

**AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.269.381 - PR (2018/0069732-1)**

**RELATOR : MINISTRO ANTONIO SALDANHA PALHEIRO**  
**AGRAVANTE : ADAURI RODRIGUES DA SILVA**  
**ADVOGADO : JOSÉ CARLOS BRANCO JÚNIOR E OUTRO(S) - PR026463**  
**AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL**

**DECISÃO**

Trata-se de agravo interposto por ADAURI RODRIGUES DA SILVA contra decisão do Tribunal Regional Federal da 4ª Região que não admitiu o recurso especial interposto com fulcro no art. 105, III, "a", da Constituição da República.

Colhe-se dos autos que o réu foi condenado à pena de 4 anos e 8 meses de reclusão, em regime inicial semiaberto, mais pagamento de 467 dias-multa, pela prática do delito inscrito no art. 33, c/c o art. 40, I, da Lei n. 11.343/2006 (tráfico de drogas majorado – transnacionalidade).

Segundo a denúncia, o réu e outros dois agentes transportavam, guardavam e traziam consigo aproximadamente **11Kg (onze quilogramas) de cocaína** de procedência estrangeira (e-STJ fl. 4).

As defesas apelaram. A 7ª Turma do Tribunal de origem negou provimento ao recurso do ora agravante.

O acórdão recebeu a seguinte ementa (e-STJ fls. 777/778):

*PENAL. TRÁFICO TRANSNACIONAL DE DROGAS. TRANSNACIONALIDADE. COMPROVAÇÃO. MATERIALIDADE. AUTORIA. CONFIRMAÇÃO. DOSIMETRIA DA PENA. CONFISSÃO. MINORANTE. DEDICAÇÃO A ATIVIDADES CRIMINOSAS. MEIO DE PROVA. REGIME INICIAL.*

*1. A transnacionalidade do tráfico pode ser evidenciada segundo a natureza, a procedência da substância ou do produto apreendido, bem como as circunstâncias do fato, a teor do artigo 40, inciso I, da Lei n. 11.343, de 2006.*

*2. Para a comprovação da internacionalidade do tráfico de drogas praticado em concurso de agentes, não é necessária prova de que o réu tenha atravessado a fronteira com a droga, bastando a ciência de sua procedência estrangeira.*

*3. Comprovados a materialidade, a autoria e o dolo, confirma-se a sentença condenatória pela prática do crime previsto no artigo 33, combinado com o artigo 40, inciso I, da Lei n. 11.343, de 2006.*

4. A confissão do réu, quando utilizada como fundamento para a condenação, deve ser considerada para atenuar a pena.

5. O réu que atende aos requisitos previstos no artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006 (primário, bons antecedentes, que não se dedique habitualmente a atividades criminosas e não integre organização criminosa) tem direito à redução da pena prevista nesse dispositivo. Havendo demonstração de que o réu se dedica a atividades criminosas, o que pode ser feito por qualquer meio de prova, não faz jus à referida minorante.

6. Configura bis in idem considerar a natureza e a quantidade da droga, cumulativamente, na primeira e na terceira fase da dosimetria da pena. Contudo, é possível a valoração de uma circunstância (natureza da droga) na pena-base e de outra (quantidade) para fixar o quantum de redução da minorante do art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006.

7. Para fins de fixação do regime inicial do cumprimento da pena privativa de liberdade podem ser consideradas as circunstâncias judiciais, a teor do artigo 33, § 3º, do Código Penal, sendo possível a valoração da quantidade de droga para fixação de regime mais gravoso.

No recurso especial, a defesa apontou violação do art. 33, § 4º, e do art. 42, ambos da Lei de Drogas.

Apontou o equívoco dos julgamentos estaduais que cindiram a circunstância prevista no art. 42 da Lei n. 11.343/2006 – quantidade e natureza dos entorpecentes – a fim de exasperar a pena na 1ª e na 3ª fases da dosimetria.

