



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no AGRADO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.041.589 - SP (2017/0008451-8)

RELATOR : MINISTRO ANTONIO SALDANHA PALHEIRO
AGRAVANTE : LUIZ MIGUEL FANEGO CABRERA (PRESO)
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

EMENTA

PENAL. AGRADO REGIMENTAL EM AGRADO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. REQUISITOS DO ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/2006 NÃO PREENCHIDOS. DEDICAÇÃO A ATIVIDADE CRIMINOSA. IMPOSSIBILIDADE DE REEXAME DE FATOS E PROVAS. SÚMULA 7/STJ. AGRADO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. O ora recorrente foi condenado como incurso nas sanções do art. 33, c/c o art. 40, I, ambos da Lei n. 11.343/2006, à pena de 5 anos e 10 meses de reclusão, em regime inicial semiaberto, mais 583 dias-multa. Foram apreendidos 994g – massa líquida – de cocaína.

2. Nas instâncias ordinárias, soberanas na análise do acervo fático-probatório, foi afastada a aplicação da causa de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei de Tóxicos, por haver indicativos de que o réu se dedicava a atividades criminosas. Inviável a revisão da referida conclusão em recurso especial, devido a pretensão esbarrar no óbice prescrito pela Súmula 7/STJ.

3. 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, por unanimidade, negar provimento ao agravo, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Maria Thereza de Assis Moura, Sebastião Reis Júnior, Rogerio Schietti Cruz e Nefi Cordeiro votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília, 1º de junho de 2017 (data do julgamento).

Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no AGRADO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.041.589 - SP (2017/0008451-8)

RELATOR : **MINISTRO ANTONIO SALDANHA PALHEIRO**
AGRAVANTE : LUIZ MIGUEL FANEGO CABRERA (PRESO)
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO ANTONIO SALDANHA PALHEIRO

(Relator):

Trata-se de agravo regimental interposto por LUIZ MIGUEL FANEGO CABRERA contra decisão que conheceu do agravo e não conheceu do recurso especial por incidência da Súmula 7/STJ.

Depreende-se dos autos que o ora agravante foi denunciado porque, "no dia 26 de setembro de 2015, nas dependências do Aeroporto Internacional de Guarulhos/SP, o acusado foi preso em flagrante ao tentar embarcar no voo TP2562, da companhia aérea Tap Portugal com destino a Madrid - Espanha, com escala em Lisboa, transportando, para fins de comércio ou entrega de qualquer forma a consumo de terceiros, (994g novecentos e noventa e quatro gramas - massa líquida) de cocaína, substância entorpecente que determina dependência física e/ou psíquica, sem autorização legal ou regulamentar" (e-STJ fl. 208).

No primeiro grau de jurisdição, foi condenado, como incurso nas sanções do art. 33, c/c o art. 40, I, ambos da Lei n. 11.343/2006, à pena de 5 anos e 10 meses de reclusão, em regime inicial fechado, mais 583 dias-multa (e-STJ fls. 132/141).

O Tribunal de origem deu parcial provimento ao apelo da defesa, nos moldes sintetizados na seguinte ementa (e-STJ fls. 226/227):

PENAL. TRÁFICO TRANSNACIONAL DE DROGAS. AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADAS. DOSIMETRIA DA PENA. REDUÇÃO DA PENA-BASE. CONFISSÃO. SÚMULA 231 DO STJ. TRANSNACIONALIDADE. ARTIGO 33, PARÁGRAFO 4º, da LEI 11.343/2006. REGIME INICIAL.

I - A materialidade do delito de tráfico de substância entorpecente restou demonstrada através do Auto de Apresentação e



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Apreensão, Laudo Preliminar de Constatação, posteriormente confirmado pelo Laudo de Perícia Criminal Federal, os quais comprovaram tratar-se de cocaína o material encontrado em poder do réu, consubstanciado em 994 g (novecentos e noventa e quatro gramas) massa líquida.

II - A autoria foi comprovada através do auto de prisão em flagrante, pelo depoimento das testemunhas e pelo fato de que o próprio réu admitiu ser o autor dos fatos a ele imputados na denúncia.

