



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 1.395.738 - MS (2013/0273617-6)

RELATOR : MINISTRO NEFI CORDEIRO
AGRAVANTE : E O O (PRESO)
AGRAVANTE : D P A (PRESO)
AGRAVANTE : S M (PRESO)
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

EMENTA

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. NATUREZA DA DROGA. COCAÍNA. POSSIBILIDADE. MINORANTE DO ART. 33, § 4º, DA LEI DE DROGAS. NÃO PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS LEGAIS. DEDICAÇÃO À ATIVIDADE CRIMINOSA. ALTERAÇÃO DO ENTENDIMENTO DO TRIBUNAL A QUO. NECESSIDADE DE REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO VEDADO EM RECURSO ESPECIAL. SÚMULA 7/STJ. REGIME INICIAL FECHADO. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO. CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL. DECISÃO MANTIDA. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.

1. A decisão agravada deve ser mantida por seus próprios fundamentos, porquanto em sintonia com a jurisprudência pacífica do STJ.
2. No que diz respeito ao tráfico de entorpecentes, considerar-se-á na fixação das penas, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade de substância ou produto, a personalidade e a conduta social do agente (art. 42 da Lei n. 11.343/06). Assim, o aumento da pena-base com fundamento na natureza da droga apreendida - cocaína - é devido, segundo entendimento desta Corte superior. Precedente.
3. Indicadas circunstâncias concretas aptas a afastar a aplicação da minorante do tráfico privilegiado, a qual exige que o agente seja primário, possua bons antecedentes, não se dedique a atividades criminosas, nem integre organização criminosa, não há falar em violação do § 4º do art. 33 da Lei 11.343/06. A pretensão de reverter a conclusão da Corte de origem de que o agente integra organização criminosa implica o revolvimento de matéria fático-probatória, o que encontra óbice na Súmula 7/STJ.
4. Nos termos do entendimento firmado pelo STJ, a presença de circunstância judicial desfavorável constitui fundamento idôneo a justificar a imposição do regime mais severo.
5. Agravo regimental improvido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, negar provimento ao agravo, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Antonio Saldanha Palheiro, Maria Thereza de Assis Moura, Sebastião Reis Júnior e Rogerio Schietti Cruz votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 26 de setembro de 2017 (Data do Julgamento)

MINISTRO NEFI CORDEIRO
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 1.395.738 - MS (2013/0273617-6)

RELATOR : MINISTRO NEFI CORDEIRO
AGRAVANTE : E O O (PRESO)
AGRAVANTE : D P A (PRESO)
AGRAVANTE : S M (PRESO)
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO NEFI CORDEIRO (Relator):

Trata-se de agravo regimental em recurso especial interposto por E. O. O., D. P. A. e S. M. em face de decisão que negou provimento ao agravo defensivo e deu parcial provimento ao recurso especial ministerial para fixar a pena-base, de todos os réus, acima do mínimo legal sem, contudo, alterar a reprimenda final, bem como agravar o regime inicial, de todos os recorridos, para o fechado.

No presente agravo, os recorrentes sustentam que *"é inaplicável a Súmula nº 7, pois não se pretende o reexame factual, tão somente a reavaliação do conjunto probatório"*. Argumentam que *"a decisão monocrática considerou apenas a natureza da droga (cocaína) para determinar a aplicação da pena-base de todos os agravantes, acima do mínimo legal. Ocorre que a natureza do entorpecente, cocaína, tal como deixou bem claro a r. decisão reformada, não compõe justificativa suficiente para indigitada exasperação"*.

Aduzem que seria devida a aplicação da causa de diminuição especial do art. 33, § 4º, a todos os agravantes, tendo em vista o preenchimento dos requisitos legais. Por fim, afirmam que seria devido o abrandamento do regime inicial.

Requer, assim, a reconsideração da decisão agravada, ou a submissão do recurso à Tuma.

