



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 1.430.893 - MS (2014/0017584-2)

RELATOR : MINISTRO NEFI CORDEIRO
AGRAVANTE : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
AGRAVADO : ANDRÉ FERNANDO DOS SANTOS
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL

EMENTA

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI DE DROGAS. PRETENSÃO DE AFASTAMENTO DA MINORANTE TENDO POR BASE A NATUREZA E A QUANTIDADE DA DROGA APREENDIDA, ISOLADAMENTE CONSIDERADAS. IMPOSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE OUTROS ELEMENTOS A INDICAREM EVENTUAL DEDICAÇÃO DO RÉU ÀS ATIVIDADES CRIMINOSAS OU SER ELE INTEGRANTE DE ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. ALTERAÇÃO DO ENTENDIMENTO DAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS QUE DEMANDARIA O REEXAME DA PROVA DOS AUTOS. MEDIDA VEDADA PELA SÚMULA 7 DESTE STJ. AGRAVO IMPROVIDO.

1. Conforme precedentes desta Corte Superior, a natureza e a quantidade da droga apreendida constituem variáveis que podem validamente ser consideradas para embasar conclusão no sentido de efetiva dedicação às atividades criminosas por parte do réu ou, até mesmo, de ser ele integrante de organização criminosa, contanto que outros elementos de prova constantes dos autos evidenciem tais condições, em conjunto com as mencionadas vetoriais. Todavia, isoladamente consideradas, a natureza e a quantidade do entorpecente apreendido, por si sós, não são suficientes para embasar conclusão acerca da presença das referidas condições obstativas e, assim, afastar o reconhecimento da minorante do tráfico privilegiado.

2. No caso dos autos, em que pese a natureza mais gravosa e a expressiva quantidade do entorpecente apreendido (5kg de cocaína), a Corte de origem, soberana na análise do conjunto fático-probatório, concluiu que inexistiriam elementos outros a indicar eventual dedicação do acusado a atividades criminosas, bem assim que a tese da acusação vinculando o réu a organização criminosa encontrava-se no mero plano da suposição, uma vez que nem mesmo a existência da suposta organização criminosa seria certa.

3. Diante de tal moldura, o acolhimento da pretensão recursal demandaria, necessariamente, o reexame da prova dos autos, medida incompatível com a via do recurso especial, por força da Súmula 7 desta Corte.

4. Agravo regimental improvido.

ACÓRDÃO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 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 1.430.893 - MS (2014/0017584-2)

RELATOR : MINISTRO NEFI CORDEIRO
AGRAVANTE : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
AGRAVADO : ANDRÉ FERNANDO DOS SANTOS
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL

RELATÓRIO

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

Trata-se de agravo regimental interposto pelo MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL em face de decisão que conheceu em parte do recurso especial interposto pelo Ministério Público do Estado de Mato Grosso do Sul e, na parte conhecida, negou-lhe provimento.

Afirma, em síntese, que, tendo em vista a natureza e a quantidade do entorpecente apreendido, tratando-se de 5kg de cocaína, deve-se reconhecer a dedicação às atividades criminosas, de sorte a afastar a incidência da causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei de Drogas.

Requer, assim, seja reconsiderada a decisão agravada, ou submetido o recurso a julgamento pela Turma.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 1.430.893 - MS (2014/0017584-2)

VOTO

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

A decisão agravada foi proferida nos seguintes termos:

Trata-se de recurso especial interposto pelo MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL, com fundamento nas alíneas a e c do permissivo constitucional, em face de acórdão que negou provimento ao recurso ministerial e deu parcial provimento ao recurso defensivo para abrandar o regime prisional e afastar o caráter hediondo do delito.

