



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no AGRADO EM RECURSO ESPECIAL Nº 408.602 - PR (2013/0342276-6)

RELATORA : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
AGRAVANTE : ILOI KAPPES
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO
AGRAVADO : MINISTERIO PUBLICO FEDERAL

EMENTA

PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRADO EM RECURSO ESPECIAL. VIOLAÇÃO DOS ARTS. 40, I, E 42, AMBOS DA LEI Nº 11.343/2006. TRANSNACIONALIDADE. *BIS IN IDEM*. NÃO OCORRÊNCIA. FIXAÇÃO DA PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. NATUREZA E QUANTIDADE DA DROGA APREENDIDA. PREPONDERÂNCIA DO ART. 42 DA LEI Nº 11.343/2006 SOBRE O ART. 59 DO CP. ACÓRDÃO RECORRIDO DE ACORDO COM O ENTENDIMENTO DO STJ. SÚMULA 83/STJ. OFENSA AOS ARTS. 33, § 4º DA LEI Nº 11.343/2006, 33, § 2º, "C" E 44, AMBOS DO CP. FRAÇÃO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA, ALTERAÇÃO DE REGIME E SUBSTITUIÇÃO DA SANÇÃO. REEXAME DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. INVIABILIDADE. SÚMULA 7/STJ. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

1. A jurisprudência deste STJ é firme no sentido de que, "em se tratando o crime de tráfico ilícito de substâncias entorpecentes de delito de ação múltipla, que possui como núcleos verbais as condutas de 'trazer consigo', 'guardar' ou 'transportar', fica afastada a alegação de *bis in idem* pelo uso da causa especial de aumento de pena da transnacionalidade (art. 40, I, da Lei de Drogas)." (HC 173.174/SP, 5.ª Turma, Rel. Min. MARILZA MAYNARD - DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/SE -, DJe 19/04/2013).

2. É entendimento pacífico neste Sodalício no sentido de que não há violação ao artigo 59 do Código Penal, nem tampouco ao artigo 42 da Lei de Drogas, quando o aumento da pena-base está devidamente fundamentado na natureza e na grande quantidade da droga, posto que o Juiz deve considerar, com preponderância sobre o previsto no artigo 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da droga apreendida.

3. É vedado em sede de recurso especial o reexame de matéria fático-probatória, nos termos do enunciado 7 da Súmula deste STJ.

4. 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: A Sexta Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo regimental, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Os Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior (Presidente), Rogerio Schietti Cruz e Marilza Maynard (Desembargadora Convocada do TJ/SE) votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Brasília, 03 de abril de 2014(Data do Julgamento)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Ministra Maria Thereza de Assis Moura
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no AGRADO EM RECURSO ESPECIAL Nº 408.602 - PR (2013/0342276-6)

RELATORA : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
AGRAVANTE : ILOI KAPPES
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO
AGRAVADO : MINISTERIO PUBLICO FEDERAL

RELATÓRIO

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA (Relatora):

Trata-se de agravo regimental, interposto por Defensor Público da União, em favor de ILOI KAPPES, contra decisão da minha lavra, que negou provimento ao agravo em recurso especial, nos seguintes termos:

PENAL E PROCESSO PENAL. AGRADO EM RECURSO ESPECIAL. VIOLAÇÃO DOS ARTS. 40, I, E 42, AMBOS DA LEI Nº 11.343/2006. TRANSNACIONALIDADE. *BIS IN IDEM*. NÃO OCORRÊNCIA. FIXAÇÃO DA PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. NATUREZA E QUANTIDADE DA DROGA APREENDIDA. PREPONDERÂNCIA DO ART. 42 DA LEI Nº 11.343/2006 SOBRE O ART. 59 DO CP. ACÓRDÃO RECORRIDO DE ACORDO COM O ENTENDIMENTO DO STJ. SÚMULA 83/STJ. OFENSA AOS ARTS. 33, § 4º DA LEI Nº 11.343/2006, 33, § 2º, "C" E 44, AMBOS DO CP. FRAÇÃO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA, ALTERAÇÃO DE REGIME E SUBSTITUIÇÃO DA SANÇÃO. REEXAME DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. INVIABILIDADE. SÚMULA 7/STJ. AGRADO A QUE SE NEGA PROVIMENTO. (fls. 521/531)

