



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

**AgRg no AGRADO EM RECURSO ESPECIAL Nº 626.561 - SP
(2014/0327621-2)**

RELATOR : MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ
AGRAVANTE : MANOEL VALDEMAR RAMOS MORENO
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

EMENTA

PENAL. PROCESSUAL PENAL E PROCESSUAL CIVIL. AGRADO REGIMENTAL NO AGRADO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. FIXAÇÃO DA PENA-BASE NO MÍNIMO LEGAL. TESE NÃO DEFENDIDA NO RECURSO ESPECIAL. INOVAÇÃO. DIMINUIÇÃO DA PENA (ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006). IMPOSSIBILIDADE. REGIME PRISIONAL INICIAL DIVERSO DO FECHADO. OBSERVÂNCIA DO ART. 33, § 3º, DO CP. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. INVIABILIDADE. AGRADO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

1. Quanto à suposta ilegalidade na exasperação da pena-base, observo que tal argumentação não foi formulada nas razões do recurso especial, configurando-se verdadeira inovação processual, o que é inadmissível em agravo regimental.

2. A razão de ser da causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 é justamente punir com menor rigor o pequeno traficante, ou seja, aquele indivíduo que não faz do tráfico de drogas o seu meio de vida; antes, cometendo um fato isolado, acaba incidindo na conduta típica prevista no art. 33 da mencionada lei federal.

3. A jurisprudência desta Corte Superior é firme em assinalar que o agente que transporta entorpecentes, no exercício da função de "mula", integra organização criminosa, o que afasta a incidência do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006.

4. Nos crimes de tráfico de entorpecentes, a escolha do regime prisional inicial deve levar em consideração a quantidade da pena imposta, a eventual existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis e as demais peculiaridades do caso concreto (como a natureza e a quantidade de drogas apreendidas, por exemplo), para que, então, seja escolhido o regime carcerário que, à luz do disposto no art. 33 e parágrafos do Código Penal, se mostre o mais adequado



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

para a prevenção e a repressão do delito perpetrado.

5. O regime inicial fechado foi devidamente estabelecido pelas instâncias ordinárias, em razão da natureza e da quantidade da droga apreendida – mais de 2 kg de cocaína –, bem como da valoração negativa das consequências do crime.

6. Diante da manutenção da pena imposta pelas instâncias ordinárias, é incabível a apreciação do pedido de substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, pois a reprimenda é superior a 4 anos de reclusão (art. 44, I, do Código Penal).

7. Agravo regimental não provido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma, por unanimidade, negar provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Nefi Cordeiro, Ericson Maranhão (Desembargador convocado do TJ/SP), Maria Thereza de Assis Moura e Sebastião Reis Júnior (Presidente) votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 18 de junho de 2015

Ministro Rogerio Schietti Cruz



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

**AgRg no AGRADO EM RECURSO ESPECIAL Nº 626.561 - SP
(2014/0327621-2)**

RELATOR : MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ
AGRAVANTE : MANOEL VALDEMAR RAMOS MORENO
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ:

MANOEL VALDEMAR RAMOS MORENO agrava de decisão na qual conheci do agravo e neguei seguimento ao recurso especial, com base nos seguintes fundamentos:

a) incide a Súmula n. 83 do STJ em relação à alegada negativa de vigência do art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, uma vez que a decisão recorrida está em consonância com a jurisprudência desta Corte;

b) não ficou caracterizada violação do art. 33, § 2º, "b", do Código Penal, pois o regime inicial da pena foi imposto com base na presença de circunstâncias judiciais desfavoráveis (natureza e quantidade de droga apreendida), em observância ao disposto no art. 33, § 3º, do Código Penal;

c) incabível a apreciação do pedido de substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, pois a reprimenda é superior a 4 anos de reclusão (art. 44, I, do Código Penal).

