



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no AGRADO EM RECURSO ESPECIAL Nº 828.022 - SP (2015/0315058-1)

RELATOR : MINISTRO NEFI CORDEIRO
AGRAVANTE : OBIDIKE JONATHAN UCHECHUKWU
AGRAVANTE : NDUKA KELVIN OKOYE
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

EMENTA

PENAL. PROCESSUAL PENAL. AGRADO REGIMENTAL EM AGRADO EM RECURSO ESPECIAL. ART. 33, § 4º, C/C ART. 40, I, AMBOS DA LEI Nº 11.343/06. EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE. FUNDAMENTAÇÃO. ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/06. DEDICAÇÃO A ATIVIDADE CRIMINOSA. AFASTAMENTO. INCIDÊNCIA DO PATAMAR MÁXIMO. REEXAME FÁTICO-PROBATÓRIO. ENUNCIADO DA SÚMULA Nº 7/STJ ALTERAÇÃO DO REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DA PENA. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. INOVAÇÃO RECURSAL. NÃO CABIMENTO. AGRADO A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

1. A exasperação da pena-base com base na quantidade da droga apreendida, na hipótese, não se mostra desarrazoada ou excessiva, encontrando amparo no que dispõe o art. 42 da Lei nº 11.343/06, que deve preponderar sobre as vetoriais do art. 59 do Código Penal.
2. Afasta-se a incidência do art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06 quando se verifica dedicar-se o réu a atividade criminosa. Concluir de forma distinta implica em vedado revolvimento fático-probatório, consoante o teor do enunciado da Súmula nº 7/STJ.
3. O entendimento desta Corte firmou-se no sentido de que quando reunidos os requisitos para a aplicação do redutor de pena previsto no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, dispõe o magistrado de plena liberdade para fixar o *quantum* adequado, sopesando as peculiaridades do caso concreto, de modo que a alteração da conclusão alcançada pelo Tribunal *a quo* demandaria o reexame de todo o conjunto fático-probatório e não mera reavaliação das provas, o que é vedado na via do recurso especial, tendo em vista o óbice do enunciado da Súmula nº 7/STJ.
4. Devidamente fundamenta a fixação do regime inicial fechado, porquanto "*a quantidade de substância entorpecente de elevado potencial lesivo*", deve ser mantida a escolha do modo prisional mais severo, em conformidade com o art. 33, § 2º, "b", c/c § 3º, do Código Penal.
5. Trata-se de inovação recursal, cujo exame se afasta, a pretensão de análise da substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direito.
6. O agrado regimental não traz argumentos novos capazes de alterar o entendimento anteriormente firmado, veiculando mero inconformismo com o que se decidiu, razão por que deve ser mantida a decisão monocrática proferida.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

7. Agravo regimental improvido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, negar provimento ao agravo, 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), 27 de junho de 2017 (Data do Julgamento)

MINISTRO NEFI CORDEIRO
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no AGRADO EM RECURSO ESPECIAL Nº 828.022 - SP (2015/0315058-1)

RELATOR : MINISTRO NEFI CORDEIRO
AGRAVANTE : OBIDIKE JONATHAN UCHECHUKWU
AGRAVANTE : NDUKA KELVIN OKOYE
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO NEFI CORDEIRO (Relator):

Trata-se de agravo regimental interposto por Obidike Jonathan Uchechukwu e Nduka Kelvin Okoye em face de decisão que negou provimento ao agravo em recurso especial (fls. 550/561).

Sustentam que há rigor excessivo na fixação da pena-base dos recorrentes, eis que para a incidência do art. 42 da Lei nº 11.343/06, devem ser consideradas *as quantidades usualmente apreendidas em nosso País, não há que se falar que o volume encontrado com os recorrentes justifique a majoração da pena acima do mínimo legal ou no quantum aplicado nesses autos*. No caso, *não se pode dizer que a conduta praticada pelos recorrentes tenha sido mais grave do que o normal* (fls. 570). Requerem, assim, a fixação da pena-base no mínimo legal,

Aduzem que deve incidir na hipótese, para ambos, a causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, no patamar máximo de 2/3, não se fazendo necessário o reexame fático-probatório.

Em decorrência do acolhimento dos pleitos veiculados, postulam a fixação de regime diverso do fechado e a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

Pleiteiam, ao fim, seja reconsiderada a decisão ou, em caso diverso, seja o presente recurso submetido à análise da 6ª Tuma.

