



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no AGRADO EM RECURSO ESPECIAL Nº 228.002 - SP (2012/0187467-0)

RELATOR : MINISTRO NEFI CORDEIRO
AGRAVANTE : FÁTIMA ZAROVAL (PRESO)
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

EMENTA

PENAL. AGRADO REGIMENTAL NO AGRADO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO INTERNACIONAL DE DROGAS. DOSIMETRIA. PENA-BASE. EXASPERAÇÃO. NATUREZA E ELEVADA QUANTIDADE DE DROGA APREENDIDA. LEGALIDADE. MINORANTE DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. DEDICAÇÃO À ATIVIDADE CRIMINOSA RECONHECIDA PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. SÚMULA 7/STJ. AGRADO REGIMENTAL IMPROVIDO.

1. A natureza e a quantidade da droga (1.410g de cocaína) justificam a exasperação da pena-base acima no mínimo legal, nos termos do art. 42 da Lei n. 11.343/06.
2. Admite-se a revalorização jurídica de fatos incontroversos delineados pelas instâncias ordinárias, não havendo falar em reexame de prova.
3. Reconhecido pelo Tribunal *a quo*, com base nos elementos fático-probatórios dos autos, a dedicação à atividade criminosa voltada ao comércio de drogas, inviável a aplicação da minorante, diante do não preenchimento dos requisitos previstos no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/06. Incidência da Súmula 7/STJ.
4. Agrado regimental improvido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, negar provimento ao agrado regimental, 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), 10 de novembro de 2016 (Data do Julgamento)

MINISTRO NEFI CORDEIRO
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no AGRADO EM RECURSO ESPECIAL Nº 228.002 - SP (2012/0187467-0)

RELATOR : MINISTRO NEFI CORDEIRO
AGRAVANTE : FÁTIMA ZAROVAL (PRESO)
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

RELATÓRIO

EXMO. SR. MINISTRO NEFI CORDEIRO:

FÁTIMA ZAROVAL interpõe agravo regimental em face de decisão que não conheceu do agravo defensivo e conheceu do agravo do Ministério Público para dar parcial provimento ao recurso especial do Ministério Público, redimensionando as penas para 6 anos, 5 meses e 23 dias de reclusão, em regime fechado, e 567 dias-multa, pelo crime do art. 33, *caput*, c/c o art. 40, I, da Lei n. 11.343/2006.

Em suas razões, argumenta que, ao prover o recurso especial do *Parquet*, a decisão agravada realizou verdadeiro reexame de provas e promoveu *bis in idem* nas reprimendas aplicadas, na medida em que utilizou a natureza e quantidade da droga apreendida em fases distintas da dosimetria.

Aduz que a análise das razões do recurso especial da defesa, por sua vez, não demanda reexame de provas, mas mera reavaliação jurídica de fatos incontroversos.

Alega que é inidônea a fundamentação que deixou de aplicar a minorante do § 4º do art. 33 da Lei de Drogas, porquanto a agravante preenche todos os requisitos legais. Pleiteia a fixação da causa de diminuição no grau máximo de 2/3.

Por consequência e uma vez que deve ser afastada a natureza hedionda do delito de tráfico privilegiado, requesta pela cominação do regime aberto e substituição da pena privativa de liberdade por sanções restritivas de direitos.

Requer a reconsideração da decisão ou a sua submissão à Sexta Turma.

Transcorreu *in albis* o prazo para contraminuta (fl. 607).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no AGRADO EM RECURSO ESPECIAL Nº 228.002 - SP (2012/0187467-0)

VOTO

EXMO. SR. MINISTRO NEFI CORDEIRO (Relator):

Consta nos autos que a agravante foi condenada às penas de 5 anos e 10 meses de reclusão, em regime fechado, e 583 dias-multa, pela prática do crime do art. 33, *caput*, c/c o art. 40, I, da Lei n. 11.343/2006.

Em apelação, a pena foi estabelecida no mínimo legal, conforme os fundamentos adiante transcritos (fls. 352/358):

Na primeira fase considerou o juiz desfavoráveis a ré a natureza e a quantidade da droga apreendida, e as conseqüências do crime.

