). De acordo com a linha de raciocínio do ilustre Desembargador, para que o agente integre organização criminosa é desnecessário que esteja incurso no delito de associação para o tráfico, porque

(...) no parágrafo 4º do artigo 33, da Lei nº 11.343/06, não é necessário esse ânimo para que se caracterize a integração em organização criminosa, já que está presente em outro requisito, que é o “não se dedicar a atividades criminosas”.

A distinção estampada no voto condutor é de suma importância. De fato, existe uma nítida diferença entre os núcleos associar-se e integrar.

Associar-se exige a presença, dentre outros, dos seguintes elementos: *affectio*, permanência, atribuição de função, identidade de propósitos.

Já no tocante ao “integrar”, exige-se tão somente a presença de um indivíduo num local com uma tarefa previamente estipulada, restando, assim, integrado ao contexto delitivo.

Analisando o teor do v. acórdão, percebe-se que a ré era primária e não registrava antecedentes criminais, porém, não obstante a ausência de prova hábil a comprovar a dedicação (habitualidade) a atividades criminosas, extrai-se da leitura do julgado que o conjunto probatório constante dos autos indica que a ré integrou organização criminosa estruturada para o exercício da traficância transnacional.

Tais indicativos constam do voto condutor do Desembargador Federal Antonio Cedenho, quais sejam, a elevada quantidade da droga apreendida no auto de prisão em flagrante, o elevado valor pelo qual é comercializada e a divisão de tarefas previamente determinada.

Aliás, a apreensão de grande quantidade de droga com o agente, em casos excep-

cionais, tem o condão de, por si só, afastar a aplicação da minorante do parágrafo 4º do artigo 33 da Lei nº 11.343/2006.

A corroborar tal entendimento, o magistério de Guilherme de Souza Nucci:

A quantidade de drogas não constitui requisito legal para avaliar a concessão, ou não, do benefício de redução da pena. Na verdade, trata-se de critério para dosar a diminuição. Excepcionalmente, a grande quantidade de entorpecentes pode afastar a redução da pena, porque se conclui estar o acusado ligado ao crime organizado, embora não se deva presumir nada, mas calçar a decisão na prova dos autos.²

Entendo que a prestação de serviços à organização criminosa voltada para a prática transnacional do tráfico ilícito de entorpecentes, na condição de “mula”, mesmo em caráter eventual, inviabiliza a aplicação da causa de diminuição em comento. Como bem ressaltado pelo relator para o acórdão:

“(..) para um colaborador integrar a organização criminosa faz-se dispensável qualquer vinculação prolongada, muito menos ter conhecimento dos demais protagonistas do conglomerado criminoso.”

(..) a causa de diminuição prevista no parágrafo 4º do artigo 33 da Lei de drogas não foi criada a fim de ser aplicada a pessoas que, como a ré, participa de organizações criminosas de tráfico internacional de grande poder financeiro e logístico, que distribuem grandes quantidades de entorpecentes, plenamente conscientes de que estão se envolvendo com pessoas que vivem do crime, mas sim ao tráfico de menor expressão, que não envolve quantidades tão expressivas de entorpecente; como no tráfico urbano

de varejo, onde pequenos distribuidores comercializam drogas em quantidades menores, diretamente aos usuários.

Como se vê, o voto condutor bem delimita o âmbito de aplicação do parágrafo 4º do artigo 33 da Lei nº 11.343/2006 para o tráfico ilícito de drogas de menor expressão.

Atente-se para o fato de que a minorante em análise não retira a hediondez do delito do tráfico de drogas, pois aquele que colabora com o traficante em sua empreitada criminosa traficante é, independentemente do caráter eventual de dita colaboração.

Logo, aquele que figurou, ainda que de forma eventual, em uma “ponta” da orga-

nização criminosa, voltada ao tráfico internacional de drogas, transportando o objeto material do crime, na condição de “mula”, para outro país, fornecendo o apoio logístico à conexão entre seus membros, jamais poderá ser conside-

rado uma figura coadjuvante na empreitada criminosa, pelo contrário. Em casos desse jaez, o sucesso da distribuição das drogas ilícitas depende da performance destes colaboradores que, aliás, possuem, nos dias atuais, perfil totalmente distinto daqueles do início da década de 1990. Basta verificar a quantidade de mulheres, estrangeiras em sua maioria, que cumprem pena por tráfico internacional de drogas em nossas penitenciárias femininas.