Neste agravo regimental, a defesa sustenta que "o aumento da pena-base disposta no r. *decisum*, certamente, é desproporcional àqueles impostos aos autores de tráfico cuja quantidade de droga apreendida atinge até mais de 100 kg" (fl. 436). Entende que a pena-base deve ser imposta no mínimo legal ou "com elevação inferior àquela ora guerreada" (fl. 436).

Alega que "o v. acórdão assinala de forma clara e precisa que o acusado é primário e de bons antecedentes, reconhecendo inclusive a sua condição de 'mula', todavia, sem qualquer tipo de prova que fundamente sua decisão, assevera que o acusado se dedica às atividades criminosas pelo simples fato de ter tido contato de alguma forma com agente(s) do tráfico" (fl. 438). Ressalta que "o réu não possui maus antecedentes, não é reincidente, nunca foi processado criminalmente" (fl. 438). Assere que a orientação



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

jurisprudencial adotada por esta Corte Superior confronta o entendimento manifestado pelo Supremo Tribunal Federal nos seguintes julgados: **a)** HC n. 111.309 e **b)** RHC n. 118.008.

Aduz que "a natureza e a quantidade da droga apreendida não podem afastar a aplicação da minorante, visto que configura *bis in idem* considerar essas circunstâncias na aplicação da pena-base e também na aplicação da causa especial de diminuição do § 4º do art. 33 da Lei de Tóxicos" (fl. 437).

Assevera, por fim, que, "sendo reduzida a pena nos termos acima expostos, impõe-se o regime inicial aberto e a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direito, uma vez que preenche os requisitos esculpidos no art. 44 do Código Penal" (fl. 442).

Pugna pela reconsideração da decisão agravada ou pela submissão do feito ao órgão colegiado, para que seja provido o recurso especial.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

**AgRg no AGRADO EM RECURSO ESPECIAL Nº 626.561 - SP
(2014/0327621-2)**

EMENTA

PENAL. PROCESSUAL PENAL E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. FIXAÇÃO DA PENA-BASE NO MÍNIMO LEGAL. TESE NÃO DEFENDIDA NO RECURSO ESPECIAL. INOVAÇÃO. DIMINUIÇÃO DA PENA (ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006). IMPOSSIBILIDADE. REGIME PRISIONAL INICIAL DIVERSO DO FECHADO. OBSERVÂNCIA DO ART. 33, § 3º, DO CP. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. INVIABILIDADE. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

1. Quanto à suposta ilegalidade na exasperação da pena-base, observo que tal argumentação não foi formulada nas razões do recurso especial, configurando-se verdadeira inovação processual, o que é inadmissível em agravo regimental.

2. A razão de ser da causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 é justamente punir com menor rigor o pequeno traficante, ou seja, aquele indivíduo que não faz do tráfico de drogas o seu meio de vida; antes, cometendo um fato isolado, acaba incidindo na conduta típica prevista no art. 33 da mencionada lei federal.

3. A jurisprudência desta Corte Superior é firme em assinalar que o agente que transporta entorpecentes, no exercício da função de "mula", integra organização criminosa, o que afasta a incidência do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006.

4. Nos crimes de tráfico de entorpecentes, a escolha do regime prisional inicial deve levar em consideração a quantidade da pena imposta, a eventual existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis e as demais peculiaridades do caso concreto (como a natureza e a quantidade de drogas apreendidas, por exemplo), para que, então, seja escolhido o regime carcerário que, à luz do disposto no art. 33 e parágrafos do Código Penal, se mostre o mais adequado para a prevenção e a repressão do delito perpetrado.

5. O regime inicial fechado foi devidamente estabelecido pelas instâncias ordinárias, em razão da natureza e da quantidade da droga apreendida – mais de 2 kg de cocaína –, bem como da valoração



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

negativa das consequências do crime.

6. Diante da manutenção da pena imposta pelas instâncias ordinárias, é incabível a apreciação do pedido de substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, pois a reprimenda é superior a 4 anos de reclusão (art. 44, I, do Código Penal).

