



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

**AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 1.335.045 - PE (2012/0156127-6)**

**RELATORA** : MINISTRA ASSUSETE MAGALHÃES  
**AGRAVANTE** : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL  
**AGRAVADO** : ALFONSO MORENO NICOLAS  
**ADVOGADO** : JUVANÊZ VIEIRA DE MELO JUNIOR - DEFENSOR PÚBLICO DA UNIÃO

### EMENTA

PENAL E PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA. ART. 33, § 4º, DA LEI 11.343/2006. ANÁLISE DE REQUISITOS. NECESSIDADE DE REEXAME DE PROVAS. IMPOSSIBILIDADE, EM SEDE DE RECURSO ESPECIAL. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 7 DO STJ. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.

I. O Tribunal **a quo**, ao entendimento de que o condenado pela prática de tráfico de drogas não se dedicava a atividades criminosas ou integrava organização criminosa, aplicou, em seu benefício, o redutor de pena, inscrito no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006.

II. Tendo sido o benefício deferido com base na análise do acervo probatório da causa, a inversão da conclusão do acórdão, proferido pelo Tribunal de origem, nesse ponto, demandaria, inevitavelmente, o reexame dos contextos fático dos autos, providência vedada, em sede de Recurso Especial, pela Súmula 7/STJ.

III. 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 regimental, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora.

Os Srs. Ministros Rogerio Schietti Cruz, Marilza Maynard (Desembargadora Convocada do TJ/SE), Maria Thereza de Assis Moura e Sebastião Reis Júnior votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Brasília (DF), 08 de outubro de 2013 (data do julgamento).

MINISTRA ASSUSETE MAGALHÃES  
Relatora



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 1.335.045 - PE (2012/0156127-6)

### RELATÓRIO

**MINISTRA ASSUSETE MAGALHÃES:** Trata-se de Agravo Regimental, interposto pelo MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL, contra decisão, de minha lavra (fls. 463/472e), que negou seguimento a Recurso Especial.

No caso, ALFONSO MORENO NICOLAS, ora agravado, foi condenado, em 1º Grau, como incurso no art. 33, **caput**, c/c art. 40, I e III, da Lei 11.343/2006, à pena de 9 anos e 1 mês de reclusão, em regime inicial fechado (fls. 179/189e).

Interposta Apelação, foi esta parcialmente provida, pelo Tribunal Regional Federal da 5ª Região, sendo aplicada, em favor do réu, a causa de redução de pena, prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006. A reprimenda, assim, foi reduzida a 6 anos, 6 meses e 1 dia de reclusão (fls. 370/383e).

Seguiu-se Recurso Especial, interposto pelo **Parquet**, ao qual foi negado seguimento, tendo em vista que a análise do pedido de exclusão do redutor de pena, aplicado pelo Tribunal **a quo** – porquanto o réu seria integrante de organização criminosa voltada ao tráfico de drogas –, necessitaria de reexame das circunstâncias fáticas dos autos, providência vedada, pela Súmula 7/STJ (fls. 463/472e).

Daí a interposição deste Agravo Regimental, em que o Ministério Público Federal afirma o seguinte:

"No caso, há que se afastar o redutor do § 4º do artigo 33 da Lei 11.343/2006, pois o ora agravado, agindo, indiscutivelmente, mediante paga, é homem de confiança de uma organização que preparou e iniciou a execução de uma remessa de mais de três quilos e meio de cocaína para o exterior.

Mesmo agindo como 'mula' o ora agravado integra uma organização criminosa que este processo não conseguiu dismantelar.

Os altos valores envolvidos na operação criminosa em análise demandam a participação de delinquentes de experiência e envolvimento com a organização.

Por outro lado, o transporte internacional de cocaína pressupõe o pagamento de alta remuneração para o chamado 'mula', que efetua arriscada tarefa pois age como ponta de lança da operação criminosa."



## **SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

Requer, assim, o provimento do Agravo Regimental, a fim de que seja provido o Recurso Especial e decotada a causa de redução da pena em destaque.

É o relatório.