Frise-se, ainda, que para um colaborador *integrar* a organização criminosa faz-se dispensável qualquer vinculação prolongada, muito menos ter conhecimento dos demais protagonistas do conglomerado criminoso, quem são os donos da droga, produtores, fabricantes, pilotos das aeronaves, gerentes,

2 NUCCI, Guilherme de Souza. *Leis penais e processuais penais comentadas*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, v. 1, p. 263.

capatazes, etc.

Aliás, o trecho do depoimento da ré constante do v. acórdão é bastante elucidativo a esse respeito, uma vez que declara que se colocou à disposição de seu “suposto” marido para efetuar uma viagem à Bolívia e lá se dirigir, na companhia de um desconhecido, a uma favela de Santa Cruz, no intuito de retirar a encomenda de “remédios” solicitada por seu marido, que por sinal comercializava roupas.

Percebe-se que o único contato que a ré tinha era com seu suposto marido, provável aliciador. Essa, aliás, é a forma corriqueira de arregimentação de colaboradores “mulas”, com a imprescindível compartimentação de informações, visando justamente a preservação da segurança da corporação criminosa.

Pelo que se extrai do v. acórdão, a ré, consciente e voluntariamente, contribuiu de forma efetiva para a narcotraficância internacional, o que afasta, de plano, o benefício previsto no parágrafo 4º do artigo 33 da Lei nº 11.343/2006.

Em suma, entendo desarrazoado estender o conceito de “traficante de primeira viagem” à figura daquele que integra, ainda que eventualmente, organização criminosa.

A embasar tal entendimento, julgado da 2ª Turma do col. Supremo Tribunal Federal no *Habeas Corpus* 110.551/SP, relator Ministro Ricardo Lewandowski (DJe 18/05/2012), cuja ementa encontra-se assim redigida:

HABEAS CORPUS. TRÁFICO TRANSNACIONAL DE DROGAS. IMPOSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI Nº 11.343/2006. PARTICIPAÇÃO DO PACIENTE EM ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. RECONHECIMENTO PELO JUÍZO SENTENCIANTE E PELO TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL NA APELAÇÃO. DECISÃO MANTIDA PELO STJ. ORDEM DENEGADA.

I – Para a concessão do benefício pre-

visto no § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/2006, é necessário que o réu seja primário, tenha bons antecedentes, não se dedique a atividades criminosas nem integre organização criminosa.

II – Neste caso, o magistrado de primeiro grau, ao fixar a reprimenda, enfatizou que o referido benefício não poderia ser concedido em virtude de as provas dos autos terem evidenciado a participação do paciente em organização criminosa.

III – A discussão sobre o acerto ou desacerto da sentença condenatória, confirmada pelo Tribunal Regional Federal da 3ª Região e pelo Superior Tribunal de Justiça, exige o exame aprofundado de fatos e provas, o que não se mostra possível na via do *habeas corpus*, por se tratar de instrumento destinado à proteção de direito demonstrável de plano, que não admite dilação probatória. Precedentes.

IV – Mantida a reprimenda, tal como aplicada em segundo grau de jurisdição, fica superado o pedido de substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, por vedação do inciso I do art. 44 do Código Penal.

V – Ordem denegada.

A decisão do col. STF dotou de importância o julgamento da 5ª Turma do TRF da 3ª Região, o qual, ao afastar, por maioria, a aplicação da causa de diminuição de pena constante do parágrafo 4º do artigo 33 da Lei nº 11.343/2006, reforçou, em toda sua plenitude, o princípio da proibição da proteção deficiente do bem jurídico penal.

Deveras, como se sabe, o princípio da proporcionalidade, tradicionalmente, traduz-se na proibição do excesso, isto é, o que se costumou denominar de “garantismo negativo”, que restou consagrado nos axiomas de Ferrajoli.³

Ganha força, porém, o entendimento doutrinário no sentido de que o princípio da

3 FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón* – teoria del garantismo penal. 10. ed. Madri: Trotta, 2011, p. 91.

proporcionalidade possui uma faceta positiva, cunhada na expressão “garantismo positivo”, de modo que, o princípio da proporcionalidade apresenta duas vertentes protetivas, a negativa, que se resume na proteção do indivíduo frente ao poder estatal, e a positiva, representada pela proteção do Estado aos direitos fundamentais contra ataques ou ameaças de terceiros.