Em seu agravo regimental, às fls. 538/549, o recorrente assenta que "está equivocada a jurisprudência do STJ, quando assevera que, por ser o tráfico delito de ação múltipla, que contempla os núcleos 'trazer consigo', 'guardar' ou 'transportar', ficaria afastado o *bis in idem* pela aplicação da causa de aumento decorrente da transnacionalidade". Neste contexto, acrescenta que "não discorda a defesa de que o crime de tráfico de drogas constitui delito de ação múltipla, a contemplar os núcleos descritos", mas que, "todavia, essa condição, por si só, não afasta a possibilidade de, no caso concreto, caracterizar-se *bis in idem*, especialmente quando a transnacionalidade é invocada como pressuposto necessário à configuração do tipo".

Além disso, assenta que "alterar o redutor aplicado pelo Tribunal de origem para o patamar máximo de 2/3 não exige, necessariamente, a incursão no arcabouço fático e probatório", sendo que "não discorda a defesa das premissas fático-probatórias invocadas para sustentar a causa de diminuição de 1/3", mas "entende o agravante que a fundamentação utilizada não é idônea", de modo que "esse exercício de submissão da fundamentação ao crivo da idoneidade não viola a Súmula 7/STJ".



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

No mesmo sentido, aponta que "o exame da ofensa aos arts. 33, § 2º, c, e 44, ambos do Código Penal, não exige o revolvimento do quadro fático-probatório", sendo que "não incide, pois, a Súmula 7/STJ", já que "mesmo que se admita que a fundamentação utilizada para fixar o regime inicial ou para negar a substituição da sanção corporal por penas restritivas de direitos tenha se dado com base em dados concretos dos autos, é sempre possível sujeitar os motivos invocados ao juízo de idoneidade".

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no AGRADO EM RECURSO ESPECIAL Nº 408.602 - PR (2013/0342276-6)

EMENTA

PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRADO EM RECURSO ESPECIAL. VIOLAÇÃO DOS ARTS. 40, I, E 42, AMBOS DA LEI Nº 11.343/2006. TRANSNACIONALIDADE. *BIS IN IDEM*. NÃO OCORRÊNCIA. FIXAÇÃO DA PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. NATUREZA E QUANTIDADE DA DROGA APREENDIDA. PREPONDERÂNCIA DO ART. 42 DA LEI Nº 11.343/2006 SOBRE O ART. 59 DO CP. ACÓRDÃO RECORRIDO DE ACORDO COM O ENTENDIMENTO DO STJ. SÚMULA 83/STJ. OFENSA AOS ARTS. 33, § 4º DA LEI Nº 11.343/2006, 33, § 2º, "C" E 44, AMBOS DO CP. FRAÇÃO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA, ALTERAÇÃO DE REGIME E SUBSTITUIÇÃO DA SANÇÃO. REEXAME DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. INVIABILIDADE. SÚMULA 7/STJ. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

1. A jurisprudência deste STJ é firme no sentido de que, "em se tratando o crime de tráfico ilícito de substâncias entorpecentes de delito de ação múltipla, que possui como núcleos verbais as condutas de 'trazer consigo', 'guardar' ou 'transportar', fica afastada a alegação de *bis in idem* pelo uso da causa especial de aumento de pena da transnacionalidade (art. 40, I, da Lei de Drogas)." (HC 173.174/SP, 5.ª Turma, Rel. Min. MARILZA MAYNARD - DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/SE -, DJe 19/04/2013).

2. É entendimento pacífico neste Sodalício no sentido de que não há violação ao artigo 59 do Código Penal, nem tampouco ao artigo 42 da Lei de Drogas, quando o aumento da pena-base está devidamente fundamentado na natureza e na grande quantidade da droga, posto que o Juiz deve considerar, com preponderância sobre o previsto no artigo 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da droga apreendida.

3. É vedado em sede de recurso especial o reexame de matéria fático-probatória, nos termos do enunciado 7 da Súmula deste STJ.

4. Agravo regimental improvido.

VOTO

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA (Relatora):

A insurgência não merece prosperar.

