



Número: **5002078-09.2022.4.03.6104**

Classe: **APELAÇÃO CRIMINAL**

Órgão julgador colegiado: **11ª Turma**

Órgão julgador: **Gab. 40 - DES. FED. NINO TOLDO**

Última distribuição : **05/08/2022**

Valor da causa: **R\$ 0,00**

Processo referência: **5002078-09.2022.4.03.6104**

Assuntos: **Associação para a Produção e Tráfico e Condutas Afins**

Segredo de justiça? **NÃO**

Justiça gratuita? **NÃO**

Pedido de liminar ou antecipação de tutela? **NÃO**

Partes		Procurador/Terceiro vinculado	
MINISTERIO PUBLICO FEDERAL - PR/SP (APELANTE)			
ANDRES DAMIAN CASTERA (APELANTE)		DIEGO DOS ANJOS ELIAS ANTONIO (ADVOGADO)	
XILENE NOELI IRASTORZA (APELANTE)		DIEGO DOS ANJOS ELIAS ANTONIO (ADVOGADO)	
ANDRES DAMIAN CASTERA (APELADO)		DIEGO DOS ANJOS ELIAS ANTONIO (ADVOGADO)	
XILENE NOELI IRASTORZA (APELADO)		DIEGO DOS ANJOS ELIAS ANTONIO (ADVOGADO)	
MINISTERIO PUBLICO FEDERAL - PR/SP (APELADO)			
Documentos			
Id.	Data da Assinatura	Documento	Tipo
26488 8220	06/10/2022 17:28	Acórdão	Acórdão



PODER JUDICIÁRIO
Tribunal Regional Federal da 3ª Região
11ª Turma

APELAÇÃO CRIMINAL (417) Nº 5002078-09.2022.4.03.6104

RELATOR: Gab. 40 - DES. FED. NINO TOLDO

APELANTE: MINISTERIO PUBLICO FEDERAL - PR/SP, ANDRES DAMIAN CASTERA, XILENE NOELI IRASTORZA

Advogado do(a) APELANTE: DIEGO DOS ANJOS ELIAS ANTONIO - SP262036-A

APELADO: ANDRES DAMIAN CASTERA, XILENE NOELI IRASTORZA, MINISTERIO PUBLICO FEDERAL - PR/SP

Advogado do(a) APELADO: DIEGO DOS ANJOS ELIAS ANTONIO - SP262036-A

OUTROS PARTICIPANTES:

p{text-align: justify;}



PODER JUDICIÁRIO
Tribunal Regional Federal da 3ª Região
11ª Turma

APELAÇÃO CRIMINAL (417) Nº 5002078-09.2022.4.03.6104

RELATOR: Gab. 40 - DES. FED. NINO TOLDO

APELANTE: MINISTERIO PUBLICO FEDERAL - PR/SP, ANDRES DAMIAN CASTERA, XILENE NOELI IRASTORZA

Advogado do(a) APELANTE: DIEGO DOS ANJOS ELIAS ANTONIO - SP262036-A

APELADO: ANDRES DAMIAN CASTERA, XILENE NOELI IRASTORZA, MINISTERIO PUBLICO FEDERAL - PR/SP

Advogado do(a) APELADO: DIEGO DOS ANJOS ELIAS ANTONIO - SP262036-A

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL NINO TOLDO (Relator):

Trata-se de apelações interpostas pelo Ministério Público Federal (MPF) e pela defesa comum de ANDRÉS DAMIAN CASTERA e XILENE NOELI IRASTORZA em face da sentença proferida pela 5ª Vara Federal de Santos (SP) que condenou os réus à pena de 5 (cinco) anos, 8 (oito) meses e 1 (um) dia de reclusão, em regime inicial fechado, e 565 (quinhentos e sessenta e cinco) dias-multa, no valor mínimo legal,



pela prática do crime previsto no art. 33, *caput*, c.c. o art. 40, I, da Lei nº 11.343/2006, e, com fundamento no art. 386, VII, do Código de Processo Penal, absolveu os réus da imputação de prática do crime previsto no art. 35 da Lei nº 11.343/2006.