Quanto à pretensão ministerial objetivando o aumento da pena-base, anoto que a natureza do entorpecente como cocaína não compõe justificativa para agravamento de pena só porque de suposto maior grau de ofensividade em relação a outras substâncias.

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

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

[...]

Pergunto qual o critério objetivo, que não dê margem para o arbítrio individual do juiz, para entre todas as substâncias de uso proibido catalogadas identificar as que autorizam aplicação da pena acima do mínimo legal e aquelas em que o potencial de malefício não exorbita o grau de ofensividade inerente ao delito e já considerado na pena mínima cominada.

Se drogas são todas maléficas, se teoricamente mesmo um controlador de apetite pode levar a alucinações e até tentativa de suicídio, não me desvencilho de uma postura cética quanto à possibilidade de aplicação do preceito, que não tem similar na lei antiga, que o que tratava era da classificação delitiva, para considerar o juiz a natureza da droga como circunstância desfavorável fazendo uso de critério técnico e objetivo e não o



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

mero arbítrio individual, cabendo ainda ressalvar que sequer se pode interpretar o dispositivo legal como necessariamente estatuinto na direção do agravamento de pena, porque o que dispõe é sobre a consideração como circunstância preponderante, de modo que, pela comparação com as também circunstâncias preponderantes da personalidade e conduta social que propiciam com mais facilidade a visão da possibilidade de valoração neutra ou mesmo favorável, pode-se entender até que o preceito possibilita a avaliação com maior benevolência da conduta quando o entorpecente seja algum considerado de menor grau de ofensividade aos interesses penalmente protegidos. De qualquer sorte, se o dispositivo legal possibilita a consideração em desfavor do réu para acréscimos acima do mínimo legal como circunstância ainda preponderante, é necessário antes resolver a questão do reconhecimento como circunstância desfavorável, que como tal vá além da natureza da droga na dimensão da elementar do delito.

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

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

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

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

Minha convicção é de exigência de previsão no complemento da norma penal em branco e na sua ausência só se atestado nos autos por



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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

A quantidade de entorpecente não configura elemento desfavorável porque se depara confinada em padrões normais para o caso de delito praticado pelos agentes vulgarmente conhecidos como "mulas" do tráfico. No caso, se são 1.410g (mil quatrocentos e dez gramas) é quantidade que comporta o transporte pessoal e o agente transportador, figura subalterna no mundo do tráfico, não pode negociar a quantidade com o traficante dono da droga, de conseguinte não avultando na circunstância maior grau de censurabilidade.

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

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

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

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

A circunstância da culpabilidade referida como desfavorável pela acusação depara-se examinada em perspectiva do tempo despendido na preparação com suposta demonstração de maior firmeza na deliberação da prática do delito mas depara-se bastante discutível o raciocínio, podendo-se também considerar a probabilidade de uma resolução delitiva que uma vez tomada pura e simplesmente permanece até mesmo pela própria engrenagem do delito em seus atos de preparação e execução.

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

exasperação de pena.

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

Assim, não só desautoriza-se o aumento de pena pretendido como impõe-se a graduação, de ofício, no mínimo legal.

Com relação à atenuante da confissão espontânea, verifica-se que foi aplicada na sentença e, ora, com a graduação da pena-base no mínimo legal afasta-se qualquer possibilidade de incidência, em respeito ao sistema do Código Penal, que só admite a fixação da pena em quantidade inferior ao mínimo previsto quando incidente causa de diminuição. Nesse sentido:

A decisão agravada deu provimento ao recurso especial do Ministério Público, nos seguintes termos (fls. 573/579):

Primeiramente, há se apontar que a jurisprudência desta Corte cristalizou-se no sentido de que, a teor do art. 42 da Lei 11.343/06, a quantidade e a natureza do entorpecente apreendido devem ser valoradas, na fixação da pena-base, com preponderância sobre as demais circunstâncias judiciais. Neste sentido:

REGIMENTAL. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. QUANTIDADE E NATUREZA DO ENTORPECENTE. MAJORAÇÃO DA PENA-BASE. POSSIBILIDADE. REGIME INICIAL MAIS GRAVOSO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. MINORANTE DO §4º DO ARTIGO 33 DA LEI N. 11.343/06. AFASTAMENTO. RÉU INTEGRANTE DE ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA COMO TRANSPORTADOR. RECURSO IMPROVIDO.

