



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no AGRADO EM RECURSO ESPECIAL Nº 634.154 - SP (2014/0342392-2)

RELATOR : MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA
AGRAVANTE : EMMANUEL CHINEDU AJAEGBU
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

EMENTA

PENAL E PROCESSUAL. AGRADO INTERNO. TRÁFICO DE DROGAS. PENA-BASE. ART. 42 DA LEI DE DROGAS. EXASPERAÇÃO. LEGALIDADE. ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. INCIDÊNCIA. REEXAME DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. ART. 40, I, DA LEI 11.343/2006. TRANSNACIONALIDADE. INOCORRÊNCIA DE *BIS IN IDEM*. TIPO PENAL DE AÇÃO MÚLTIPLA. REGIME FECHADO. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. NATUREZA E A QUANTIDADE DE ENTORPECENTE APREENDIDO. LEGALIDADE.

1. 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.

2. 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.

3. No caso concreto, o Tribunal de origem expressamente fundamentou a majoração da pena-base considerando, em especial, a quantidade e a qualidade da droga apreendida – 6.770 g de cocaína –, nos termos do art. 42 da Lei 11.343/2006, não se mostrando desproporcional ou desarrazoada, porquanto fundamentada a exasperação em elementos concretos e dentro do critério da discricionariedade vinculada do julgador.

4. Quanto à minorante do artigo 33, § 4º da Lei 11.343/2006, verifica-se que o recorrente não faz jus à referida causa especial de diminuição da pena. De fato, para se aplicar a benesse de que cuida o supracitado artigo, é necessário o preenchimento de quatro requisitos cumulativos, quais sejam, primariedade, bons antecedentes, não se dedicar a atividades criminosas nem integrar organização criminosa.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

No caso, contudo, conforme se verifica da leitura do trecho do acórdão recorrido, o Tribunal *a quo* apontou circunstâncias desfavoráveis para afastar a aplicação da benesse ao recorrente, concluindo que este se dedicava à atividade criminosa. Assim, concluindo o Tribunal de origem pela ausência dos requisitos legais para a concessão da benesse do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, por estar o recorrente envolvido em organização criminosa, não há como alterar esse entendimento no recurso especial, em razão do óbice do enunciado n. 7 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça.

5. No que tange à transnacionalidade, a jurisprudência deste Superior Tribunal firmou o entendimento de que, como o crime de tráfico ilícito de entorpecentes constitui delito de ação múltipla, "fica afastada a alegação de *bis in idem*, pois o fato de trazer consigo a droga já conduz à configuração da tipicidade formal, enquadrando a conduta no tipo do art. 33, restando plenamente justificada a incidência da majorante do art. 40, I, da Lei n. 11.343/2006, pois aplicada por fundamento diverso." (AgRg nos EDcl no REsp 1323716/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, Quinta Turma, julgado em 23/4/2013, DJe 2/5/2013).

6. Quanto ao regime prisional, esta Corte Superior admite que a natureza e a quantidade da substância entorpecente justificam a fixação de regime penal mais gravoso ao condenado por crime de tráfico de drogas. Nesse contexto, estabelecida a pena definitiva em 7 (sete) anos, 3 (três) meses e 15 (quinze) dias de reclusão, verificadas as circunstâncias judiciais desfavoráveis e considerada a natureza e a quantidade de entorpecente apreendido, 6.770g de cocaína, a manutenção do regime fechado é o adequado à prevenção e reparação do delito.

7. Agravo regimental não provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, negar provimento ao agravo regimental. Os Srs. Ministros Ribeiro Dantas, Joel Ilan Paciornik, Felix Fischer e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 17 de maio de 2016(Data do Julgamento)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no AGRADO EM RECURSO ESPECIAL Nº 634.154 - SP (2014/0342392-2)

RELATOR : MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA
AGRAVANTE : EMMANUEL CHINEDU AJAEGBU
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA (Relator):

Trata-se de agravo interno interposto por EMMANUEL CHINEDU AJAEGBU (e-STJ fls. 582/590) contra decisão monocrática de e-STJ fls. 558/573, que conheceu do agravo para negar seguimento ao recurso especial .