Diante dessas considerações, pediu o provimento do recurso "[...] de forma a corrigir a reprimenda imposta ao Recorrente ADAURI RODRIGUES DA SILVA, aplicando artigos 33, § 4º, da Lei 11343/2006, nos exatos termos do artigo 42 da mesma Lei" (e-STJ fl. 810).

Contrarrazões às e-STJ fls. 818/826.

O recurso especial não foi admitido (e-STJ fls. 853/855). A defesa interpôs agravo (e-STJ fls. 883/886), provocando a ascensão dos autos para análise nesta Corte.

Intimado a se manifestar, o Ministério Público Federal opinou pelo não conhecimento do recurso (e-STJ fls. 927/928).

É, em síntese, o relatório.

**Decido.**

**Minorante do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006**

No caso, os magistrados teceram as seguintes considerações acerca da dosimetria (e-STJ fls. 431/433 e 774/775):

Sentença:

**III. ADAURI RODRIGUES DA SILVA**

*Consoante provado pelas certidões que instruem os autos do inquérito (eventos 16, 60 e 61 dos autos nº 5003601-77.2015.4.04.7008), o réu não apresenta qualquer condenação transitada em julgado no Brasil.*

*No entanto, tendo em conta a **elevada quantidade de droga apreendida** (11 kg de cocaína), entendo que a **pena-base deve ser elevada em 1/5**, ou seja, para 6 (seis) anos de reclusão.*

*De outro vértice, como se sabe, no julgamento do HC 109193, o STF uniformizou o entendimento de suas duas turmas acerca da melhor interpretação a ser conferida aos artigos 33, §4º e 42 da Lei 11.343/06, cuja ementa teve a seguinte redação (grifei):*

*HABEAS CORPUS. PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. NATUREZA DA DROGA APREENDIDA. CIRCUNSTÂNCIA UTILIZADA SOMENTE NA APLICAÇÃO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI 11.343/06.*

*LEGITIMIDADE. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. PACIENTE CONDENADO À PENA DE RECLUSÃO SUPERIOR A QUATRO ANOS. NÃO CUMPRIMENTO DO REQUISITO OBJETIVO PREVISTO NO ART. 44, I, DO CP. ORDEM DENEGADA. 1. Segundo o art. 42 da Lei 11.343/06, “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”. Configura ilegítimo bis in idem considerar a natureza e a quantidade da substância ou do produto para fixar a pena base (primeira etapa) e, simultaneamente, para a escolha da fração de redução a ser imposta na terceira etapa da dosimetria (§ 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006). Todavia, nada impede que essa circunstância seja considerada para incidir, alternativamente, na primeira etapa (pena-base) ou na terceira (fração de redução). Essa opção permitirá ao juiz aplicar mais adequadamente o princípio da individualização da pena (art. 5º, XLVI, da CF) em cada caso concreto. 2. No caso, a natureza da droga apreendida foi utilizada somente na terceira etapa da dosimetria, ou seja, para fixar o fator de redução da causa de diminuição do art. 33, § 4º da Lei 11.343/2006 na fração de 1/6, não havendo, portanto, violação ao princípio do ne bis in idem. Ademais, aplicar qualquer fração de diminuição diversa daquela imposta pelas instâncias ordinárias demandaria o revolvimento de fatos e provas, o que é inviável em sede de habeas corpus. 3. Não é viável proceder à substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direito, pois a pena*

# Superior Tribunal de Justiça

*imposta ao paciente – quatro anos e dois meses de reclusão – afasta o requisito objetivo previsto no art. 44, I, do Código Penal. 4.*

*Ordem denegada. (Pleno, Relator Ministro Teori Zavascki, DJe 30/10/2014)*

*Portanto, na linha desse entendimento, deixo para apreciar a questão relativa à natureza e à qualidade da droga por ocasião da decisão sobre a causa de diminuição da pena trazida pelo § 4º do art. 33 da Lei 11.343/06.*

*No que tange às circunstâncias judiciais (art. 59 do CP), penso que, à míngua de registro de quaisquer outros fatos desabonadores e de informações seguras sobre as demais circunstâncias judiciais, reputo todas elas como neutras e, por isso, fixo a pena-base em 6 (seis) anos de reclusão.*