O Ministério Público Federal se manifestou pelo não provimento do agravo regimental (fls. 588/597).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no AGRADO EM RECURSO ESPECIAL Nº 828.022 - SP (2015/0315058-1)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO NEFI CORDEIRO (Relator):

O agravo regimental não traz argumentos novos capazes de alterar o entendimento anteriormente firmado. Verifica-se das razões do agravo regimental que o recurso veicula mero inconformismo dos agravantes, reproduzindo fundamentos de seu recurso especial, devidamente abordados e afastados pela decisão combatida de fls. 550/561:

Trata-se de agravo interposto por OBIDIKE JONATHAN UCHECHUKWU e NDUKA KELVIN OKOYE, em face de decisão de inadmissão de recurso especial proferida pelo Tribunal Regional Federal da 3ª Região, com fundamento nas Súmulas 7 e 83, ambas do STJ.

No presente agravo, os recorrentes sustentam que não incidiriam os referidos óbices processuais, porquanto tratar-se-ia apenas de reavaliação da prova, e o enunciado Sumular 83/STJ não se aplicaria aos recursos interpostos pela alínea "a", do inciso III, do art. 105, da Constituição Federal.

Requer, assim, o provimento do agravo.

Apresentou-se contraminuta às fls. 519-524.

O Ministério Público Federal manifestou-se pelo desprovimento do agravo (fls. 533-542).

É o relatório.

DECIDO.

Preliminarmente, no tocante à aplicabilidade do enunciado n. 83/STJ, entende esta Corte, ao contrário do que sustentam os agravantes, que a incidência do referido óbice opera-se tanto nos recursos especiais interpostos pela alínea a quanto pela alínea c. Ilustrativamente:

PENAL E PROCESSUAL PENAL. AGRADO REGIMENTAL NO AGRADO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. CONDENAÇÃO COM TRÂNSITO EM JULGADO. CHEFE DA QUADRILHA. DUAS TONELADAS DE MACONHA. PEDIDO DE REVISÃO CRIMINAL INDEFERIDO. RECURSO ESPECIAL. AUSÊNCIA DE COTEJO. INTELIGÊNCIA DO ART. 255, §§ 1º E 2º DO REGIMENTO INTERNO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA - RISTJ. DOSIMETRIA. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. REDIMENSIONAMENTO EM HIPÓTESES DE FLAGRANTE VIOLAÇÃO A TEXTO EXPRESSO DE LEI. INOCORRÊNCIA. AGRADO REGIMENTAL DESPROVIDO.

(...)

5. Incide à espécie, pois, a Súmula n. 83 desta Corte.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Ressalta-se que esse óbice também se aplica ao recurso especial interposto com fulcro na alínea "a" do permissivo constitucional.

Agravo regimental desprovido.

(AgRg no AREsp 475.096/MG, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 09/08/2016, DJe 19/08/2016)

PROCESSUAL CIVIL. PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015. APLICABILIDADE. ARGUMENTOS INSUFICIENTES PARA DESCONSTITUIR A DECISÃO ATACADA. VIOLAÇÃO AO ART. 535 DO CPC. INOCORRÊNCIA. LEIS N. 4.242/63 E N. 5.698/71. ART. 53, II, DO ADCT. ESPÉCIES DIVERSAS DE BENEFÍCIOS CONCEDIDAS A EX-COMBATENTES DA SEGUNDA GUERRA MUNDIAL. INCIDÊNCIA DA SÚMULA N. 83/STJ.

I - Consoante o decidido pelo Plenário desta Corte na sessão realizada em 09.03.2016, o regime recursal será determinado pela data da publicação do provimento jurisdicional impugnado. Assim sendo, in casu, aplica-se o Código de Processo Civil de 2015.

II - A Corte de origem apreciou todas as questões relevantes apresentadas com fundamentos suficientes, mediante apreciação da disciplina normativa e cotejo ao posicionamento jurisprudencial aplicável à hipótese. Inexistência de omissão, contradição ou obscuridade.

III - É pacífico o entendimento no Superior Tribunal de Justiça segundo o qual as Leis n. 4.242/63 e n. 5.698/71, bem como o art. 53, II, do ADCT, cuidam de espécies diversas de benefícios concedidos aos ex-combatentes da Segunda Guerra Mundial.

IV - O recurso especial, interposto pelas alíneas a e/ou c do inciso III do art. 105 da Constituição da República, não merece prosperar quando o acórdão recorrido encontra-se em sintonia com a jurisprudência desta Corte, a teor da Súmula n. 83/STJ.