A denúncia (ID 261664755), recebida em 9 de maio de 2022 (ID 261664787), narra:

Segundo restou apurado, no dia 07 de abril de 2022, nas imediações do salão de embarque do Terminal de Cruzeiros Giusfredo Santini - CONCAIS, ANDRES DAMIAN CASTERA e XILENE NOELI IRASTORZA, já qualificados, atuando em concurso de pessoas, caracterizado pela unidade de desígnios e distribuição de tarefas dirigidas a finalidade comum, transportaram, tinham em depósito e guardaram, para fins de comércio ou de entrega de qualquer forma a consumo de terceiros no exterior, sem autorização e em desacordo com as determinações legais e regulamentares, droga, consistente em COCAÍNA.

Conforme consta, a substância entorpecente, que determina dependência física e psíquica, com peso total de 5,5 kg (cinco quilos e quinhentos quilogramas), estava acondicionada em embalagens plásticas envolvidas com fita adesiva presas aos seus próprios corpos (região das pernas e virilhas), por baixo das respectivas vestes, prestes a embarcarem no navio MSC Preziosa, com destino final na Espanha, conforme Termo de Apreensão nº 1266928/2022, fl. 10 (ID 247417677), Laudo de Perícia Criminal Federal (Química Forense) nº 184/2022 de fls. 150/154 (ID 247775659) e Informação Policial nº 1303624/2022 de fls. 157/159 (ID 247775659).

(...)

Segundo consta dos autos, no dia 07/04/2022, por volta das 18:00h, os denunciados, foram flagrados durante a averiguação realizada no salão de embarque do Terminal de Cruzeiros Giusfredo Santini - CONCAIS, em Santos-SP, trazendo consigo, em embalagens plásticas envolvidas com fitas adesivas presas aos seus próprios corpos (região das pernas e virilha), por baixo das roupas que vestiam, aproximadamente 5,5 kg (cinco quilos e quinhentos quilogramas) de pó branco, que após a perícia realizada verificou-se tratar do entorpecente cocaína.

A sentença (ID 261667584) foi publicada em 6 de julho de 2022.

Em seu recurso (ID 261667591)-, o MPF requer, em síntese, o aumento da pena-base.

A defesa, por sua vez (ID 261667607), pede o reconhecimento da causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, em seu grau máximo; a fixação do regime semiaberto para início do cumprimento da pena privativa de liberdade e a substituição dessa pena por restritivas de direitos.

Foram apresentadas contrarrazões (ID 261667615 e ID 261667611).

A Procuradoria Regional da República opinou pelo provimento do recurso da acusação e pelo desprovimento do recurso da defesa (ID 261761133).

É o relatório.

À revisão.



p{text-align: justify;}



PODER JUDICIÁRIO
Tribunal Regional Federal da 3ª Região
11ª Turma

APELAÇÃO CRIMINAL (417) Nº 5002078-09.2022.4.03.6104

RELATOR: Gab. 40 - DES. FED. NINO TOLDO

APELANTE: MINISTERIO PUBLICO FEDERAL - PR/SP, ANDRES DAMIAN CASTERA, XILENE NOELI IRASTORZA

Advogado do(a) APELANTE: DIEGO DOS ANJOS ELIAS ANTONIO - SP262036-A

APELADO: ANDRES DAMIAN CASTERA, XILENE NOELI IRASTORZA, MINISTERIO PUBLICO FEDERAL - PR/SP

Advogado do(a) APELADO: DIEGO DOS ANJOS ELIAS ANTONIO - SP262036-A

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL NINO TOLDO (Relator):

Trata-se de apelações interpostas pelo Ministério Público Federal (MPF) e pela defesa comum de ANDRÉS DAMIAN CASTERA e XILENE NOELI IRASTORZA em face da sentença que condenou os réus pela prática do crime de tráfico transnacional de drogas.

Embora não sejam objetos dos recursos, registro que a **materialidade** e **autoria** estão devidamente comprovadas pelo termo de apreensão (ID 261664744, p. 14), pelo laudo preliminar de constatação (ID 261664744, pp. 35/38) e pelo laudo de química forense (ID 261664745, pp. 11/15), que atestam a apreensão de 5,568 kg (cinco quilogramas e quinhentos e sessenta e oito gramas) de cocaína escondidas em embalagens plásticas envolvidas nos corpos dos réus, que estavam prestes a embarcar em navio com destino à Espanha. Além disso, há a prova oral produzida em contraditório judicial e a confissão dos réus.