III - A redação do artigo 42 da Lei nº 11.343/2006, que configura norma especial em relação ao artigo 59 do Código Penal, orienta o magistrado a dar maior importância à natureza e à quantidade do entorpecente em relação às demais circunstâncias judiciais.

IV - A quantidade de droga apreendida, embora significativa, não justifica o aumento da pena-base, tendo em vista as circunstâncias judiciais favoráveis ao réu.

V - A pena-base deve ser reduzida ao mínimo legal.

VI - Há muito se firmou o entendimento no sentido de que, se a confissão do agente é um dos fundamentos da condenação, a atenuante prevista no artigo 65, inciso III, alínea "d", do Código Penal, deve ser aplicada, sendo irrelevante se a confissão foi espontânea ou não, se foi total ou parcial, ou mesmo se houve retratação posterior.

VII- A aplicação da referida atenuante, todavia, não deve acarretar qualquer alteração da pena, eis que já fixada no mínimo legal, em conformidade com a Súmula 231 do STJ.

VIII - Restou devidamente comprovada a transnacionalidade do delito, eis que a droga apreendida em poder do réu estava sendo transportada para Madri.

IX - Muito embora a quantidade de entorpecente encontrada com o acusado não discrepe do que usualmente é apreendido em poder das chamadas "mulas" do tráfico de drogas, a ausência de justificativa plausível para as diversas viagens ao Brasil em curto espaço de tempo, leva à inevitável conclusão de que ele integra a organização criminosa, ainda que de forma circunstancial, o que afasta a incidência da redução de pena prevista no artigo 33, parágrafo 4º, da Lei 11.343/2006.

X - A pena definitiva resulta em 05 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão, e 583 (quinhentos e oitenta e três) dias-multa, cada qual fixado no valor mínimo legal.

XI - Considerando que a pena fixada é inferior a 8 (oito) anos de reclusão, e ausentes circunstâncias desfavoráveis, impõe-se o regime inicial semiaberto, para cumprimento da pena, nos termos do artigo 33, parágrafos 2º, alínea "b", e 3º do Código Penal.

XII- A substituição da pena privativa de liberdade pretendida pela



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

defesa não deve ser autorizada, eis que ausentes os requisitos do artigo 44 e incisos do Código Penal.

XIII - Conforme orientação consolidada nas Cortes Superiores, não tem o direito de recorrer em liberdade o acusado que permaneceu justificadamente preso durante a instrução criminal, por força de prisão em flagrante ou preventiva, ainda que seja primário e de bons antecedentes.

XIV- Apelo da defesa parcialmente acolhido.

Nas razões do recurso especial, a defesa apontou violação do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006.

No presente agravo, reitera as alegações de que faz jus à minorante pelo tráfico privilegiado. Sustenta que não há provas indicativas de que integrou organização criminosa.

Requer a reconsideração da decisão agravada ou que o presente recurso seja levado para apreciação da Turma competente.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.041.589 - SP (2017/0008451-8)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO ANTONIO SALDANHA PALHEIRO

(Relator):

O recurso não apresenta argumento capaz de desconstituir os fundamentos que embasaram a decisão ora impugnada, de forma que merece ser integralmente mantida.

No caso dos autos, o Tribunal de origem, soberano na análise de questões fático-probatórias dos autos, reconheceu a existência de elementos de provas suficientes para afastar a minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006.

No ponto, a Corte *a quo* manifestou-se nos seguintes termos (e-STJ fls. 222/223):

NO CASO CONCRETO, o Histórico do Viajante fornecido pelo Departamento da Polícia Federal, bem como os diversos carimbos e vistos constantes no passaporte do acusado, demonstram, com segurança, que ele viajava com bastante frequência e sempre em curtos períodos de tempo.

Em maio de 2011, ele entrou e saiu por duas vezes pela Ponte da Amizade.

Em junho de 2011, ele entrou no país por duas vezes e permaneceu na primeira vez por 1 dia e após por 13 dias.

Em julho e 2012, ele entrou pela Ponte da Amizade e saiu pelo Aeroporto Internacional Antônio Carlos Jobim.