*[...]*

*Na terceira fase da dosimetria da pena, está presente a causa especial de aumento relativa à transnacionalidade, prevista pelo artigo 40, inciso I, da Lei nº 11.343/06, haja vista tudo o que já foi explicado na fundamentação dessa sentença quanto a esse tema, tópico para o qual faço expressa remissão a fim de evitar tautologia. Aplico, portanto, a majorante de 1/6, o que eleva a pena ao patamar de 7 (sete) anos de reclusão.*

*Por outro lado, deve ser aplicada a causa especial de diminuição de pena trazida pelo artigo 33, §4º, da Lei 11.343/06, pois, de acordo com as provas produzidas neste processo, o condenado é primário, não ostenta maus antecedentes, não há notícia de que se dedique à atividade criminosa e nem de que integre organização criminosa. No que tange ao quantitativo dessa diminuição, contudo, **penso que a natureza e a qualidade da droga apreendida (cocaína em estado puro) impõem a incidência do índice equivalente ao dobro do mínimo previsto abstratamente na norma, ou seja, 1/3 (um terço).** Note-se que não se está aqui valorando novamente a quantidade da droga, mas apenas a qualidade e a natureza, nos termos do já citado entendimento do STF. Além disso, tal como já assentado pelas duas turmas do STF, **a atuação do condenado na condição de "mula", embora implique a conclusão de que se trata de pessoa que, em princípio, não se subordina, de modo permanente, às organizações criminosas, nem integra seus quadros, "é peça fundamental para assegurar a insuspeição da prática criminosa".** Portanto, esse fato **também deve ser sopesado no momento de se aplicar esta causa de diminuição de pena, razão por que ratifico sua fixação naquele patamar.***

## Acórdão:

*A defesa, em suas razões de apelação, requer a aplicação da minorante do artigo 33, § 4º, da Lei n. 11.343, de 2006, no patamar máximo, ao fundamento de que ao considerar a natureza da droga - cocaína em estado puro - está também valorando a quantidade, pois caso a quantidade de cocaína pura fosse bem menor não haveria razão para aplicação do índice de 1/3, o que configura bis in idem.*

# Superior Tribunal de Justiça

*Configura bis in idem considerar a natureza e a quantidade da droga, cumulativamente, na primeira e na terceira fase da dosimetria da pena. Contudo, é possível a valoração de uma (natureza) na pena-base e de outra (quantidade) para fixar o quantum de redução da minorante do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343, de 2006 (TRF4, Revisão Criminal n. 5045383-05.2016.404.0000, Rel. Des. Federal Márcio Antonio Rocha, 4ª S., u., j. 20.4.2017).*

*Outrossim, é de se notar que, no caso dos autos, conforme **também fundamentou o magistrado** para fixar a fração de redução, as circunstâncias do fato indicam maior reprovabilidade da conduta, pois demonstrado que o réu auxiliou organização criminosa na prática do crime, a justificar a redução em 1/3. (Grifei.)*

De acordo com o aludido art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, o agente poderá ser beneficiado com a redução de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços) da pena, desde que seja, **cumulativamente**, primário e portador de bons antecedentes e não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa.

*In casu*, ainda que reconhecido o *bis in idem* e afastado o desvalor atribuído à natureza do entorpecente, entendo que subsiste elemento concreto capaz de justificar a fixação da minorante na fração de 1/3.

Isso porque os julgadores tomaram em consideração os depoimentos dos agentes policiais e dos réus (e-STJ fls. 420/423) para concluir que ADAURI **tinha ciência de que servia ao transporte internacional de drogas**, revelando, por isso, maior reprovabilidade da sua conduta.

Entendo, portanto, que a Corte regional – dentro do seu livre convencimento motivado – qualificou os fatos de modo proporcional e razoável a fim de fixar a fração de redução da pena.