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 1.335.045 - PE (2012/0156127-6)

### VOTO

**MINISTRA ASSUSETE MAGALHÃES (Relatora):** Não assiste razão ao agravante.

Compulsando os autos, verifica-se que a decisão recorrida foi proferida nos seguintes termos, no que interessa ao julgamento deste Regimental:

"Trata-se de Recurso Especial, interposto pelo MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL, com fundamento no art. 105, inciso III, alínea **a**, da Constituição Federal, contra acórdão do Tribunal Regional Federal da 5ª Região.

Depreende-se dos autos que **ALFONSO MORENO NICOLAS, ora recorrido, foi preso em flagrante por trazer consigo 3.569 g (três mil, quinhentos e sessenta e nove gramas) da substância conhecida como cocaína, para remessa a território estrangeiro, foi condenado, como incurso no art. 33, caput c/c art. 40, I e III, da Lei 11.343/2006, à pena de 9 anos e 1 mês de reclusão, em regime inicial fechado (fls. 179/189e).**

**Em sede de Apelação, a sentença condenatória foi parcialmente reformada, com a exclusão da circunstância agravante do art. 62, IV, do Código Penal e aplicação da minorante inscrita no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006. Como resultado, a pena foi reduzida a 6 anos, 6 meses e 1 dia de reclusão, em regime inicial semiaberto. O acórdão em questão recebeu a seguinte ementa:**

**'EMENTA:** PENAL E PROCESSUAL PENAL. TRÁFICO INTERNACIONAL DE DROGAS. ART. 33 C/C ART. 40, I E III, LEI Nº 11.434/2006. ERRO DE TIPO. VERSÃO SUSTENTADA DISSOCIADA DO CONTEXTO PROBATÓRIO. INOCORRÊNCIA. PENA-BASE. ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. CRITÉRIOS PARA FIXAÇÃO. ART. 42, LEI Nº 11.343/2006. LESIVIDADE E EXPRESSIVA QUANTIDADE DA DROGA APREENDIDA. JUÍZO DE PROPORCIONALIDADE. ATENUANTE GENÉRICA DO ART. 62, IV, CÓDIGO PENAL. ELEMENTAR DO TIPO PENAL. INAPLICABILIDADE. CAUSA DE AUMENTO DA PENA. ART. 40, I E III, LEI Nº 11.343/2006. *BIS IN IBIDEM*. INOCORRÊNCIA. PRESENÇA DE DUAS CAUSAS DE AUMENTO. USO DE TRANSPORTE PÚBLICO. *EMENDATIO LIBELLI*. **CAUSA DE**



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

**DIMINUIÇÃO DA PENA. ART. 33, § 4º, LEI Nº 11.343/2006. SITUAÇÃO DE “MULA”. NÃO INTEGRANTE DE ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. FIXAÇÃO DE REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DA PENA DIVERSO DO FECHADO. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES DO STJ E DO STF. TRATADO SOBRE TRANSFERÊNCIA DE PRESOS. BRASIL E ESPANHA. DECRETO Nº 2576/1998. PARCIAL PROVIMENTO DO APELO.**

I. A versão sustentada pelo apelante, de ser turista e o material apreendido ser produtos alimentícios encomendados por terceiros resulta completamente divorciada de todo o contexto probatório, eis que o tipo de mercadoria por ele transportada é facilmente encontrada no comércio europeu, não se tratando de especiaria invulgar ou típica da região, mas de mera comida enlatada, e ainda os custos a serem suportados, pelo encomendante, para cobrir as despesas de transporte aéreo e estada em território estrangeiro.

II. Não se fazer acompanhar do mais simples dos apetrechos do turista, uma máquina fotográfica, e, ao retornar ao país de origem, apenas pretender se desincumbir do material encomendado, não se demonstra condizente o asseverado nas declarações em juízo.

III. Não havendo como afastar o conhecimento, por parte do ora apelante, que não se tratava de mera comercialização de alimentos, mas sim de transporte ilícito, e certamente de substância entorpecente, em vista da rota empreendida, tem-se, assim, afastada a tese de ocorrência de erro de tipo.