Sustenta o recorrente contrariedade aos arts. 2º, I, da Lei 8.072/90, 33, § 4º, e 40, III, ambos da Lei 11.343/06, além de divergência jurisprudencial. Argumenta, em síntese, que, diante da quantidade de droga apreendida, mostra-se equivocado o reconhecimento da minorante do tráfico privilegiado. Sendo mantida a minorante, a sua presença não afastaria a natureza hedionda do delito. Demonstrada a utilização de transporte público para prática do tráfico de drogas, de rigor a incidência da correlata causa de aumento, independente de se realizar a disseminação dentro do coletivo.

Requer, assim, a reforma do acórdão recorrido, a fim de afastar-se a minorante do tráfico privilegiado, reconhecer-se a natureza hedionda do delito e aplicar-se a causa de aumento referente ao cometimento do crime em transporte público.

Contra-arrazoado e admitido na origem, manifestou-se o Ministério Público Federal pelo provimento do recurso.

É o relatório.

DECIDO.

Consta dos autos que o recorrido foi condenado à pena de 3 anos e 3 meses de reclusão, em regime inicial fechado, além do pagamento de 330 dias-multa, pela prática do delito previsto no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06, tendo o Tribunal de origem negado provimento à apelação ministerial e acolhido em parte o recurso da defesa para fixar o regime inicial semiaberto e afastar o caráter hediondo do delito.

De início, quanto à interposição do recurso pela alínea c do permissivo constitucional, não logrou o recorrente comprovar o apontado dissídio jurisprudencial, porquanto não evidenciou a similitude fática entre os casos confrontados.

Quanto à minorante do tráfico privilegiado, colhe-se do acórdão recorrido (fl. 269):

Ao contrário do que alega a acusação, o réu



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

realmente faz jus à causa de diminuição prevista no § 4º do artigo 33 da Lei 11.434/2006, pois não há elementos maculando seus antecedentes ou indicando a dedicação às atividades criminosas ou a integração à organização criminosa.

A tese recursal vinculando o acusado à organização criminosa encontra-se no plano da suposição, pois até a existência desta é incerta.

Em vista das razões recursais, a evidenciarem ser expressivo o volume da droga apreendida (tratando-se de 5 kg de cocaína), não se olvida de precedentes desta Corte Superior no sentido de que as instâncias ordinárias podem validamente concluir por eventual dedicação às atividades criminosas ou mesmo ser o réu integrante de organização criminosa tendo por base a quantidade do entorpecente apreendido valorada em conjunto com outros elementos probatórios do caso concreto.

Na hipótese dos autos, entretanto, como visto, em que pese o volume e a natureza da droga apreendida, entenderam as instâncias ordinárias que o recorrido não se dedicaria às práticas criminosas, bem como não seria integrante de organização criminosa. Desse modo, para rever tal entendimento seria imprescindível o reexame do conjunto fático-probatório, providência inviável na seara do recurso especial ante o óbice da Súmula 7/STJ.

No que se refere ao pleito de que seja reconhecido o caráter hediondo do crime de tráfico de drogas, o Tribunal de origem analisou a questão sob os seguintes fundamentos (fl. 270):

Por outro lado, uma vez reconhecida a prática do tráfico na forma privilegiada, impõe-se afastar o caráter hediondo do delito, ponderando, nesse passo, a incongruência lógica em admitir-se a coexistência das previsões contidas no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 com a hediondez preconizada pela Lei n. 8.072/90, sobretudo sob o prisma teleológico das normas.

A meu ver, quando o legislador pátrio previu causa especial de diminuição de pena para o réu primário, de bons antecedentes que não se dedicasse à atividade criminosa e nem integrasse organização criminosa, inseriu no delito de tráfico de entorpecentes uma modalidade privilegiada. E tal condição permite ao julgador concluir que a conduta do réu, nesses casos, merece um juízo de reprovação mais brando em comparação à praticada na figura típica do caput do art. 33, da Lei 11.343/06. Dessa forma, estaria afastado, também, o caráter hediondo a essa espécie delituosa.