Como dito acima, a minorante estabelecida pelo legislador infraconstitucional, consistente na redução da reprimenda estatal ao delito perpetrado pelo “traficante de primeira viagem”, não retira o caráter hediondo do delito. E nem poderia ser diferente, uma vez que o bem jurídico tutelado penalmente pela Lei Antidrogas, saúde pública, recebeu atenção especial do Poder Constituinte originário, conforme se verifica do disposto no inciso XLIII do artigo 5º da Constituição Federal.

Quanto à observância do “garantismo positivo”, tem-se manifestado a doutrina da seguinte forma:

O que importa destacar no contexto é que o princípio da proporcionalidade, para além da sua habitual compreensão como proibição de excesso, abrange outras possibilidades, cuja ponderada aplicação, inclusive na esfera jurídico-penal, revela um amplo leque de alternativas. Que tanto o princípio da proibição de excesso quanto o da proibição de insuficiência (já por decorrência da vinculação dos órgãos estatais aos deveres de proteção) vinculam todos os órgãos estatais, de tal sorte que a problemática guarda conexão direta com a intensidade da vinculação dos órgãos estatais aos direitos fundamentais e com a liberdade de conformação do legislador penal (não é à toa que se fala que houve uma evolução – pelo menos no que diz com a proporcionalidade como proibição de excesso – da concepção de uma reserva legal para o de uma reserva da lei proporcional), e os limites impostos pelo sistema constitucional aos órgãos jurisdicionais também nesta seara re-

sulta evidente, mas convém ser permanentemente lembrado. Da mesma forma, verifica-se a existência de substancial convergência quanto à circunstância de que diferenciada a vinculação dos diversos órgãos estatais (legislador, administração e judiciário) ao princípio da proporcionalidade, já que aos órgãos legiferantes encontra-se reservado um espaço de conformação mais amplo e, portanto, uma maior (mas jamais absoluta e incontrolável) liberdade de ação do que a atribuída ao administrador e aos órgãos jurisdicionais, bem como diversa a intensidade da vinculação em se cuidando de uma aplicação da proibição de excesso ou de insuficiência, que, especialmente quando em causa uma omissão, obedece a parâmetros menos rigorosos, mas, de qualquer modo e em todo caso, não permite (e importa que tal seja suficientemente sublinhado) que se fique aquém de um mínimo em proteção constitucionalmente exigido.⁴

Por fim, atento à danosidade social causada pelos crimes perpetrados por organizações criminosas, o legislador ordinário, não obstante a definição dada pela Convenção de Palermo (incorporada ao Direito brasileiro pelo Decreto nº 5.015, de 12/03/2004) definiu o que vem a ser organização criminosa, conforme se verifica do disposto no artigo 2º da Lei nº 12.694, de 24/07/2012, *in verbis*:

Art. 2º. Para os efeitos desta Lei, considera-se organização criminosa a associação, de 3 (três) ou mais pessoas, estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas, *ainda que informalmente*, com o objetivo de obter, direta ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza, mediante a prática de crimes cuja pena máxima seja igual ou superior a 4 (quatro) anos *ou que sejam de caráter transnacional*. (grifei)

4 SARLET, Ingo Wolfgang. Constituição e proporcionalidade: o direito penal e os direitos fundamentais entre proibição de excesso e de insuficiência. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, SP, v. 47, mar./2004, p. 60.

Com base no texto normativo ora transcrito, percebe-se a preocupação do legislador pátrio em reafirmar o propósito do Estado brasileiro no combate às macrocriminalidade, o que se coaduna com a imprescindível e eficiente defesa dos bens jurídicos indicados pelo constituinte originário.

A conclusão, diante de tudo o que fora exposto até então, é de que, caso o órgão colegiado do Eg. TRF da 3ª Região concedesse a benesse do parágrafo 4º do artigo 33 da Lei nº 11.343/2006 em prol da acusada, estar-se-ia a consagrar situação fática rechaçada por toda a sociedade, traduzindo, dessa forma, clara hipótese de proteção deficiente do bem jurídico (saúde pública) por parte do Estado, num plano macro, e do Poder Judiciário, num plano micro.

Bibliografia.

BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Lavagem de dinheiro – aspectos penais e processuais penais – comentários à Lei nº 9.613/1998, com as alterações da Lei nº 12.683/2012*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón – teoria del garantismo penal*. 10. ed. Madri: Trotta, 2011.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Leis penais e processuais penais comentadas*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. v. 1.

SARLET, Ingo Wolfgang. Constituição e proporcionalidade: o direito penal e os direitos fundamentais entre proibição de excesso e de insuficiência. *Revista Brasileira de Ciências Criminas*, São Paulo, SP, v. 47, p. 60-122, mar./2004.