O Ministério Público manifestou-se no sentido de ser necessária a apresentação de contrarrazões apenas nos casos de retratação da decisão (fls. 963/966).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 1.395.738 - MS (2013/0273617-6)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO NEFI CORDEIRO (Relator):

Compulsando os autos, verifica-se que o agravo em recurso especial defensivo foi improvido e o recurso especial ministerial parcialmente provido, nos seguintes termos (fls. 915/927):

Inicialmente, destaco que o agravo defensivo deve ser conhecido, tendo em vista o atendimento aos requisitos de admissibilidade.

Passo à análise conjunta dos recursos ministerial e defensivo, tendo em vista ambos impugnarem questões da dosimetria.

*No que diz respeito ao **pleito ministerial** de redimensionamento da pena-base, observa-se que a Corte estadual, no julgamento do recurso de apelação, reduziu a sanção inicial a 5 anos de reclusão, mais 500 dias-multa, dos réus E. O. O. e S. M., e manteve a de D.P.A. ao mínimo, afirmando que (694/700):*

Na primeira fase considerou a juíza desfavoráveis aos réus a culpabilidade, a personalidade as circunstâncias, os motivos e as conseqüências do crime, o comportamento da vítima, a natureza e a quantidade da droga apreendida.

A natureza do entorpecente como cocaína não compõe justificativa para agravamento de pena só porque de suposto maior grau de ofensividade em relação a outras substâncias.

Não se pode simplesmente, à guisa de exemplo, comparar a cocaína com a maconha concluindo que a primeira é mais perigosa, o que traduz critério meramente individual reconhecendo no rol de substâncias entorpecentes esta ou aquela como de menor poder maligno em relação a o atra, e o critério falha também na medida em que na sua lógica haverão outras substâncias supostamente menos perigosas que a maconha e assim sucessivamente.

Há um extenso rol de substâncias proibidas e imensas lacunas na falta de dados científicos de comparação e pelo rudimentar conhecimento que fica só se pode ajuizar que a cocaína não é uma droga leve, por assim dizer, mas, arriscando incidir no que talvez seja ignorância minha, ousar perguntar se, em se tratando de droga, pode-se conceber drogas "leves", a propósito minha memória levando-me à obra de Menna Barreto ("Estudo Geral da Nova Lei de Tóxicos", 4ª edição, Biblioteca Jurídica Freita Bastos, Rio de Janeiro, 1988):

[...]

Pergunto qual o critério objetivo, que não dê margem para o arbítrio individual do juiz, para entre todas as substâncias de uso



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

proibido catalogadas identificar as que autorizam aplicação da pena acima do mínimo legal e aquelas em que o potencial de malefício não exorbita o grau de ofensividade inerente ao delito e já considerado na pena mínima cominada.

Se drogas são todas maléficas, se teoricamente mesmo um controlador de apetite pode levar a alucinações e até tentativa de suicídio, não me desvencilho de uma postura cética quanto à possibilidade de aplicação do preceito, que não tem similar na lei antiga, que o que tratava era da classificação delitiva, para considerar o juiz a natureza da droga como circunstância desfavorável fazendo uso de critério técnico e objetivo e não o mero arbítrio individual, cabendo ainda ressaltar que sequer se pode interpretar o dispositivo legal como necessariamente estatuinte na direção do agravamento de pena, porque o que dispõe é sobre a consideração como circunstância preponderante, de modo que, pela comparação com as também circunstâncias preponderantes da personalidade e conduta social que propiciam com mais facilidade a visão da possibilidade de valoração neutra ou mesmo favorável, pode-se entender até que o preceito possibilita a avaliação com maior benevolência da conduta quando o entorpecente seja algum considerado de menor grau de ofensividade aos interesses penalmente protegidos. De qualquer sorte, se o dispositivo legal possibilita a consideração em desfavor do réu para acréscimos acima do mínimo legal como circunstância ainda preponderante, é necessário antes resolver a questão do reconhecimento como 'circunstância desfavorável, que como tal vá além da natureza da droga na dimensão da elementar do delito.

Para o fato delituoso em si mesmo considerado e em que à natureza do produto como droga já é tida em conta a pena aplicável é a mínima de cinco anos de reclusão e quinhentos dias-multa. Para aplicação em quantidade maior é preciso a descida ao caso concreto. E a descida pelo portal da natureza da droga leva a caminhos tortuosos onde cada juiz pode decidir a questão à sua maneira.

