



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no AGRADO EM RECURSO ESPECIAL Nº 445.057 - MS (2013/0400278-5)

RELATORA : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
AGRAVANTE : ROBSON DOS SANTOS OLIVEIRA
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

EMENTA

PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRADO EM RECURSO ESPECIAL. VIOLAÇÃO DOS ARTS. 59 DO CP, 42 E 33, § 4º, AMBOS DA LEI Nº 11.343/06. DOSIMETRIA DA PENA E APLICAÇÃO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA. REEXAME DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. INVIABILIDADE. SÚMULA 7/STJ. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL. INOVAÇÃO RECURSAL. INADMISSIBILIDADE. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

1. É assente que cabe ao aplicador da lei, em instância ordinária, fazer um cotejo fático e probatório a fim de fixar a adequada pena-base ao acusado, além de averiguar os requisitos legais para incidência de eventuais causas de aumento ou diminuição de pena, e o percentual de aplicação, porquanto incabível o reexame de fatos e provas na instância especial. Incidência da Súmula 7 deste Tribunal.

2. "O intuito de debater novos temas, por meio de agravo regimental, não trazidos inicialmente no recurso especial, se reveste de indevida inovação recursal, não sendo viável, portanto, a análise, ainda que se trate de matéria de ordem pública, porquanto imprescindível a prévia irrisignação no momento oportuno e o efetivo debate sobre os temas". (AgRg no AREsp 401.770/PI, Rel. Min. MARCO AURÉLIO BELLIZZE, QUINTA TURMA, DJe 12/11/2013)

3. Agravo regimental a que se nega provimento.

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) e Marilza Maynard (Desembargadora Convocada do TJ/SE) votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Rogerio Schietti Cruz.

Brasília, 11 de março de 2014(Data do Julgamento)

Ministra Maria Thereza de Assis Moura
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no AGRADO EM RECURSO ESPECIAL Nº 445.057 - MS (2013/0400278-5)

RELATORA : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
AGRAVANTE : ROBSON DOS SANTOS OLIVEIRA
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

RELATÓRIO

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA (Relatora):

Trata-se de agravo regimental interposto por ROBSON DOS SANTOS OLIVEIRA, contra decisão monocrática, de minha lavra, que negou provimento ao agravo em recurso especial, nos seguintes termos:

PENAL E PROCESSO PENAL. AGRADO EM RECURSO ESPECIAL. VIOLAÇÃO DOS ARTS. 59 DO CP, 42 E 33, § 4º, AMBOS DA LEI Nº 11.343/06. DOSIMETRIA DA PENA E APLICAÇÃO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA. REEXAME DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. INVIABILIDADE. SÚMULA 7/STJ. AGRADO A QUE SE NEGA PROVIMENTO. (fls. 855/861)

Sustenta o agravante, às fls. 868/878, que "a súmula 7 não se aplica ao presente caso, pois não há pretensões de revolver o acervo fático-probatório, exame esse vedado às instâncias especiais", sendo que "apenas se busca discutir a reavaliação da prova e os efeitos que tem as diferentes partes das teses jurídicas esboçadas nos autos, ou seja, busca-se tão somente a reavaliação das provas".

Outrossim, aponta a ocorrência de dissídio jurisprudencial quanto ao tema, ao passo que transcreve trechos de julgados tidos como paradigmas, supostamente divergentes, em abono à sua tese.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no AGRADO EM RECURSO ESPECIAL Nº 445.057 - MS (2013/0400278-5)

EMENTA

PENAL E PROCESSO PENAL. AGRADO REGIMENTAL NO AGRADO EM RECURSO ESPECIAL. VIOLAÇÃO DOS ARTS. 59 DO CP, 42 E 33, § 4º, AMBOS DA LEI Nº 11.343/06. DOSIMETRIA DA PENA E APLICAÇÃO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA. REEXAME DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. INVIABILIDADE. SÚMULA 7/STJ. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL. INOVAÇÃO RECURSAL. INADMISSIBILIDADE. AGRADO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

1. É assente que cabe ao aplicador da lei, em instância ordinária, fazer um cotejo fático e probatório a fim de fixar a adequada pena-base ao acusado, além de averiguar os requisitos legais para incidência de eventuais causas de aumento ou diminuição de pena, e o percentual de aplicação, porquanto incabível o reexame de fatos e provas na instância especial. Incidência da Súmula 7 deste Tribunal.