Roberto da Silva Oliveira

Juiz Federal. Mestre e Doutor em Processo Penal pela PUC/SP. Pós-graduado em Direito Penal Econômico pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Professor de Processo Penal da Faculdade de Direito da Universidade Santa Cecília - UNISANTA, em Santos/SP.

No julgamento da apelação criminal nº 0005627-53.2011.4.03.6119/SP, envolvendo o julgamento de estrangeira que foi surpreendida no aeroporto de Guarulhos, transportando pouco mais de quatro quilos de cocaína, com destino à Europa, o Egrégio Tribunal Regional Federal da 3ª Região deu parcial provimento à apelação da defesa, a fim de reduzir ao mínimo legal de 1/6 (um sexto) a aplicação da causa de aumento prevista no artigo 40, I, da Lei nº 11.343/2006, deixando de aplicar a causa de diminuição de pena do artigo 33, § 4º da mesma Lei, fixando a pena em sete anos de reclusão e setecentos dias-multa, nos termos dos votos dos Eminentes Desembargadores Federais Antonio Cedenho e Ramza Tartuce, vencido o relator, o Eminentíssimo Desembargador Federal Luiz Stefanini, que dava parcial provimento à apelação a fim de reduzir ao mínimo legal de 1/6 (um sexto) a aplicação da causa de aumento prevista no artigo 40, I, da Lei nº 11.343/2006, bem como reconhecer a causa de diminuição de pena prevista no § 4º do artigo 33 daquela Lei e, com isso, reduzir as penas para cinco anos e dez meses de reclusão e quinhentos e oitenta e três dias-multa.

Peço vênia para destacar dois pontos do venerando acórdão, que me chamaram a atenção, ambos relacionados à dosimetria da pena.

O primeiro diz respeito à não aplicação

da causa de diminuição do artigo 33, § 4º da Lei nº 11.343/2006.

Os argumentos e fundamentos constantes do acórdão do Egrégio Tribunal Regional Federal da 3ª Região são bem ponderados, dignos de todo o respeito e, inclusive, resultaram em votos vencedores no julgamento, todavia, trago apenas algumas reflexões sobre o assunto, no campo teórico.

Afinal, a “mula” integra ou não a organização criminosa?

Evidentemente, a resposta vai depender de cada caso concreto.

Mas o fato da “mula” ter transportado a droga já não caracteriza sua participação na organização criminosa?

Para alguns, o simples fato da pessoa ter aceitado o papel de “mula”, transportando a droga, já caracterizaria sua participação na organização.

Todavia, gostaria de ponderar que a resposta para a questão somente pode se calcar nas provas efetivamente produzidas nos autos, não havendo lugar para ilações desconectadas com o conjunto probatório.

Veja, nos casos em que somente a “mula” é presa na posse da droga, sem qualquer outra investigação que revele a efetiva origem da pessoa do acusado ou mesmo da droga, eu pergunto, como se concluir que se

trata de organização criminosa?

Acredito, por máxima de experiência, que na grande maioria dos casos, se tratam de organizações criminosas, mas, sem a prova nos autos, não se pode afastar a hipótese de empreitada criminosa individual, o que pode gerar, no mínimo, uma dúvida, que sempre deverá ser resolvida em favor do acusado.

Agora, havendo prova de que exista uma organização criminosa, a “mula” é prestadora de serviço eventual e não a íntegra?

Aqui, também, vai depender do arcabouço probatório. No meu entender, diante da ausência de qualquer prova de participação direta na organização e diante da ausência de antecedentes, a “mula” deve ser entendida como uma prestadora de serviços eventual, mormente se verificado, pelo contexto probatório, que se trata de fato isolado na vida do acusado.

O artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006 estabeleceu uma causa de diminuição de um sexto a dois terços, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa.