Portanto, reconhecida a ocorrência do tráfico privilegiado, afastada está a natureza hedionda do delito, vez que esse não carece de um juízo tão extremo de reprovabilidade, deixando, assim, de ser equiparado aos delitos hediondos previstos na Lei n. 8.072/90.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Há muito este Superior Tribunal de Justiça havia fixado entendimento no sentido de que a aplicação da causa de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/06 não afastava a hediondez do delito de tráfico de drogas, pois sua incidência não decorre do reconhecimento de uma menor gravidade da conduta praticada e tampouco da existência de uma figura privilegiada do crime (REsp 1.329.088/RS, Rel. Ministro Sebastião Reis Júnior, Terceira Seção, julgado em 13/03/2013, DJe 26/04/2013), o que foi, inclusive, consolidado na Súmula 512/STJ.

Ocorre que, no julgamento do HC 118.533/MS, o Plenário do Supremo Tribunal Federal firmou orientação segundo a qual o tráfico de entorpecentes privilegiado (art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06) não se harmoniza com a hediondez do tráfico de entorpecentes definido no caput e § 1º do art. 33 da Lei de Tóxicos. Eis a ementa do acórdão:

EMENTA: HABEAS CORPUS. CONSTITUCIONAL, PENAL E PROCESSUAL PENAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. APLICAÇÃO DA LEI N. 8.072/90 AO TRÁFICO DE ENTORPECENTES PRIVILEGIADO: INVIABILIDADE. HEDIONDEZ NÃO CARACTERIZADA. ORDEM CONCEDIDA. 1. O tráfico de entorpecentes privilegiado (art. 33, § 4º, da Lei n. 11.313/2006) não se harmoniza com a hediondez do tráfico de entorpecentes definido no caput e § 1º do art. 33 da Lei de Tóxicos. 2. O tratamento penal dirigido ao delito cometido sob o manto do privilégio apresenta contornos mais benignos, menos gravosos, notadamente porque são relevados o envolvimento ocasional do agente com o delito, a não reincidência, a ausência de maus antecedentes e a inexistência de vínculo com organização criminosa. 3. Há evidente constrangimento ilegal ao se estipular ao tráfico de entorpecentes privilegiado os rigores da Lei n. 8.072/90. 4. Ordem concedida. (HC 118533, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 23/06/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-199 DIVULG 16-09-2016 PUBLIC 19-09-2016)

Nesse contexto, alinhando-se a posição do STF, a Terceira Seção desta Corte concluiu pela necessidade de revisão do entendimento anteriormente consolidado, com o consequente cancelamento da Súmula 512/STJ. Vejamos:

PENAL E PROCESSUAL PENAL. TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS NA SUA FORMA PRIVILEGIADA. ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/2006. CRIME NÃO EQUIPARADO A HEDIONDO. ENTENDIMENTO RECENTE DO PLENO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, NO JULGAMENTO DO HC 118.533/MS. REVISÃO DO TEMA ANALISADO PELA TERCEIRA SEÇÃO SOB O RITO DOS REPETITIVOS. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

DA CONTROVÉRSIA Nº 1.329.088/RS. CANCELAMENTO DO ENUNCIADO Nº 512 DA SÚMULA DO STJ.

1. O Supremo Tribunal Federal, no recente julgamento do HC 118.533/MS, firmou entendimento de que apenas as modalidades de tráfico ilícito de drogas definidas no art. 33, caput e § 1º, da Lei nº 11.343/2006 seriam equiparadas aos crimes hediondos, enquanto referido delito na modalidade privilegiada apresentaria "contornos mais benignos, menos gravosos, notadamente porque são relevados o envolvimento ocasional do agente com o delito, a não reincidência, a ausência de maus antecedentes e a inexistência de vínculo com organização criminosa." (Rel. Min. Cármen Lúcia, Tribunal Pleno, julgado em 23/06/2016).

2. É sabido que os julgamentos proferidos pelo Excelso Pretório em Habeas Corpus, ainda que por seu Órgão Pleno, não têm efeito vinculante nem eficácia erga omnes. No entanto, a fim de observar os princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia, bem como de evitar a proliferação de decisões contraditórias nas instâncias ordinárias e também no âmbito deste Tribunal Superior de Justiça, é necessária a revisão do tema analisado por este Sodalício sob o rito dos recursos repetitivos (Recurso Especial Representativo da Controvérsia nº 1.329.088/RS - Tema 600).