Passo ao reexame da **dosimetria das penas** de forma conjunta porque são semelhantes as situações objetivas.



Na **primeira fase**, o juízo *a quo* fixou a pena-base em 5 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão e 583 (quinhentos e oitenta e três) dias-multa, acima do mínimo legal, para cada réu, levando em consideração, preponderantemente, a quantidade e a natureza da droga apreendida (5,5 kg de cocaína).

O MPF requer o incremento da pena-base em razão da quantidade de droga apreendida. Com razão, pois, nos termos do art. 42 da Lei nº 11.343/2006 e da jurisprudência deste Tribunal Regional Federal, a quantidade e a natureza da droga apreendida no caso justificam a fixação da pena-base em patamar superior ao estabelecido na sentença.

Por isso, provejo nesse ponto o recurso da acusação e elevo a pena-base, fixando-a em 6 (seis) anos de reclusão e 600 (seiscentos) dias-multa para cada réu.

Na **segunda fase**, o juízo não reconheceu circunstâncias agravantes e reconheceu, para ambos os réus, a circunstância atenuante da confissão espontânea (CP, art. 65, I, "d"), na fração de 1/6 (um sexto), o que confirmo. Em razão disso, a pena intermediária fica em 5 (cinco) anos de reclusão e 500 (quinhentos) dias-multa.

Na **terceira fase**, o juízo aplicou a causa de aumento do art. 40, I, da Lei nº 11.343/2006 (transnacionalidade), na fração mínima de 1/6 (um sexto), o que confirmo, passando a pena de cada réu para 5 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão e 583 (quinhentos e oitenta e três) dias-multa.

O juízo não aplicou a causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006 por considerar que a ação delitiva foi desenvolvida por terceiros pertencentes a organizações criminosas.

A defesa pede a aplicação da minorante, em seu grau máximo.

Pois bem. De acordo com a norma citada, as penas do tráfico de drogas poderão ser reduzidas de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços), desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique a atividades criminosas nem integre organização criminosa, devendo esses quatro requisitos concorrer cumulativamente para que a minorante seja aplicada

No caso, os réus são primários, não registram maus antecedentes e não há provas de que se dediquem a atividades criminosas, não se podendo afirmar que integrem, ainda que circunstancialmente, organização criminosa voltada ao tráfico transnacional de drogas. Trata-se de situação de "mula" do tráfico.

As "mulas" são pessoas contratadas para o transporte da droga e caracterizam-se por não ter nenhum poder de ingerência sobre como realizarão esse transporte, nem onde e de quem receberão a droga, cabendo-lhes obedecer a ordens e seguir roteiro previamente estabelecido. É inegável que o papel das "mulas" é imprescindível na cadeia delitiva de uma organização criminosa. Contudo, não se pode dizer que toda "mula" integre tal organização, devendo haver análise caso a caso.



A propósito, é de se destacar o seguinte trecho do voto-vista do Ministro Gilmar Mendes, no julgamento do HC nº 101.265/SP:

Ipso facto, nessa linha de raciocínio, "mula", de fato, integra a organização criminosa, "na medida em que seu trabalho é uma condição sine qua non para a narcotraficância internacional". Pressupondo, assim, que toda organização criminosa estrutura-se a partir de uma divisão de tarefas que objetiva um fim comum, é inegável que esta tarefa - de transporte - está inserida nesse contexto como essencial. E, em princípio, diferentemente da referência à "atividade criminosa" em que o legislador exigiu "dedicação", ou seja, habitualidade, reiteração de condutas, tal condição não é essencial no caso de "integrar organização criminosa". Aliás, se assim fosse, desnecessário o próprio requisito, pois já contido na "atividade criminosa". Além disso, não me parece verdadeiro pressupor que o legislador intencionou com a regra dispensar tratamento menos rigoroso ao "traficante mula" ou, ainda, aos outros com "participação de menor importância" e não diretamente ligados ao núcleo da organização. Se essa fosse a intenção, certamente, consubstanciaria uma elementar do tipo. Teríamos, então, um tipo penal derivado. Todavia, na mesma linha de pensamento do eminente relator, não consigo fixar aprioristicamente que, ao se rotular o indivíduo como "mula" sempre se estará diante do óbice de "integrar" organização criminosa. Penso que a diferenciação deve ser feita caso a caso, a partir de dados objetivos do processo.