A parte agravante requer: **(i)** a diminuição da pena-base no mínimo legal; **(ii)** a aplicação da benesse do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 em seu percentual máximo para que seja reduzida a pena aplicada ao recorrente; **(iii)** que não há como aplicar a causa de aumento prevista no art. 40, I, da Lei 11.343/2006, em razão do *bis in idem*; **(iv)** a fixação do regime inicial de cumprimento de pena diverso do fechado.

Requer, assim, a reconsideração da decisão agravada ou a submissão do feito ao colegiado.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no AGRADO EM RECURSO ESPECIAL Nº 634.154 - SP (2014/0342392-2)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA (Relator):

O agravo regimental não merece acolhida.

Com efeito, deduz-se das razões recursais que o agravante não trouxe elementos suficientes para infirmar a decisão agravada, que, de fato, apresentou a solução que melhor espelha a orientação jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça sobre a matéria.

Portanto, nenhuma censura merece o decisório ora recorrido, que deve ser mantido pelos seus próprios e jurídicos fundamentos, *in verbis*:

O recurso não merece acolhida.

Ressai dos autos que o recorrente foi condenado à pena de reclusão de 7 (sete) anos, 3 (três) meses e 15 (quinze) dias de reclusão, no regime inicial fechado, e pagamento de multa de 729 (setecentos e vinte e nove) dias pelo delito de tráfico transnacional de 6.770 g de cocaína.

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.

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.

No caso concreto, o Tribunal de origem expressamente fundamentou a majoração da pena-base, considerando, em especial, as circunstância judicial desfavorável da conduta e a quantidade e a qualidade da droga apreendida – 6.770 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.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Assim sendo, o acórdão recorrido espelha orientação consonante com a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça.

A respeito, os seguintes precedentes:

HABEAS CORPUS. IMPETRAÇÃO EM SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO CABÍVEL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA DO REMÉDIO CONSTITUCIONAL. NÃO CONHECIMENTO.

[...]

TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. QUANTIDADE E NATUREZA DO ENTORPECENTE APREENDIDO. POSSIBILIDADE. AUMENTO PROPORCIONAL. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DO ART. 59 DO CP. TESES PORMENORIZADAS NÃO DIRIMIDAS PELA CORTE DE ORIGEM. INVIABILIDADE DE ANÁLISE DIRETAMENTE POR ESTE TRIBUNAL SUPERIOR. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL AUSENTE.

1. Na fixação da pena-base de crimes previstos na Lei n. 11.343/2006, como ocorre na espécie, deve-se considerar, com preponderância sobre o previsto no artigo 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da substância entorpecente, a personalidade e a conduta social do agente, consoante o disposto no artigo 42 da Lei de Drogas.

2. Na espécie, a fixação da pena-base acima do mínimo legal, em razão da quantidade e da natureza dos estupefacientes apreendidos - 4.510 g (quatro mil e quinhentos e dez gramas) de cocaína - encontra-se devidamente justificada e proporcional.

3. Inviável o exame pormenorizado dos quesitos previstos no art. 59, do Código Penal, porquanto tais temas não foram analisados pelo Tribunal a quo, sob pena de incidir na indevida supressão de instância.

[...]

2. Na espécie, a reprovabilidade do delito, evidenciada pela quantidade do entorpecente apreendido - 4.510 g de cocaína -, justifica a imposição do modo fechado.

[...]

(HC 331.685/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 23/02/2016, DJe 29/02/2016).

AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. PENAL E PROCESSO PENAL. TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. CONDENAÇÃO BASEADA APENAS EM PROVAS OBTIDAS NA FASE INQUISITORIAL. NÃO OCORRÊNCIA. AUSÊNCIA DE OFENSA AO ART. 155 DO CPP.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS. PRORROGAÇÕES. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. PENA-BASE. MAJORAÇÃO EM RAZÃO DA GRANDE QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA APREENDIDA (CERCA DE 16 QUILOS DE COCAÍNA). CONTINUIDADE DELITIVA. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO.

[...]

3. A Corte Regional decidiu em consonância com a jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça e com o disposto no artigo 42 da Lei nº 11.343/2006, segundo o qual o juiz deve considerar, ao fixar a pena-base, a natureza e a quantidade da droga com preponderância sobre o disposto no artigo 59 do Código Penal.

[...]

5. Agravo regimental improvido. (AgRg no REsp 1442092/RS, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, Sexta Turma, julgado em 4/8/2015, DJe 17/8/2015).

AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. PENAL E PROCESSUAL PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. FIXAÇÃO. PENA-BASE. MÍNIMO LEGAL. ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. REQUISITOS. VERIFICAÇÃO. SÚMULA 7/STJ. EXASPERAÇÃO. PROPORCIONALIDADE. DISCUSSÃO. AUSÊNCIA DE INTERESSE.

1. A quantidade e natureza da droga apreendida (3,167 kg de cocaína) autoriza a exasperação da pena-base, nos termos do art. 42 da Lei n. 11.343/2006.

[...]

4. Agravo regimental improvido. (AgRg no REsp 1472871/SP, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, Sexta Turma, julgado em 17/3/2015, DJe 26/3/2015).

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. REVISÃO. IMPOSSIBILIDADE. REEXAME DO CONJUNTO PROBATÓRIO. INCIDÊNCIA DO VERBETE N. 7 DA SÚMULA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA - STJ. AGENTE QUE INTEGRA ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. CONCLUSÃO DO ACÓRDÃO RECORRIDO. APLICAÇÃO DA SÚMULA N. 7 DO STJ. REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DE PENA DIVERSO DO FECHADO. IMPOSSIBILIDADE. QUALIDADE E QUANTIDADE DE ENTORPECENTES. AGRAVO DESPROVIDO.

- A fixação da pena-base em patamar acima do mínimo legal foi devidamente fundamentada pelas instâncias ordinárias que, a teor



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

do art. 42 da Lei n. 11.343/2006, consideraram, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do Código Penal, a natureza e a elevada quantidade da droga apreendida (mais de 10 kg de cocaína).

[...]

- A natureza e quantidade da droga, aliadas à circunstâncias judiciais, justificam a sua fixação do regime fechado.

Agravo regimental desprovido. (AgRg no AREsp 429.526/SP, Rel. Ministro ERICSON MARANHÃO – Desembargador Convocado do TJ/SP –, Sexta Turma, julgado em 5/3/2015, DJe 13/3/2015).

No que tange à transnacionalidade, a jurisprudência deste Superior Tribunal firmou o entendimento de que, como o crime de tráfico ilícito de entorpecentes constitui delito de ação múltipla, "fica afastada a alegação de bis in idem, pois o fato de trazer consigo a droga já conduz à configuração da tipicidade formal, enquadrando a conduta no tipo do art. 33, restando plenamente justificada a incidência da majorante do art. 40, I, da Lei n. 11.343/2006, pois aplicada por fundamento diverso." (AgRg nos EDcl no REsp 1323716/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 23/04/2013, DJe 02/05/2013).

Abaixo, os seguintes precedentes:

AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA DE DIMINUIÇÃO. ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. FIXAÇÃO. REEXAME DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. SÚMULA 7/STJ. CAUSA DE AUMENTO PELA INTERNACIONALIDADE. BIS IN IDEM. INEXISTÊNCIA. REGIME ABERTO E SUBSTITUIÇÃO. PENA SUPERIOR A 4 ANOS INVIABILIDADE.

[...]