IV. O art. 42 da Lei nº 11.343/2006 estabelece quatro critérios centrais para a fixação inicial da pena, quais sejam: a) a natureza do produto; b) a quantidade apreendida; c) a personalidade do agente; d) sua conduta social. Logo, não se deve considerar apenas um valor numérico como referência, sendo possível valorar também o perfil da agente.

V. Ainda que o acusado tenha agido como “mula”, sendo remunerado por terceiros para atuar no tráfico internacional de drogas, não havendo registro de propensão ao crime, ou qualquer traço negativo sobre sua conduta social que justifique pena mais severa, há, no entanto, que se considerar que foi apreendida quantidade superior a 3,5kg (três quilos e quinhentos gramas) de cocaína, pelo que se torna pouco razoável fixá-la no mínimo legal.

VI. A potencialidade lesiva da droga apreendida e sua



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

quantidade, tomada objetivamente no exame, demonstra adequada a fixação da pena-base acima do mínimo legal e, em juízo de proporcionalidade sobre a situação pessoal do acusado, no patamar indicado na sentença.

VII. Sendo o descrito na agravante genérica do art. 62, IV, do Código Penal, qual seja, se o agente executa o crime, ou nele participa, mediante paga ou promessa de recompensa, elementar do tipo penal do art. 33, *caput*, da Lei nº 11.343/2006, tem-se aquela por inaplicável.

VIII. O magistrado aplicou patamar diverso do mínimo, quanto ao art. 40 da Lei nº 11.343/2006, em vista de haver considerado, em conjunto, as duas causas de aumento, e não mera reapreciação das circunstâncias e do *modus operandi* do delito, mas sim a sua internacionalidade (inciso I), e, também, pelo fato de a infração ter sido cometida em transporte público (inciso III), confessado pelo réu em seu interrogatório.

IX. É possível ao magistrado concluir, mediante exame das provas e circunstâncias contidas nos autos, pela existência de qualquer causa de aumento, esteja ou não prevista no pedido condenatório, sendo perfeitamente possível a sua aplicação através de simples *emendatio libelli*.

**X. O simples fato de ter, em tese, praticado conduta semelhante anteriormente, quando empreendeu outra viagem internacional, não o identifica como integrante da organização criminosa, mas sim como simples “mula”, sendo possível, diante da sua primariedade técnica e dos bons antecedentes, aplicar a causa de diminuição da pena, no seu patamar mínimo.**

XI. Recentes decisões do Superior Tribunal de Justiça (6ªT., HC- 164976/MS, rel. Min. Og Fernandes, DJ 01.07.2010) e, em especial, do Excelso Pretório (2ªT., HC-102678/MG, rel. Min. Eros Grau, DJ 23.04.2010), admitem a fixação de regime inicial diverso do fechado e a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos no caso do art. 33, § 4º da Lei nº 11.343/2006, revelando uma leitura principiológica do art. 44 da mesma Lei e do art. 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/1990.

XII. No caso do réu, estrangeiro identificado como “mula” do tráfico internacional, não é conveniente mantê-lo no convívio prolongado em presídio brasileiro, sem perspectivas de sua inserção na sociedade, além do que a substituição da pena permitiria seu cumprimento em condições mais céleres e a imediata expulsão do estrangeiro, preservando a ordem pública interna e combatendo, de modo mais inteligente, o grave



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

problema das “mulas” do tráfico internacional.

XIII. É de ser observada, em sede de execução da pena, a aplicação de tratado sobre transferência de presos entre os governos brasileiros e do Reino da Espanha, promulgado pelo Decreto nº 2.576/1998.

XIV. Parcial provimento ao apelo para, mantida a pena-base como fixada na sentença: a) ter por inaplicável a agravante genérica do art. 62, IV, do Código Penal; b) aplicar a minorante do art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006, fixando-a em 1/6 (um sexto); c) possibilitar, se atendidos os requisitos do art. 44 do Código Penal, a substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos, bem como regime inicial de cumprimento da pena diverso do fechado.

XV. Pena privativa de liberdade fixada em definitivo em 06 (seis) anos, 06 (seis) meses e 01 (um) dia de reclusão, em regime inicialmente semiaberto (art. 33, § 2º, “b”, do Código Penal), vedada sua substituição por pena restritiva de direitos por não cumprido requisito inserto no art. 44, I, primeira parte, do Código Penal, e sua suspensão condicional, por desatendido preceituado no art. 77 do Código Penal.

