AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 1.373.622 - SP (2013/0092897-4)

RELATOR	**:**	**MINISTRO MARCO AURÉLIO BELLIZZE**
AGRAVANTE	:	HAYET MAROUAN EP ABIDI
ADVOGADO	:	ESDRAS DOS SANTOS CARVALHO - DEFENSOR PÚBLICO DA UNIÃO
AGRAVADO	:	MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

EMENTA

AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. **1.** TRÁFICO INTERNACIONAL DE DROGAS. DOSIMETRIA DA PENA. **2.** PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL, EM RAZÃO DA NATUREZA E DA QUANTIDADE DA DROGA. POSSIBILIDADE, NOS TERMOS DO ART. 42 DA LEI Nº 11.343/06. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO ART. 33, § 4º, DA LEI DE DROGAS. **3.** DELAÇÃO PREMIADA. INCIDÊNCIA. NECESSIDADE DO REEXAME DE PROVA. SÚMULA 7/STJ. **4.** QUANTIDADE DE DROGA QUE AUTORIZA O ESTABELECIMENTO DE REGIME PRISIONAL MAIS GRAVOSO. **5.** AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.

1. O réu não tem direito a uma pena mínima ou a determinada pena, nos aspectos quantitativos ou qualitativos, mas sim direito à pena aplicada de forma fundamentada pelo julgador, no exercício de sua discricionariedade motivada prevista na legislação, tarefa de atribuição exclusiva das instâncias ordinárias, não cabendo a esta Corte – cujo papel é de uniformização da interpretação do direito federal –, imiscuir-se em tais questões, salvo nos casos de evidente violação à norma infraconstitucional.

2. A pena-base foi elevada acima do mínimo legal, especialmente devido à natureza e à quantidade da droga apreendida – 2,333 kg de cocaína –, fator que, de acordo com o art. 42 da Lei n. 11.343/2006, é preponderante para a fixação das penas no tráfico de entorpecentes, inclusive na aplicação da causa de diminuição do art. 33, § 4º, da Lei de Drogas.

3. A pretensão do reconhecimento da delação premiada demanda reexame de prova, incabível em recurso especial, nos termos do verbete nº 7 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça.

4. No tocante ao regime prisional, a existência de circunstância judicial negativa (grande quantidade de droga) autoriza o estabelecimento de regime prisional inicial mais gravoso, nos termos do art. 33, § 3º, do CP.

5. Agravo regimental a que se nega provimento.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, negar provimento ao agravo regimental.

Os Srs. Ministros Moura Ribeiro, Regina Helena Costa, Laurita Vaz e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 1º de outubro de 2013 (data do julgamento).

MINISTRO MARCO AURÉLIO BELLIZZE, Relator

AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 1.373.622 - SP (2013/0092897-4)

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO BELLIZZE:

Trata-se de agravo regimental interposto por Hayet Marouan Ep Abidi contra decisão monocrática, de minha lavra, que negou seguimento ao recurso especial nos seguintes termos:

> RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO INTERNACIONAL DE DROGAS. DOSIMETRIA DA PENA. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL, EM RAZÃO DA NATUREZA E DA QUANTIDADE DA DROGA. POSSIBILIDADE, NOS TERMOS DO ART. 42 DA LEI 11.343/06. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO ART. 33, § 4º, DA LEI DE DROGAS. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. TRANSNACIONALIDADE. ADOÇÃO DA FRAÇÃO DE 1/3 DE AUMENTO DIANTE DAS PECULIARIDADE DO CRIME. POSSIBILIDADE. DELAÇÃO PREMIADA. INCIDÊNCIA. NECESSIDADE DO REEXAME DE PROVA. SÚMULA 7/STJ. QUANTIDADE DE DROGA QUE AUTORIZA O ESTABELECIMENTO DE REGIME PRISIONAL MAIS GRAVOSO. 1. O réu não tem direito à uma pena mínima ou à determinada pena, nos aspectos quantitativos ou qualitativos, mas sim direito à pena aplicada de forma fundamentada pelo julgador, no exercício de sua discricionariedade motivada prevista na legislação, tarefa de atribuição exclusiva das instâncias ordinárias, não cabendo a esta Corte - cujo papel é de uniformização da interpretação do direito federal -, imiscuir-se em tais questões, salvo nos casos de evidente violação à norma infraconstitucional. 2. A pena-base foi elevada acima do mínimo legal, especialmente devido à natureza e à quantidade da droga apreendida, vale dizer, 2,333 kg de cocaína, fator que, de acordo com o art. 42 da Lei 11.343/2006, é preponderante para a fixação das penas no tráfico de entorpecentes, inclusive na aplicação da causa de diminuição do art. 33, § 4º, da Lei de Drogas. 3. A aplicação da causa de aumento decorrente da transnacionalidade foi devidamente fundamentada, com base nas peculiaridades do caso concreto, pois a grande distância e a quantidade de países percorridos pela ré demonstram maior planejamento e complexidade do crime, autorizando a aplicação da fração de aumento no patamar de 1/3. 4. A pretensão do reconhecimento da delação premiada demanda reexame de prova, incabível em sede de recurso especial, nos termos da Súmula 7/STJ. 5. No tocante ao regime prisional, a existência de circunstância judicial negativa (grande quantidade de droga) autoriza o estabelecimento de regime prisional inicial mais gravoso, nos termos do art. 33, § 3º, do CP. 6. Recurso especial a que se nega seguimento.