Com efeito, nos termos do assentado no *decisum* agravado, no que toca à suscitada afronta ao artigo 40, inciso I, da Lei nº 11.343/06, sob o argumento de *bis in idem* entre o tipo básico do delito de tráfico e a causa de aumento da transnacionalidade, constata-se que o raciocínio jurídico adotado pela Corte de origem guarda fina sintonia com a jurisprudência consolidada neste Superior Tribunal de Justiça, sobre a matéria.

De fato, quanto ao tema, assim consignou a Corte *a quo* (fl. 387):

"A alegação de que o reconhecimento da internacionalidade da conduta



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

implica em *bis in idem*, porque pune duas vezes a conduta de 'importar', também não pode ser acolhida.

A causa de aumento de pena do inciso I do artigo 40 da Lei nº 11.343/06, segundo expressa disposição legal, aplica-se aos crimes previstos nos artigos 33 a 37 da referida lei, inclusive na modalidade 'importar', de modo que não há falar em *bis in idem* no reconhecimento do caráter transnacional do delito.

Nesse sentido, as decisões desta Corte:

(...)"

Desse modo, percebe-se que a linha de inteligência jurídica desenvolvida pelo Tribunal *a quo* possui ressonância na jurisprudência deste Sodalício Superior. Com efeito, nos termos da jurisprudência consolidada neste Superior Tribunal de Justiça, "em se tratando o crime de tráfico ilícito de substâncias entorpecentes de delito de ação múltipla, que possui como núcleos verbais as condutas de 'trazer consigo', 'guardar' ou 'transportar', fica afastada a alegação de *bis in idem* pelo uso da causa especial de aumento de pena da transnacionalidade (art. 40, I, da Lei de Drogas)." (HC 173.174/SP, 5.^a Turma, Rel. Min. MARILZA MAYNARD - DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/SE -, DJe 19/04/2013). No mesmo sentido:

"HABEAS CORPUS. TRÁFICO TRANSNACIONAL DE DROGAS. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. GRANDE QUANTIDADE DE DROGAS. APLICAÇÃO DA MINORANTE PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI N.º 11.343/2006. RÉU REINCIDENTE. VEDAÇÃO EXPRESSA. TRANSNACIONALIDADE. *BIS IN IDEM*. NÃO OCORRÊNCIA. PRECEDENTES. ORDEM DE HABEAS CORPUS DENEGADA.

1. (...).

2. (...).

3. De acordo com a jurisprudência desta Corte Superior de Justiça, 'em se tratando o crime de tráfico ilícito de substâncias entorpecentes de delito de ação múltipla, que possui como núcleos verbais as condutas de trazer consigo, guardar ou transportar, fica afastada a alegação de *bis in idem* pelo uso da causa especial de aumento de pena da transnacionalidade (art. 40, I, da Lei de Drogas)'. (HC 173.174/SP, 5.^a Turma, Rel. Ministra MARILZA MAYNARD - DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/SE -, DJe 19/04/2013.).

4. Ordem de *habeas corpus* denegada".

(HC 206.674/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, DJe 21/05/2013)

"RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO INTERNACIONAL DE ENTORPECENTES. DOSIMETRIA. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. ART. 59 DO CP. ATENUANTE DE CONFISSÃO ESPONTÂNEA. REDUÇÃO PROPORCIONAL. APLICAÇÃO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/06 NO PERCENTUAL



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

DE UM SEXTO. LEGALIDADE. PRETENSÃO DE REEXAME DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. VEDAÇÃO NA VIA ELEITA.

(...).

6. Ademais, não há se falar em *bis in idem* na aplicação da causa de aumento de pena da transnacionalidade, prevista no art. 40, inciso I, da Lei nº 11.343/2006, sob o argumento de que a conduta de 'exportar' está contida no núcleo do art. 33 da Lei nº 11.343/2006.

7. Vale lembrar que o crime em questão é de ação múltipla e prevê a conduta 'trazer consigo o entorpecente', pela qual o recorrente foi condenado. Sendo assim, deve ser rechaçada a alegação de dupla valoração, eis que diversas as razões que levaram à configuração da majorante prevista no inciso I do art. 40 da Lei nº 11.343/2006.

8. De mais a mais, tem-se por inviável o reexame, em recurso especial, de aspectos adstritos ao campo probatório, daí que, somente quando despontada a existência de ilegalidade na fixação da pena é descortinada a possibilidade da sua correção na via eleita, o que não é a hipótese dos autos.