A intenção do legislador foi privilegiar a situação do chamado “pequeno traficante eventual”, possibilitando a redução da pena para aquele acusado que não faz do crime meio de vida, sendo o fato isolado em sua vida.¹

Segundo a doutrina, no tocante ao fato de integrar organização criminosa,

(...) mesmo a participação em atividade subalterna ou marginal na organização será suficiente para impedir a diminuição. Não assim, porém, para o agente que presta serviço para organização criminosa, de forma eventual, mas não a íntegra, caso em que não haverá impedimento à diminuição (...).²

Em recente julgado, o Colendo Supremo Tribunal Federal, acolheu a fundamentação de v. acórdão do Egrégio Tribunal Regional Federal da 3ª Região, que aplicou a diminuição de pena no mínimo legal, sob o argumento de que

(...) as assim denominadas “mulas”, conquanto não integrem, em caráter estável e permanente, a organização criminosa, têm plena e perfeita consciência de que estão a serviço de grupo dessa natureza.³

Em outra oportunidade, o Pretório Excelso deixou assentado que

Incumbe à acusação, nos termos do art. 156 do CPP, o ônus da prova de que a <mula> dedica-se a atividades criminosas, com reiteração de conduta ou que integre uma organização criminosa, no sentido de ter participação ativa e estável na sociedade. As <mulas> nem sempre integram organização criminosa, posto que normalmente se tenham associado a elas, ao menos de maneira eventual, pois, na maioria dos casos, sequer conhecem os integrantes da organização criminosa, haja vista a enorme quantidade de prisões em flagrante que ocorrem em Aeroportos Internacionais, em que não é possível o desmantelamento das quadrilhas. No caso do tráfico, suas prisões não causam danos à organização criminosa, apesar de eventuais prejuízos financeiros, pois são sempre contratados outras em substituição. Na ausência de provas seguras em sentido contrário, há de se concluir que os réus serviram como <mulas> de forma esporádica, sendo, pois, merecedores do benefício de redução da pena previsto no artigo 33, § 4º da Lei nº 11.343/06, cujo *quantum* fica a critério do Juiz.⁴ (*sic*)

1 TRF 3ª Região, AC 2006.61.19.008904-3/SP, Quinta Turma, Relatora Desembargadora Federal Ramza Tartuce, j. 03/03/2008, DJU 01/04/2008.

2 JUNIOR, José Paulo Baltazar. *Crimes federais*. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 683.

3 STF, HC 115149/SP, Segunda Turma, Relator Ministro Ricardo Lewandowski, j. 16/04/2013, DJe 30/04/2013.

4 STF, HC 117042/SP, Relator Ministro Gilmar Mendes, j. 21/03/2013, DJe 25/03/2013.

Além disso, decidiu que

Quanto a causa de diminuição de pena prevista no § 4º do artigo 33 da Lei nº 11.343/2006, esta Turma vem entendendo que o mero “transportador” da droga não integra, em caráter estável e permanente, a organização criminosa, podendo fazer jus ao benefício em tela. Por outro lado, quem assim age sabe que esta a serviço de um grupo dessa natureza e tem plena consciência de que exerce fundamental papel na cadeia do tráfico, cumprindo tarefa sem a qual os objetivos da organização restariam frustrados. Por tais razões, este colegiado vem reconhecendo o direito a redução, mas o faz na ordem de 1/6 (um sexto), patamar mínimo previsto na lei.⁵ (*sic*)

Outro ponto é a negativa da substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos, dentre outros ponderáveis motivos, pelo fato da acusada ser estrangeira e não possuir vínculos com o nosso país, podendo facilmente se evadir, se solta.

Por primeiro, cumpre dizer que são inconstitucionais os artigos 33, § 4º e 44 da Lei nº 11.343/2006, nas partes que dispõem o seguinte: “vedada a conversão em penas restritivas de direitos” e “vedada a conversão de suas penas em restritivas de direitos”, por violarem a garantia constitucional da individualização da pena (art. 5º, XLVI, da Constituição da República),⁶ posto que não há previsão constitucional para afastar do tráfico de drogas a possibilidade de conversão em pena alternativa.

A Resolução nº 5/2012, do Senado Federal, suspendeu a execução da expressão

“vedada a conversão em penas restritivas de direitos”.

A meu ver, com todo o respeito às opiniões em contrário, entendo como juridicamente viável a substituição de pena no caso de acusado estrangeiro, mesmo que ele não tenha domicílio no distrito da culpa ou ocupação lícita no Brasil.

É que as garantias do artigo 5º da Constituição Federal devem ser aplicadas, igualmente, ao estrangeiro não residente no país, que é titular de direitos humanos fundamentais.⁷

Segundo a doutrina,

(...) a expressão residentes no Brasil deve ser interpretada no sentido de que a Carta Federal só pode assegurar a validade e o gozo dos direitos fundamentais dentro do território brasileiro (...), não excluindo, pois, o estrangeiro em trânsito pelo território nacional (...).⁸

“A intenção do legislador foi privilegiar a situação do chamado ‘pequeno traficante eventual.’”

