



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 418.868 - SP (2013/0356955-5)

RELATOR : **MINISTRO MOURA RIBEIRO**
AGRAVANTE : ALI ZAKARI
ADVOGADO : FERNANDO MAURO BARBOSA DE OLIVEIRA JUNIOR -
DEFENSOR PÚBLICO DA UNIÃO
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

EMENTA

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. PENA-BASE. ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. NATUREZA E QUANTIDADE DA DROGA. PREPONDERÂNCIA. ART. 42, DA LEI Nº 11.343/06. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA. ART. 33, § 4º, DA LEI ANTIDROGAS. PLEITO PELA APLICAÇÃO NO PATAMAR MÁXIMO. INVIABILIDADE. DEDICAÇÃO À ATIVIDADES CRIMINOSAS. REEXAME FÁTICO E PROBATÓRIO. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 7/STJ. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITO. NÃO CONHECIMENTO. NÃO PREENCHIMENTO DO REQUISITO PREVISTO NO ART. 44, I, DO CP. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

1. A pena base foi fixada um pouco acima do mínimo legal considerando a natureza e a quantidade de droga apreendida - três mil, oitocentos e vinte e dois gramas de cocaína -, o que consoa com o entendimento da 5ª Turma de que "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 Tóxicos" (HC 273.812/AC, Rel. Ministra LAURITA VAZ, DJe de 25/11/2013).

2. Na vertente da Excelsa Corte, as Turmas criminais do Superior Tribunal de Justiça entendem que o julgador, ao reconhecer que o réu faz jus à aludida causa especial de redução da pena, deve aplicar a minorante dentro dos graus balizadores estipulados no mencionado dispositivo legal, levando em consideração os elementos concretos coligidos aos autos, com preponderância da natureza, da diversidade e da quantidade dos entorpecentes apreendidos, haja vista o disposto no art. 42 da mesma lei, objetivando atender aos fins da reprimenda, bem como aos princípios da discricionariedade vinculada e da individualização da pena.

3. Na hipótese dos autos, as instâncias ordinárias concluíram que, além da natureza e da quantidade da droga apreendida, não estão presentes os requisitos para a aplicação da causa de diminuição descrita no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, em razão de uma peculiaridade na espécie que impede sua



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

concessão, qual seja, a apresentação de passaporte ideologicamente falso quando de sua tentativa de embarque no voo da South African Airways com destino para Johannesburgo/África do Sul. O Tribunal de origem destacou que, não havendo elementos para averiguar sua verdadeira identidade, impossível a verificação dos seus antecedentes, considerando, assim, que esse tipo de recurso de ocultação é típico de criminosos habituais.

4. O Eg. Tribunal a quo, com base no acervo fático-probatório, concluiu que o acusado se dedicava à atividades criminosas, o que faz incidir o óbice da Súmula 7, STJ a desconstituição de tal entendimento.

5. Incabível o conhecimento do pedido de substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direito, tendo em vista o não preenchimento do requisito previsto no art. 44, I, do Código Penal, em razão da manutenção da pena acima de 4 (quatro) anos.

6. Agravo regimental não provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Senhores Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, em negar provimento ao agravo regimental.

Os Srs. Ministros Regina Helena Costa, Laurita Vaz, Jorge Mussi e Marco Aurélio Bellizze votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília, 06 de fevereiro de 2014(Data do Julgamento)

MINISTRO MOURA RIBEIRO
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 418.868 - SP (2013/0356955-5)

RELATOR : **MINISTRO MOURA RIBEIRO**
AGRAVANTE : ALI ZAKARI
ADVOGADO : FERNANDO MAURO BARBOSA DE OLIVEIRA JUNIOR -
DEFENSOR PÚBLICO DA UNIÃO
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO MOURA RIBEIRO:

Trata-se de agravo regimental interposto por ALI ZAKARI contra decisão monocrática da minha lavra, que negou provimento ao agravo em recurso especial, por entender correta a fixação da pena-base pelo Tribunal de origem com amparo na preponderância da quantidade e natureza da droga apreendida, incidindo, ainda, o óbice da Súmula 7, do STJ no tocante à existência de provas de sua participação em organização criminosa.