A dificuldade para mim é que não encontro objetividade no tratamento da questão mas deliberação tomada ao talante de cada julgador. Seja cocaína, seja maconha, ora sim ora não vejo o reconhecimento como circunstância desfavorável.

Dir-se-á que a lei não tem palavras inúteis? Não tem, mas o conteúdo pode ser insuficiente, de modo a restringir o campo de incidência ou mesmo por a aplicação da norma na dependência de algum tipo de complementação. Fique então reservada sua aplicação para casos de qualquer droga superlativamente maléfica como tal reconhecida por Especialista analisando a apreendida nos autos e no âmbito do contraditório ou então alargue-se o complemento da norma penal em branco para não só estabelecer as substâncias e produtos considerados como drogas mas também as consideradas mais perigosas à saúde pública.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Com efeito, se não é ao juiz que cabe dizer o que seja droga, hipótese em que não faltariam decisões proscrevendo o álcool e o tabaco, também o lança-perfume, em cuja composição entra o cloreto de etila, volta e meia retirado, inserido, depois retirado novamente das listas, ou o chá de alguma seita, se é à lei ou autoridade do Poder Executivo que incumbe determinar as substâncias e produtos incluídos no conceito jurídico de drogas, então que se decreta também quais as reputadas mais perigosas para efeito de aplicação do preceito legal para a consideração da natureza da droga como circunstância desfavorável e ainda preponderante na dosimetria.

Minha convicção , é de exigência de previsão no complemento da norma penal em branco e sua ausência só se atestado nós autos por especialista e discutido pelas partes que o entorpecente apreendido seja em larga proporção de maior nocividade que as demais substâncias em sua maior parte haverá a possibilidade de reconhecimento de circunstância desfavorável. Se ao falar em natureza da droga está a lei a empregar a noção de classificação em caráter abstrato falta previsão no complemento da norma penal em branco, entendendo eu que se a lei não, confere poderes ao juiz para julgar da natureza da droga no aspecto da tipicidade o mesmo deve se aplicar para demais efeitos, porque reserva legal é para a totalidade das conseqüências penais, e a se referir ao material apreendido em qualquer caso concreto não se prescindirá da atestação em perícia.

A quantidade de entorpecente não configura elemento desfavorável porque se depara confinada em padrões normais para o caso de delito praticado pelos agentes vulgarmente conhecidos como "mulas" do tráfico.

*No caso, se são **4.741,6g (quatro mil setecentos e quarenta e um mil gramas e seis decigramas)** quanto ao acusado **Emmanuel Obiora Ogbo**, **3.356,6g (três mil trezentos e cinquenta e seis gramas e seis decigramas)** quanto ao acusado **Sipho Mbele** e **1.890,6g (mil oitocentos e noventa gramas e seis decigramas)** quanto ao acusado **Dimitar Petkov Alov** é quantidade que comporta o transporte pessoal e o agente transportador, figura subalterna no mundo do tráfico, não pode negociar a quantidade com o traficante dono da droga, de conseguinte não avultando na circunstância maior grau de censurabilidade.*

No caso dos autos, nada faz pensar em urna situação diferente daquela em que o contratante dita peremptoriamente qual a quantidade de entorpecente, preço e demais condições do transporte da droga.

Que o transportador devesse procurar ou aguardar o surgimento no ilícito mercado de oferta envolvendo quantidade que não tornasse mais gravosa a conduta é coisa que não consigo pensar. Tivesse o agente tamanho sentimento moral não cometeria o próprio delito.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Talvez explicando melhor digo que a culpabilidade na perspectiva da quantidade da droga não se materializa numa consciência ética pura mas na preterição do interesse social em favor de um interesse individual, a saber, maior grau de culpabilidade haverá quando o agente livremente trafica determinada quantidade em proporção com o tamanho da vantagem obtida.

Assim, no caso, apenas se o contratante dos serviços variasse os preços conforme a quantidade e pudesse o agente transportador escolher poderia este concorrer com sua culpabilidade para o maior grau de gravidade do delito representado pela quantidade da droga.