2. "O intuito de debater novos temas, por meio de agrado regimental, não trazidos inicialmente no recurso especial, se reveste de indevida inovação recursal, não sendo viável, portanto, a análise, ainda que se trate de matéria de ordem pública, porquanto imprescindível a prévia irrisignação no momento oportuno e o efetivo debate sobre os temas". (AgRg no AREsp 401.770/PI, Rel. Min. MARCO AURÉLIO BELLIZZE, QUINTA TURMA, DJe 12/11/2013)

3. Agrado regimental a que se nega provimento.

VOTO

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA (Relatora):

A insurgência não merece prosperar.

Com efeito, conforme se explicitou na decisão agravada, no que tange à alegada violação dos artigos 59 do Código Penal, 33, § 4º e 42, ambos da Lei nº 11.343/06, o Tribunal de origem, soberano na análise das circunstâncias fáticas da causa, asseverou que (fls. 776/778 e 781/785):

"Quanto à pena-base, observo que o objeto jurídico tutelado no crime de tráfico de entorpecente é a saúde pública e, portanto, quanto maior a quantidade da droga traficada maior o potencial lesivo e o perigo de dano à saúde pública, a justificar uma maior reprovabilidade da conduta empreendida e, conseqüentemente, a elevação da pena-base.

Nesse sentido situa-se a orientação da Primeira Turma e da Primeira Seção do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, desde a égide da Lei 6.368/76:

(...)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Do exame do caso concreto, é razoável a fixação da pena-base acima do mínimo legal. Com efeito, o montante de maconha apreendida é vultoso (quase uma tonelada) e seria capaz de servir a grande número de usuários e dependentes, a violar a saúde pública de maneira considerável.

Destarte, o aumento da pena-base encontra fundamentação compatível com o panorama fático e com as diretrizes do artigo 59 do Código Penal, restando mantida em 9 (nove) anos de reclusão.

(...)

Quanto à causa de diminuição de pena do traficante ocasional, dispõe o § 4º do artigo 33 da Lei 11.343/2006 sobre a possibilidade de redução da pena no crime de tráfico de drogas, de um sexto a dois terços, 'desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa'.

Tais requisitos são exigíveis cumulativamente, e portanto a ausência de qualquer deles implica na inexistência de direito ao benefício da diminuição da pena.

No caso dos autos, restou evidenciado nos autos que o réu integrava um organização criminosa.

Milton, condenado na ação penal 2006.60.00.008073-2, confessou em seu interrogatório (fls. 115 do apenso), que foi contratado para entregar a caminhonete com a droga a uma pessoa que se encarregaria de recebê-la, a quem não conhecia. Essa pessoa - que evadiu-se com o veículo Corsa no momento da chegada dos policiais - foi identificada como sendo o réu ROBSON.

Percebe-se então a divisão de tarefas típica de uma organização criminosa, com considerável poderio econômico: a caminhonete S10 e a droga - quase uma tonelada de maconha - foram entregues a Milton, e ROBSON estava encarregado de recebê-la.

Por outro lado, mesmo que se admita que o réu ROBSON estava apenas encarregado de recepcionar a droga e encaminhá-la ao seu destino final, não há como deixar de concluir pela inaplicabilidade da causa de diminuição.

Com efeito, não me parece que o citado § 4º do artigo 33 da Lei nº 11.343/06 deva ser interpretado de modo a possibilitar a sua aplicação às assim chamadas 'mulas' do tráfico de drogas, porquanto tal interpretação favoreceria sobremaneira a operação das organizações criminosas voltadas para o tráfico internacional, o que certamente contraria a finalidade do citado diploma legal, que visa à repressão dessa atividade.

A atividade daquele que age como 'mula', transportando a droga de sua origem ao destino, na verdade pressupõe a existência de uma organização criminosa, com diversos membros, cada qual com funções específicas. Quem transporta a droga em sua bagagem, ou em seu corpo, cumpre uma função dentro de um esquema maior, que pressupõe alguém para comprar, ou de alguma forma obter a droga na origem, e alguém para recebê-la no destino, e providenciar a sua comercialização.

Sc aquele que atua como 'mula' desconhece quem sejam os integrantes da organização criminosa - circunstância que não põe esta em risco de ser desmantelada - e foi aliciado de forma aleatória, fortuita e sem qualquer perspectiva de ingressar na 'associação criminosa', muitas vezes em face da situação de miserabilidade econômica e social em que se encontra, outras em razão da ganância pelo lucro fácil, não há como se entender que faça parte do grupo criminoso, no sentido de organização. Mas o certo é que é



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

contratado por uma organização criminosa para servir como portador da droga e, portanto, integra essa organização.