9. Recurso especial a que se nega provimento".

(REsp 1244686/SP, Rel. Min. OG FERNANDES, SEXTA TURMA, Dje 07/02/2013).

"HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. ALEGAÇÃO DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. PLEITO PELA ALTERAÇÃO DA DOSIMETRIA. GRANDE QUANTIDADE DE DROGA APREENDIDA. INOCORRÊNCIA. MODIFICAÇÃO DO PATAMAR APLICADO COMO CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DA PENA. ART. 33, § 4º, DA LEI 11.343/06. IMPOSSIBILIDADE. REEXAME DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. VEDAÇÃO NA ESTREITA VIA DO HABEAS CORPUS. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. TRANSNACIONALIDADE. *BIS IN IDEM*. NÃO OCORRÊNCIA. PRECEDENTES.

(...).

4. Não há que se falar em *bis in idem* na aplicação da causa de aumento de pena da transnacionalidade, prevista no art. 40, inciso I, da Lei nº 11.343/2006.

5. Ordem concedida em parte".

(HC 155.018/SP, Rel. Min. ADILSON VIEIRA MACABU (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/RJ), QUINTA TURMA, Dje 09/02/2012).

Aplicável, portanto, no que concerne à suposta ofensa ao artigo 40, inciso I, da Lei nº 11.343/06, a orientação prevista no enunciado nº 83 deste Superior Tribunal, *verbis*: "não se conhece do recurso especial pela divergência, quando a orientação do Tribunal se firmou no mesmo sentido da decisão recorrida".

Importante, destacar que referida orientação se aplica tanto no que concerne aos recursos interpostos com base na alínea "c" quanto com base na alínea "a" do permissivo constitucional.

Do mesmo modo, assim como sublinhado no *decisum* monocrático, incide



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

referida Súmula nº 83 do Superior Tribunal de Justiça quanto a alegada ofensa ao artigo 42 da Lei de Drogas, sob o argumento de que todas as circunstâncias do artigo 59 do Código Penal, exceto as circunstâncias do crime, foram favoráveis ao recorrente, e sendo assim, a pena base não poderia ter sido fixada acima do mínimo, ainda que a natureza e a quantidade da droga apreendida sejam consideradas circunstâncias negativas.

Nesse ponto, verifica-se que o entendimento adotado pelo Tribunal de origem guarda fina sintonia com a jurisprudência consolidada neste Superior Tribunal de Justiça, no sentido de que não há violação ao artigo 59 do Código Penal, nem tampouco ao artigo 42 da Lei de Drogas, quando o aumento da pena-base está devidamente fundamentado na natureza e na grande quantidade da droga apreendida, posto que o Juiz deve considerar, com preponderância sobre o previsto no artigo 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da droga apreendida.

Confirmam o trecho do acórdão à fl. 390:

"Quanto à dosimetria da pena base, o Magistrado agravou corretamente a pena em razão da quantidade da droga (61 kg de maconha), nos termos do artigo 42 da Lei nº 11.343/06. As demais circunstâncias judiciais foram consideradas neutras, restando a pena base em 05 (cinco) anos, 7 (sete) meses e 15 (quinze) dias de reclusão".

Neste contexto, constata-se que o Tribunal *a quo* decidiu em consonância com a jurisprudência remansosa deste Superior Tribunal de Justiça.

Confirmam os precedentes da Corte:

"HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. DESCABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. APREENSÃO DE 33 FRASCOS DE LANÇA PERFUME. ART. 12 DA LEI 6.368/1976. PRETENSÃO DE APLICAÇÃO DO § 4º DO ART. 33 DA LEI 11.343/2006. IMPOSSIBILIDADE DE COMBINAÇÃO DE LEIS. APLICÁVEL A MAIS BENÉFICA EM SUA INTEGRALIDADE. INCONSTITUCIONALIDADE DA OBRIGATORIEDADE DO REGIME INICIAL FECHADO (STF, HC 111.840). POSSIBILIDADE DE SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

- (...).

- A pena-base do delito de tráfico foi devidamente majorada em 1 (um) ano e 6 (seis) meses acima do mínimo legal com base na elevada quantidade do entorpecente apreendido, capaz de atingir um grande número de pessoas. Precedentes: HC 164.550/SP, Rel. Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, DJe 16/6/2011; REsp 1114092/RS, Rel. Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, DJe 27/9/2010.