1. Em se tratando de crime de tráfico de drogas é pacífico no âmbito deste Sodalício o entendimento de que a fixação da reprimenda básica deve valorar, com preponderância sobre as demais circunstâncias judiciais, a natureza e a quantidade da substância entorpecente, conforme o disposto no art. 42 da Lei n. 11.343/2006. In casu, o réu foi flagrado com considerável quantidade de cocaína, circunstância apta para exasperar a pena-base.

2. Admite-se a fixação de regime mais gravoso para o início do cumprimento da pena privativa de liberdade imposta em razão da quantidade e natureza do entorpecente apreendido.

3. Integrando o acusado de organização criminosa, na qualidade de transportador da droga, resta impossibilitada incidência da causa especial de diminuição de pena prevista no §4º do artigo 33 da Lei de Drogas.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

4. Agravo regimental a que se nega provimento.

(AgRg no AREsp 642.066/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 17/03/2016, DJe 01/04/2016, com destaques)

No presente caso, não ocorreu a majoração da pena-base pois o julgador, em profunda digressão, concluiu não ser capaz de identificar, mediante critérios objetivos, quais substâncias de uso proibido exorbitariam o grau de ofensividade inerente ao delito e já considerado na pena mínima cominada. Além disso, entenderam as instâncias ordinárias que a quantidade de entorpecente apreendida não configura elemento desfavorável, porque apresenta-se em padrões normais para os delitos praticados por "mulas" do tráfico.

A jurisprudência desta Corte, por outro lado, possui o firme entendimento de que a cocaína é uma droga potencialmente mais ofensiva e até mesmo em situações em que a quantidade de droga apreendida era inferior a do presente caso (1.410g de cocaína), aquiesceu com a elevação da pena-base. Confirmam-se:

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE. QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. REGIME INICIAL. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO.

I - A exacerbação da pena-base fundamentada na quantidade e natureza do entorpecente apreendido (in casu, 68 papелotes, totalizando 50,2 g de cocaína), atende ao disposto no art. 59 do Código Penal e no art. 42 da Lei n. 11.343/2006.

II - A ausência de prequestionamento constitui óbice ao exame da matéria pela Corte Superior, a teor das Súmulas ns. 282 e 356 do Pretório Excelso.

Agravo regimental desprovido.

(AgRg no AREsp 404.371/PB, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 28/06/2016, DJe 01/08/2016, com destaques)

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. DOSIMETRIA DA PENA. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA. FUNDAMENTAÇÃO SUFICIENTE. REDUÇÃO DA PENA EM SEIS MESES PELA CONFISSÃO ESPONTÂNEA E MENORIDADE. AUSENTE FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA. VALORAÇÃO NA PRIMEIRA E NA TERCEIRA FASE. BIS IN IDEM. ALTERAÇÃO DO REGIME PRISIONAL E SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. PEDIDOS PREJUDICADOS. MANIFESTA ILEGALIDADE VERIFICADA. WRIT NÃO CONHECIDO. CONCESSÃO DA ORDEM DE OFÍCIO.

1. Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação no sentido de que não cabe habeas corpus substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado a justificar a concessão da ordem de ofício.

2. Segundo reiterada jurisprudência desta Corte, a individualização da pena, como atividade discricionária vinculada do julgador, será revista apenas nas hipóteses de manifesta ilegalidade ou arbitrariedade, quando não observados os parâmetros da legislação de regência e o princípio da proporcionalidade.

3. ***Na hipótese, a majoração da pena-base em 2 (dois) anos de reclusão, com fulcro na expressiva quantidade e na qualidade da droga apreendida - 1.097,05g (um quilo, noventa e sete gramas e cinco centigramas) de crack e cocaína - não se mostra desproporcional, se consideradas as penas mínimas e máximas estabelecidas para o crime de tráfico de entorpecentes e a previsão legal de que tais circunstâncias são preponderantes no cálculo da reprimenda (art. 42 da Lei n. 11.343/2006). Precedentes.***

4. *É manifestamente ilegal a aplicação da fração de redução em patamar inferior a 1/6, pela presença das atenuantes da confissão espontânea e da menoridade, sem a indicação de motivação concreta e idônea. Precedentes.*

5. A utilização da quantidade e da natureza da droga, cumulativamente, na primeira e na terceira fase da dosimetria da pena, seja para modular ou negar a causa de diminuição do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, configura bis in idem, consoante entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal, em sede de repercussão geral, no ARE 666.334/AM (Rel. Ministro GILMAR MENDES, DJ 6/5/2014). Precedentes do STJ e do STF.