2. Consoante entendimento jurisprudencial sedimentado nesta Corte, em se tratando de crime de tráfico de entorpecentes, delito de ação múltipla, 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) quando o agente traz consigo o entorpecente, o que é suficiente para consumir o delito.

3. Mantida a reprimenda em patamar superior a 4 anos de reclusão, fica prejudicada a análise dos pedidos de fixação de regime aberto e de substituição da pena privativa de liberdade.

4. Agravo regimental improvido. (AgRg no AREsp 690.252/SP, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 15/12/2015, DJe 02/02/2016).

PENAL E PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO NO RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ENTORPECENTES. APLICAÇÃO DA MAJORANTE RELATIVA À TRANSNACIONALIDADE. AUSÊNCIA DE BIS IN IDEM; CAUSA ESPECIAL DE REDUÇÃO DA PENA. ENVOLVIMENTO COM ORGANIZAÇÕES CRIMINOSAS E DEDICAÇÃO A ATIVIDADES ILÍCITAS. ÓBICE DA SÚMULA 7 DO STJ. TRÁFICO PRIVILEGIADO NÃO CONFIGURADO.

1. A Quinta Turma deste Superior Tribunal firmou o entendimento de que, como o crime de tráfico ilícito de entorpecentes constitui delito de ação múltipla, "fica afastada a alegação de bis in idem, pois o fato de trazer consigo a droga já conduz à configuração da tipicidade formal, enquadrando a conduta no tipo do art. 33, restando plenamente justificada a incidência da majorante do art. 40, I, da Lei n. 11.343/2006, pois aplicada por fundamento diverso." (AgRg nos EDcl no REsp 1323716/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 23/04/2013, DJe 02/05/2013).

[...]

6. Agravo regimental a que se nega provimento. (AgRg no AREsp 642.338/SP, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, QUINTA TURMA, julgado em 24/11/2015, DJe 17/12/2015).

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE. QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. TRANSNACIONALIDADE DO DELITO. INCIDÊNCIA DA MAJORANTE DO ART. 40, I, DA LEI 11.343/06. INOCORRÊNCIA DE BIS IN IDEM. TIPO PENAL DE AÇÃO MÚLTIPLA. APLICAÇÃO DA MINORANTE PREVISTA NO § 4.º DO ART. 33 DA LEI 11.343/06. INTEGRAÇÃO DE ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA RECONHECIDA PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. NECESSIDADE DE REEXAME FÁTICO-PROBATÓRIO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA. AUSÊNCIA DOS REQUISITOS LEGAIS.

I. A exacerbação da pena-base em 1/6, fundamentada na grande quantidade de entorpecentes apreendida (in casu, 1,140 kg de cocaína), atende ao disposto no art. 59 do CP e no art. 42 da Lei n. 11.343/2006.

II. A incidência do art. 40, I, da Lei 11.343/06 não implica ocorrência de bis in idem, pois o tipo do art. 33 da Lei 11.343/06 é de ação múltipla (Precedentes).

[...]

Agravo regimental desprovido. (AgRg no AREsp 511.055/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 20/08/2015, DJe 01/09/2015).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Quanto à minorante do artigo 33, § 4º da Lei 11.343/2006, verifica-se que o recorrente não faz jus à referida causa especial de diminuição da pena. De fato, para se aplicar a benesse de que cuida o supracitado artigo, é necessário o preenchimento de quatro requisitos cumulativos, quais sejam, primariedade, bons antecedentes, não se dedicar a atividades criminosas nem integrar organização criminosa.

No caso, contudo, conforme se verifica do trecho do acórdão recorrido, o Tribunal a quo apontou circunstâncias desfavoráveis para afastar a aplicação da benesse ao recorrente, concluindo que este se dedicava à atividade criminosa.

Assim ficou consignado no acórdão (e-STJ fls. 434/435):

A minorante prevista no artigo 33, § 4º da Lei 11.343/06 foi aplicada pelo juízo de piso, a razão de 1/6. Pretende ai defesa seja aplicada no patamar máximo.