Busca o agravante a reforma do *decisum* sustentando, em síntese, que a pretensão não busca o reexame fático-probatório, visto que sua pena-base foi fixada acima do mínimo legal em razão da quantidade da droga, o que não guarda proporcionalidade e razoabilidade na individualização da pena. Assevera, nesse sentido, que foi reconhecido como "mula", mas faz jus a causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei Antidrogas, em seu grau máximo, considerando sua primariedade e a ausência de antecedentes criminais. Ademais, defende que não pode haver presunção de que participava de organização criminosa ou de que houvesse dedicação à atividades criminosas exclusivamente no fato de ter apresentado passaporte falso quando do seu embarque no voo da South African Airways para Johannesburgo/África do Sul. Destaca, dessa forma, que não existem provas de que participasse de organização criminosa ou de que houvesse dedicação à prática de atividades ilícitas.

É o sucinto relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 418.868 - SP (2013/0356955-5)

RELATOR : **MINISTRO MOURA RIBEIRO**
AGRAVANTE : ALI ZAKARI
ADVOGADO : FERNANDO MAURO BARBOSA DE OLIVEIRA JUNIOR -
DEFENSOR PÚBLICO DA UNIÃO
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

EMENTA

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. PENA-BASE. ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. NATUREZA E QUANTIDADE DA DROGA. PREPONDERÂNCIA. ART. 42, DA LEI Nº 11.343/06. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA. ART. 33, § 4º, DA LEI ANTIDROGAS. PLEITO PELA APLICAÇÃO NO PATAMAR MÁXIMO. INVIABILIDADE. DEDICAÇÃO À ATIVIDADES CRIMINOSAS. REEXAME FÁTICO E PROBATÓRIO. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 7/STJ. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITO. NÃO CONHECIMENTO. NÃO PREENCHIMENTO DO REQUISITO PREVISTO NO ART. 44, I, DO CP. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

1. A pena base foi fixada um pouco acima do mínimo legal considerando a natureza e a quantidade de droga apreendida - três mil, oitocentos e vinte e dois gramas de cocaína -, o que consoa com o entendimento da 5ª Turma de que "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 Tóxicos" (HC 273.812/AC, Rel. Ministra LAURITA VAZ, DJe de 25/11/2013).

2. Na vertente da Excelsa Corte, as Turmas criminais do Superior Tribunal de Justiça entendem que o julgador, ao reconhecer que o réu faz jus à aludida causa especial de redução da pena, deve aplicar a minorante dentro dos graus balizadores estipulados no mencionado dispositivo legal, levando em consideração os elementos concretos coligidos aos autos, com preponderância da natureza, da diversidade e da quantidade dos entorpecentes apreendidos, haja vista o disposto no art. 42 da mesma lei, objetivando atender aos fins da reprimenda, bem como aos princípios da discricionariedade vinculada e da individualização da pena.

3. Na hipótese dos autos, as instâncias ordinárias concluíram que, além da natureza e da quantidade da droga apreendida, não estão presentes os requisitos para a aplicação da causa de diminuição descrita no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, em razão de uma peculiaridade na espécie que impede sua



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

concessão, qual seja, a apresentação de passaporte ideologicamente falso quando de sua tentativa de embarque no voo da South African Airways com destino para Johannesburg/África do Sul. O Tribunal de origem destacou que, não havendo elementos para averiguar sua verdadeira identidade, impossível a verificação dos seus antecedentes, considerando, assim, que esse tipo de recurso de ocultação é típico de criminosos habituais.

4. O Eg. Tribunal a quo, com base no acervo fático-probatório, concluiu que o acusado se dedicava à atividades criminosas, o que faz incidir o óbice da Súmula 7, STJ a desconstituição de tal entendimento.

5. Incabível o conhecimento do pedido de substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direito, tendo em vista o não preenchimento do requisito previsto no art. 44, I, do Código Penal, em razão da manutenção da pena acima de 4 (quatro) anos.

6. Agravo regimental não provido.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 418.868 - SP (2013/0356955-5)

RELATOR : **MINISTRO MOURA RIBEIRO**
AGRAVANTE : ALI ZAKARI
ADVOGADO : FERNANDO MAURO BARBOSA DE OLIVEIRA JUNIOR -
DEFENSOR PÚBLICO DA UNIÃO
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

VOTO

O SENHOR MINISTRO MOURA RIBEIRO (Relator):

Extraio dos autos que o recorrente foi condenado, pela prática do delito previsto no art. 33, *caput*, c.c o art. 40, I, da Lei nº 11.343/06, à pena de 5 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão em regime inicial fechado, além do pagamento de 583 (quinhentos e oitenta e três) dias-multa. O Eg. Tribunal de origem apreciou a apelação defensiva e deu-lhe parcial provimento para fixar o regime inicial semiaberto para o cumprimento da reprimenda prisional.