Acresce-se que não se exige o requisito da estabilidade na integração à associação criminosa; se existente tal estabilidade ou permanência nessa integração, estaria o agente cometendo outro crime, qual seja, o de associação para o tráfico, tipificado no artigo 35 da Lei nº 11.343/2006, em concurso material com o crime de tráfico, tipificado no artigo 33 do mesmo diploma legal.

E, ainda que se entenda que o traficante que atue como 'mula' não integra a organização criminosa, é certo que o benefício não alcança aqueles que se dedicam à atividades criminosas, ou seja, aqueles que se ocupam do tráfico, como meio de subsistência, ainda que de forma não habitual.

Se o agente, sem condições econômicas próprias, despense vários dias de viagem, para obter a droga, e dirigir-se ao exterior, com promessa de pagamento pelo serviço de transporte, sem que comprove ter outro meio de subsistência, forçoso é concluir que faz do tráfico o seu meio de subsistência, não fazendo jus portanto à aplicação da causa de diminuição da pena.

Nesse sentido aponto precedentes do Supremo Tribunal Federal, Superior Tribunal de Justiça e desta Primeira Seção do Tribunal Regional Federal da Terceira Região:

(...)

No caso dos autos há elementos que permitem concluir que o réu integrava organização criminosa ou, caso assim não se entenda, que dedicava-se a atividades criminosas.

A vultosa quantidade da droga apreendida (948,6 quilos de maconha) importa concluir que o réu, que declarou em interrogatório 'fazer bico em lava jato' como atividade laboral, não possuía condição financeira para ser o dono do entorpecente, servindo assim a um grupo criminoso.

Ademais, é digno de nota que o montante da maconha traficada só poderia ser destinada a traficante de certa experiência na empreitada criminosa, porquanto o dono da droga não se arriscaria a perder vultosa quantidade do entorpecente - que traduz vultosa quantia monetária - oferecendo o "serviço" a qualquer pessoa.

Portanto, por integrar organização criminosa ou, caso assim não se entenda, por dedicar-se à atividades criminosas, o réu não faz jus à causa de diminuição de pena prevista no artigo 33, § 4º da Lei nº 11.343/06".

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 fixar a adequada pena-base ao acusado, além de averiguar os requisitos legais para incidência de eventuais causas de aumento ou diminuição de pena, e o percentual de aplicação. 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.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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. No mais, 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:

"PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PENA-BASE. REVISÃO. IMPOSSIBILIDADE. DOSIMETRIA FUNDADA EM ELEMENTOS CONCRETOS DO DELITO PRATICADO. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 7/STJ. CORRUPÇÃO DE MENORES. CRIME FORMAL. MENOR CORROMPIDO. FATOR IRRELEVANTE PARA A CONSUMAÇÃO.

1. O Tribunal de origem, a partir de elementos concretos do delito e de maneira objetivamente fundamentada, manteve a elevação da pena-base alcançada em primeiro grau. Reapreciar os parâmetros utilizados na dosimetria, implicaria a revisão do conjunto fático-probatório dos autos, pretensão inviável nesta via especial, por esbarrar no óbice da Súmula 7/STJ.

2. (...)

3. Agravo regimental improvido".

(AgRg no AREsp 308.224/DF, Rel. Ministra REGINA HELENA COSTA, QUINTA TURMA, Julgado em 19/09/2013, DJe 26/09/2013).

"PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. OFENSA AOS ARTS. 60 E 317, AMBOS DO CP. AUSÊNCIA DE RAZÕES JURÍDICAS DA VULNERAÇÃO. APELO ESPECIAL COM FUNDAMENTAÇÃO DEFICIENTE. SÚMULA 284/STF. MALFERIMENTO AOS ARTS. 59 E 68, AMBOS DO CP. DOSIMETRIA. REEXAME DE MATÉRIA FÁTICA. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ. VIOLAÇÃO AO ART. 44 DO CP. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS NEGATIVAS. ACÓRDÃO EM CONFORMIDADE COM A JURISPRUDÊNCIA DESTA CORTE. SÚMULA 83/STJ. AFRONTA AO ART. 61 DO CPP. PRESCRIÇÃO RETROATIVA. PLEITO PREJUDICADO. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL. ART. 255/RISTJ. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

1. (...)

