



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no AGRADO EM RECURSO ESPECIAL Nº 749.513 - SP (2015/0176505-7)

RELATOR : MINISTRO NEFI CORDEIRO
AGRAVANTE : FRANCOIS MASAKALA NKAYILU (PRESO)
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

EMENTA

PENAL. AGRADO REGIMENTAL NO AGRADO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO INTERNACIONAL DE DROGAS. DOSIMETRIA. MINORANTE DO ART. 33, § 4º, DA LEI 11.343/2006. DEDICAÇÃO À ATIVIDADE CRIMINOSA. RECONHECIMENTO PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. SÚMULA 7/STJ. AGRADO REGIMENTAL IMPROVIDO.

1. Reconhecido pelo Tribunal *a quo*, com base nos elementos fático-probatórios dos autos, a dedicação à atividade criminosa voltada ao comércio de drogas, inviável a aplicação da minorante, diante do não preenchimento dos requisitos previstos no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/06. Incidência da Súmula 7/STJ.
2. Agrado regimental improvido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, negar provimento ao agrado regimental, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Antonio Saldanha Palheiro, Maria Thereza de Assis Moura, Sebastião Reis Júnior e Rogerio Schietti Cruz votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília, 22 de novembro de 2016(Data do Julgamento)

MINISTRO NEFI CORDEIRO
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no AGRADO EM RECURSO ESPECIAL Nº 749.513 - SP (2015/0176505-7)

RELATOR : MINISTRO NEFI CORDEIRO
AGRAVANTE : FRANCOIS MASAKALA NKAYILU (PRESO)
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

RELATÓRIO

EXMO. SR. MINISTRO NEFI CORDEIRO:

FRANÇOIS MASAKALA NKAYILU interpõe agravo regimental em face de decisão que negou provimento ao agravo em recurso especial.

Em suas razões, argumenta que a análise das razões do recurso especial não demanda reexame de provas, mas mera reavaliação jurídica de fatos incontroversos.

Sustenta que não há fundamentação válida para a não aplicação da minorante do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 no patamar máximo de 2/3. Por consequência, requesta pela fixação do regime aberto e pela substituição da pena privativa de liberdade por sanções restritivas.

Quanto ao regime, aduz que, apesar do teor da Súmula 512/STJ, o Plenário do Supremo Tribunal Federal considerou que o delito de tráfico privilegiado não tem natureza hedionda (HC n. 118.533/MS).

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

Intimada, a parte agravada apresentou contraminuta às fls. 507/517.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no AGRADO EM RECURSO ESPECIAL Nº 749.513 - SP (2015/0176505-7)

VOTO

EXMO. SR. MINISTRO NEFI CORDEIRO (Relator):

Consta nos autos que o agravante foi condenado à pena de 5 anos e 10 meses de reclusão, em regime fechado, e 583 dias-multa, como incurso no art. 33, *caput*, c/c o art. 40, I, da Lei n. 11.343/2006.

A minorante do § 4º da Lei de Drogas não foi reconhecida pelas instâncias ordinárias, conforme os seguintes fundamentos do acórdão recorrido (fl. 360):

Na terceira fase de aplicação da pena, o magistrado sentenciante não reconheceu a causa de diminuição prevista no artigo 33, §4º, da Lei n.º 11.343/06. Nesse aspecto, pugna o réu seja reconhecida a referida causa de diminuição por entender que preenche os requisitos legais.

O mencionado dispositivo prevê a redução de 1/6 a 2/3 para o agente que seja primário, possua bons antecedentes e não se dedique a atividades criminosas nem integre organização criminosa.

O dispositivo foi criado a fim de facultar ao julgador ajustar a aplicação e a individualização da pena às múltiplas condutas envolvidas no tráfico de drogas, notadamente o internacional, porquanto não seria razoável tratar o traficante primário, ou mesmo as "mulas", com a mesma carga punitiva a ser aplicada aos principais responsáveis pela organização criminosa que atuam na prática deste ilícito penal.

Dos elementos coligidos nos autos, constata-se o envolvimento do réu com o tráfico de entorpecentes não foi ocasional.

Ele mesmo admitiu em seu interrogatório judicial que esteve no Brasil em 2009, quando também foi preso e cumpriu pena por tráfico de entorpecentes.

Ademais, os rendimentos mensais declarados pelo réu (cem dólares), não são compatíveis com seus gastos, já que ele informou ter trazido \$5.000,00 (cinco mil dólares), em espécie, para o Brasil, além de ter pago \$1.900,00 (mil e novecentos dólares) pela passagem.

Assim, as declarações prestadas pelo réu em juízo (mídia fl. 155) indicam sua dedicação a atividades criminosas, o que afasta a aplicação da causa de diminuição pretendida.

[...]

Por conseguinte, a pena resta definitivamente fixada em 5 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão, e 583 (quinhentos e oitenta e três) dias-multa, cada um fixado em 1/30 do salário mínimo vigente na data dos fatos.

Como visto, o Tribunal *a quo* afastou a incidência da causa especial de diminuição de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

pena prevista no § 4º do artigo 33 da Lei de Drogas, por entender que o agravante se dedicava à atividade criminosa voltada ao comércio de drogas, e, para tanto, indicou elementos concretos extraídos dos autos, notadamente o fato de admitir, no interrogatório judicial, que esteve no Brasil em 2009 quando foi preso e cumpriu pena por tráfico de entorpecentes, além da incompatibilidade entre seus gastos e os rendimentos mensais declarados.

Tais circunstâncias são suficientes para afastar a benesse pretendida, não havendo falar inidoneidade dos fundamentos adotados no acórdão recorrido e, pois, em violação ao art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06.

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

Confira-se, a propósito, o seguinte precedente:

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

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

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

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

4. No caso concreto, o Tribunal de origem expressamente



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

fundamentou a majoração da pena-base em 10 meses, considerando, em especial, a quantidade e a qualidade da droga apreendida - 2.498 gramas de cocaína -, nos termos do art. 42 da Lei 11.343/2006, não se mostrando desproporcional ou desarrazoada, porquanto fundamentada a fração em elementos concretos e dentro do critério da discricionariedade vinculada do julgador.

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

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

Não verifico a arguida ilegalidade na fixação do regime fechado, tendo em vista que a pena-base foi fixada acima do mínimo legal com base na natureza e quantidade de substância entorpecente apreendida, isto é, 3.349g de cocaína, o que já justifica o recrudescimento do regime (arts. 33, §§ 2º e 3º, c/c o art. 59 do CP).

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

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2015/0176505-7

AgRg no
AREsp 749.513 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00012694020144036119 00332014 12694020144036119 2011461190012699
201502003514 2015127197 2015149938 34812014 61063

PAUTA: 22/11/2016

JULGADO: 22/11/2016

Relator

Exmo. Sr. Ministro **NEFI CORDEIRO**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. ROBERTO LUIS OPPERMANN THOMÉ

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

AGRAVANTE : FRANCOIS MASAKALA NKAYILU (PRESO)
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 : FRANCOIS MASAKALA NKAYILU (PRESO)
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

CERTIDÃO

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

A Sexta Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Antonio Saldanha Palheiro, Maria Thereza de Assis Moura, Sebastião Reis Júnior e Rogerio Schietti Cruz votaram com o Sr. Ministro Relator.