(STF, HC nº 101.265/SP, Segunda Turma, maioria, Rel. Min. Ayres Britto, Redator do Acórdão Min. Joaquim Barbosa, j. 10.04.2012, DJe 03.08.2012)

Tudo indica que o envolvimento dos réus com o narcotráfico tenha sido pontual, sendo esse o único episódio criminoso registrado, de modo que fazem jus à minorante.

No entanto, as circunstâncias do caso concreto não permitem a fixação da minorante em patamar superior ao mínimo, como requer a defesa, motivo pelo qual fixo em 1/6 (um sexto) a fração da minorante, de modo que a pena definitiva para cada réu fica estabelecida em **4 (quatro) anos, 10 (dez) meses e 10 (dez) dias de reclusão e 485 (quatrocentos e oitenta e cinco) dias-multa**, mantido o valor unitário do dia-multa no mínimo legal.

O juízo fixou o regime fechado para início do cumprimento da pena privativa de liberdade. Contudo, considerando a pena definitiva aplicada e que as circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal não são desfavoráveis aos réus, acolho o pedido da defesa e fixo o **regime semiaberto** para início do cumprimento dessa pena (CP, art. 33, § 2º, "b"), que não pode ser substituída por restritivas de direitos, por falta de requisito objetivo (CP, art. 44, I).

O desconto do tempo de prisão provisória (CPP, art. 387, § 2º) não daria aos apelantes o direito de iniciar o cumprimento da pena privativa de liberdade em regime menos gravoso.

Posto isso, **DOU PROVIMENTO** ao recurso da acusação, para elevar a pena-base, e **DOU PARCIAL PROVIMENTO** à apelação da defesa, para aplicar a causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006, mas na fração de 1/6 (um sexto), e fixar o regime semiaberto para início do cumprimento da pena privativa de liberdade, ficando a pena definitiva para cada réu estabelecida em 4



(quatro) anos, 10 (dez) meses e 10 (dez) dias de reclusão, em regime inicial semiaberto, e 485 (quatrocentos e oitenta e cinco) dias-multa, nos termos da fundamentação supra.

É o voto.

p{text-align: justify;}

E M E N T A

PENAL. PROCESSUAL PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO TRANSNACIONAL DE DROGAS. DOSIMETRIA DA PENA. PENA-BASE. REGIME SEMIABERTO.

1. Nos termos do art. 42 da Lei nº 11.343/2006 e da jurisprudência deste Tribunal Regional Federal, a quantidade e a natureza da droga apreendida no caso (5,5 kg de cocaína) justificam a fixação da pena-base em patamar superior ao estabelecido na sentença.

2. Os réus são primários, não registram maus antecedentes e não há provas de que se dediquem a atividades criminosas, não se podendo afirmar que integrem, ainda que circunstancialmente, organização criminosa voltada ao tráfico transnacional de drogas. Trata-se de situação de "mula" do tráfico. No entanto, as circunstâncias do caso concreto não permitem a fixação da minorante em patamar superior ao mínimo, como requer a defesa.

3. O juízo fixou o regime fechado para início do cumprimento da pena privativa de liberdade. Contudo, considerando-se a pena definitiva aplicada e que as circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal não são desfavoráveis aos réus, acolhe-se o pedido da defesa e fixa-se o regime semiaberto para início do cumprimento dessa pena (CP, art. 33, § 2º, "b"), que não pode ser substituída por restritivas de direitos, por falta de requisito objetivo (CP, art. 44, I). O desconto do tempo de prisão provisória (CPP, art. 387, § 2º) não daria aos apelantes o direito de iniciar o cumprimento da pena privativa de liberdade em regime menos gravoso.

4. Apelação da acusação provida. Apelação da defesa provida em parte.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Décima Primeira Turma, por unanimidade, decidiu DAR PROVIMENTO ao recurso da acusação, para elevar a pena-base, e DAR PARCIAL PROVIMENTO à apelação da defesa, para aplicar a causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006, mas na fração de 1/6 (um sexto), e fixar o regime semiaberto para início do cumprimento da pena privativa de liberdade, ficando a pena definitiva para cada réu estabelecida em 4 (quatro) anos, 10 (dez) meses e 10 (dez) dias de reclusão, em regime inicial semiaberto, e 485 (quatrocentos e oitenta e cinco) dias-multa, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