XVI. Mantida a pena de multa, como fixada na sentença, por guardar proporcionalidade à pena privativa de liberdade fixada no presente julgado.' (fls. 381/383e).

**Daí a interposição do presente Recurso Especial, em que se alega violação aos arts. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006 e art. 2º, § 1º, da Lei 8.072/90.**

**Busca o Parquet, inicialmente, o afastamento do redutor de pena inscrito no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006, asseverando para tanto fazer o recorrido parte de organização criminosa.**

(...)

**Oferecidas contrarrazões (fls.412/421e), foi a irresignação admitida, na origem (fls. 423/424e).**

**O Ministério Público Federal, em parecer da lavra do Subprocurador-Geral da República, HAROLDO FERRAZ DA NÓBREGA, manifestou-se pelo provimento do Recurso Especial (fls. 436/441e).**

**O Recurso Especial não merece prosperar.**

No que concerne à alegada violação ao art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006, importa transcrever como o acórdão recorrido pronunciou-se sobre o tema:

**'Já sobre a aplicação do art. 33, §4º como minorante do**



## **SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

chamado 'tráfico privilegiado', identifico razão suficiente para sua ocorrência em favor do acusado, ora apelante. Alega ser primário e de bons antecedentes. Resta claro não haver como o identificar como integrante da organização criminosa, mas sim como simples 'mula' e o simples fato de ter, em tese, praticado conduta semelhante, pelo próprio narrado em seu interrogatório, ao ter estado em São Paulo, seis meses antes, com 'idêntica finalidade turística', não pode servir como argumento para que se denegue a causa de diminuição, eis que não restou comprovada qualquer sustentação de ser verdadeiro integrante de organização criminosa, tão somente sua condição, repita-se, de mula. É possível, assim, fixar a redução nesta fase em 1/6 (um sexto).' (fl. 378e).

Assim, o acolhimento das alegações do recorrente, no sentido de que o acusado se dedicaria a atividades criminosas, ensejaria, inevitavelmente, diante dos elementos demonstrados no excerto acima transcrito, o reexame do acervo probatório da causa, o que encontra óbice na Súmula 7/STJ.

A propósito:

'AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. QUANTIDADE E DIVERSIDADE DE DROGA. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA. ART. 33, § 4º, DA LEI 11.343/2006. GRAU MÁXIMO. IMPOSSIBILIDADE. ENUNCIADO SUMULAR N. 7/STJ. AGRAVO DESPROVIDO.

- É firme a orientação jurisprudencial deste Tribunal no sentido de que a natureza e quantidade de droga apreendida é razão suficiente para afastar a aplicação da minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 em seu grau máximo.

- A aplicação da referida minorante está amparada em elementos concretos extraídos dos autos e para entender de modo diverso, desconstituindo o estabelecido, de maneira a permitir o afastamento do redutor, necessário se faz o reexame completo e aprofundado das provas e fatos constantes dos autos, o que é inviável na via especial, ante a vedação do enunciado sumular n. 7/STJ.

Agravo regimental desprovido' (STJ, AgRg no REsp



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

1258981/DF, Rel. Ministra MARILZA MAYNARD (Desembargadora Convocada do TJ/SE), QUINTA TURMA, DJe de 01/08/2013).

'PENAL E PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. ART. 33 DA LEI 11.343/2006. DESCLASSIFICAÇÃO DA CONDUTA DE TRÁFICO DE DROGAS PARA USO. ART. 28 DA LEI 11.343/2006. PEDIDO DE REVISÃO DA FRAÇÃO APLICADA À CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA, PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI 11.343/2006. REEXAME DE PROVAS. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 7 DO STJ. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

I. O entendimento sufragado pelo Tribunal a quo, no sentido de que haveria tráfico de drogas, foi adotado com base na análise das provas presentes nos autos. Diante disso, a inversão dessa conclusão, para entender-se configurado o delito de uso de drogas exigiria, inevitavelmente, o reexame do acervo probatório da causa, o que encontra óbice na Súmula 7/STJ.