Anoto ainda que nada da mencionada circunstância de acondicionamento da droga com ocultação decorre em desserviço dos réus no plano das circunstâncias do artigo 59 do Código Penal, cuidando-se de modo usual de dissimulação e não se podendo pretender que se pratique o delito às claras e sem nenhum artifício.

Os motivos da conduta são normais para a espécie delituosa e a referida motivação também se depara confinada em padrões normais para o caso de tráfico, a pura e simples presença de motivo de lucro não justificando a exasperação de pena.

As demais circunstâncias (culpabilidade, personalidade e conseqüências do crime, comportamento da vítima) referidas como desfavoráveis deparam-se examinadas em perspectiva da própria deliberação de cometimento do delito, destarte em aspectos englobados pela conduta típica e inerentes à figura legal do delito e já consideradas pelo legislador ao delimitar as penas cominadas.

Pelos mesmos fundamentos não merece guarida a pretensão ministerial objetivando o aumento da pena-base com relação ao corréu Dímitar Petkov Alov.

Destarte, quanto aos acusados Emmanuel Obiora Ogbo e Sipho Mbele deve a pena-base recuar ao mínimo legal e quanto ao corréu Efimatar Petkov Alov deve ser mantida no mínimo previsto.

Em regra, não se presta o recurso especial à revisão da dosimetria da pena estabelecida pelas instâncias ordinárias. Admite-se, contudo, o reexame quando configurada manifesta violação dos critérios dos arts. 59 e 68 do CP, sob o aspecto da legalidade, nas hipóteses de falta ou evidente deficiência de fundamentação ou ainda de erro de técnica.

Sabe-se que na fixação da sanção inicial dos crimes de tráfico de drogas devem ser analisados com preponderância ao art. 59 do CP, a natureza e a quantidade da substância ou do produto, a personalidade e a conduta social do agente, conforme determinação expressa do art. 42 da Lei n. 11.343/06.

Com efeito, no presente caso, observa-se que a Corte de origem reduziu as penas-bases de E. O. O. e S. M. ao mínimo legal, e manteve a de D. P.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

A. tal como fixada pelo sentenciante, entendendo que o juízo de primeiro grau fundamentou inidoneamente as circunstâncias judiciais, além de afirmar que não seria devida a exasperação pela natureza da droga, e a quantidade seria normal para os casos de "mula".

O órgão ministerial, pleiteia, no presente recurso especial o aumento da sanção inicial com esteio no volume e espécie de entorpecente apreendido, assistindo-lhe parcial razão.

Isso porque este Tribunal superior entende ser devido o incremento da reprimenda na primeira fase da dosimetria com fundamento na natureza e quantidade de droga, em conformidade com o art. 42 da Lei de Drogas. Nesse sentido:

[...]

Assim, o Sodalício a quo ao afirmar que seria indevido o aumento da reprimenda, na primeira fase da dosimetria, com esteio na natureza do entorpecente apreendido decidiu de modo contrário ao entendimento desta Corte.

Entretanto, com relação à quantidade de droga, afirmado expressamente pelo Tribunal que o volume seria "normais para o caso de delito praticado pelos agentes vulgarmente conhecidos como "mulas" do tráfico", tem-se que tal entendimento encontra-se dentro da discricionariedade vinculada do magistrado, não sendo devida a alteração da sanção inicial, quanto ao ponto, por não configurar **flagrante** ofensa à lei federal. Nesse norte:

[...]

Dessa forma, exaspero a pena-base de todos os réus em 1/6 somente pela natureza da droga apreendida, qual seja, cocaína, restando as reprimendas básicas em 5 anos e 10 meses de reclusão, mais 583 dias-multa.

No concernente ao **pleito defensivo** de aplicação da minorante especial do art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, nota-se que o Tribunal de origem entendeu indevida a aplicação da causa de diminuição especial, nos seguintes termos (fls. 701/704):

Em relação ao benefício de diminuição de pena previsto no art. 33, §4º, da Lei 11.343/06, entendo não incidir no caso, em virtude das circunstâncias do delito pelo contato com agentes de organização criminosa a revelar propensão criminosa, **destarte não se lobrigando o preenchimento do requisito cunhado na lei com a expressão "não se dedique às atividades criminosas"**.