(...)

Habeas corpus não conhecido". (...).

(HC 232.850/TO, Rel. Ministra MARILZA MAYNARD (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/SE), SEXTA TURMA,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

julgado em 20/02/2014, DJe 07/03/2014).

"HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO-CABIMENTO. RESSALVA DO ENTENDIMENTO PESSOAL DA RELATORA. DIREITO PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. FIXAÇÃO DA PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. PREPONDERÂNCIA DO ART. 42 DA LEI N.º 11.343/2006 SOBRE O ART. 59 DO CÓDIGO PENAL. QUANTUM DA EXASPERAÇÃO DA REPRIMENDA. DISCRICIONARIEDADE DO JUIZ. INVIABILIDADE DE REVISÃO NA VIA ESTREITA DO MANDAMUS. CONFISSÃO ESPONTÂNEA. RECONHECIMENTO. ATENUANTE OBRIGATÓRIA. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DA PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4.º, DA LEI N.º 11.343/2006. QUANTIDADE DE DROGA APREENDIDA QUE, POR SI SÓ, IMPEDE SUA APLICAÇÃO. REGIME INICIAL FECHADO. CABIMENTO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. REQUISITOS NÃO PREENCHIDOS. IMPOSSIBILIDADE. WRIT NÃO CONHECIDO. ORDEM DE HABEAS CORPUS CONCEDIDA DE OFÍCIO.

(...)

5. Vale salientar, segundo o disposto no art. 42 da Lei n.º 11.343/2006, que no delito de tráfico de drogas a natureza e a quantidade da substância entorpecente devem ser consideradas, com preponderância sobre as circunstâncias previstas no art. 59 do Código Penal, no momento da fixação das penas. Precedentes.

6. O Juízo singular e, da mesma forma, a Corte a quo, nos exatos termos do art. 42 da Lei n.º 11.343/2006, consideraram que a quantidade de droga apreendida trouxe maior reprovabilidade à conduta do Agente, justificando, portanto, a fixação da pena-base acima do mínimo legal.

(...)

14. Ordem de *habeas corpus* não conhecida".(...)

(HC 252.739/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, Julgado em 20/02/2014, DJe 07/03/2014).

Lado outro, nos termos do constante na decisão ora agravada, no que concerne a alegada afronta ao artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006, sob o argumento de que preenche todos os requisitos para a aplicação da causa de diminuição de pena prevista na referida norma, no patamar máximo, o Tribunal de origem, soberano na análise das circunstâncias fáticas da causa asseverou que (fl. 391):

"Portanto, se o réu é primário, não possui maus antecedentes e não há prova robusta de que se dedique à prática do ilícito ou integre organização criminosa, faz *jus* à aplicação da causa de diminuição da pena prevista no artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006.

Com relação ao *quantum* da redução, inobstante não seja considerada a expressiva quantidade da droga nesta fase, a maneira como realizado o tráfico é indicativa de que o réu, no mínimo, colaborou com outras pessoas dedicadas a essa atividade ilícita, na medida em que entregou seu carro particular para ser 'preparado' por terceiro, sendo introduzido em fundo falso do veículo grande volume de entorpecentes, o que vai muito além do



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

tráfico cotidiano de entorpecentes.

Portanto, nessa condição, o réu faz *jus* à aplicação da minorante na fração de 1/3 (um terço), restando a pena definitiva em 3 (três) anos, 10 (dez) meses e 20 (vinte) dias de reclusão".

Desse modo, parece claro que alterar o entendimento manifestado no acórdão recorrido somente seria possível a partir da incursão no arcabouço fático e probatório, procedimento incabível nas vias excepcionais.

É assente que cabe ao aplicador da lei, em instância ordinária, fazer um cotejo fático e probatório a fim de analisar a adequada pena-base a ser aplicada ao réu, bem como a incidência de eventuais causas de aumento ou diminuição de pena, e a fração a ser fixada. Nesse contexto, verifica-se não possuir esta senda eleita espaço para a análise das matérias suscitadas pelo recorrente, cuja missão pacificadora restara exaurida pelas instâncias anteriores.