O Colendo Supremo Tribunal Federal teve a oportunidade de decidir no sentido de que

(...) o súdito estrangeiro, mesmo aquele sem domicílio no Brasil, tem direito a todas as prerrogativas básicas que lhe assegurem a preservação do “status libertatis” e a observância, pelo Poder Público, da cláusula constitucional do “due process”. (...). A condição jurídica de não nacional no Brasil e a circunstância de o réu estrangeiro não possuir domicílio em nosso País não legitimam a adoção, contra tal acusado, de qualquer tratamento arbitrário ou discriminatório. Precedentes. Impõe-se, ao

5 STF, HC 114851/SP, Relator Ministro Dias Toffoli, j. 24/08/2012, DJe 28/08/2012.

6 STF, HC 97256/RS, Pleno, Relator Ministro Ayres Britto, j. 01/09/2010, DJe 15/12/2010.

7 STF, HC 94477/PR, Segunda Turma, Relator Ministro Gilmar Mendes, j. 06/09/2011, DJe 07/02/2012.

8 MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil interpretada*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005, p. 172.

Judiciário, o dever de assegurar, mesmo ao réu estrangeiro sem domicílio no Brasil, os direitos básicos que resultam do postulado do devido processo legal, notadamente as prerrogativas inerentes à garantia da ampla defesa, à garantia do contraditório, à igualdade entre as partes perante o juiz natural e à garantia de imparcialidade do magistrado processante.⁹

Cada vez mais as representações diplomáticas dos países promovem condições para que os estrangeiros possam permanecer algum tempo no Brasil, ou mesmo instituições religiosas ou organizações não-governamentais que se prestam ao acolhimento de alienígenas, o que viabilizaria o eventual cumprimento de penas alternativas, não se podendo presumir uma possível fuga, a depender, evidentemente, do caso concreto.

Para o Pretório Excelso, então, não co-lhe o argumento da nacionalidade do acusado e sua falta de vínculos com o país para o fim de se negar o direito.

Todavia, na maioria dos casos envolvendo “mulas”, acredito não ser o caso de se admitir a substituição, mas com fundamento na ausência do critério de suficiência previsto no artigo 44, III, do Código Penal.

Pelo texto legal, somente é possível a substituição de pena privativa de liberdade por pena restritiva de direitos quando esta substituição seja suficiente para a prevenção e repressão do crime.

Nestes casos, envolvendo a prática de tráfico transnacional de drogas, e, ainda que não haja prova de que a acusada faça parte de organização criminosa, o fato é que sua conduta, ainda que se possa dizer que ela foi apenas uma “mula”, era a de auxiliar referida organização, na intenção de distribuir relevante quantidade de droga de um país para outro, motivada pela precária condição

financeira ou a cobiça de receber alguns milhares de euros.

Destarte, nestes casos, com frequência é possível se verificar que não há o atendimento dos requisitos subjetivos da substituição da pena, que deve ser reservada, no caso de tráfico de drogas, para casos excepcionais, que não envolvam tal quantidade de droga e esta situação de transnacionalidade.

O Egrégio Tribunal Regional Federal da 3ª Região já teve oportunidade de decidir que a

(...) quantidade e a natureza do material entorpecente, bem como a pretensão de transportá-lo além das fronteiras nacionais revelam a incompatibilidade das circunstâncias do crime e da culpabilidade dos réus com a concessão do benefício pretendido.¹⁰

De fato, a substituição deve ficar ao prudente critério do juiz, no caso concreto, pois, segundo a doutrina,

(...) O legislador deixou por conta dos operadores jurídicos a tarefa de individualizar o instituto alternativo da substituição em cada caso concreto. É preciso que se faça um juízo de valor sobre a “suficiência” da resposta alternativa ao delito. Essa valoração deve ter em mira a repressão e prevenção do delito. É sempre importante enfatizar que essa valoração deve ser objetiva e descritiva, isto é, fundamentada, para se possibilitar o seu democrático controle.¹¹

9 STF, HC 94.016/SP, Segunda Turma, Relator Ministro Celso de Mello, j. 16/09/2008, DJe 26/02/2009.

10 TRF 3ª Região, ACr 0012995-92.2009.4.03.6181/SP, Segunda Turma, Relator Desembargador Federal Cotrim Guimarães, j. 19/10/2010, eDJF 28/10/2010.

11 GOMES, Luiz Flávio. *Penas e medidas alternativas à prisão*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 116.