7. Agravo regimental não provido.

VOTO

O SENHOR MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ (Relator):

Não obstante os esforços perpetrados pelo ora agravante, não constato fundamentos suficientes a infirmar a decisão agravada, cuja conclusão ora mantenho.

I. Contextualização

No caso em exame, o agravante foi condenado à pena de 5 anos e 10 meses de reclusão, em regime inicial fechado, mais multa, como incurso no art. 33, *caput*, c/c o art. 40, I, ambos da Lei n. 11.343/2006, porque "trazia em seu estômago **1.315g (mil trezentos e quinze gramas) de cocaína, sem autorização legal ou regulamentar, acondicionadas em 141 (cento e quarenta e uma) cápsulas**, que seriam transportadas para Lisboa, em Portugal" (fl. 211).

O Juízo de primeira instância, ao proferir a sentença condenatória, afastou a incidência da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 sob os seguintes fundamentos (fls. 223-225, grifei):

b) Diminuição de pena – artigo 33, § 4º da Lei 11.343/2006.

A lei propõe o preenchimento de quatro requisitos: ser primário, de bons antecedentes, não se dedicar ao crime e nem participar de organização criminosa.

São critérios para nortear a subjetividade do magistrado. A primariedade está comprovada. Os bons antecedentes também estão presentes se considerada a Súmula 444 do STJ.

Ao que parece, o acusado não participa da organização criminosa. Nem foi denunciado como se participasse.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Porém, **o próprio acusado acabou assumindo que se dedicava às atividades criminosas.**

Segundo seu relato em interrogatório, o acusado trabalhava no ramo de construção civil, mas se encontrava desempregado desde 2008 e vivia às expensas de sua segunda companheira.

De acordo com o passaporte examinado em audiência (áudio de fl. 139), Manuel veio pela primeira vez ao Brasil em 10/06/2011, com um passaporte emitido em 06/06/2011. Adentrou em território nacional para transportar drogas para Lisboa, e chegou a engolir 100 cápsulas, viajar normalmente, e expeli-las em Portugal. Menos de três meses depois, o acusado empreendeu nova viagem ao Brasil, com o mesmo propósito, engolindo uma quantidade maior de drogas. Segundo alegou, não chegou a receber os €5.000 (cinco mil euros), e aceitou fazer novamente a viagem, desta vez proposta por um "amigo" do primeiro aliciador. Chegando ao Brasil, fez o contato para o número fornecido e o levaram para a mesma casa que foi levado em junho/2011 para o procedimento de deglutição das cápsulas.

Ao que tudo indica, o acusado recebeu sim a quantia prometida na primeira viagem, já que não é crível que depois de tudo o que passou empreenderia tão perigosa e arriscada viagem de novo. Percebeu que era um ganho rápido, daí porque aceitou transportar drogas em espaço tão curto de tempo.

Desta forma, afasto o pedido da Defesa, já que **o acusado não preenche todos os requisitos legais** para a concessão da diminuição da pena.

A respeito do tema, a Corte estadual consignou (fls. 334-336, destaquei):

Em relação à causa de diminuição prevista no § 4º, do artigo 33, da Lei nº 11.343/06, exige-se para seu reconhecimento 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", se deduz 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 dispositivo em tela exige que o agente não integre



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 (artigo 35, da Lei nº 11.343/06). Contudo, no § 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". 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, **o próprio denunciado afirmou em Juízo (mídia à fl. 139) que aceitou vir ao Brasil para transportar droga até Portugal mediante pagamento de cinco mil euros.**

Ainda, conforme consignado na r. sentença, **não é a primeira vez que o réu se dispôs a realizar tráfico transnacional de drogas, já que em junho de 2011 já tinha vindo ao Brasil para transportar entorpecente também para Lisboa, em face de proposta de aliciadores em Portugal, tendo obtido êxito naquela empreitada criminosa, conforme depoimento do acusado e da análise de seu passaporte.**