De fato, para se chegar a conclusão diversa da que chegou o Tribunal de origem, seria inevitável o revolvimento do arcabouço carreado aos autos, procedimento sabidamente inviável na instância especial.

Com efeito, não se mostra plausível nova análise do contexto probatório por parte desta Corte Superior, a qual não pode ser considerada uma terceira instância recursal, para proceder à majoração da fração aplicada a título de causa de diminuição de pena, nos termos do artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006. Referida vedação encontra respaldo no enunciado nº 7 da súmula desta Corte, *verbis*: "A pretensão de simples reexame de prova não enseja Recurso Especial".

Confirmam, nesse sentido, os precedentes da Corte:

"AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. PENAL E PROCESSO PENAL. TRÁFICO ILEGAL DE DROGAS. DOSIMETRIA. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA. ALTERAÇÃO DO PATAMAR. REEXAME DE PROVA. SÚMULA 7/STJ.

1. Não pode esta Corte Superior, que não constitui instância revisora, proceder à alteração da fração aplicada a título de causa de diminuição de pena, nos termos do artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006, seja para majorá-la, seja para reduzi-la, sem revolver o acervo fático-probatório dos autos. Incidência da Súmula 7/STJ.

2. Agravo regimental improvido".

(AgRg no REsp 1362635/MG, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, Julgado em 12/11/2013, DJe 28/11/2013).

"PENAL E PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO. ART. 33, § 4º, DA LEI 11.343/2006. ALTERAÇÃO DO PATAMAR, EM SEDE DE RECURSO ESPECIAL. IMPOSSIBILIDADE. REEXAME DE MATERIAL



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

FÁTICO-PROBATÓRIO. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 7 DO STJ. EXISTÊNCIA DE CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. QUANTIDADE E NATUREZA DA SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE. PRECEDENTES. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.

I. Se as instâncias ordinárias, soberanas na análise dos fatos e provas coligidos aos autos, chegaram à conclusão de que a causa de diminuição de pena, prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006, foi aplicada no patamar correto, fizeram-no tendo por base o acervo probatório da causa. Diante disso, a inversão dessa conclusão, para entender-se equivocado o referido patamar, exigiria, inevitavelmente, o reexame dos contexto fático dos autos, o que encontra óbice na Súmula 7/STJ.

II. (...)

III. Agravo Regimental improvido".

(AgRg no AREsp 226.851/RN, Rel. Ministra ASSUSETE MAGALHÃES, SEXTA TURMA, Julgado em 15/10/2013, DJe 12/11/2013).

"AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. PENAL E PROCESSUAL PENAL. CORRUPÇÃO PASSIVA E FRAUDE PROCESSUAL. ALEGADA OMISSÃO NO ACÓRDÃO RECORRIDO. AUSÊNCIA DE INDICAÇÃO DO DISPOSITIVO LEGAL VIOLADO. SÚMULA 284/STF. INCIDÊNCIA. FRAÇÃO DE REDUÇÃO PELA DELAÇÃO PREMIADA E PERDA DO CARGO PÚBLICO. FUNDAMENTAÇÃO *PER RELATIONEM*. POSSIBILIDADE. DIMINUIÇÃO DA PENA EM 1/2 (METADE). MOTIVAÇÃO CONCRETA. CONCLUSÃO EM CONTRÁRIO. SÚMULA 7/STJ. PERDA DO CARGO PÚBLICO. DECISÃO DEVIDAMENTE MOTIVADA. SUBSTITUIÇÃO DA SANÇÃO RECLUSIVA POR RESTRITIVAS DE DIREITOS E SUSPENSÃO DA EXECUÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE. INOVAÇÃO RECURSAL. IMPOSSIBILIDADE. VIOLAÇÃO A DISPOSITIVO DA CONSTITUIÇÃO. VIA INADEQUADA. COMPETÊNCIA DA SUPREMA CORTE. AGRAVO IMPROVIDO. PRESCRIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE EM RELAÇÃO AO CRIME DE FRAUDE PROCESSUAL. DECLARAÇÃO DE EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE NOS TERMOS DO ART. 61 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL.

(...)