3. Acolhimento da tese segundo a qual o tráfico ilícito de drogas na sua forma privilegiada (art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006) não é crime equiparado a hediondo, com o consequente cancelamento do enunciado 512 da Súmula deste Superior Tribunal de Justiça.

(Pet 11.796/DF, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 23/11/2016, DJe 29/11/2016)

Desse modo, não há como aplicar os rigores da Lei 8.072/90 ao crime de tráfico ilícito de entorpecentes quando reconhecida a sua forma privilegiada, nos termos do art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06, porquanto não caracterizada a natureza hedionda do delito.

Por fim, no que tange à aplicação da majorante prevista no art. 40, III, da Lei 11.343/06, consignou o Tribunal a quo (fl. 269):

Refuto o pedido de aplicação da causa de aumento prevista no inciso III, do art. 40, da Lei n. 11.343/2006.

Referido dispositivo alcança a conduta caracterizada pelo oferecimento da droga para consumo de terceiros que estejam ocupando o transporte público, utilizando-se deste meio para disseminar o entorpecente, o que não se coaduna com a hipótese dos autos, em que a ré simplesmente de valeu do ônibus interestadual para se deslocar de um local para outro, mas sem intenção de comercializar o entorpecente dentro do transporte público (nesse sentido: TJMS - Primeira Turma Criminal. Apelação Criminal n. 2010.031749-4, Relatora Desª Marilza Lúcia Fortes,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

j. 14.12.2010; Segunda Turma Criminal. *Apelação Criminal* n. 2009.032748-4, Relator Designado Des. Manoel Mendes Carli, j. 8.7.2010; Seção Criminal. *Revisão Criminal* n. 2009.029907-5, Relator Des. Dorival Moreira dos Santos, j. 16.6.2010, dentre outros).

Entender que o simples fato de alguém ser preso transportando entorpecente em transporte público é suficiente para majorar a pena implicaria valoração discriminatória aos hipossuficientes, sem nenhuma razão substancial plausível, pois o agente que transportar drogas de automóvel particular, por ter condições financeiras de realizar a conduta com meios próprios, terá pena menor do que aquele que o faz por transporte público em decorrência da respectiva pobreza.

Com efeito, a partir do julgamento do Recurso Especial 1.345.827/SC, de Relatoria do Ministro Marco Aurélio Bellizze (DJe 27/3/2014), esta Corte Superior passou a acompanhar a jurisprudência firmada pelas Turmas do Supremo Tribunal Federal, no sentido de que a simples utilização de transporte público no tráfico de drogas não é suficiente para caracterizar a causa de aumento prevista no art. 40, III, da Lei de Drogas, que somente deve ser aplicada quando comprovada a efetiva comercialização no interior do coletivo. Nesse sentido: AgRg no REsp 1.485.946/RJ, Rel. Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, DJe de 08/05/2017; AgRg no REsp 1.591.404/PR, Rel. Ministro Antonio Saldanha Palheiro, Sexta Turma, DJe de 23/03/2017; HC 329.560/RJ, Rel. Ministro Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, DJe de 10/08/2016; HC 165.012/MS, Rel. Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma, DJe de 11/05/2015.

Ante o exposto, conheço em parte do recurso especial e, nessa extensão, nego-lhe provimento.

O agravante não apresentou qualquer elemento capaz de alterar a conclusão do julgado.

Por oportuno, registre-se, inicialmente, que, à luz da atual orientação jurisprudencial desta Corte e do STF, o fato de o réu ter sido preso em flagrante, enquanto transportava o entorpecente em veículo de transporte público de passageiros, a evidenciar que atuou na condição de mula, por si só, não impede o reconhecimento da minorante do tráfico privilegiado.