Com efeito, e com registro de que o envolvimento do agente com disposição para a reiteração em atividade criminosa se apresentará já na primeira operação descoberta, concluo que as circunstâncias do delito desacreditam a hipótese de deliberação de prática de apenas uma infração, a saber, não há dolo próprio de delitos ocasionais.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Saliento também que se a lei não tem palavras inúteis como decorre dos primeiros princípios de hermenêutica, além dos requisitos da primariedade e bons antecedentes e de não integrar o agente organização criminosa instituiu est'outro que estou interpretando no sentido da capacidade para delinqüir.

Cabe ainda sublinhar que se o envolvimento com organização criminosa não ingressa no conceito de integração também não se despe do significado da capacidade para permanência nas atividades criminosas. Como foi ressaltado acima e, inclusive já declarado em precedente desta Corte firmado na ACR 73.631, de relatoria da Des. Fed. Marisa Santos, "os chamados 'mulas' exercem papel relevante no transporte e distribuição da droga ", de modo à própria natureza do serviço criminoso desacreditar a hipótese do agente que pratique o delito sem que tivesse incluído a traficância em seus projeto de vida.

Estas as reflexões que ocorrem em visão do modo ordinário de ser dos homens e das coisas. Teoricamente pode haver algum desvio na experiência mas então o caso ocorrerá como exceção com correlato caráter de singularidade a facilitar a descoberta da verdade.

Destituído de interesse também não é anotar que a lei é de combate ao tráfico e a indiscriminada concessão do benefício legal aos agentes transportadores da droga vai facilitar as atividades das organizações criminosas, de modo a, também sob pena do paradoxo da aplicação da lei com estímulo ao tráfico, impor-se a interpretação afastando presunções, aliás antes desacreditadas pela natureza da atividade criminosa como já enfatizado, de ausência de propensão criminosa e bem ao contrário exigindo-se fortes e seguros elementos de convicção da delinqüência ocasional.

Confira-se os seguintes precedentes da Corte de interesse na questão, reconhecendo a atuação da organização criminosa em casos da espécie e do papel efetivo e relevante do transportador como figura essencial na empreitada delituosa, em ordem a afastar a aplicação do benefício:

[...]

Extrai-se do trecho acima que o redutor deixou de ser aplicado, concluindo a Corte a quo, após detida análise do conjunto fático-probatório, que os réus se dedicariam a atividades criminosas, com fundamento nas circunstâncias do caso concreto.

Nesse contexto, para se chegar à conclusão diversa, ao contrário do que alega a agravante, seria necessário o reexame de todo o conjunto fático-probatório e não mera reavaliação das provas, o que é vedado na via do recurso especial, tendo em vista o óbice do enunciado sumular n. 7 deste Superior Tribunal de Justiça.

Nesse sentido:



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

[...]

Ademais, tem-se que a atual compreensão fixada por esta Corte é no sentido de não se reconhecer a causa de diminuição de pena pretendida nos casos em que o agente transporta o entorpecente na condição de "mula". Neste sentido:

[...]

Passo, assim, à nova dosimetria.

Tendo em vista a consideração negativa referente à natureza do entorpecente apreendido, cocaína, fixo as penas-bases, de todos os réus, em 1/6 acima do mínimo legal, qual seja, 5 anos e 10 meses de reclusão, mais 583 dias-multa.

Na segunda fase, deve ser reconhecida a atenuante da confissão espontânea para todos os recorridos, tendo em vista que a Corte de origem não analisou tal pleito, em razão de a pena-base de todos ter sido reduzida/mantida no mínimo legal (fl. 700). Entretanto, exasperada a sanção inicial, possuem interesse de agir os réus no reconhecimento da confissão espontânea, a qual foi afastada pelo sentenciante em razão da existência de "prova inequívoca do transporte da droga pelo acusado, posto que a mesma encontrava-se acondicionada em sua bagagem", e também pelo fato de "os acusados tentarem esquivar-se do peso da lei utilizando o alegado estado de necessidade e coação moral irresistível, esta última, através dirimente do estado de necessidade exculpante" (fls. 377/378, 404/405, 431/432).