3. A fixação da fração de redução de 1/3 (um terço) a 2/3 (dois terços) pela incidência da delação premiada descrita no art. 14 da Lei n.º 9.807/1999, encontra-se dentro do juízo de discricionariedade do órgão julgador. Na espécie, as instâncias ordinárias reduziram a reprimenda do agravante em 1/2 (metade), indeferindo a diminuição no patamar máximo de 2/3 (dois terços) diante da maior reprovabilidade da conduta, haja vista a prática de crime contra a Administração Pública que culminou em fuga de preso, posteriormente não encontrado. Logo, devidamente motivado a redução em 1/2 (metade).

4. Conclusão em sentido contrário quanto à maior ou menor reprovabilidade da conduta do agravante demandaria incursão no material fático-probatório dos autos, providência inviável na via do agravo e do recurso especial, conforme disposição da Súmula 7/STJ.

(...)

9. Agravo regimental a que se nega provimento. Contudo, nos termos



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

do art. 61 do Código de Processo Penal, declaro extinta a punibilidade do agravante em relação ao crime de fraude processual pela prescrição superveniente da pretensão punitiva do Estado".

(AgRg no Ag 1.333.055/SP, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, QUINTA TURMA, Julgado em 05/09/2013, DJe 11/09/2013).

Do mesmo modo, nos moldes do destacado na decisão impugnada, também incide a referida Súmula nº 7 do Superior Tribunal de Justiça no tocante a ofensa aos artigos 33, § 2º, alínea "c", e 44, ambos do Código Penal, ao argumento de que estão presentes todos os requisitos para a aplicação do regime aberto e para a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos. Quanto a esses pontos, o Tribunal *a quo* se manifestou da seguinte forma (fls. 391 e 393):

"Do regime de cumprimento da pena

(...)

Dessarte, considerando a expressividade do tráfico e a lesividade do entorpecente apreendido, mantenho a fixação do regime inicial fechado para o cumprimento da pena.

Da substituição da pena

Pede, ainda, a substituição da pena de reclusão por penas restritivas de direitos.

Quanto à substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos, recentemente, o Senado Federal publicou a Resolução nº 5, de 16.02.2012, suspendendo a expressão 'vedada a conversão em penas restritivas de direitos' do § 4º do artigo 33 da Lei nº 11.343/2006, declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal.

Contudo, a elevada quantidade de droga apreendida afasta a situação dos autos do tráfico cotidiano, caracterizado por pequenas quantidades de droga. Outrossim, essa quantidade é apta a alcançar e causar dependência em muitas pessoas, ocasionando desestruturação social e familiar. Nesse contexto, a reprovabilidade da traficância deve ser mais intensa, indicando que a substituição da pena privativa de liberdade não é recomendável como resposta penal".

Dessarte, para dissentir do entendimento da Corte de origem que fixou o regime fechado para início de cumprimento da pena e não substituiu a pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, com base em dados concretos dos autos, seria inevitável o revolvimento de matéria fático-probatória, procedimento inviável na instância especial, nos termos da Súmula nº 7 do Superior Tribunal de Justiça. Nesse sentido, os seguintes precedentes:

"PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. 1. VIOLAÇÃO DO ART. 44 DO CP. NÃO OCORRÊNCIA. SUBSTITUIÇÃO DA PENA. NÃO PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS LEGAIS. ENTENDIMENTO CONTRÁRIO DEMANDA REEXAME DAS PROVAS.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ. 2. OFENSA AO ART. 33 DO CP. REGIME INICIAL DIVERSO DO FECHADO NOS CRIMES DE TRÁFICO. POSSIBILIDADE. ART. 2º, § 1º, DA LEI N. 8.072/1990 DECLARADO INCONSTITUCIONAL PELO STF. REMESSA DOS AUTOS AO JUÍZO DAS EXECUÇÕES. FASE EXECUTÓRIA NÃO INICIADA. 3. AGRAVO REGIMENTAL PARCIALMENTE PROVIDO PARA DETERMINAR À CORTE DE ORIGEM A FIXAÇÃO DO REGIME DE CUMPRIMENTO DA PENA.

1. Para alterar o entendimento proferido pelas instâncias ordinárias, que constatarem a impossibilidade de substituição da pena, seria inevitável adentrar no contexto fático-probatório dos autos, o que é inviável na via do recurso especial, conforme o enunciado n. 7 da Súmula desta Corte Superior.

2. (...)