V - A Agravante não apresenta, no agravo, argumentos suficientes para desconstituir a decisão recorrida.

VI - Agravo Interno improvido.

(AgInt no REsp 1393315/SC, Rel. Ministra REGINA HELENA COSTA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 04/08/2016, DJe 17/08/2016)

No mais, consta dos autos que os recorrentes foram condenados às penas de 8 anos e 2 meses de reclusão, em regime inicial fechado, mais 816 dias-multa, pela prática do delito previsto no art. 33, § 4º, c.c art. 40, I, ambos da Lei de Drogas.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Ato seguinte, a defesa interpôs recurso de apelação perante a Corte de origem, a qual lhe proveu parcialmente para redimensionar a pena de OBIDIKE para 6 anos, 8 meses e 15 dias de reclusão, mais 670 dias-multa; e a de NDUKA para 5 anos, 7 meses e 2 dias-multa, mais 588 dias-multa.

Nas razões de recurso especial, fulcrado no art. 105, III, "a", da Constituição Federal, alegam violação aos arts. 33, § 2º, 59 e 44, todos do Código Penal; arts. 33, § 4º, e 42, da Lei n. 11.343/06, e art. 387 do Código de Processo Penal.

No que concerne à violação aos arts. 59 do CP e 42 da Lei de Drogas, argumentam que a pena-base teria sido exasperada de maneira desproporcional, uma vez que a quantidade de droga transportada pelos recorrentes seria ínfima perto das toneladas de drogas que são apreendidas hodiernamente no País.

Afirmam que a natureza do entorpecente apreendido seria circunstância inerente ao tipo e, por isso, não poderia justificar o incremento da sanção na primeira fase da dosimetria.

Consignam também que os recorrentes podem ser classificados como "mula", não sendo proprietários dos estupefacientes encontrados.

Quanto à fixação da pena-base, tem-se que a Corte de origem reduziu as penas-bases fixadas pelo sentenciante para 5 anos e 9 meses de reclusão, mais 575 dias-multa, com os seguintes termos (fls. 431-441):

Dosimetria da pena.

Cor réu OBIDIKE JONATHAN UCHECHUKWU

Na primeira fase da dosimetria da pena, pleiteia a defesa a fixação da pena-base no mínimo legal.

Aduz que os transportadores eventuais de droga, vulgarmente denominados "mulas do tráfico", não exercem controle sobre a quantidade ou qualidade da droga transportada, de forma que não poderiam ter a pena-base exasperada em razão dessas circunstâncias.

*Todavia, em que pese a argumentação defensiva, na primeira fase de fixação da pena, além das circunstâncias judiciais do artigo 59 do Código Penal, deve ser considerado preponderantemente, nos termos do art. 42 da Lei n.º 11.343/2006, o grau de reprovabilidade da conduta, aferido pela **nocividade e quantidade de tóxico** que se buscou transportar, o que indicará se a pena-base deverá ser fixada no mínimo legal, ou acima desse patamar.*

[...]

Também não procede a alegação da defesa no sentido de que somente conhecendo o grau de pureza da droga apreendida seria possível aferir a lesividade da conduta.

Isso porque é comum que a droga exportada do Brasil tenha alto teor de pureza, oriunda diretamente de países vizinhos produtores, e seja misturada com outras substâncias apenas quando chega aos locais onde será distribuída e posteriormente vendida ao usuário.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Mesmo hipoteticamente considerando que os 1.977g (um mil novecentos e setenta e sete gramas) de cocaína (massa líquida - fl. 11) apreendidos não possuísem alto grau de pureza, sem dúvida a droga poderia ser distribuída para um grande número de pessoas, causando graves prejuízos à saúde pública, já que o consumo é feito em quantidades mínimas e bastam alguns gramas para causar danos irreversíveis ao ser humano.

[...]

Verifico que na sentença foram considerados favoravelmente ao acusado o fato de ser primário e não possuir antecedentes criminais, mas em sentido contrário sua culpabilidade, a nocividade e a quantidade de droga apreendida, fixada a pena-base acima do patamar mínimo legal, estabelecendo-a em 7 (sete) anos de reclusão e 700 (setecentos) dias-multa.

Todavia, considerando a **quantidade de droga apreendida** (1.977g de cocaína), entendo que a pena-base deva ser fixada em 5 (cinco) anos e 9 (nove) meses de reclusão e 575 (quinhentos e setenta e cinco) dias-multa.

[...]

Corréu NDUKA KEL VIN OKOYE

Na primeira fase da dosimetria da pena, pleiteia a defesa a fixação da pena-base no mínimo legal.