Porém, **num curto espaço de tempo, em setembro de 2011, resolveu fazer nova viagem ao Brasil com o mesmo propósito, não obtendo sucesso.**

Portanto, **não há como negar que efetivamente figurou, ainda que de forma eventual, em uma ponta da organização criminosa voltada ao tráfico de drogas, a ela prestando serviços e colaborando para a distribuição mundial do entorpecente cocaína, ao exercer a função de transportá-la para o exterior mediante remuneração.**

Note-se que o réu integra a organização, ainda que seja a primeira vez que dela participa, ou que não tenha o ânimo de delinquir, já que **sua atuação é condições imprescindível (sic) para o sucesso da narcotraficância.**

Ressalto que tal assertiva não deriva de mera presunção, de uma criação judicial baseada em critérios subjetivos em desfavor do direito de liberdade, ou ainda de usurpação da função legislativa, mas sim de uma reflexão ponderada e imparcial, baseada na realidade do mundo em que vivemos. Isso porque é notório e incontestável que, em uma



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

operação típica de tráfico de drogas, como na hipótese, há necessariamente a atuação de uma organização criminosa internacional atuando em dois ou mais países. Em uma ponta, há o fornecimento da droga no país de origem às pessoas que se dispõem a transportá-la e, em outra, outros novos membros da organização, que recebem o entorpecente em seu destino, preparando-o para o consumo.

Por esses motivos, entendo que a causa de diminuição prevista no § 4º, do artigo 33, da Lei nº 11.343/06, não está voltada àqueles que praticam o tráfico com uma autêntica estrutura logística voltada para o transporte de grandes quantidades de drogas, estrutura essa que recruta pessoas economicamente desfavorecidas, todos em condições sabidamente deploráveis, que recebem consideráveis quantias em dinheiro, telefones celulares, roupas, às vezes até acompanhantes ("olheiros"), unicamente para transportar o entorpecente, conforme previamente contratado. A pessoa que se dispõe a viajar transportando entorpecente em prol de uma organização criminosa, proprietária da droga e detentora da logística de seu deslocamento, atua como um elo entre seus participantes.

Penso, ainda, que essa causa de diminuição de pena está voltada ao tráfico de menor expressão, que não possui tamanha estrutura e poderio econômico, nem envolve quantidades tão expressivas de entorpecente, tais como pequenos distribuidores que comercializam a droga em pequenas quantidades, diretamente aos usuários.

Assim sendo, discordo do entendimento de que para "integrar a organização criminosa" seja necessária vinculação perene ou prolongada, muito menos saber quem são os donos do entorpecente, os produtores e fabricantes, a função ou identidade de cada elemento que compõe a organização criminosa.

Desta forma, mesmo sem a estabilidade e permanência, os papéis exercidos pelos apelantes na atividade criminosa, fazendo a atividade essencial de transportar o entorpecente, os qualificam como integrantes de organização criminosa e impede a concessão do benefício legal do § 4º, do artigo 33, da Lei nº 11.343/2006.

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.

II. Exasperação da pena-base

Em relação à suposta ilegalidade na exasperação da pena-base,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

observo que tal argumentação não foi formulada nas razões do recurso especial, configurando-se verdadeira inovação processual, o que é inadmissível em agravo regimental.

Nesse sentido:

[...]

2. **"É vedado à parte inovar nas razões do agravo regimental e nos embargos integrativos, tendo em vista a ocorrência da preclusão como consequência de a questão não ter sido tratada oportunamente".** (EDcl nos EDcl nos EDcl nos EDcl no REsp 757.760/GO, Rel. Min. RAUL ARAÚJO, QUARTA TURMA, DJe 28/06/2013).

[...]