Nesse sentido:

AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO INTERNACIONAL DE DROGAS. 1,48 Kg DE COCAÍNA OCULTOS EM AMPLIFICADORES. SUPOSTA ILEGALIDADE NA FIXAÇÃO DA PENA-BASE. IMPROCEDÊNCIA. QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA QUE JUSTIFICAM O INCREMENTO DA PENA NA PRIMEIRA FASE. REDUTOR ESPECIAL DA PENA (ART. 33, § 4º, DA LEI N.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

11.343/2006). RECURSO QUE OBJETIVA A FIXAÇÃO NO PATAMAR MÁXIMO. RÉ QUE ATUOU NA CONDIÇÃO DE MULA. IMPOSSIBILIDADE. ORIENTAÇÃO JURISPRUDENCIAL DOMINANTE. MODIFICAÇÃO DE ENTENDIMENTO, LASTREADA NA JURISPRUDÊNCIA RECENTE DO STF. CIRCUNSTÂNCIA QUE, POR SI SÓ, NÃO INDUZ QUE INTEGRE ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA DE FORMA ESTÁVEL E PERMANENTE. DEMAIS CIRCUNSTÂNCIAS QUE, NO CASO, NÃO INDICAM QUE A RÉ INTEGRASSE ORGANIZAÇÃO OU SE DEDICASSE AO CRIME. INCIDÊNCIA DO REDUTOR. PATAMAR MÍNIMO MANTIDO, CONSIDERANDO QUE A FUNDAMENTAÇÃO UTILIZADA PELO ACÓRDÃO É IDÔNEA. AGRAVO REGIMENTAL PROVIDO, EM PARTE, APENAS PARA ESTABELECEER QUE A RÉ FAZ JUS AO REDUTOR, SEM REFLEXOS NA DOSIMETRIA DA PENA FIXADA NA DECISÃO AGRAVADA.

1. A quantidade e natureza da droga apreendida justificam o incremento da pena na primeira fase da dosimetria (art. 42 da Lei n. 11.343/2006).

2. Até recentemente, a jurisprudência desta Corte Superior estava consolidada no sentido de que o agente transportador de drogas, na qualidade de mula do tráfico, integra organização criminosa, não fazendo jus, portanto, à causa especial de diminuição da pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006.

3. No julgamento do AgRg no AREsp n. 784.082/MS, da relatoria do Ministro Ribeiro Dantas, a Quinta Turma, lastreada na jurisprudência recente do Supremo Tribunal Federal, passou a adotar entendimento diverso acerca do tema, no sentido de que a simples atuação como mula, por si só, não induz que o réu integre organização criminosa, de forma estável e permanente, não constituindo, pois, fundamento idôneo para afastar a aplicação do redutor; ressalvando, no entanto, a possibilidade de que tal elemento subsidie a modulação do redutor, considerando que o réu, enquanto transportador, tem conhecimento de que auxilia o crime organizado no tráfico internacional.

4. Como o novo entendimento encontra ressonância na jurisprudência recente do Supremo Tribunal Federal, não há motivo para insistir na manutenção da tese contrária, que até então vinha sendo acatada na Sexta Turma.

5. No caso dos autos, além da condição de mula, o juízo processante não indicou nenhum elemento concreto que evidenciasse que a ora agravante integrasse organização criminosa ou se dedicasse ao tráfico de drogas, circunstância expressamente reconhecida no acórdão da apelação, que entendeu pela incidência do redutor especial no patamar mínimo (1/6); fração que deve ser mantida, considerando que o fundamento utilizado pelo acórdão - calcado na forma de acondicionamento da droga (oculta em amplificadores de som) - efetivamente indica um tráfico mais sofisticado, consubstanciado fundamento idôneo para a fixação do redutor no mínimo legal.

6. Agravo regimental provido em parte, apenas para estabelecer



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

que a ora agravante faz jus ao redutor especial da pena (art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006), no patamar originalmente fixado (1/6), sem reflexos na dosimetria da pena estabelecida na decisão agravada.