Aduz que os transportadores eventuais de droga, vulgarmente denominados "mulas do tráfico", não exercem controle sobre a quantidade ou qualidade da droga transportada, de forma que não poderiam ter a pena-base exasperada em razão dessas circunstâncias.

Todavia, em que pese a argumentação defensiva, na primeira fase de fixação da pena, além das circunstâncias judiciais do artigo 59 do Código Penal, deve ser considerado preponderantemente, nos termos do art. 42 da Lei n.º 11.343/2006, o grau de reprovabilidade da conduta, aferido pela nocividade e quantidade de tóxico que se buscou transportar, o que indicará se a pena-base deverá ser fixada no mínimo legal, ou acima desse patamar.

[...]

Também não procede a alegação da defesa no sentido de que somente conhecendo o grau de pureza da droga apreendida seria possível ajuizar a lesividade da conduta.

Isso porque é comum que a droga exportada do Brasil tenha alto teor de pureza, oriunda diretamente de países vizinhos produtores, e seja misturada com outras substâncias apenas quando chega aos locais onde será distribuída e posteriormente vendida ao usuário.

Mesmo hipoteticamente considerando que os 1.977g (um mil novecentos e setenta e sete gramas) de cocaína (massa líquida - fl. 11) apreendidos não possuísem alto grau de pureza, sem dúvida a droga



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

poderia ser distribuída para um grande número de pessoas, causando graves prejuízos à saúde pública, já que o consumo é feito em quantidades mínimas e bastam alguns gramas para causar danos irreversíveis ao ser humano.

[...]

Verifico que na sentença foram considerados favoravelmente ao acusado o fato de ser primário e não possuir antecedentes criminais, mas em sentido contrário a natureza e a quantidade de droga apreendida, fixada a pena-base acima do patamar mínimo legal, estabelecendo-a em 6 (seis) anos de reclusão e 600 (seiscentos) dias-multa.

Todavia, considerando a **quantidade de droga apreendida** (1.977g de cocaína), entendo que a pena-base deva ser fixada em 5 (cinco) anos e 9 (nove) meses de reclusão e 575 (quinhentos e setenta e cinco) dias-multa.

Com efeito, observa-se que o quantum fixado não merece ser revisto, pois a reprimenda foi elevada em 9 meses de reclusão, e 75 dias-multa, em virtude da desfavorável consideração da quantidade da droga apreendida (1.977g de cocaína), fator que, a teor do art. 42 da Lei 11.343/06, deve preponderar sobre as vetoriais dispostas no art. 59 do Código Penal.

Assim, o aumento operado na primeira fase de dosimetria não se mostra desarrazoado ou excessivo, sobretudo considerando-se a pena mínima e máxima abstratamente cominadas ao delito constante do art. 33 da Lei 11.343/06, que prevê pena reclusiva de 5 a 15 anos. A propósito, confira-se:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO. DESCABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. MAJORAÇÃO DA PENA-BASE. NATUREZA E QUANTIDADE DA DROGA. FUNDAMENTOS IDÔNEOS. (ART. 42 DA LEI N. 11.343/06). APELAÇÃO. FUNDAMENTAÇÃO DIVERSA DA ADOTADA NA SENTENÇA. PENA INALTERADA. POSSIBILIDADE. REFORMATIO IN PEJUS. INOCORRÊNCIA. CONFISSÃO QUALIFICADA. REINCIDÊNCIA. COMPENSAÇÃO INTEGRAL. CIRCUNSTÂNCIAS IGUALMENTE PREPONDERANTES. RESP N. 1.341.370/MT. RITO DOS RECURSOS REPETITIVOS. ART. 543-C DO CPP. SÚMULA N. 545/STJ. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. WRIT NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

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 natureza e a quantidade da droga apreendida (146,63g de crack) constituem, nos termos do art. 42 da Lei n. 11.343/06,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

elementos capazes de justificar o aumento da pena-base.

3. Não há *reformatio in pejus* na exasperação da pena-base pelo Tribunal de origem, por motivos diversos do Juízo sentenciante, quando o novo fundamento acrescentado pelo Tribunal a quo não resultou em agravamento da situação do réu.

4. O acórdão impugnado encontra-se em dissonância com a jurisprudência pacífica deste Tribunal Superior, segundo a qual a agravante da reincidência (art. 61, I, do Código Penal - CP) deve ser compensada com a atenuante da confissão espontânea (art. 65, III, "d", do CP), ainda que parcial ou qualificada, desde que tal circunstância tenha sido utilizada para lastrear o decreto condenatório, por serem igualmente preponderantes. Súmula n. 545/STJ.

Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício para compensar a reincidência com a confissão espontânea, redimensionando-se a pena do paciente.

(HC 367.820/SC, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 18/10/2016, DJe 28/10/2016)

Com relação à violação ao art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06, evidenciam que o réu OBIDIKE não possui nenhuma anotação em sua folha de antecedentes criminais e não integraria organização criminosa, tendo em vista que "o simples fato de uma pessoa participar, uma única vez, de um ato que eventualmente envolva organização criminosa não significa que faça parte da mesma".

Com relação à minorante especial, observa-se que o Sodalício a quo entendeu indevida a concessão da benesse com relação à OBIDIKE, com a seguinte fundamentação (fls. 434-435):

Pretende a defesa seja aplicada a minorante do artigo 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06, no patamar máximo. Os requisitos do benefício previsto no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06, são os seguintes:

[...]

Percebe-se que se trata de requisitos cumulativos. No caso em tela, o réu é tecnicamente primário e não ostenta maus antecedentes. Todavia, o próprio acusado afirmou em seu interrogatório judicial que já havia praticado tráfico de cocaína anteriormente, na Itália, no ano de 2012, tendo permanecido preso por um ano e dois meses (6'00" a 9'13" - interrogatório do acusado à fl. 216). Demais disso, há diversos carimbos nos passaportes do acusado (fls. 191/202 e 205/207), o que corrobora suas informações de que não seria a primeira vez que praticava tráfico internacional de drogas e demonstra, portanto, que o réu tem se dedicado à atividade criminosa.

[...]

Destarte, não sendo possível a aplicação da causa de diminuição de pena do artigo 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06, fixo a pena



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

definitivamente em 6 (seis) anos, 8 (oito) meses e 15 (quinze) dias de reclusão e 670 (seiscentos e setenta) dias-multa.

Extrai-se do trecho acima que o redutor deixou de ser aplicado, concluindo a Corte de origem, após detida análise do conjunto fático-probatório, que o recorrente se dedica à atividade criminosa, uma vez que "o próprio acusado afirmou em seu interrogatório judicial que já havia praticado tráfico de cocaína anteriormente", além dos carimbos constantes no passaporte do réu.

Nesse contexto, para se chegar à conclusão adversa, ao contrário do que pretende o agravante, seria necessário o reexame de todo o conjunto fático-probatório e não de mera reavaliação das provas, o que é vedado na via do recurso especial, tendo em vista o óbice do enunciado sumular n. 7 deste Superior Tribunal de Justiça. Nesse sentido:

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO INTERNACIONAL DE DROGAS. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006. DEDICAÇÃO À ATIVIDADE CRIMINOSA. APLICAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. INCIDÊNCIA DO VERBETE N. 7 DO STJ. REGIME INICIAL FECHADO. GRAVIDADE CONCRETA. POSSIBILIDADE. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. A Corte de origem não aplicou o redutor previsto no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, considerando que o sentenciado se dedica à atividade criminosa do tráfico, estando devidamente justificado o afastamento da causa de diminuição. Entender de forma diversa demandaria o reexame das provas, o que é vedado em recurso especial a teor do verbete n. 7 da Súmula do STJ.

2. O regime fechado foi fixado com base na gravidade concreta do delito, revelada especialmente pelas remessas de droga, bem como pelas circunstâncias do flagrante delito. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no AREsp 728.261/SP, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 21/06/2016, DJe 29/06/2016, com destaques)

Com relação à minorante especial do art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, a defesa destaca, também, que, no que concerne a NDUKA, deveria ser alterada a fração para o patamar máximo previsto, qual seja, 2/3.

Quanto ao tema, vê-se que o Sodalício de origem entendeu devida a fixação da fração do redutor em 1/6, com os seguintes fundamentos (fls. 442-444):

Pretende a defesa seja aplicada a minorante do artigo 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06, no patamar máximo. Os requisitos do benefício previsto no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06, são os seguintes:



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

"Art. 33.

(...)

§ 4º Nos delitos definidos no caput e no § 1º deste artigo, as penas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, vedada a conversão em penas restritivas de direitos, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa."

Percebe-se que se trata de requisitos cumulativos. No caso em tela, o réu é primário e não ostenta maus antecedentes. Tampouco há aparência de que integre organização criminosa, tendo servido apenas ao transporte eventual de entorpecente, de sorte que é cabível a aplicação da minorante.