Entrou novamente no país em março de 2015 e somente saiu em junho de 2015.

Em 09 de setembro de 2015 entrou no país e foi preso em flagrante em 26.09.2015.

Na audiência, declarou que residia próximo a fronteira e que já tinha trabalhado no Brasil em um mercadinho em Foz do Iguaçu e por três meses em uma carpintaria, perto de Londrina, justificando os registros apontados.

Indagado sobre a realização de viagem aérea no Rio de Janeiro, alegou que nunca viajou de avião. Ocorre que consta do Histórico Viajante juntado à fl. 39, uma entrada em 18.07.2012 pela Ponte da Amizade e uma saída no mesmo dia pelo Aeroporto Internacional



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Antônio Carlos Jobim no Rio de Janeiro. Não apresentou justificativa plausível para tal viagem.

Informou que trabalhava como carpinteiro em seu país de origem, recebia salário entre R\$ 400,00 (quatrocentos reais) e R\$ 500,00 (quinhentos reais) e passava por dificuldades financeiras.

Declarou, ainda, que recebeu diversas ofertas para realizar transportes de drogas, mas nunca aceitou porque pagavam pouco pelo serviço. Aceitou somente a proposta do colombiano de apelido "Piru", vez que o mesmo oferecia um valor bem maior pelo transporte.

E, nesse passo, muito embora a quantidade de entorpecente encontrada com o acusado não discrepe do que usualmente é apreendido em poder das chamadas "mulas" do tráfico de drogas, todos os fatos apresentados aos autos levam à inevitável conclusão de que ele integra a organização criminosa, ainda que de forma circunstancial, o que afasta a incidência da redução de pena prevista no artigo 33, parágrafo 4º, da Lei nº 11.343/2006.

Desse modo, tenho que a mudança da conclusão alcançada no acórdão impugnado exigiria o reexame das provas, o que é vedado nesta instância extraordinária, uma vez que o Tribunal a quo é soberano na análise do acervo fático-probatório dos autos (Súmula 7/STJ e Súmula 279/STF).

Confiram-se:

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. MINORANTE DO ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/06. NÃO APLICAÇÃO. DEDICAÇÃO A ATIVIDADES CRIMINOSAS. POSSIBILIDADE. FUNDAMENTO IDÔNEO. FATOS CRIMINAIS PENDENTES DE DEFINITIVIDADE. POSSIBILIDADE. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.

1. Em regra, não se presta o recurso especial à revisão da dosimetria da pena estabelecida pelas instâncias ordinárias.

Admite-se 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.

2. Tendo sido indicado fundamento concreto para justificar a não aplicação da minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, qual seja, a dedicação do réu a atividades criminosas, não há ilegalidade.

3. Fatos criminais pendentes de definitividade, embora não sirvam para a negativa valoração da reincidência e dos antecedentes



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

(Súmula 444 do STJ), podem embasar o afastamento da minorante do tráfico privilegiado quando permitam concluir que o agente se dedica a atividades criminosas.

4. *Agravo regimental improvido (AgRg no AREsp 573.994/MG, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 13/12/2016, DJe 19/12/2016 - grifei).*

PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. ABSOLVIÇÃO. DESCLASSIFICAÇÃO PARA USO. APLICAÇÃO DA CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI 11.343/06. REVOLVIMENTO DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 7/STJ.

1. *A pretensão do agravante de modificar o entendimento firmado pelas instâncias ordinárias - no sentido de que não há provas acerca da prática do delito em questão, da desclassificação do delito de tráfico para o uso e da aplicação da causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06 - demandaria reexame de provas, o que é inviável na via do recurso especial, segundo dispõe o enunciado n. 7 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça ("A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial").*

2. *Agravo regimental não provido (AgRg no AREsp 900.716/BA, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 16/08/2016, DJe 26/08/2016.)*

AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PENAL E PROCESSO PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. APLICAÇÃO DA CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DA PENA (ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006). INVIABILIDADE. DEDICAÇÃO À ATIVIDADE CRIMINOSA RECONHECIDA PELO TRIBUNAL A QUO. REVISÃO. PROVIDÊNCIA QUE DEMANDARIA O REEXAME DE PROVAS. SÚMULA 7/STJ. REGIME INICIAL FECHADO. POSSIBILIDADE. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. GRAVIDADE CONCRETA DO DELITO.