II. **Cabe às instâncias ordinárias, soberanas na análise das provas, a verificação do preenchimento dos requisitos do art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006, pelo réu, quais sejam, ser o agente primário, de bons antecedentes, não se dedicar às atividades criminosas, nem integrar organização criminosa, estipulando, de forma fundamentada, o quantum da fração de redução da pena.**

III. **Diante disso, o revolvimento do quadro fixado pelas instâncias ordinárias demandaria reexame do acervo fático-probatório, inviável, no âmbito do Recurso Especial.**

IV. Agravo Regimental desprovido' (STJ, AgRg no AREsp 22.891/DF, de minha relatoria, SEXTA TURMA, DJe de 20/05/2013).

(...)

Ante o exposto, **com fundamento no art. 557, caput, do CPC c/c art. 3º do CPP, nego seguimento ao Recurso Especial**" (fls. 463/472e).

A decisão agravada – que negou seguimento ao Recurso Especial, interposto contra acórdão do Tribunal Regional Federal da 5ª Região – deve ser mantida.

Com efeito, depreende-se, dos autos, que o objetivo do Ministério Público



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Federal é, ao final, reformar o acórdão proferido pelo Tribunal de origem, a fim de que seja excluída, da dosimetria da pena aplicada ao ora agravado, pela prática de tráfico de drogas, o benefício previsto no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006, segundo o qual a pena poderá ser reduzida "de um sexto a dois terços, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa".

Ocorre que o Tribunal **a quo**, ao reformar parcialmente a sentença, proferida pelo Juízo de 1º Grau, afirmou que "não restou comprovada qualquer sustentação de ser (o ora agravado) verdadeiro integrante de organização criminosa" (fl. 378e).

Conclui-se, assim, que o entendimento sufragado pela Corte de origem, no sentido de que o acusado faz jus à redução de pena, foi adotado tendo por base os elementos de prova, colhidos nos autos.

Diante disso, a inversão dessa conclusão, para entender-se inaplicável, ao caso, a referida causa de diminuição de pena, demandaria, inevitavelmente, o reexame do acervo probatório da causa, o que encontra óbice na Súmula 7/STJ.

Nesse sentido, confira-se o seguinte precedente:

"PENAL. AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO. POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DA MINORANTE DA LEI DE TÓXICOS. ANÁLISE DE REQUISITOS. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ. PENA-BASE FIXADA NO MÍNIMO LEGAL. APLICAÇÃO DE ATENUANTES. IMPOSSIBILIDADE.

**1. O exame da insurgência, possibilidade da aplicação da minorante do § 4º do artigo 33 da Lei n. 11.343/06, demanda a incursão no conjunto probatório dos autos, medida vedada em sede de recurso especial.**

(...)

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

4. Agravo regimental a que se nega provimento" (STJ, AgRg no AREsp 305.771/CE, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEXTA TURMA, DJe de 21/06/2013).

Ante o exposto, **nego provimento** ao Agravo Regimental.

É como voto.



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

### CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2012/0156127-6

**AgRg no**  
**REsp 1.335.045 / PE**  
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 1962009 200983000066750 7657

EM MESA

JULGADO: 08/10/2013

#### **Relatora**

Exma. Sra. Ministra **ASSUSETE MAGALHÃES**

Presidente da Sessão

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

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **MOACIR MENDES SOUSA**

Secretário

Bel. **ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA**

#### **AUTUAÇÃO**

RECORRENTE : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL  
RECORRIDO : ALFONSO MORENO NICOLAS  
ADVOGADO : JUVANÊZ VIEIRA DE MELO JUNIOR - DEFENSOR PÚBLICO DA UNIÃO

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 : ALFONSO MORENO NICOLAS  
ADVOGADO : JUVANÊZ VIEIRA DE MELO JUNIOR - DEFENSOR PÚBLICO DA UNIÃO

#### **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 da Sra. Ministra Relatora.

Os Srs. Ministros Rogerio Schietti Cruz, Marilza Maynard (Desembargadora Convocada do TJ/SE), Maria Thereza de Assis Moura e Sebastião Reis Júnior votaram com a Sra. Ministra Relatora.