[...]

Percebe-se que se trata de requisitos cumulativos. No caso destes autos, a despeito de o réu ser primário e não ostentar maus antecedentes, deve ser considerada a nocividade e quantidade elevada de droga apreendida (6.770 g de cocaína) e pode-se aferir, ainda, que o réu serviu ,de'maneira regular, e não esporádica, eventual, à organização criminosa, não sendo merecedor, portanto, do benefício legal de redução de pena previsto no art. 33, § 4º da Lei 11.343/06.

Verifica-se que nos últimos dois anos: o réu passou outras duas vezes pelo Brasil, em viagens que duraram menos de 20 (vinte) dias, conforme informação de fls. 144, mesmo afirmando não possuir os valores necessários para sustentar sua família e realizar intervenção cirúrgica da qual necessita, sendo as viagens pagas por um homem para o qual trabalhava, com ouro e pedras preciosas. Não haveria justificativa lógica para não ter dinheiro para viajar se trabalhava com ouro e pedras preciosas, mercadorias sabidamente valiosas, principalmente para pessoas que, supostamente, realizam viagens internacionais para realização de atividades profissionais.

[...]

Na esteira do julgado do Supremo Tribunal Federal (Habeas Corpus nº 101.265/SP) entendo que a mera traficância transnacional não basta para afirmar que o agente integra organização criminosa, sendo necessária a presença de indícios que indiquem muito mais que uma simples cooperação ou cooptação de agentes, como, no caso, ora tratado, que o réu venha se colocando à disposição do bando sempre que necessário, empreendendo, rotineiramente, viagens internacionais em situações



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

análogas.

Por tais razões, entendo incabível a aplicação da minorante prevista no artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, devendo ser reformada a r. sentença de primeiro grau, restando a pena de 07 (sete) anos, 03 (três) meses e 15 (quinze) dias de reclusão, e pagamento de 729 (setecentos e vinte e nove) dias-multa, que torno definitiva, vez que ausentes outras causas modificativas.

Assim, concluindo o Tribunal de origem pela ausência dos requisitos legais para a concessão da benesse do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, por estar o recorrente envolvido em organização criminosa, não há como alterar esse entendimento no recurso especial, em razão do óbice do enunciado n. 7 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça:

Nessa linha, os seguintes precedentes:

AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PENAL. TRÁFICO (1.855,07 G DE MACONHA). CAUSA DE DIMINUIÇÃO. ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. AFASTAMENTO. REEXAME DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. SÚMULA 7/STJ.

1. A pretensão da agravante não é a reavaliação das provas, mas sim a análise do seu conteúdo, sendo correta a aplicação da Súmula 7/STJ.

2. Valorar juridicamente a prova é aferir se, diante da legislação pertinente, um determinado meio probatório é apto para provar algum fato, ato, negócio ou relação jurídica.

3. No caso concreto, não se debate se determinado tipo de prova pode ser juridicamente utilizado como meio probatório para dar suporte a uma condenação criminal. O que se pretende é que esta Corte verifique se o conteúdo do conjunto probatório autorizaria a aplicação da causa de diminuição do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006. Isso não é valoração jurídica da prova, mas reexame do acervo de provas, vedado pela Súmula 7/STJ.

4. Agravo regimental improvido. (AgRg no AREsp 757.228/MG, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 02/02/2016, DJe 17/02/2016).

PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. APLICAÇÃO DA MINORANTE PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.340/2006. IMPOSSIBILIDADE. DEDICAÇÃO DO AGENTE À ATIVIDADE CRIMINOSA. SÚMULA 7/STJ. OFENSA AO PRINCÍPIO DA COLEGIALIDADE. NÃO OCORRÊNCIA. AGRAVO NÃO PROVIDO.