6. O exame dos pedidos de alteração do regime prisional e de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos fica prejudicado, em razão da necessidade de refazimento da dosimetria.

7. Habeas Corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para que o Juízo da execução proceda à nova dosimetria da pena a fim de afastar o bis in idem identificado, bem como indicar, de forma fundamentada, a fração de redução da pena, pela incidência da atenuante de menoridade e da confissão espontânea, e, conseqüentemente, verificar o regime prisional cabível, nos termos do art. 33 do CP, e a possibilidade de substituição da pena privativa de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

liberdade por restritivas de direitos.

(HC 289.516/DF, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 02/06/2016, DJe 10/06/2016, com destaques)

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO. DESCABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO PARA ESSA FINALIDADE. PENA-BASE. MAJORAÇÃO. QUANTIDADE E NATUREZA DA SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE. 1,07KG DE COCAÍNA. QUANTUM DE AUMENTO. DISCRICIONARIEDADE. ART. 42 DA LEI N. 11.343/06. DOSIMETRIA. REVISÃO EM WRIT. EXCEPCIONALIDADE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL VERIFICADO. WRIT NÃO CONHECIDO.

1. Em consonância com a orientação jurisprudencial da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal - STF, esta Corte não admite habeas corpus substitutivo de recurso próprio, sem prejuízo da concessão da ordem de ofício se existir flagrante ilegalidade na liberdade de locomoção do paciente.

2. O aumento da pena-base em 2 anos não se mostra, no caso, desproporcional, tendo em vista a elevada gravidade da conduta, evidenciada pela quantidade e natureza da droga apreendida (1,07 kg de cocaína). Inteligência do art. 42 da Lei n. 11.343/06. Precedentes.

3. Habeas corpus não conhecido.

(HC 352.352/RJ, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 24/05/2016, DJe 02/06/2016, com destaques)

Assim, o pleito ministerial merece acolhimento, porquanto, no presente caso, a fixação da pena-base no mínimo legal violou o art. 42 da Lei 11.343/06.

[...]

Analisadas as teses trazidas para deslinde, passo ao redimensionamento da pena.

*As instâncias ordinárias fixaram a pena-base no mínimo legal, no entanto, como já debatido neste decisum, considerando a quantidade e a natureza da substância apreendida, circunstâncias que a teor do art. 42 da Lei de Drogas devem preponderar até mesmo sobre as vetoriais do art. 59 do Código Penal, **fixo a pena-base em 6 anos e 8 meses de reclusão, além de 583 dias-multa.***

Não há circunstâncias agravantes, contudo, reconhecida a confissão espontânea, reduzo as penas à 5 anos, 6 meses e 20 dias de reclusão, além de 486 dias-multa.

Na terceira fase de dosimetria, não se observa a incidência de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

nenhuma minorante. Contudo, a majorante da transnacionalidade é aplicável à hipótese dos autos, razão pela qual, mantendo o mesmo critério de proporcionalidade utilizado pela Corte regional (1/6) e, à míngua de outras causas modificativas, fixo a pena definitiva em 6 anos, 5 meses e 23 dias de reclusão, além de 567 dias-multa.

Quanto ao regime prisional, mantenho as disposições firmadas pelas instâncias ordinárias, tendo em vista que o agravamento da pena-base em virtude da natureza e da quantidade de droga apreendida, a teor do art. 33, § 2º, b, e § 3º, do Código Penal, c/c o art. 42 da lei n. 11.343/06, recomenda a fixação do regime inicialmente fechado.

Por fim, inviável a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, diante do quantum de pena aplicada, nos termos do art. 44, I, do Código Penal.