Alega o agravante, em síntese, que faz jus à aplicação da pena-base no mínimo legal, haja vista inexistir circunstância que justifique a exasperação da pena, bem como a fixação da redutora no seu grau máximo. Outrossim, insurge-se contra a não incidência da delação premiada e assevera fazer jus ao regime de cumprimento da pena diverso do fechado, bem como à substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

Pugna, assim, pela reconsideração da decisão monocrática ou pela submissão do pleito ao órgão colegiado.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO BELLIZZE (RELATOR):

A insurgência não merece prosperar.

Com efeito, no que se refere à dosimetria da pena-base, consta do acórdão recorrido que (fls. 365/366):

> [...]. A dosimetria da pena, igualmente, não merece reparos. Na primeira fase do cálculo, acha-se plenamente justificada a exasperação da pena-base para além do mínimo legal, haja vista a natureza da droga. Deveras, cuidando-se de cocaína, droga de elevado potencial nocivo e entorpecente, capaz, em muitos casos, de até mesmo matar o usuário, é dado ao juiz fixar a pena-base em 6 (seis) anos de reclusão, acima do mínimo legal, nos termos do artigo 42 da Lei n.º 11.343/2006. Inexistem atenuantes e agravantes a serem consideradas. Na terceira fase do cálculo, a defesa insurge-se quanto à fração de aumento decorrente da causa prevista no art. 40, inc. I, da Lei nº 11.343/2006, no que, *data venia*, não lhe assiste razão. Deveras, a fração de um sexto deve ser reservada para o tráfico entre países vizinhos, com pequenos trechos percorridos ou a percorrer e, por consequência, com menor exposição a risco do bem jurídico tutelado pela norma. A maior distância pressupõe planejamento detalhado, mais firme determinação em praticar o crime e maior disposição do agente em enfrentar riscos, justificando-se a aplicação da fração de 1/3 (um terço). A ré deslocou-se para o Brasil com a finalidade específica de perpetrar o tráfico e por muito pouco não conseguiu deixar o país de posse da droga. No que concerne à causa de diminuição de pena prevista no § 4º do artigo 33 da Lei n.º 11.343/2006, entendeu o MM. Juiz de primeiro grau aplicar o benefício, porém em sua fração mínima, ponto que, igualmente, merece ser mantido. É certo que o Supremo Tribunal Federal tem precedentes no sentido de não aplicar o benefício em favor das comumente chamadas "mulas"; mas também é certo que, em sede de apelação da defesa, a r. sentença não pode ser reformada em detrimento da acusada. Além disso, há inúmeros precedentes da Turma no sentido de conferir a aludida redução de pena - ainda que na fração mínima - a casos como o dos autos. De fato. Ainda que se admita que a ré não integrasse, em caráter estável e permanente, a organização criminosa, na melhor das hipóteses ela tinha ciência de estar a serviços de um grupo dessa natureza, seja pela complexidade da operação, seja pela multiplicidade de pessoas envolvidas, seja pela divisão de tarefas, seja, ainda, pela magnitude do tráfico. Assim, colocando-se em situação muito próxima àquela que lhe subtrairia

> direito ao benefício, a ré faz jus, no máximo, à redução de um sexto. Portanto, deve ser confirmada a sanção calculada em primeira instância. [...].