De início, do exame dos autos, constato que a pena base foi fixada um pouco acima do mínimo legal considerando a natureza e a quantidade de droga apreendida - três mil, oitocentos e vinte e dois gramas de cocaína -, o que consoa com o entendimento da 5ª Turma de que *"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 Tóxicos"* (HC 273.812/AC, Rel. Ministra LAURITA VAZ, DJe de 25/11/2013).

Em igual sentido, segue o precedente:

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.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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.

(...)

5. Agravo regimental a que se nega provimento.

(AgRg no REsp 1373622/SP, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, Quinta Turma, DJe 09/10/2013)

No tocante à assertiva de que faz jus a incidência da causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei Antidrogas, em seu patamar máximo, observo que, acerca do tema, na vertente da Excelsa Corte, as Turmas criminais do Superior Tribunal de Justiça entendem que o julgador, ao reconhecer que o réu faz jus à aludida causa especial de redução da pena, deve aplicar a minorante dentro dos graus balizadores estipulados no mencionado dispositivo legal, levando em consideração os elementos concretos coligidos aos autos, com preponderância da natureza, da diversidade e da quantidade dos entorpecentes apreendidos, haja vista o disposto no art. 42 da mesma lei, objetivando atender aos fins da reprimenda, bem como aos princípios da discricionariedade vinculada e da individualização da pena.

Confira-se o seguinte precedente:

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI 11.343/2006. FRAÇÃO DO REDUTOR. DISCRICIONARIEDADE. CIRCUNSTÂNCIAS, NATUREZA E QUANTIDADE DE DROGA. REDUÇÃO INFERIOR AO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

MÁXIMO ACERTADA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL AUSENTE.

1. Tendo o legislador previsto apenas os pressupostos para a incidência do benefício legal, deixando, contudo, de estabelecer os parâmetros para a escolha entre a menor e a maior frações indicadas para a mitigação pela incidência do § 4º do art. 33 da nova Lei de Drogas, devem ser consideradas as circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do CP, a natureza e a quantidade da droga, a personalidade e a conduta social do agente.

2. Não há ilegalidade na aplicação do redutor no percentual de 1/6 (um sexto), de acordo com o previsto nos arts. 42 da Lei 11.343/06 e 59 do CP, dadas a quantidade e a natureza da substância entorpecente apreendida em poder do paciente - "cocaína" -, cuja lesividade é maior do que a de outras drogas, à exceção do crack. (...)

3. Ordem denegada, ficando prejudicado o habeas corpus no tocante ao pleito de substituição da pena reclusiva por restritiva de direito.

(HC 220.867/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, Quinta Turma, julgado em 18/09/2012, DJe 24/09/2012)

Entretanto, na hipótese dos autos, as instâncias ordinárias concluíram que, além da natureza e da quantidade da droga apreendida, não estão presentes os requisitos para a aplicação da causa de diminuição descrita no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, em razão de uma peculiaridade na espécie que impede sua concessão, qual seja, a apresentação de passaporte ideologicamente falso quando de sua tentativa de embarque no voo da South African Airways com destino para Johannesburgo/África do Sul. O Tribunal de origem destacou que, não havendo elementos para averiguar sua verdadeira identidade, impossível a verificação dos seus antecedentes, considerando, assim, que esse tipo de recurso de ocultação é típico de criminosos habituais. Por oportuno, transcrevo os seguintes excertos:

Da r. sentença condenatória (fl. 207):

É que a lei exige a prova de que o réu não se dedica a atividades criminosas nem faz do crime seu meio de vida. Mas a própria identidade do réu — essencial para que se afira estas



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

*circunstâncias — foi posta em dúvida com o laudo de fls. 63/69, que diz que seu passaporte é **falsificado**.*

*Evidentemente não é possível considerar a falsidade do passaporte na fixação da pena, pois o réu pode ser denunciado pelo crime em processo autônomo, o que redundaria em bis in idem. Mas a falsidade, enquanto circunstância **objetiva** no contexto do tráfico, leva à conclusão de que o réu provavelmente não é quem diz ser, pois é relativamente fácil obter passaporte pelos meios legais, e muito mais barato. A necessidade de obtenção de documento falso só pode, assim, ter por objetivo a ocultação da real identidade do portador ou contornar alguma restrição para entrar no Brasil. Em qualquer caso, não é possível saber com segurança se o réu já esteve no Brasil anteriormente e, portanto, se já cometeu o mesmo ou outro crime.*

Não se trata de presunção contra o réu, mas apenas de constatar se o réu preenche os requisitos para que seja agraciado com redução significativa da sua pena. Ausente prova segura de sua identidade, entendo que não é possível fazer essa avaliação e, desta forma, a redução de pena não deve incidir.