Ante o exposto, não conheço do agravo defensivo, porém, conheço o agravo ministerial e dou parcial provimento ao recurso especial acusatório, para majorar a pena-base em decorrência da quantidade e da natureza da droga apreendida, fixando a pena definitiva em 6 anos, 5 meses e 23 dias de reclusão, a ser cumprida em regime inicial fechado, além de 567 dias-multa.

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

A decisão agravada deu provimento ao recurso ministerial para fixar a pena-base da agravante em 6 anos e 8 meses de reclusão e 583 dias-multa, com fundamento no entendimento jurisprudencial desta Corte de que a cocaína é considerada droga potencialmente mais ofensiva, até mesmo em situações em que a quantidade apreendida era inferior a do presente caso (1.410g de cocaína), aquiesceu com a elevação da pena-base.

Com efeito, a teor do art. 42 da Lei n. 11.343/06, a quantidade e a natureza do entorpecente apreendido devem ser valoradas, na fixação da pena-base, com preponderância sobre as demais circunstâncias judiciais.

Outrossim, a questão decidida na decisão agravada não cuida de revolvimento do conjunto probatório dos autos, mas mera reavaliação jurídica de fatos incontroversos delineados pelas instâncias ordinárias, afastando a incidência da Súmula 7 do STJ.

Com relação à minorante do § 4º do art. 33, assim decidiu a Corte Regional (fls. 358/360):

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

requisito cunhado na lei com a expressão "não se dedique às atividades criminosas".

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

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

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

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

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

O Tribunal *a quo* afastou a incidência da causa especial de diminuição de pena prevista no § 4º do artigo 33 da Lei de Drogas, por entender que o agravante se dedicava à atividade criminosa voltada ao comércio de drogas, e, para tanto, indicou elementos concretos extraídos dos autos, notadamente porque os *chamados mulas exercem papel relevante no transporte e distribuição da droga, de modo à própria natureza do serviço criminoso desacreditar a hipótese do agente que pratique o delito sem que tivesse incluído a traficância em seus projetos de vida.*

Tais circunstâncias são suficientes para afastar a benesse pretendida, não havendo



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

falar inidoneidade dos fundamentos adotados no acórdão recorrido e, pois, em violação ao art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06.

Cabe às instâncias ordinárias proceder ao exame do conteúdo fático- probatório a fim de aferir a existência de provas suficientes para embasar a condenação. Sendo assim, para rever a conclusão do julgado combatido para concluir-se de modo diverso, seria necessária incursão na seara probatória, vedada no âmbito do recurso especial, nos termos da Súmula 7 desta Corte.

Confira-se, a propósito, o seguinte precedente:

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. REINCIDÊNCIA. COMPROVAÇÃO. "BOLETIM DE REGISTRO CRIMINAL". AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. PENA-BASE. MAJORAÇÃO EM RAZÃO DA QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA APREENDIDA. LEGALIDADE. APLICAÇÃO DA MINORANTE PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.340/2006. IMPOSSIBILIDADE. DEDICAÇÃO DO AGENTE À ATIVIDADE CRIMINOSA. VERIFICAÇÃO. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 7/STJ.

1. Não há como enfrentar as questões relativas à comprovação da reincidência - se consta de boletim informativo ou de certidão cartorária -, nem se a sentença estrangeira havia sido homologada no Brasil, uma vez que não foram objeto de debate pela instância ordinária, o que inviabiliza o conhecimento do recurso especial, no ponto, por ausência de prequestionamento. Incidem ao caso as Súmulas 282 do STF e 211 do STJ.

2. No que tange à fixação da pena-base acima do mínimo legal, cumpre registrar que a dosimetria da pena está inserida no âmbito de discricionariedade do julgador, estando atrelada às particularidades fáticas do caso concreto e subjetivas dos agentes, elementos que somente podem ser revistos por esta Corte em situações excepcionais, quando malferida alguma regra de direito.

3. Na hipótese do tráfico ilícito de entorpecentes é indispensável atentar para o que disciplina o art. 42 da Lei 11.343/2006, segundo o qual o juiz, na fixação das penas, considerará, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da substância ou do produto, a personalidade e a conduta social do agente.