[...]

Apenas a título de argumentação, conforme entendimento do Supremo Tribunal Federal (Habeas Corpus n.º 101.265/SP), entendo que a mera traficância transnacional não basta para configurar integração efetiva em organização criminosa. E necessária a presença de indícios que indiquem muito mais do que uma simples cooperação ou cooptação de agentes, como, por exemplo, combinação do preço do serviço; a data ou o roteiro da viagem; a quantidade de droga a ser transportada etc. ou, ainda, que o criminoso venha se colocando à disposição do bando sempre que necessário, empreendendo, rotineiramente, viagens internacionais em situações análogas.

Quanto ao percentual em que a minorante será aplicada, deve ser considerado que para o tráfico internacional de drogas deve haver algum grau de vínculo do acusado para com a organização criminosa responsável pela empreitada que aqui se procura reprimir, pois o réu entrou em contato com o aliciador do tráfico para combinar os detalhes da viagem e receber a droga que seria levada para a África.

De outra parte, não há provas seguras de que o réu faça parte da organização criminosa, havendo de se concluir que serviu apenas como transportador de forma esporádica, eventual, diferenciando-se do traficante profissional, sendo, pois, merecedor do benefício legal de redução de pena previsto no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06, mas apenas no mínimo legal.

Por tais razões, entendo cabível a aplicação da minorante prevista no artigo 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06, tão somente no mínimo legal de 1/6 (um sexto), em razão das circunstâncias objetivas e subjetivas do caso concreto.

Acerca da fração de diminuição, o entendimento desta Corte firmou-se no sentido de que quando reunidos os requisitos para a aplicação do aludido redutor de pena, dispõe o magistrado de plena liberdade para fixar o quantum adequado, sopesando as peculiaridades do caso concreto, de modo que a alteração da conclusão alcançada pelo Tribunal a quo demandaria o reexame de todo o conjunto fático-probatório e não mera reavaliação das provas, o que é vedado na via do recurso especial, tendo em vista o óbice do enunciado



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

sumular n. 7 deste Superior Tribunal de Justiça. Nesse sentido:

HABEAS CORPUS. WRIT SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. IMPOSSIBILIDADE. NÃO CONHECIMENTO. CRIMES DE TRÁFICO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. PEDIDO DE ABSOLVIÇÃO. IMPROPRIEDADE A VIA ELEITA. PORTE ILEGAL DE MUNIÇÃO. ATIPICIDADE DA CONDUTA. MATÉRIA NÃO ARGUIDA OU DEBATIDA EM SEDE DE APELAÇÃO. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. ART. 33, § 4º, DA LEI N.º 11.343/06 APLICAÇÃO NO PATAMAR DIVERSO DO MÁXIMO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO.

[...]

6. No que diz respeito à dosimetria, a instância ordinária, conquanto tenha reconhecido a primariedade e os bons antecedentes da paciente, findou por aplicar a minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006 no patamar de 1/6 (um sexto), diante das circunstâncias em que envolveram a prática delituosa, obedecendo os ditames do critério trifásico e a regra prevista no art. 42 da Lei Antidrogas.

7. Tem-se por inviável o reexame, em habeas corpus, de aspectos adstritos ao campo probatório, daí que, somente quando despontada a existência de ilegalidade na dosimetria da pena, é descortinada a possibilidade de correção na via eleita, o que não é a hipótese dos autos.

8. Habeas corpus não conhecido.

(HC 181.189/SP, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEXTA TURMA, julgado em 12/03/2013, DJe 20/03/2013 - com destaques)

A defesa postula ainda a alteração do regime inicial para o semiaberto, uma vez que os recorrentes não seriam reincidentes e teriam sido condenados à penas superiores a 4 anos e inferiores a 8 anos de reclusão.

Com relação ao modo prisional, nota-se que o Tribunal a quo manteve o fechado, argumentando que, in verbis (fls. 431-445):

Corréu OBIDIKE JONATHAN UCHECHUKWU

[...]

O regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade deve ser mantido como o fechado, nos termos do § 3º do artigo 33 do Código Penal, considerando a lesividade da conduta praticada pelo réu, que aceitou colaborar para o transporte internacional e posterior distribuição de grande quantidade de substância entorpecente de elevado potencial lesivo (1.977 gramas de cocaína).

[...]

Corréu NDUKA KELVIN OKOYE

[...]



