



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 1.447.951 - SP (2014/0083656-7)

RELATORA : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
AGRAVANTE : CHRISTINE KOUAME OUTEIRINO
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

EMENTA

PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. VIOLAÇÃO DO ART. 33, § 4º DA LEI Nº 11.343/2006. APLICAÇÃO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA. REEXAME DE MATÉRIA FÁTICA E PROBATÓRIA. INVIABILIDADE. SÚMULA 7/STJ. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. REPRIMENDA SUPERIOR A 4 (QUATRO) ANOS. FIXAÇÃO DE REGIME DIVERSO DO FECHADO. PREQUESTIONAMENTO. AUSÊNCIA. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

1. É vedado em sede de recurso especial o reexame de matéria fático-probatória, nos termos do enunciado da Súmula 7/STJ.

2. 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 (quatro) anos. Na espécie, tendo a reprimenda final alcançado 5 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão, não é possível a pretendida substituição.

3. É condição *sine qua non* ao conhecimento do especial que o acórdão recorrido tenha emitido juízo de valor expresso sobre a tese jurídica que se busca discutir na instância excepcional, sob pena de ausência de pressuposto processual específico do recurso especial, o prequestionamento. Inteligência dos enunciados 282 e 356/STF.

4. Agravo regimental a que se nega provimento.

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: A Sexta Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo regimental, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Os Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior (Presidente), Rogerio Schietti Cruz, Nefi Cordeiro e Ericson Maranhão (Desembargador convocado do TJ/SP) votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Brasília, 04 de novembro de 2014(Data do Julgamento)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Ministra Maria Thereza de Assis Moura
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 1.447.951 - SP (2014/0083656-7)

RELATORA : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
AGRAVANTE : CHRISTINE KOUAME OUTEIRINO
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

RELATÓRIO

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA:

Trata-se de agravo regimental interposto por CHRISTINE KOUAME OUTEIRINO contra decisão monocrática de minha relatoria, por meio da qual neguei seguimento ao recurso especial da defesa, mantendo assim a condenação da agravante à pena de 5 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão, em regime inicial fechado, e pagamento de 583 (quinhentos e oitenta e três) dias-multa, ante a prática do crime previsto no art. 33, *caput*, c/c o art. 40, I, da Lei n.º 11.343/06. O *decisum* monocrático ficou assim ementado (fl. 629):

RECURSO ESPECIAL. PENAL E PROCESSUAL PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. RECONHECIMENTO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI N.º 11.343/06. SÚMULA 7/STJ. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. REPRIMENDA SUPERIOR A 4 (QUATRO) ANOS. AUSÊNCIA DO REQUISITO OBJETIVO. REGIME DIVERSO DO FECHADO. PREQUESTIONAMENTO. AUSÊNCIA. NEGADO SEGUIMENTO.

A agravante sustenta que a análise quanto à incidência da causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, não demanda reexame das provas dos autos, observando que tem direito subjetivo ao seu reconhecimento ante sua primariedade, por possuir bons antecedentes, não integrar organização criminosa e nem se dedicar à prática de atividades ilícitas.

Pondera que uma vez reconhecida a minorante do art. 33, § 4º, da Lei Antitóxicos em 2/3 (dois terços), restará a pena da agravante firmada abaixo de 4 (quatro) anos de reclusão, possibilitando, assim, a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

Aduz que a fixação de regime diverso do fechado foi implicitamente analisada pela Corte *a quo*, não incidindo, assim, os óbices constantes das Súmulas 282 e 356 do Supremo Tribunal Federal, devendo-se fixar o regime aberto no caso *sub examine*.

Requer a reconsideração da decisão agravada ou que o feito seja submetido à apreciação da Turma para provimento integral do recurso especial.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 1.447.951 - SP (2014/0083656-7)

EMENTA

PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. VIOLAÇÃO DO ART. 33, § 4º DA LEI Nº 11.343/2006. APLICAÇÃO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA. REEXAME DE MATÉRIA FÁTICA E PROBATÓRIA. INVIABILIDADE. SÚMULA 7/STJ. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. REPRIMENDA SUPERIOR A 4 (QUATRO) ANOS. FIXAÇÃO DE REGIME DIVERSO DO FECHADO. PREQUESTIONAMENTO. AUSÊNCIA. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

1. É vedado em sede de recurso especial o reexame de matéria fático-probatória, nos termos do enunciado da Súmula 7/STJ.

2. 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 (quatro) anos. Na espécie, tendo a reprimenda final alcançado 5 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão, não é possível a pretendida substituição.

3. É condição *sine qua non* ao conhecimento do especial que o acórdão recorrido tenha emitido juízo de valor expresso sobre a tese jurídica que se busca discutir na instância excepcional, sob pena de ausência de pressuposto processual específico do recurso especial, o prequestionamento. Inteligência dos enunciados 282 e 356/STF.