4. No caso concreto, o Tribunal de origem expressamente fundamentou a majoração da pena-base em 10 meses, considerando, em especial, a quantidade e a qualidade da droga apreendida - 2.498 gramas de cocaína -, nos termos do art. 42 da Lei 11.343/2006, não se mostrando desproporcional ou desarrazoada, porquanto fundamentada a fração em elementos concretos e dentro do critério da discricionariedade vinculada do julgador.

5. Para se aplicar a benesse de que cuida o artigo 33, § 4º, da Lei 11.343/2006, é necessário o preenchimento de quatro requisitos cumulativos,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

quais sejam, primariedade, bons antecedentes, não se dedicar a atividades criminosas nem integrar organização criminosa. No caso, contudo, o Tribunal a quo apontou circunstâncias desfavoráveis para afastar a aplicação da minorante ao recorrente, concluindo que este se dedicava à atividade criminosa. Assim, concluindo as instâncias ordinárias pela ausência dos requisitos legais para a concessão da benesse do art. 33, §4º, da Lei n. 11.343/2006, não há como alterar esse entendimento no recurso especial, em razão do óbice do enunciado n. 7 da Súmula do STJ.

6. Agravo regimental não provido. (AgRg no REsp 1432724/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 19/04/2016, DJe 29/04/2016).

Ademais, não verifico a ocorrência de *bis in idem* porquanto a quantidade e a natureza da droga apreendida foram utilizadas somente para majorar a pena-base, sendo a causa de diminuição de pena do § 4 do art. 33 da Lei de Drogas afastada por fundamento diverso.

Nesse sentido:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO. DESCABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL EM RAZÃO DA QUANTIDADE, VARIEDADE E NATUREZA DO ENTORPECENTE (108 PAPELOTES DE COCAÍNA E 92 TROUXINHAS DE MACONHA). CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA (§ 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/06) NÃO APLICADA. CIRCUNSTÂNCIAS DO DELITO INDICATIVAS DE QUE OS PACIENTES SE DEDICAVAM A ATIVIDADES CRIMINOSAS. INEXISTÊNCIA DE BIS IN IDEM. HIPÓTESE DIVERSA DAQUELA TRATADA NO ARE N. 666.334/RG (REPERCUSSÃO GERAL), DO STF. REGIME FECHADO. GRAVIDADE ACENTUADA DO DELITO. QUANTIDADE, VARIEDADE E NATUREZA DA DROGA APREENDIDA, SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR MEDIDAS RESTRITIVAS DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. REPRIMENDA SUPERIOR A 4 ANOS (ART. 44, I, DO CP). CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. WRIT NÃO CONHECIDO.

1. Em consonância com a orientação jurisprudencial da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal - STF, esta Corte não admite habeas corpus substitutivo de recurso próprio, sem prejuízo da concessão da ordem, de ofício, se existir flagrante ilegalidade na liberdade de locomoção do paciente.

2. A pena-base foi aumentada com fundamento na quantidade, variedade e natureza da droga, nos termos do art. 42 da Lei n. 11.343/06, e a causa de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 desta Lei deixou de ser aplicada em razão das circunstâncias do delito, as quais revelaram o profundo envolvimento dos pacientes com o tráfico ilícito de entorpecentes, inviabilizando a concessão do benefício.

3. Ainda que assim não fosse, a utilização concomitante da



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

quantidade de droga apreendida para elevar a pena-base (1ª fase) e para afastar a incidência da minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas (3ª fase) - por demonstrar que o acusado se dedica a atividades criminosas ou integra organização criminosa - não configura bis in idem.

4. Trata-se de hipótese diversa daquela versada no ARE n. 666.334 (Repercussão Geral), no qual o Pretório Excelso passou a considerar bis in idem a utilização da quantidade de droga "tanto na primeira fase de fixação da pena, como circunstância judicial desfavorável, quanto na terceira, para modular a aplicação da causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006" (ARE 666.334/RG, Rel.: Ministro GILMAR MENDES, DJ de 6/5/2014).

5. A quantidade, variedade e natureza da droga apreendida - 108 papелotes de cocaína e 92 trouxinhas de maconha - (art. 42 da Lei n. 11.343/06) demonstram a gravidade acentuada do delito, justificando a imposição do regime inicial fechado. Além do mais, a pena-base foi fixada acima do mínimo legal.