4. Embargos de declaração rejeitados e extinção da punibilidade pela prescrição declarada de ofício.

(EDcl no AgRg no AREsp n. 565.934/SP, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, 6ª T., DJe 10/11/2014, grifei.)

[...]

1. **É inadmissível em sede de agravo regimental a análise de matéria que não foi objeto do recurso especial por se tratar de inovação recursal**, o que é inviável ainda que se trate de matéria de ordem pública.

[...]

4. Agravo regimental desprovido.

(AgRg nos EDcl no REsp n. 1.423.263/RJ, Rel. Ministro Gurgel de Faria, 5ª T., DJe 29/10/2014, destaquei.)

III. Diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006

Pelos excertos supratranscritos, verifico que o Tribunal *a quo*, ao afastar a causa especial de diminuição de pena positivada no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, fundamentou a decisão **no fato de que o réu se dedicava a atividades ilícitas, pois participava de organização criminosa destinada ao tráfico internacional de entorpecentes, atuando como "mula"**.

A irresignação do agravante é que, na hipótese, não ficou provada "sua participação em eventual organização criminosa, bem como que se dedicasse à prática de atividades ilícitas (ao contrário, há fortes indícios de trabalho honesto), evidenciando sua atuação apenas como 'mula'" (fl. 354).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

A respeito do tema, registro que, embora o agravante sustente que a decisão recorrida contraria o entendimento do Supremo Tribunal Federal, manifestado no julgamento do HC n. 111.309 e do RHC n. 118.008, a jurisprudência desta Corte é uníssona em afirmar que "[...] o acusado, **enquanto no exercício da função de "mula", integra organização criminosa** e, portanto, **não preenche os requisitos exigidos** para a aplicação da causa de diminuição de pena descrita no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006" (**AgRg no AREsp n. 63.966/SP**, Rel. Ministro **Sebastião Reis Júnior**, 6ª T., DJe 31/10/2014, grifei).

Ilustrativamente, menciono ainda os seguintes julgados:

[...]

- Se as instâncias ordinárias entenderam que o recorrente integrava organização criminosa não há como rever tal entendimento na via do recurso especial, uma vez que a desconstituição do que lá ficou decidido implicaria, necessariamente, no revolvimento do conjunto fático-probatório. Súmula n. 7/STJ.

- **"A alegação de que a minorante trazida no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006 deve sempre ser aplicada às denominadas mulas foi refutada pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento do writ nº 101.265/SP, tendo, ao contrário, se assentado que a "mula" integra a organização criminosa, na medida em que seu trabalho é condição 'sine qua non' para o tráfico internacional"** (AgRg no HC n. 226.549/SP, Ministro Marco Aurélio Bellizze, Quinta Turma, DJe 23/8/2012).

Agravo regimental desprovido.

(**AgRg no AREsp n. 405.650/SP**, Rel. Ministra **Marilza Maynard** (Desembargadora convocada do TJ/SE), 6ª T., DJe 27/5/2014, destaquei.)

[...]

2. Tendo as instâncias ordinárias reconhecido que o agravante se dedica ao comércio ilícito de entorpecentes, mostra-se inviável a aplicação da causa de diminuição da pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006. Outrossim, não é dado na via eleita desconstituir as conclusões firmadas com base em fatos e provas carreados aos autos, haja vista o óbice do enunciado n. 7 da Súmula desta Corte.

[...]

7. Agravo regimental a que se dá parcial provimento para decotar a causa de aumento descrita no art. 40, inciso III, da Lei de Drogas,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

redimensionando a pena para 6 (seis) anos, 9 (nove) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, mantidos os demais termos da condenação. (AgRg no AREsp n. 225.357/SP, Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, 5ª T., DJe 27/3/2014, grifei.)

[...]

2. Concluído pelo Tribunal *a quo* que o paciente integrava organização criminosa ("mula" do tráfico), não incide a referida minorante, porquanto não preenchidos os requisitos previstos no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006.