Como visto, o aumento na pena-base foi devidamente fundamentado em razão da presença de circunstância judicial negativa, notadamente a quantidade da droga apreendida – 2,333 kg (dois quilos trezentos e trinta e três gramas) de cocaína –, que, ao contrário do sustentado pelo recorrente, mostrou-se excessiva, além de ser de alto poder nocivo, não havendo, portanto, violação do art. 59 do Código Penal, tampouco do art. 42 da Lei de Drogas.

Registre-se que esta Corte tem considerado quantidades bastantes inferiores de droga para justificar o aumento da pena-base, nos termos do art. 42 da Lei nº 11.343/06:

> Verificado que as instâncias ordinárias levaram especialmente em consideração a natureza e a quantidade de droga apreendida - 259 gramas de cocaína -, não há que se falar em constrangimento ilegal quando a sanção básica foi fixada um pouco acima do mínimo legalmente previsto, vez que apontados fundamentos concretos a justificar maior reprimenda. (HC nº 188.578/SP, relator o Ministro **Jorge Mussi**, DJe de 1/8/2012)

Da mesma forma, a aplicação da causa de diminuição de pena, prevista no art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, no patamar de 1/6 (um sexto), está perfeitamente adequada com as circunstâncias do crime, que evidenciam o fato de o réu ter exercido papel importante para a distribuição de droga para uma organização criminosa.

Ademais, cabe frisar que a diretriz imposta pelo art. 42 da Lei n. 11.343/2006, a saber, preponderância da natureza e quantidade da droga, também deve ser observada na aplicação do redutor do art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/2006, sem que isso configure violação ao princípio do **non bis in idem**. Trata-se apenas da utilização da mesma regra em finalidades e momentos distintos.

A propósito:

> O art. 42 da Lei n.º 11.343/2006 impõe ao Juiz considerar, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da droga, tanto na fixação da pena-base quanto na aplicação da causa de diminuição de pena prevista no § 4.º do art. 33 da nova Lei de Drogas. (HC nº 156.060/SP, relatora a **Ministra Laurita** Vaz, DJe 2.12.2011)

Quanto à delação premiada, a despeito de a ré ter fornecido informações para a investigação, tem-se que, conforme assentado pelas instâncias ordinárias, tais elementos não foram suficientes, por si sós, para a identificação dos demais coautores e partícipes, sendo que a pretensão em sentido contrário demandaria reexame de prova, incabível em recurso especial, nos termos do enunciado nº 7 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça.

No mesmo sentido:

> O Tribunal **a quo**, com base no acervo fático-probatório, afastou a configuração da delação premiada, fazendo incidir o óbice da Súmula/STJ a desconstituição de tal entendimento. (AgRg no AREsp 311.577/CE, Relator o Ministro **CAMPOS MARQUES** (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/PR), DJe 1/7/2013).

No tocante ao regime prisional, não obstante a inconstitucionalidade do art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/90, verifica-se que o Tribunal de origem consignou ser insuficiente o regime semiaberto, em virtude "das circunstâncais judiciais desfavoráveis" (grande quantidade de droga), nos termos do art. 33, § 3º, do CP.

Ante o exposto, nego provimento ao agravo regimental.

É como voto.

CERTIDÃO DE JULGAMENTO
QUINTA TURMA

Número Registro: 2013/0092897-4

AgRg no REsp 1.373.622 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 167338820104036105 1673388201040361059 201061050167334 910242010

EM MESA JULGADO: 01/10/2013

Relator
Exmo. Sr. Ministro **MARCO AURÉLIO BELLIZZE**

Presidente da Sessão
Exmo. Sr. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE

Subprocurador-Geral da República
Exmo. Sr. Dr. ALCIDES MARTINS

Secretário
Bel. LAURO ROCHA REIS

AUTUAÇÃO

RECORRENTE	:	HAYET MAROUAN EP ABIDI
ADVOGADO	:	DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO
RECORRIDO	:	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	:	HAYET MAROUAN EP ABIDI
ADVOGADO	:	ESDRAS DOS SANTOS CARVALHO - DEFENSOR PÚBLICO 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 Moura Ribeiro, Regina Helena Costa, Laurita Vaz e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.