1. *Não trazendo o agravante tese jurídica capaz de modificar o posicionamento anteriormente firmado, é de se manter a decisão agravada por seus próprios fundamentos.*

2. *Na hipótese dos autos, as circunstâncias em que ocorreram o delito levaram o Tribunal de origem a concluir que o agravante vinha se dedicando ao tráfico de drogas. A alteração dessa premissa demandaria o reexame do conjunto fático-probatório, providência inviável na via eleita. Incidência da Súmula 7/STJ.*

3. *Embora estabelecida a pena em 5 anos e 10 meses de reclusão, a gravidade concreta do delito, evidenciada pelas*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

circunstâncias em que ocorreu - quantidade de droga apreendida, com envolvimento de adolescentes na empreitada delitiva -, justificam a imposição do regime inicial fechado.

4. *Agravo regimental improvido (AgRg no AREsp 860.371/SP, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 24/05/2016, DJe 13/06/2016).*

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO TRANSNACIONAL DE DROGAS. PENA-BASE. ELEVADA QUANTIDADE DE DROGA. PREPONDERÂNCIA DO ART. 42 DA LEI N. 11.343/2006. INCIDÊNCIA DA CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA. IMPOSSIBILIDADE. DEDICAÇÃO À ATIVIDADE CRIMINOSA. SÚMULA N. 7 DO STJ. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

1. *Mostra-se devido o aumento da pena-base em razão da quantidade de drogas apreendida (6.015 g de cocaína), em atenção ao disposto no art. 42 da Lei n. 11.343/2006.*

2. *Uma vez que foram apontados elementos concretos que indicam a dedicação do agravante a atividades criminosas, notadamente ao tráfico de drogas, entender de modo diverso, afastando-se a conclusão de que o acusado não se dedicaria a atividades delituosas, demanda revolvimento do conjunto fático-probatório amealhado durante a instrução criminal, providência essa que é vedada em recurso especial, a teor da Súmula n. 7 do Superior Tribunal de Justiça.*

3. *Agravo regimental não provido (AgRg no AREsp 750.076/SP, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 16/02/2016, DJe 25/02/2016).*

AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. PENAL E PROCESSO PENAL. TRÁFICO. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA. AFASTAMENTO. IMPOSSIBILIDADE. REVERSÃO DO JULGADO. SÚMULA 7/STJ. NEGADO PROVIMENTO.

1. *Se as instâncias ordinárias, soberanas no exame das provas, decidem acerca do preenchimento ou não dos requisitos legais para o reconhecimento do tráfico privilegiado com base em critério válido e condizente com a jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça, não cabe a esta Corte, que não constitui instância revisora, alterar os pressupostos fáticos tomados no julgamento da causa por meio do reexame de prova, o que é inviável na sede do recurso especial, nos termos do que preceitua o enunciado nº 7 da Súmula desta Corte.*

2. *Agravo regimental a que se nega provimento (AgRg no REsp 1530926/BA, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA,*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

SEXTA TURMA, julgado em 06/08/2015, DJe 26/08/2015).

Ante o exposto, **nego provimento** ao agravo regimental.

É como voto.

Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2017/0008451-8

AgRg no
AREsp 1.041.589 /
SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00091919820154036119 03642015 201561190091919 91919820154036119

EM MESA

JULGADO: 01/06/2017

Relator

Exmo. Sr. Ministro **ANTONIO SALDANHA PALHEIRO**

Presidente da Sessão

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

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. **LINDÔRA MARIA ARAÚJO**

Secretário

Bel. **ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA**

AUTUAÇÃO

AGRAVANTE : LUIZ MIGUEL FANEGO CABRERA (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 : LUIZ MIGUEL FANEGO CABRERA (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 Maria Thereza de Assis Moura, Sebastião Reis Júnior, Rogerio Schietti Cruz e Nefi Cordeiro votaram com o Sr. Ministro Relator.