3. Para concluir em sentido diverso, há necessidade de revolvimento do acervo fático-probatório, providência incabível na via estreita do *habeas corpus*.

4. Ordem denegada.

(HC n. 201.119/SP, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, 6ª T., DJe 25/6/2012, destaquei.)

Ainda, consoante entendimento deste Tribunal Superior, acórdãos proferidos em *habeas corpus*, mandado de segurança e recurso ordinário **não servem à demonstração de dissídio jurisprudencial, ainda que se trate de divergência notória**, "eis que os remédios constitucionais não guardam o mesmo objeto/natureza e a mesma extensão material almejados no recurso especial" (AgRg no EREsp n. 998.249/RS, Rel. Ministro Sebastião Reis Júnior, 3ª S., DJe 21/9/2012, grifei).

Dessa forma, como a Corte de origem **decidiu de acordo com a jurisprudência pacífica do Superior Tribunal de Justiça**, incide, na espécie, o enunciado da Súmula n. 83 do STJ, *in verbis*: "Não se conhece do recurso especial pela divergência, quando a orientação do Tribunal se firmou no mesmo sentido da decisão recorrida".

Registro, ainda, que a aplicação do óbice da Súmula n. 83 do STJ alcança ambas as alíneas do permissivo constitucional. Exemplificativamente: "[...] A consonância do acórdão recorrido com o entendimento jurisprudencial desta Corte Superior, atrai a incidência do verbete sumular n. 83/STJ, aplicável pelas alíneas "a" e "c" do permissivo constitucional. [...]" (AgRg no REsp n. 1.215.547/PR, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, 5ª T., DJe 11/10/2012).

Ademais, observo que as instâncias ordinárias afastaram a incidência do redutor do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 com base em outros fundamentos, além da atuação do agravante como "mula" para o



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

transporte de entorpecentes na ocasião apurada nos autos. Com efeito, registraram que, **consoante reconhecido pelo próprio réu em seu interrogatório, essa não era a primeira vez que viajava ao Brasil com a finalidade de transportar entorpecentes para o exterior, o que reforça a sua dedicação a atividades criminosas.**

Por fim, verifico que, ao contrário do que assere a defesa, a não incidência do redutor do § 4º do art. 33 da Lei de Drogas **foi justificada em outros elementos** – condição de "mula" do réu, somada à sua declaração de que já havia viajado ao país, anteriormente, para transportar drogas ao exterior –, e **não na natureza e na quantidade de entorpecente apreendido.**

IV. Regime prisional inicial

Conquanto o agravante sustente que a decisão impugnada "deixou de observar princípios e foi contrária a preceitos legais e constitucionais ao afirmar que a quantidade e a natureza de droga ser (sic) altamente nociva – revela adequada a fixação do regime fechado" (fl. 442), registro que a Sexta Turma deste Superior Tribunal adotou o entendimento segundo o qual, **ante o quantum de pena aplicado e as circunstâncias do caso concreto (como a natureza e a quantidade de drogas apreendidas, por exemplo), seria possível a fixação de regime prisional mais brando de cumprimento de pena**, à luz do disposto no art. 33 do Código Penal.

Mesmo para os crimes hediondos ou outros a eles equiparados, cometidos na vigência da Lei n. 11.464/2007, a escolha do regime inicial de cumprimento de pena deve levar em consideração a quantidade da pena imposta, a eventual existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis, bem como as demais peculiaridades do caso concreto, para que, então, seja fixado o regime carcerário que se mostre o mais adequado para a prevenção e a repressão do delito perpetrado.