1. Assentado pelo Tribunal de origem, com arrimo nos fatos da



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

causa (quantidade de droga e a condição de "mula"), que o agravante se dedica à atividade criminosa, a modificação de tal conclusão, a fim de fazer incidir a causa de diminuição do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, demanda o revolvimento do conteúdo fático probatório dos autos, inadmissível em recurso especial (Súmula 7/STJ).

[...]

3. Agravo regimental não provido. (AgRg no REsp 1368762/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 17/12/2015, DJe 02/02/2016).

No que tange à fixação do regime mais gravoso o Tribunal a quo assim manifestou (e-STJ fl. 435):

O regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade deve ser fixado como fechado, nos termos do § 3º do artigo 33, do Código Penal, considerando a lesividade da conduta praticada pelo apelante, que aceitou colaborar para o transporte internacional e posterior distribuição de razoável quantidade de substância entorpecente de elevado potencial lesivo (6.770 g de cocaína).

No caso dos autos, a pena-base foi fixada acima do mínimo legal, ou seja, 7 (sete) anos e 6 (seis) de reclusão, em razão da valoração negativa da circunstância judicial do crime (conduta), baseada na nocividade e elevada quantidade de droga transportada (6.770g de cocaína), havendo, portanto, fundamentação idônea para a fixação do regime prisional mais gravoso (e-STJ fl. 430).

O art. 33, § 3º, do CP dispõe que "a determinação do regime inicial de cumprimento da pena far-se-á com observância dos critérios previstos no art. 59 deste Código".

In casu, a imposição do regime prisional inicial deve ser feito de acordo com as particularidades do caso concreto e ditames do artigo 33 do Código Penal, pois, apesar da pena ser inferior a 8 anos, o regime prisional inicial continua a ser o fechado, ante a quantidade da droga apreendida com o recorrente, nos moldes do artigo 33, § 3º, do Código Penal.

Desse modo, havendo sido concretamente fundamentada a fixação do regime inicial fechado de cumprimento de pena ao recorrente, com base nas especificidades do caso em análise, não constato nenhuma ilegalidade no ponto em que foi estabelecido o modo inicialmente mais gravoso de execução.

Nesse sentido, os seguintes precedentes:

**HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO.
INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO ILÍCITO DE**



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ENTORPECENTES. ART. 33, CAPUT, DA LEI 11.343/2006. PACIENTE CONDENADO À PENA DE 6 ANOS DE RECLUSÃO, EM REGIME FECHADO. ABSOLVIÇÃO. ANÁLISE QUE DEMANDA REVOLVIMENTO DO ACERVO FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. PLEITO DE RECONHECIMENTO DA FIGURA DO TRÁFICO PRIVILEGIADO. INVIABILIDADE. QUANTIDADE DA DROGA APREENDIDA QUE JUSTIFICA O NÃO RECONHECIMENTO. REGIME PRISIONAL FECHADO ESTABELECIDO COM BASE NA HEDIONDEZ DO CRIME. IMPOSSIBILIDADE. FUNDAMENTAÇÃO AFASTADA. REGIME MAIS GRAVOSO MANTIDO. CIRCUNSTÂNCIAS QUE ENSEJAM A NECESSIDADE DE MANUTENÇÃO DO REGIME INICIAL FECHADO. GRAVIDADE CONCRETA DO DELITO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

[...]

- No caso, considerando-se que a pena-base foi fixada acima do mínimo legal, em razão da quantidade e nocividade da droga apreendida, há circunstância concreta que recomenda o regime mais gravoso para a prevenção e a repressão do delito perpetrado, nos moldes do art. 33, § 3º, do Código Penal e art. 42 da Lei n. 11.343/2006.

- Habeas corpus não conhecido.

(HC 309.373/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 03/03/2016, DJe 09/03/2016).

PENAL E PROCESSUAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO INTERNACIONAL DE DROGAS. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA EM PATAMAR DIVERSO DO MÁXIMO. DISCRICIONARIEDADE DO MAGISTRADO. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 7 DO STJ. FIXAÇÃO DO REGIME FECHADO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA.