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

O regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade deve ser mantido como o fechado, nos termos do § 3º do artigo 33 do Código Penal, considerando a lesividade da conduta praticada pelo réu, que aceitou colaborar para o transporte internacional e posterior distribuição de grande quantidade de substância entorpecente de elevado potencial lesivo (1.977 gramas de cocaína).

Com efeito, o regime inicial fechado encontra-se devidamente fundamentando, porquanto "a quantidade de substância entorpecente de elevado potencial lesivo", a qual ensejou, inclusive, a fixação da pena-base acima do mínimo legal, é suficiente para justificar a escolha do modo prisional mais severo, em conformidade com o art. 33, § 2º, "b", c.c § 3º, do Código Penal. Nesse sentido:

DIREITO PENAL. HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DE RECURSO ESPECIAL. DOSIMETRIA. PRIMARIEDADE. DETRAÇÃO. TEMAS NÃO ENFRENTADOS PELA CORTE DE ORIGEM. COGNIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. CONDENAÇÕES ANTERIORES. DECURSO DO PRAZO PREVISTO NO ART. 64, INCISO I, DO CÓDIGO PENAL. CONFIGURAÇÃO DE MAUS ANTECEDENTES. POSSIBILIDADE. JURISPRUDÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA. MAUS ANTECEDENTES. DEDICAÇÃO ÀS ATIVIDADES CRIMINOSAS. CIRCUNSTÂNCIAS QUE IMPEDEM A APLICAÇÃO DO ART. 33, §4º, DA LEI Nº 11.343/06. REGIME INICIAL FECHADO. CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL. QUANTIDADE DE DROGA APREENDIDA. ADEQUAÇÃO. SUBSTITUIÇÃO DE PENA. REQUISITO OBJETIVO NÃO PREENCHIDO. NÃO CONHECIMENTO.

[...]

5. Devidamente fundamentada a manutenção do regime inicial fechado, em razão da existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis e das circunstâncias do caso concreto, não há constrangimento ilegal a ser sanado.

6. 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 alcançado 5 anos e 6 meses de reclusão, não é possível a pretendida substituição.

7. Habeas corpus não conhecido.

(HC 354.928/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 01/09/2016, DJe 12/09/2016)

Com relação à violação ao art. 387, § 2º, do CPP, a defesa



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

pleiteia pela aplicação da detração penal "de modo que seja considerado período em que os Recorrentes já estiveram presos quando da fixação do regime inicial".

No que concerne ao referido instituto, tem-se que o sentenciante analisou a detração e assim decidiu (fl. 322):

Ressalto que considerado o tempo de prisão cautelar, nos termos do art. 387, §2º, do CPP, com redação dada pela Lei n. 12.736/12, não há alteração nos parâmetros para fixação do regime inicial que foi deferido em razão das circunstâncias desfavoráveis ao réu.

A Corte a quo, por sua vez, manifestou-se nos seguintes termos (fl. 445):

Ressalto que, considerado o tempo de prisão cautelar, nos termos do art. 387, § 2º, do Código de Processo Penal, com redação dada pela Lei n.º 12.736/12, não há alteração nos parâmetros para fixação do regime inicial.

Analizando o pleito defensivo, entendo que a consideração do tempo de prisão provisória para a progressão do regime prisional deverá ser oportunamente apreciada na fase própria da execução da pena, momento em que, ademais, viabilizar-se-á a aferição quanto à presença de todos os requisitos, subjetivos e objetivos, necessários ao deferimento do pretendido benefício.

Quanto à pretendida detração prevista no art. 387, § 2º, do CPP, anote-se que a jurisprudência desta Corte firmou o entendimento no sentido de que o instituto se refere à fixação de regime inicial de cumprimento de pena, a ser imposto pelo Juízo da condenação por ocasião da sentença, oportunidade na qual se computará o período em que o condenado permaneceu preso provisoriamente para fins de escolha do modo inicial de execução da sanção privativa de liberdade, por intenção e determinação do legislador (AgRg no AREsp 652.915/DF, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 01/03/2016, DJe 09/03/2016), de modo que não se cuida de progressão de regime, instituto da execução da pena.

Observa-se no presente caso, que a sentença e o acórdão de apelação, ao analisarem a aplicação da detração penal, afirmaram que não "haveria alteração nos parâmetros para a fixação do regime inicial". E ao assim proceder, não se pode entender que houve violação ao art. 387, § 2º, do CPP.

Isso porque, as penas finais restaram acima de 4 anos de reclusão, com a fixação da sanção inicial acima do mínimo legal, estando, portanto, presentes os requisitos que autorizam a escolha do regime inicial mais gravoso, qual seja, o fechado.