(AgRg no AREsp 1052075/SP, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 27/06/2017, DJe 01/08/2017)

No que mais de perto interessa ao julgamento do presente agravo, conforme os fundamentos apontados na decisão agravada, não se desconhece a existência de diversos precedentes desta Corte Superior no sentido de que a natureza e a quantidade da droga apreendida constituem variáveis que podem validamente ser consideradas para embasar conclusão no sentido de efetiva dedicação às atividades criminosas por parte do réu ou, até mesmo, de ser ele integrante de organização criminosa, contanto que outros elementos de prova constantes dos autos evidenciem tais condições, em conjunto com as mencionadas vetoriais. Todavia, isoladamente consideradas, a natureza e a quantidade do entorpecente apreendido, por si sós, não são suficientes para embasar conclusão acerca da presença das referidas condições obstativas e, assim, afastar o reconhecimento da minorante do tráfico privilegiado.

A propósito:

PROCESSUAL PENAL E PENAL. HABEAS CORPUS. SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. MINORANTE DO TRÁFICO PRIVILEGIADO. NEGATIVA PELA SIMPLES QUANTIDADE DE DROGA, SEM INDICATIVOS DE DEDICAÇÃO A ATIVIDADES CRIMINOSAS. ILEGALIDADE FLAGRANTE. APLICAÇÃO DEVIDA. CONFISSÃO ESPONTÂNEA. AFASTAMENTO PELO TRIBUNAL POR SER PARCIAL. RECONHECIMENTO OBRIGATÓRIO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. CONCESSÃO DA ORDEM DE OFÍCIO.

[...]

2. Nos termos da jurisprudência desta Corte, a quantidade e/ou a natureza da droga podem justificar a não aplicação da minorante prevista no art. 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006, quando evidenciarem a dedicação à atividade criminosa.

3. Hipótese que o Tribunal de origem negou a aplicação do benefício em virtude, tão somente, da quantidade da droga apreendida, não tendo indicado, em nenhum momento que tais elementos evidenciarium dedicação à atividade criminosa.

4. A aplicação da minorante do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 constitui direito subjetivo do réu, de sorte que, atendidos os requisitos legais, mister a aplicação da referida causa redutora de pena, devendo os parâmetros previstos no art. 42 da Lei n. 11.343/2006 ser utilizados



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

não como óbice à sua concessão, mas como vetoriais norteadoras da fixação do quantum de redução a ser aplicado no caso. Precedentes.

[...]

6. Habeas corpus não conhecido, mas concedida a ordem de ofício para reduzir as penas a 4 anos, 8 meses e 20 dias de reclusão e 472 dias-multa.

(HC 333.844/SP, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 14/02/2017, DJe 23/02/2017)

No caso dos autos, em que pese a natureza mais gravosa e a expressiva quantidade do entorpecente apreendido (5kg de cocaína), a Corte de origem, soberana na análise do conjunto fático-probatório, concluiu que inexistiria elementos outros a indicarem eventual dedicação do acusado às atividades criminosas, bem assim que a tese da acusação vinculando o réu a organização criminosa encontrava-se no mero plano da suposição, uma vez que nem mesmo a existência da suposta organização criminosa seria certa.

Diante de tal moldura, o acolhimento da pretensão recursal demandaria, necessariamente, o reexame da prova dos autos, medida incompatível com a via do recurso especial, por força da Súmula 7 desta Corte Superior.

A propósito, *mutatis mutandis*:

PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL NÃO COMPROVADO. AUSÊNCIA DE COTEJO ANALÍTICO ENTRE O ACÓRDÃO EMBARGADO E OS PARADIGMAS. NÃO CABIMENTO DE EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA PARA DISCUTIR ACERTO OU DESACERTO DE REGRA TÉCNICA DE CONHECIMENTO DE RECURSO ESPECIAL. ACÓRDÃO EMBARGADO EM CONSONÂNCIA COM A ORIENTAÇÃO JURISPRUDENCIAL ATUAL DO STJ. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 168/STJ.