E, se dúvida existia acerca da possibilidade de fixação de regime diverso do fechado para os condenados por tráfico de drogas, essa incerteza foi superada. Mais recentemente, no julgamento do HC n. 111.840/ES, realizado em sessão extraordinária do dia 27/6/2012, o Pleno do Supremo Tribunal Federal, por maioria de votos, declarou, incidentalmente, a inconstitucionalidade do art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/1990, com a nova redação dada pela Lei n. 11.464/2007, afastando, assim, a obrigatoriedade de imposição do regime inicial fechado para os condenados pela prática de crimes hediondos e outros a eles equiparados.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

No caso em exame, a Corte local manteve a imposição do regime inicial de cumprimento da pena "em razão da elevada quantidade e natureza altamente nociva do entorpecente apreendido em poder do acusado" (fl. 337). Ainda, observo que a pena-base foi fixada acima do mínimo legal, em razão da **valoração negativa das circunstâncias do crime** (quantidade e natureza da droga apreendida – **1.315 g de cocaína, acondicionados em 141 cápsulas**), o que justifica o regime inicial fechado, apesar de a pena definitiva ter sido estabelecida em 5 anos e 10 meses de reclusão.

Ilustrativamente:

[...]

IV. A presença de circunstância judicial desfavorável, consistente na natureza das drogas apreendidas (*crack* e cocaína) e o *quantum* de pena estabelecido - 3 (três) anos e 9 (nove) meses de reclusão -, ante as regras previstas no art. 33, §§ 2º e 3º, c/c. o art. 59, ambos do Código Penal, autorizam o regime inicial semiaberto.

Agravo regimental desprovido.

(AgRg no AREsp n. 202.564/RS, Rel. Ministro Felix Fischer, 5ª T., DJe 18/2/2015, grifei.)

[...]

1. Admite esta Corte Superior que a natureza e a quantidade da substância entorpecente justificam a fixação de regime penal mais gravoso ao condenado por crime de tráfico de drogas, mesmo sendo estabelecida pena inferior a 4 anos, em observância ao art. 33, § 3º, do CP c/c o art. 42 da Lei n.º 11.343/2006.

[...]

3. Agravo Regimental improvido.

(AgRg no REsp n. 1.462.967/SC, Rel. Ministro Nefi Cordeiro, DJe 20/2/2015, destaquei.)

[...]

1. Reconhecida pelas instâncias ordinárias a existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis (art. 59 do CP), deve a pena-base ser fixada acima do mínimo legal, bem como justificado está o seu cumprimento em regime inicial mais gravoso, nos termos da jurisprudência consolidada nesta Corte Superior e no Supremo Tribunal Federal. Incide, portanto, o verbete sumular 83/STJ.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

[...]

5. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no AREsp n. 424.282/SP, Rel. Ministro Gurgel de Faria, 5ª T., DJe 4/11/2014, grifei.)

V. Substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos

Diante da manutenção da pena imposta pelas instâncias ordinárias, é incabível a apreciação do pedido, pois a reprimenda é superior a 4 anos de reclusão (art. 44, I, do Código Penal).

VI. Dispositivo

À vista do exposto, **nego provimento ao agravo regimental.**



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2014/0327621-2

AgRg no
AREsp 626.561 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00099683320114036181 201161810099687 99683320114036181

EM MESA

JULGADO: 18/06/2015

Relator

Exmo. Sr. Ministro **ROGERIO SCHIETTI CRUZ**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **SEBASTIÃO REIS JÚNIOR**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **HUMBERTO DE PAIVA ARAÚJO**

Secretário

Bel. **ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA**

AUTUAÇÃO

AGRAVANTE : MANOEL VALDEMAR RAMOS MORENO
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes Previstos na Legislação Extravagante - Crimes de Tráfico Ilícito e
Uso Indevido de Drogas - Tráfico de Drogas e Condutas Afins

AGRAVO REGIMENTAL

AGRAVANTE : MANOEL VALDEMAR RAMOS MORENO
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia SEXTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

A Sexta Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Nefi Cordeiro, Ericson Maranhão (Desembargador convocado do TJ/SP), Maria Thereza de Assis Moura e Sebastião Reis Júnior (Presidente) votaram com o Sr. Ministro Relator.