6. É incabível a substituição de pena privativa de liberdade superior a 4 anos por restritivas de direitos, nos termos do art. 44, I, do CP.

Habeas corpus não conhecido. (HC 338.923/SP, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 06/10/2016, DJe 17/10/2016).

HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO. DOSIMETRIA. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. NEGATIVA DE APLICAÇÃO DA CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI N.º 11.343/06. BIS IN IDEM. NÃO OCORRÊNCIA. MOTIVOS DIVERSOS. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA. NÃO INCIDÊNCIA. CONCLUSÃO DE QUE O PACIENTE DEDICAVA-SE ÀS ATIVIDADES CRIMINOSAS E INTEGRAVA ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. AFERIÇÃO. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. INVIABILIDADE. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. PENA SUPERIOR A 4 ANOS. REGIME INICIAL FECHADO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. CIRCUNSTÂNCIAS DO CASO CONCRETO. ILEGALIDADE. AUSÊNCIA. NÃO CONHECIMENTO.

1. Não há falar em bis in idem na dosimetria da pena, haja vista que a exasperação da pena-base deu-se em razão da quantidade e natureza da substância entorpecente apreendida - 46,7 kg de cocaína - , e a causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06, por sua vez, foi negada por entenderem as instâncias de origem, com base nas circunstâncias do caso concreto, que o paciente integrava organização criminosa estruturada para a prática do tráfico ilícito interestadual de entorpecentes, motivos diversos, pois.

2. Concluído pelas instâncias ordinárias, com arrimo nos fatos



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

da causa, que o paciente se dedicava às atividades criminosas e integrava organização criminosa, não incide a causa especial de diminuição de pena, porquanto não preenchidos os requisitos previstos no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06. Para concluir em sentido diverso, há necessidade de revolvimento do acervo fático-probatório, providência incabível na via estreita do habeas corpus.

3. A substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos submete-se à regência do art. 44 do Código Penal, segundo o qual só faz jus ao benefício legal o condenado a pena inferior a 4 anos. Na espécie, tendo a reprimenda final, em relação ao delito de tráfico ilícito de entorpecentes (art. 33, caput e § 1º, I e III, da Lei n.º 11.343/2006) alcançado 7 anos, 9 meses e 10 dias de reclusão, não é possível a pretendida substituição.

4. Devidamente fundamentada a imposição do regime inicial fechado, com base nas circunstâncias do caso concreto, considerando-se a quantidade e a natureza da droga apreendida com o paciente - 46,7 kg de cocaína (art. 42 da Lei n.º 11.343/2006), bem como os demais objetos apreendidos em sua residência (grande quantidade de medicamentos, numerário em espécie, munição de uso restrito, produtos químicos) -, não há constrangimento ilegal a ser sanado.

5. Habeas corpus não conhecido. (HC 352.920/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 02/08/2016, DJe 09/08/2016).

Não verifico, ainda, ilegalidade na fixação do regime fechado, tendo em vista que a pena-base foi fixada acima do mínimo legal com base na natureza e quantidade de substância entorpecente apreendida, isto é, 1.410g de cocaína, circunstância que justifica o recrudesimento do regime (arts. 33, §§ 2º e 3º, c/c o art. 59 do CP).

Ademais, a substituição da pena privativa de liberdade por sanções alternativas está obstada pelo requisito objetivo do inciso I do art. 44 do CP, uma vez que a pena privativa de liberdade é superior a 4 anos.

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2012/0187467-0

AgRg no
AREsp 228.002 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 1017762010 10177620104036119 201061190010170

EM MESA

JULGADO: 10/11/2016

Relator

Exmo. Sr. Ministro **NEFI CORDEIRO**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. MARIA ELIANE MENEZES DE FARIAS

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

AGRAVANTE : FÁTIMA ZAROVAL (PRESO)
ADVOGADO : FABIO RICARDO CORREGIO QUARESMA - DEFENSOR PÚBLICO DA
UNIÃO - SP215436
AGRAVANTE : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
AGRAVADO : OS MESMOS

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 : FÁTIMA ZAROVAL (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 regimental, 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.