4. Agravo regimental a que se nega provimento.

VOTO

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA (Relatora):

O presente agravo regimental não comporta provimento.

A agravante pretende o reconhecimento da causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06, com a consequente redução de sua reprimenda no patamar máximo de 2/3 (dois terços).

O Tribunal *a quo* afastou a mencionada minorante anteriormente reconhecida pelo Juiz de primeiro grau sob os seguintes fundamentos – motivos encampados no acórdão posterior proferido após a determinação constante do Resp. 1.266.227/SP – (fls. 304/305):

Em relação ao benefício de diminuição de pena previsto no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06, entendo não incidir no caso em virtude das circunstâncias do delito pelo contato com agentes de organização criminosa



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

a revelar propensão criminosa, destarte não se lóbrigando o preenchimento do requisito cunhado na lei com a expressão "não se dedique às atividades criminosas."

Com efeito, e com registro de que o envolvimento do agente com disposição para a reiteração em atividade criminosa se apresentará já na primeira operação descoberta, concludo que as circunstâncias do delito desacreditam a hipótese de deliberação de prática de apenas uma infração, a saber, não há dolo próprio dos delitos ocasionais.

Saliento também que se a lei não tem palavras inúteis como decorre dos primeiros princípios de hermenêutica, além dos requisitos da primariedade e bons antecedentes e de não integrar o agente organização criminosa instituiu outro que estou interpretando no sentido da capacidade para delinquir.

Cabe ainda sublinhar que se o envolvimento com organização criminosa não ingressa no conceito de integração, também não se despe do significado da capacidade para permanência nas atividades criminosas. Como foi ressaltado acima e, inclusive já declarado em precedente desta Corte firmado na ACR 73.631, de relatoria da Des. Fed. Marisa Santos, "os chamados 'mulas' exercem papel relevante no transporte e distribuição da droga", de modo à própria natureza do serviço criminoso desacreditar a hipótese do agente que pratique o delito sem que tivesse incluído a traficância em seus projetos de vida.

Estas as reflexões que ocorrem em visão do modo ordinário de ser dos homens e das coisas. Teoricamente pode haver algum desvio na experiência mas então o caso ocorrerá como exceção com correlato caráter de singularidade a facilitar a descoberta da verdade.

Também digno de nota que a lei é de combate ao tráfico e a indiscriminada concessão do benefício legal aos agentes transportadores da droga vai facilitar as atividades das organizações criminosas, de modo a, também sob pena do paradoxo da aplicação da lei com estímulo ao tráfico, impor-se a interpretação afastando presunções, aliás antes desacreditadas pela natureza da atividade criminosa como já enfatizado, de ausência de propensão criminosa e bem ao contrário exigindo-se fortes e seguros elementos de convicção da delinquência ocasional.

Verifica-se que o Tribunal local não reconheceu a incidência da mencionada minorante diante da existência de provas que demonstravam ser a agravante traficante habitual, situação que impede a respectiva causa de diminuição por ausência de um dos requisitos cumulativamente previstos no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06.

Desse modo, parece claro que alterar o entendimento manifestado no acórdão recorrido somente seria possível a partir da incursão no arcabouço fático e probatório, procedimento incabível nas vias excepcionais.

É assente que cabe ao aplicador da lei, em instância ordinária, fazer um cotejo fático e probatório a fim de analisar a existência de eventuais causas de aumento ou diminuição de pena, e o percentual de aplicação. Nesse contexto, verifica-se não possuir esta senda eleita espaço para a análise das matérias suscitadas pelo recorrente, cuja missão pacificadora restara exaurida pelas instâncias anteriores.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

De fato, para se chegar a conclusão diversa da que chegou o Tribunal de origem, seria inevitável o revolvimento do arcabouço carreado aos autos, procedimento sabidamente inviável na instância especial.

Com efeito, não se mostra plausível nova análise do contexto probatório por parte desta Corte Superior, a qual não pode ser considerada uma terceira instância recursal. No mais, referida vedação encontra respaldo no enunciado nº 7 da súmula desta Corte, verbis: "A pretensão de simples reexame de prova não enseja Recurso Especial".

Confiram, nesse sentido, os precedentes da Corte:

"AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. FUNDAMENTOS INSUFICIENTES PARA REFORMAR A DECISÃO AGRAVADA. TRÁFICO. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. AFASTAMENTO OU REDUÇÃO DA FRAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. PLEITOS QUE EXIGEM REEXAME DO ACERVO FÁTICO-PROBATÓRIO. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.

(...)