3. Agravo regimental a que se dá parcial provimento apenas para determinar ao Tribunal de origem que fixe o regime de cumprimento de pena com base no Código Penal".

(AgRg no AREsp 436.062/SP, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, QUINTA TURMA, Julgado em 04/02/2014, DJe 10/02/2014).

"DIREITO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. 1. FUNDAMENTOS DA DECISÃO COMBATIDA. AUSÊNCIA DE IMPUGNAÇÃO. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 182/STJ. 2. VIOLAÇÃO A DISPOSITIVOS DA CONSTITUIÇÃO. VIA INADEQUADA. COMPETÊNCIA DA SUPREMA CORTE. 3. OFENSA A ENUNCIADOS DE SÚMULA. NÃO ENQUADRAMENTO NO CONCEITO DE LEGISLAÇÃO. 4. CONTRARIEDADE AO ART. 33, § 2º, ALÍNEA B, DO CP. APLICAÇÃO DO REGIME FECHADO. MOTIVAÇÃO CONCRETA. MODIFICAÇÃO QUE DEMANDA REVOLVIMENTO FÁTICO. INVIABILIDADE. SÚMULA 7/STJ. 5. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.

(...)

4. A análise da violação ao art. 33, § 2º, b, do Código Penal, esbarra no óbice do verbete nº 7 da Súmula desta Corte. Com efeito, o regime de cumprimento da pena foi fixado com base em dados concretos dos autos, que revelaram a necessidade de se aplicar ao caso o regime mais rigoroso. Portanto, mostra-se inviável, na via eleita, revolver fatos e provas para reverter as conclusões a que chegaram as instâncias ordinárias com apoio em amplo espectro probatório, haja vista não ser o Superior Tribunal de Justiça terceira instância recursal.

5. Agravo regimental a que se nega provimento".

(AgRg no AREsp 111.098/SP, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, QUINTA TURMA, Julgado em 15/08/2013, DJe 22/08/2013).

"PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. NEGATIVA DE VIGÊNCIA AO ART. 44 DO CP. TRÁFICO DE DROGAS. SUBSTITUIÇÃO DE PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. REQUISITOS SUBJETIVOS. REEXAME DE MATÉRIA FÁTICA. SÚMULA N. 7/STJ. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

1. Tendo o Tribunal *a quo* concluído, à luz das provas dos autos, que a substituição de pena não era socialmente recomendável à acusada,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

tampouco suficiente para a reprovação e prevenção do crime, na medida em que a recorrente não preenchia todos os requisitos subjetivos previstos no inciso III e no § 3º do art. 44 do CP, entender de modo diverso, implicaria no reexame do caderno fático probatório dos autos, procedimento este que encontra óbice na exegese do enunciado 7 da Súmula deste Tribunal.

2. Agravo regimental a que se nega provimento".

(AgRg no AREsp 351.947/DF, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, Julgado em 06/08/2013, DJe 15/08/2013).

"PENAL. AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO. GRAU DE REDUÇÃO QUANTO À TENTATIVA E REGIME DE CUMPRIMENTO DA PENA. SÚMULA 7/STJ.

1. O exame da insurgência, grau de redução quanto à tentativa e à fixação do regime de cumprimento da pena, demanda a incursão no conjunto probatório dos autos, medida vedada em sede de recurso especial.

2. (...)

3. Agravo regimental a que se nega provimento".

(AgRg no AREsp 262.516/SP, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEXTA TURMA, Julgado em 16/04/2013, DJe 26/04/2013).

Diante do exposto, **nego provimento ao agravo regimental.**

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2013/0342276-6 **PROCESSO ELETRÔNICO** **AgRg no AREsp 408.602 / PR**
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 45016153542012404000 50058398320124047005 50072757720124047005
PR-50058398320124047005 PR-50072757720124047005
TRF4-50161535420124040000

EM MESA

JULGADO: 03/04/2014

Relatora

Exma. Sra. Ministra **MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. MARIA ELIANE MENEZES DE FARIA

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

AGRAVANTE : ILOI KAPPES
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO
AGRAVADO : MINISTERIO PUBLICO 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 : ILOI KAPPES
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO
AGRAVADO : MINISTERIO PUBLICO FEDERAL

CERTIDÃO

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

A Sexta Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo regimental, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora.

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