Do v. aresto recorrido (fls. 336/337):

Outrossim, não merece prosperar o recurso da defesa com vistas à aplicação a causa de diminuição prevista no § 4º, do art. 33, da Lei 11.343/06. Não obstante a análise parta sempre da presunção de que o réu preenche os requisitos para o benefício legal, há uma peculiaridade no caso em comento a ser destacada e que impede a sua concessão. Ocorre que o laudo pericial documentoscópico de fls. 63/69 atestou que o passaporte apresentado pelo acusado no check in é ideologicamente falso, de modo que não se sabe a sua verdadeira identidade. Tal constatação, além de demonstrar a sua dedicação a atividades criminosas, torna impossível a verificação dos antecedentes e da primariedade do réu, sendo certo a minorante é incompatível com o emprego desse tipo de recursos de ocultação, típico dos criminosos habituais.

Dessa forma, resta mantida a pena final dimensionada na



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

sentença recorrida, qual seja, 05 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão e 583 (quinhentos e oitenta e três) dias-multa, cada qual fixado no valor mínimo legal.

Nesse sentido, não é plausível nova análise do contexto probatório por parte desta Corte Superior, a qual não pode ser considerada uma terceira instância recursal a ponto de rever a conclusão do Tribunal *a quo* no sentido da dedicação do acusado à atividades criminosas, visto que referida vedação encontra respaldo na Súmula 7, desta Corte, *verbis*:

A pretensão de simples reexame de prova não enseja Recurso Especial.

A propósito:

*AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PENAL E PROCESSUAL PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. TESE DE VIOLAÇÃO AO ART. 187 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. COMANDO NORMATIVO INCAPAZ DE EMBASAR A TESE ARGUIDA. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4.º, DA LEI N.º 11.343/2006. PRETENDIDA APLICAÇÃO. REEXAME DE PROVAS. IMPOSSIBILIDADE. INCIDÊNCIA DA SÚMULA N.º 07 DESTA CORTE. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.
(...)*

3. Para a aplicação da causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4.º, da Lei n.º 11.343/06, é necessário que se trate de Réu primário, de bons antecedentes, que não se dedique a atividades criminosas e nem integre organização criminosa. Se a Corte de origem, soberana na análise de provas, concluiu que o Acusado se dedicava, com habitualidade, ao tráfico de drogas, a pretensão de revisão da recusa do benefício necessariamente esbarra no óbice da Súmula n.º 7 deste Superior Tribunal de Justiça.

4. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no AgRg no AREsp 87.756/MG, Rel. Ministra LAURITA VAZ, Quinta Turma, julgado em 22/05/2012, DJe 05/06/2012)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Por fim, no que concerne ao pedido de substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direito, incabível seu conhecimento, tendo em vista o não preenchimento do requisito previsto no art. 44, I, do Código Penal, em razão da manutenção da pena acima de 4 (quatro) anos.

Ante o exposto, **NEGO PROVIMENTO** ao agravo regimental.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2013/0356955-5 **PROCESSO ELETRÔNICO** **AgRg no AREsp 418.868 / SP**
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00038007020124036119 201261190038000 38007020124036119

EM MESA

JULGADO: 06/02/2014

Relator

Exmo. Sr. Ministro **MOURA RIBEIRO**

Presidente da Sessão

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

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **BRASILINO PEREIRA DOS SANTOS**

Secretário

Bel. **LAURO ROCHA REIS**

AUTUAÇÃO

AGRAVANTE : ALI ZAKARI
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 : ALI ZAKARI
ADVOGADO : FERNANDO MAURO BARBOSA DE OLIVEIRA JUNIOR - 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 Regina Helena Costa, Laurita Vaz, Jorge Mussi e Marco Aurélio Bellizze votaram com o Sr. Ministro Relator.