[...]

5. A quantidade e a espécie de droga apreendida em poder do recorrente, levadas em consideração na primeira etapa da dosimetria, são circunstâncias que justificam a imposição do regime prisional mais gravoso.

6. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no AREsp 785.779/SP, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, QUINTA TURMA, julgado em 15/12/2015, DJe 05/02/2016).

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. WRIT SUBSTITUTIVO. DESVIRTUAMENTO. DOSIMETRIA. EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE. NATUREZA DA SUBSTÂNCIA. ART. 42 DA LEI N.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

11.343/2003. PROPORCIONALIDADE. § 4º DO ART. 33 DA LEI 11.343/2006. PRETENDIDA APLICAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. DEDICAÇÃO A ATIVIDADES CRIMINOSAS EVIDENCIADA. REGIME FECHADO. GRAVIDADE CONCRETA. SUBSTITUIÇÃO DA PENA. IMPOSSIBILIDADE. PENA SUPERIOR A 4 ANOS. WRIT NÃO CONHECIDO.

[...]

5. Embora os pacientes sejam primários e tenham sido definitivamente condenados a reprimenda inferior a 8 anos de reclusão, as peculiaridades do caso concreto (em especial, a alta nocividade da substância entorpecente apreendida - cocaína), evidenciam a necessidade de imposição do regime inicial de cumprimento de pena mais rigoroso, à luz do § 3º do art. 33 do Código Penal.

6. É inviável proceder-se à substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, pois a reprimenda fixada, superior a 4 anos, está fora do limite objetivo previsto no inciso I do art. 44 do Código Penal.

7. Ordem não conhecida.

(HC 292.745/RS, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 11/11/2014, DJe 01/12/2014).

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO INTERNACIONAL DE DROGAS. REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DA PENA. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. REGIME FECHADO. POSSIBILIDADE. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

1. Verificada a ocorrência de circunstâncias judiciais desfavoráveis, está autorizada a fixação do regime mais gravoso, nos termos do art. 59, II c.c o art. 33, § 3º, ambos do Código Penal. Precedentes.

2. Agravo regimental não provido. (AgRg no REsp 1429743/AM, Rel. Ministro MOURA RIBEIRO, QUINTA TURMA, julgado em 06/05/2014, DJe 13/05/2014).

Outrossim, fixada a condenação em patamar superior a 4 (quatro) anos, inviável a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, ante o não preenchimento do requisito previsto no art. 44, inciso I, do Código Penal.

Ante o exposto, com fundamento no art. 932, VIII, do CPC e no art. 255, § 4º, inciso II, **conheço parcialmente** e, nessa parte, **nego provimento** ao recurso especial.

Publique-se. Intimem-se.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Ademais, o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça possuem precedentes no sentido de que o acusado, enquanto no exercício da função de transportador ("mula"), integra organização criminosa e, portanto, não preenche os requisitos exigidos para a aplicação da causa de diminuição de pena descrita no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006.

Com essas considerações, **nego provimento** ao agravo regimental.

É como voto.

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2014/0342392-2

AgRg no
AREsp 634.154 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00087468520124036119 201261190087460

EM MESA

JULGADO: 17/05/2016

Relator

Exmo. Sr. Ministro **REYNALDO SOARES DA FONSECA**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **FRANCISCO DE ASSIS VIEIRA SANSEVERINO**

Secretário

Me. **MARCELO PEREIRA CRUVINEL**

AUTUAÇÃO

AGRAVANTE : EMMANUEL CHINEDU AJAEGBU
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO
DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
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 : EMMANUEL CHINEDU AJAEGBU
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

CERTIDÃO

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

"A Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo regimental."

Os Srs. Ministros Ribeiro Dantas, Joel Ilan Paciornik, Felix Fischer e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.