Contudo, este Tribunal superior admite o reconhecimento da atenuante da confissão espontânea nos casos de prisão em flagrante ou de confissão qualificada, que é o caso dos autos. Nesse norte:

[...]

Dessa maneira, reduzo as reprimendas, na segunda fase da dosimetria, ao mínimo legal, pelo reconhecimento da confissão espontânea a todos os réus.

Por fim, na terceira fase, aplica-se a fração de 1/6 pela majorante da internacionalidade (fl. 707), restando as sanções em 5 anos e 10 meses de reclusão, mais 583 dias-multa, as quais, à míngua de outras causas modificativas, tornam-se definitivas.

*Com relação ao **pedido do Parquet**, de agravamento do regime inicial, razão assiste ao recorrente ministerial, uma vez que, exasperada a pena-base, de todos os agentes para patamar superior ao piso legal, de rigor a fixação do modo prisional mais gravoso, nos termos do art. 33, § 3º, do Código Penal. Nesse diapasão:*

[...]

Por fim, inviável a conversão da pena privativa em restritiva,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ante o não atendimento ao requisito objetivo previsto no art. 44, I, do CP.

Ante o exposto, nego provimento ao agravo defensivo, e dou parcial provimento ao recurso especial ministerial para fixar a pena-base, de todos os réus, acima do mínimo legal sem, contudo, alterar a reprimenda final, bem como agravar o regime inicial, de todos os recorridos, para o fechado.

Insurge-se os agravantes com relação à exasperação da pena-base, a não aplicação da causa de diminuição especial do art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, e ao agravamento do regime inicial para o fechado. Contudo, não lhes assiste razão.

Inicialmente, com relação ao aumento da reprimenda básica, tem-se que esta Corte superior entende devido o incremento da sanção inicial com fundamento apenas na natureza do entorpecente apreendido, *in casu*, cocaína, razão pela qual a decisão monocrática deve ser mantida, no ponto. Nesse mesmo sentido:

HABEAS CORPUS. IMPETRAÇÃO COMO SUCEDÂNEO RECURSAL. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. TRÁFICO DE ENTORPECENTE. DOSIMETRIA. QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA. ARTIGO 42 DA LEI Nº 11.343/2006. INEXISTÊNCIA DE EQUÍVOCO. MÁ CONDUTA SOCIAL. PROCESSOS EM CURSO. APLICAÇÃO DA SÚMULA 444 DO STJ. RECONHECIMENTO DE PARCIAL ILEGALIDADE. NÃO CONHECIMENTO. CONCESSÃO DA ORDEM EX OFFICIO.

1. É imperiosa a necessidade de racionalização do emprego do habeas corpus, em prestígio ao âmbito de cognição da garantia constitucional, e, em louvor à lógica do sistema recursal. In casu, foi impetrada indevidamente a ordem contra acórdão de apelação, como se fosse um sucedâneo recursal inominado.

2. A dosimetria somente pode ser aferida em sede de habeas corpus quando há ilegalidade patente, o que não se verifica na espécie em atenção à natureza da droga (cocaína), louvando-se sentença e acórdão no art. 42 da Lei nº 11.343/2006 para promover parte da exasperação na pena-base.

3. Equívoco, contudo, detectado quanto à conduta social, que não pode ser valorada, desfavoravelmente, com base em processos em andamento, conforme a Súmula 444 deste Tribunal.

4. Writ não conhecido, mas concedida a ordem, ex officio, apenas para reduzir a pena privativa de liberdade para 6 anos e 10 meses de reclusão, mantida, no mais, a condenação.

(HC 171.000/SC, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 16/04/2013, DJe 24/04/2013)

No concernente à minorante do art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, conforme consignado na decisão impugnada, o Tribunal *a quo* entendeu que a causa de diminuição especial não deve ser aplicada, consignando que o quesito da não dedicação a atividades criminosas não se



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

encontra preenchido.