2. 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. Incidência da Súmula 7 deste Tribunal.

(...)

6. Agravo regimental a que se nega provimento".

(AgRg no AREsp 301.111/AC, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, Julgado em 13/08/2013, DJe 22/08/2013).

"AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. DESCLASSIFICAÇÃO DA CONDUTA. INVIABILIDADE NA VIA ELEITA. APLICAÇÃO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA, PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI 11.343/2006. SÚMULA 7 DESTA CORTE.

1. (...)

2. Quanto à concessão do benefício do art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06, é de se observar que o referido artigo, preconiza que nos crimes de tráfico ilícito de entorpecentes, as penas poderão ser reduzidas de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços), desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique a atividades criminosas, nem integre organização criminosa.

3. No caso ora em análise, a instância ordinária, conquanto tenha reconhecido a primariedade e os bons antecedentes do paciente, findou por afastar a aplicação da minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei de Tóxicos, diante das circunstâncias em que envolveram a prática delituosa.

4. Para concluir em sentido diverso, haveria necessidade de revolvimento do acervo probatório dos autos, providência descabida na via estreita do recurso especial.

5. (...)

6. Agravo regimental a que se nega provimento".

(AgRg no AREsp 118.659/RN, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEXTA TURMA, Julgado em 12/03/2013, DJe 20/03/2013).

"AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PENAL E PROCESSUAL PENAL. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. TESE DE FRAGILIDADE DAS PROVAS. PLEITO DE APLICAÇÃO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO DA PENA - PREVISTA NO ART. 33, § 4.º, DA LEI DE DROGAS - E AFASTAMENTO DA CAUSA DE AUMENTO DISPOSTA NO ART. 40, INCISO III, DA REFERIDA LEI. IMPOSSIBILIDADE. REEXAME FÁTICO PROBATÓRIO NECESSÁRIO. ÓBICE DO ENUNCIADO DE SÚMULA N.º 7 DESTA CORTE. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. Decisão agravada que se mantém por seus próprios fundamentos.

2. O Tribunal *a quo*, soberano na análise das circunstâncias fático-probatórias da causa, entendeu ausentes os requisitos para a aplicação da causa de diminuição da pena aplicada ao réu, bem como que restou configurada a majorante prevista no art. 40, inciso III, da Lei de Drogas.

3. Assim, para se firmar entendimento diverso, seria necessário reapreciar as provas produzidas, o que encontra óbice no enunciado de Súmula n.º 7 desta Corte.

4. Agravo regimental desprovido".

(AgRg no AREsp 185.265/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 20/09/2012, DJe 26/09/2012).

Por fim, saliente-se que a suposta ocorrência de dissídio jurisprudencial só foi aventada agora, por ocasião da interposição do agravo regimental em face do *decisum*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

monocrático, já que o recurso especial foi interposto tão somente com supedâneo na alínea "a" do permissivo constitucional, nada mencionando a respeito de eventual existência de dissídio pretoriano quanto ao tema tratado nos autos. Assim, constata-se que cuida o tema de verdadeira inovação recursal, inadmissível em sede de agravo regimental.

De fato, "o intuito de debater novos temas, por meio de agravo regimental, não trazidos inicialmente no recurso especial, se reveste de indevida inovação recursal, não sendo viável, portanto, a análise, ainda que se trate de matéria de ordem pública, porquanto imprescindível a prévia irrisignação no momento oportuno e o efetivo debate sobre os temas". (AgRg no AREsp 401.770/PI, Rel. Min. MARCO AURÉLIO BELLIZZE, QUINTA TURMA, DJe 12/11/2013)

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

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2013/0400278-5

AgRg no
AREsp 445.057 / MS
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00036945320074036000 200760000036942 23592007 36945320074036000

EM MESA

JULGADO: 11/03/2014

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. RAQUEL ELIAS FERREIRA DODGE

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

AGRAVANTE : ROBSON DOS SANTOS OLIVEIRA
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes Previstos na Legislação Extravagante - Crimes de Tráfico Ilícito e
Uso Indevido de Drogas - Tráfico de Drogas e Condutas Afins

AGRAVO REGIMENTAL

AGRAVANTE : ROBSON DOS SANTOS OLIVEIRA
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 da Sra. Ministra Relatora.

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

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Rogerio Schietti Cruz.