1. Nos embargos de divergência, para apreciação e comprovação do dissídio pretoriano, não basta a transcrição de ementas e excertos dos julgados, deve-se, no entanto, expor as circunstâncias que identificam os casos confrontados, impondo-se a absoluta similitude fática entre o acórdão embargado e o paradigma com tratamento jurídico diverso.

2. Nos termos da orientação jurisprudencial do STJ, não se admitem embargos de divergência interpostos com o objetivo de discutir o acerto ou desacerto na aplicação de regra técnica de conhecimento de recurso especial, como é o caso do enunciado da Súmula 7 desta Corte.

*3. O acórdão embargado encontra-se em consonância com a orientação jurisprudencial desta Corte segundo a qual "a quantidade da droga apreendida, **juntamente com as circunstâncias do delito**, de forma a indicar o envolvimento ou a dedicação à atividade criminosa, representa fundamento válido para o não reconhecimento do tráfico privilegiado. Do*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

mesmo modo, a utilização concomitante da quantidade de droga apreendida para a elevação da pena-base, na primeira fase da dosimetria, e para o afastamento da incidência da minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas, na terceira fase, por demonstrar que o acusado se dedica a atividades criminosas ou integra organização criminosa, não configura *bis in idem*" (AgRg no AREsp. 857.658/SP, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 25/10/2016, DJe 18/11/2016).

4. Incide, na espécie, a Súmula n. 168/STJ, segundo a qual, "não cabem embargos de divergência, quando a jurisprudência do Tribunal se firmou no mesmo sentido do acórdão embargado".

5. Agravo regimental desprovido.

(AgRg nos EREsp 1408612/SC, Rel. Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 08/02/2017, DJe 15/02/2017)

PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. DEDICAÇÃO À ATIVIDADE CRIMINOSA. ALTERAÇÃO DO ENTENDIMENTO. NECESSÁRIO REEXAME DE PROVAS. VEDAÇÃO. SÚMULA 7/STJ. AGRAVAMENTO DO REGIME. IMPOSSIBILIDADE. CIRCUNSTÂNCIA PREVALECENTE. CUMPRIMENTO DA PENA UM REGIME IMEDIATAMENTE MAIS GRAVE QUE A SANÇÃO IMPOSTA. AGRAVO NÃO PROVIDO.

1. Na hipóteses dos autos, **assentado pelo Tribunal de origem, com arrimo no conteúdo fático dos autos, inexistir prova da dedicação do recorrido ao tráfico fazendo incidir a causa de diminuição, concluir em sentido diverso demandaria, invariavelmente, o revolvimento do conteúdo probatório, inadmissível em recurso especial (Súmula 7/STJ).**

2. Verifica-se ter sido dada correta interpretação aos dispostos nos arts. 33 do CP e 42 da Lei de Drogas, pois, embora a pena definitiva tenha sido fixada em 3 anos e 4 meses de reclusão e o sentenciado seja primário, o regime semiaberto é o cabível à espécie (como o imediatamente mais grave, segundo o quantum da sanção aplicada), dada a presença de circunstância prevacente, qual seja, quantidade e variedade das drogas apreendidas, as quais foram inclusive consideradas para modular o quantum da causa de diminuição.

3. Agravo regimental não provido.

(AgRg no AREsp 916.976/MG, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 14/03/2017, DJe 22/03/2017)

Ante o exposto, voto por negar provimento ao agravo regimental.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2014/0017584-2

AgRg no
REsp 1.430.893 / MS
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 0002393-45.2011.8.12.0019/50000 00023934520118120019 0002393452011812001950000
23934520118120019

PAUTA: 26/09/2017

JULGADO: 26/09/2017

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 DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
RECORRIDO : ANDRÉ FERNANDO DOS SANTOS
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL

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 : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
AGRAVADO : ANDRÉ FERNANDO DOS SANTOS
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL

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.