Ademais, nota-se que o crime ocorreu em 03/08/2014 (fl. 125),



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

tendo a sentença sido proferida em 17/03/2015 (fl. 325), e o acórdão em 14/09/2015 (fl. 449). Considerando-se, hipoteticamente, que os recorrentes tenham ficado presos cautelarmente desde o cometimento do crime até a prolação do acórdão, tem-se o lapso temporal de 1 ano, 1 mês e 11 dias, tempo que, descontado das sanções finais fixadas, não teriam o condão de reduzi-las a patamar inferior a 4 anos de reclusão, não alterando, portanto, os parâmetros para a fixação do regime inicial, tal como afirmado expressamente pelas instâncias de origem.

Nesse mesmo sentido, o seguinte precedente:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. DESCABIMENTO. ROUBO SIMPLES. REGIME PRISIONAL MAIS GRAVOSO. CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. GRAVIDADE CONCRETA DO DELITO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. ART. 387, § 2º, DO CPP. DETRAÇÃO DO TEMPO DE PRISÃO CAUTELAR. IRRELEVÂNCIA PARA ALTERAÇÃO DO REGIME INICIAL. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

1. Diante da hipótese de habeas corpus substitutivo de recurso próprio, a impetração não deve ser conhecida segundo orientação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal - STF e do próprio Superior Tribunal de Justiça - STJ. Contudo, considerando as alegações expostas na inicial, razoável a análise do feito para verificar a existência de eventual constrangimento ilegal que justifique a concessão da ordem de ofício.

2. Firmou-se neste Tribunal a orientação de que é necessária a apresentação de motivação concreta para a fixação de regime mais gravoso, fundada nas circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal ou em outra situação que demonstre efetivamente um plus na gravidade do delito.

3. No caso dos autos, as instâncias ordinárias fixaram a pena-base acima do mínimo legal, tendo em vista a valoração negativa das circunstâncias do crime. Não olvidando que a reprimenda corporal tenha sido estabelecida em 4 anos de reclusão, o regime inicial semiaberto foi fixado a partir de motivação concreta extraída dos autos, exatamente nos termos do que dispõe o art. 33, §§ 2º e 3º do Código Penal.

4. É certo que o § 2º do art. 387 do Código de Processo Penal - CPP, acrescentado pela Lei n. 12.736/2012, determina que o tempo de segregação cautelar deve ser considerado na pena imposta, para o estabelecimento do regime prisional fixado pela sentença condenatória, não se confundindo com o instituto da progressão de regime, próprio da execução penal.

5. No presente caso, mostra-se inidônea a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

fundamentação utilizada pelas instâncias ordinárias, que atribuíram ao Juízo da Execução Penal a aplicação do instituto da detração prevista no art. 387, § 2º, do Código de Processo Penal - CPP. Todavia, inexiste, na hipótese, flagrante ilegalidade apta a ensejar a concessão da ordem no tocante à detração do tempo de prisão cautelar do paciente para fixação do regime inicial, pois ainda que descontado o período de prisão cautelar da pena privativa de liberdade imposta - 4 (quatro) anos de reclusão -, não haveria alteração do regime inicial fixado, tendo em vista a presença de circunstância judicial desfavorável.

- Habeas corpus não conhecido.

(HC 331.678/SP, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 24/05/2016, DJe 02/06/2016)

Ante o exposto, nego provimento ao recurso.

Publique-se.

Intimem-se.

Oportuno destacar que a matéria relativa à substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direito apenas foi veiculada no presente recurso, não merecendo análise, eis que vedada inovação recursal em sede de agravo regimental.

Deve ser mantida, portanto, a decisão agravada, eis que o que se pretende, ao fim, é a rediscussão de matéria enfrentada, com a consequente modificação do que já decidido.

Ante o exposto, nego provimento ao agravo regimental.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2015/0315058-1

AgRg no
AREsp 828.022 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00058154120144036119 021214 02122014 201461190058158 2015269904
58154120144036119 62994

PAUTA: 27/06/2017

JULGADO: 27/06/2017

Relator

Exmo. Sr. Ministro **NEFI CORDEIRO**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. OSWALDO JOSÉ BARBOSA SILVA

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

AGRAVANTE : OBIDIKE JONATHAN UCHECHUKWU
AGRAVANTE : NDUKA KELVIN OKOYE
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 : OBIDIKE JONATHAN UCHECHUKWU
AGRAVANTE : NDUKA KELVIN OKOYE
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, 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.