Assim, fundamentado o não preenchimento dos requisitos legais nas circunstâncias do caso concreto, para a alterar a conclusão do Sodalício de origem, e entender que os agravantes preenchem os requisitos do art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, seria necessário o revolvimento de matéria fático-probatória, e não somente a reavaliação, providência vedada em recurso especial, pelo enunciado sumular 7/STJ,. Nesse mesmo sentido, cito o seguinte julgado:

PENAL E PROCESSUAL. AGRAVO REGIMENTAL. TRÁFICO DE DROGAS. ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. VERIFICAÇÃO. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 7/STJ. REGIME FECHADO. ENVOLVIMENTO COM FACÇÃO CRIMINOSA. LEGALIDADE.

1. As instâncias ordinárias, com base no conjunto fático-probatório, concluíram que o recorrente se dedica a atividade criminosa, razão pela qual não preenche os requisitos legais para a concessão da benesse do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006. Assim, não há como alterar esse entendimento no recurso especial, em razão do óbice do enunciado n. 7 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça.

2. Na fixação do regime de cumprimento de pena do crime previsto no art. 33, caput, da Lei 11.343/2006, deve-se considerar os quesitos dispostos no artigo 33 do Código Penal, bem como os previstos no artigo 42 da Lei de Drogas. Assim, embora o agravante seja primário, as circunstâncias judiciais favoráveis, a quantidade da droga não seja elevada (33,5g de maconha) e a pena tenha sido fixada abaixo de 8 anos, o regime fechado mostra-se adequado para a prevenção e a reparação do delito, tendo em vista o acusado estar envolvido com a perigosa facção ADA do Rio de Janeiro, o que denota a gravidade concreta dos delitos, conforme consignado pela Corte de origem.

3. Agravo regimental não provido.

(AgRg no AREsp 838.670/RJ, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 18/08/2016, DJe 26/08/2016)

Por fim, tem-se que, mantida a pena-base acima do mínimo legal, o regime inicial fechado deve ser mantido em conformidade com o art. 33, § 3º, do CP. Destaco, por oportuno, o seguinte julgado:

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DA PENA MAIS GRAVOSO. POSSIBILIDADE. QUANTIDADE E ALTA NOCIVIDADE DO ENTORPECENTE APREENDIDO. INEVIDÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL.

1. Fixada a pena-base pelo crime de tráfico de drogas acima do mínimo legal, porque presente circunstância judicial desfavorável, consistente na quantidade e na natureza da droga apreendida (135 g de maconha e mais de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

60 g de cocaína), mostra-se adequada a aplicação do regime inicial fechado à paciente, condenada à pena total de 8 anos de reclusão, nos termos da interpretação conjunta dos arts. 59 e 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal, e 42 da Lei n. 11.343/2006, o que afasta a alegação de qualquer ilegalidade.

2. Ordem denegada.

(HC 237.047/MS, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 18/05/2017, DJe 08/06/2017)

Ante o exposto, nego provimento ao agravo regimental.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2013/0273617-6

AgRg no
REsp 1.395.738 / MS
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00001392020114036119 1392020114036119 201161190001391 2100102011114

PAUTA: 26/09/2017

JULGADO: 26/09/2017
SEGREDO DE JUSTIÇA

Relator

Exmo. Sr. Ministro **NEFI CORDEIRO**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. FRANKLIN RODRIGUES DA COSTA

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

RECORRENTE	: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
RECORRIDO	: E O O (PRESO)
RECORRIDO	: D P A (PRESO)
RECORRIDO	: S M (PRESO)
ADVOGADO	: DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO
AGRAVANTE	: E O O (PRESO)
AGRAVANTE	: D P A (PRESO)
AGRAVANTE	: S M (PRESO)
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	: E O O (PRESO)
AGRAVANTE	: D P A (PRESO)
AGRAVANTE	: S M (PRESO)
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, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Antonio Saldanha Palheiro, Maria Thereza de Assis Moura, Sebastião Reis Júnior e Rogerio Schietti Cruz votaram com o Sr. Ministro Relator.