Dessa forma, constato que o acórdão do Tribunal regional não destoou do entendimento desta Corte, motivo pelo qual não deve ser reformado.

Nesse sentido:

**AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO INTERNACIONAL DE DROGAS. QUANTIDADE DE 1,8 KG DE COCAÍNA OCULTA EM BAGAGEM COM FUNDO FALSO. VIOLAÇÃO DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. SUPOSTA ILEGALIDADE NA FIXAÇÃO DO REDUTOR ESPECIAL NA FRAÇÃO DE 1/6. IMPROCEDÊNCIA. ATUAÇÃO DO RÉU COMO MULA, EM FAVOR DE ORGANIZAÇÃO**

**CRIMINOSA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA À LUZ DA JURISPRUDÊNCIA DESTA CORTE.**

*Agravo regimental improvido.*

(AgRg no AREsp 1425303/SP, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 23/04/2019, DJe 03/05/2019)

**AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO INTERNACIONAL DE DROGAS. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA. FRAÇÃO MÍNIMA. ESCOLHA FUNDAMENTADA. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.**

*1. Como delineado na decisão impugnada, o Tribunal de origem apresentou fundamentação idônea, baseada em elementos concretos dos autos, para justificar a redução da pena na fração mínima prevista em lei, a evidenciar a ausência de constrangimento ilegal na espécie.*

*2. Ausentes fatos novos ou teses jurídicas diversas, a permitir a análise do caso sob outro enfoque, deve ser mantida a decisão recorrida.*

*3. Agravo regimental não provido.*

(AgInt no AREsp 1328871/SP, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 25/09/2018, DJe 15/10/2018)

**AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA. FRAÇÃO DO REDUTOR. TRANSPORTADOR DA DROGA. MULA. BENEFÍCIO NO MÍNIMO LEGAL. CIRCUNSTÂNCIAS DO CASO CONCRETO. POSSIBILIDADE. INSURGÊNCIA IMPROVIDA.**

*1. Nos termos da jurisprudência deste Sodalício, "a atuação na condição de mula, embora não seja suficiente para denotar que integre, de forma estável e permanente, organização criminosa, configura circunstância concreta e elemento idôneo para valorar negativamente a conduta do agente, na terceira fase da dosimetria, modulando-se a aplicação da causa especial de diminuição de pena pelo tráfico privilegiado, como ocorre na espécie" (AgRg no HC 410.698/SP, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 10/10/2017, DJe 16/10/2017).*

*2. Na hipótese dos autos, o Tribunal de origem justificou a aplicação da minorante do tráfico na fração mínima de 1/6 (um sexto), ressaltando as circunstâncias do caso concreto, notadamente a gravidade da conduta do réu, que atuou como transportador (mula), colaborando com o tráfico internacional de drogas.*

*3. Acórdão recorrido que se encontra em consonância com jurisprudência firmada nesta Corte, razão pela qual a pretensão do agravante esbarra no óbice previsto na Súmula n. 83/STJ.*

*4. Agravo regimental improvido.*

# Superior Tribunal de Justiça

(AgRg no AREsp 1476873/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 28/05/2019, DJe 06/06/2019)

Além disso, ressalto que a reversão do julgamento exigiria reexame de provas nesta instância especial, o que é vedado pelo enunciado 7 da Súmula desta Corte.

Cumpre lembrar que *"a valoração da prova, no âmbito do recurso especial, pressupõe contrariedade a um princípio ou a uma regra jurídica no campo probatório, ou mesmo à negativa de norma legal nessa área. Tal situação não se confunde com o livre convencimento do Juiz, realizado no exame das provas carreadas nos autos para firmar o juízo de valor sobre a existência ou não de determinado fato; cujo reexame é vedado pela Súmula n.º 07/STJ"* (AgRg no AREsp n. 160.862/PE, relatora Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, DJe 28/2/2013).

Ante o exposto, **conheço do agravo para não conhecer do recurso especial.**

Publique-se. Intimem-se.

Brasília, 02 de abril de 2020.

Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO  
Relator