3. No caso, o Tribunal de Justiça de Minas Gerais reconheceu, após exame das provas coligidas aos autos, a incidência da minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei Antitóxicos, destacando a primariedade dos agentes, os bons antecedentes e a não dedicação a atividades delitivas ou a organizações criminosas, circunstâncias que impedem conclusão em sentido contrário por esta Corte, por força da vedação contida no verbete sumular n. 7/STJ.

(...)

5. Agravo regimental a que se nega provimento".

(AgRg no AREsp 274.920/MG, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, QUINTA TURMA, Julgado em 04/02/2014, DJe 10/02/2014).

"PENAL E PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. ABSOLVIÇÃO PELO DELITO DO ART. 35 DA LEI 11.343/2006. APLICAÇÃO PELA INSTÂNCIA ORDINÁRIA, DA CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA, PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI 11.343/2006. INEXISTÊNCIA DE ELEMENTOS QUE INDIQUEM QUE A RÉ SE DEDIQUE A ATIVIDADES CRIMINOSAS. REEXAME DE MATERIAL FÁTICO-PROBATÓRIO, EM SEDE DE RECURSO ESPECIAL. IMPOSSIBILIDADE. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 7 DO STJ.

AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.

I. Se o Tribunal *a quo*, soberano na análise dos fatos e provas coligidos aos autos, afastou a condenação pelo delito previsto no art. 35 da Lei 11.343/2006, bem como entendeu aplicável, no caso, a causa de diminuição de pena, prevista no art. 33, § 4º, da referida Lei, fê-lo tendo por base o acervo probatório da causa.

II. A inversão dessa conclusão, para entender-se que a agravada se dedicaria a atividades criminosas ou que não faria jus à aludida causa especial de diminuição de pena, exigiria, inevitavelmente, o reexame do contexto fático dos autos, o que encontra óbice na Súmula 7/STJ.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

III. Agravo Regimental improvido".
(AgRg no AREsp 275.140/MG, Rel. Ministra ASSUSETE MAGALHÃES, SEXTA TURMA, Julgado em 17/10/2013, DJe 25/11/2013).

Nesses termos, inviável a reforma da pena imposta ao recorrente que resta mantida em 5 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão e pagamento de 583 (quinhentos e oitenta e três) dias-multa, pela prática do crime de tráfico.

Restando a reprimenda superior a 4 (quatro) anos de reclusão, inviável a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, por ausência do requisito objetivo descrito no art. 44, I, do Código Penal.

No que tange ao regime inicial fechado, constata-se da leitura dos dois acórdãos proferidos pela Corte *a quo* (fls. 288/310 e 547/553), que a matéria não foi em nenhum momento analisada pelo Tribunal de origem.

A defesa deveria, para fins de fazer constar do acórdão recorrido os aspectos fáticos e jurídicos do caso em análise, ter interposto os respectivos embargos de declaração, o que não ocorreu.

Ao ensejo, confira-se o teor do enunciado 282 da Súmula do STF: "É inadmissível o recurso extraordinário, quando não ventilada, na decisão recorrida, a questão federal suscitada".

No mesmo sentido, o enunciado da Súmula 356 da Súmula do STF: "O ponto omissivo da decisão, sobre o qual não foram opostos embargos declaratórios, não pode ser objeto de recurso extraordinário, por faltar o requisito do prequestionamento."

É assente na Corte o entendimento no sentido de que é condição *sine qua non* ao conhecimento do especial que tenham sido ventilados, no contexto do acórdão objurgado, os dispositivos legais indicados como malferidos na formulação recursal, a tese jurídica e os elementos fáticos dos autos a permitir a compreensão jurídica dada aos mesmos, emitindo-se, sobre cada um deles, juízo de valor, interpretando-se-lhes o sentido e a compreensão.

A propósito, os seguintes precedentes:

"PENAL E PROCESSO PENAL. RECURSO ESPECIAL. 1. CONTRARIEDADE AO ART. 159, CAPUT E § 1º, DO CPP. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULAS 282/STF E 356/STF. 2. NEGATIVA DE VIGÊNCIA AO ART. 155, § 4º, II, DO CP. NÃO OCORRÊNCIA. FURTO QUALIFICADO. ESCALADA. AUSÊNCIA DE PERÍCIA. EXISTÊNCIA DE FOTOS E TESTEMUNHOS. DINÂMICA DELITIVA FILMADA. MATERIALIDADE COMPROVADA. 3. RECURSO ESPECIAL IMPROVIDO.

1. A ausência de apreciação pelo Tribunal local do conteúdo normativo do artigo tido por violado impede o exame da matéria por esta Corte Superior, pois, além de não se ter explicitado previamente a tese jurídica controvertida, não houve o preenchimento do requisito constitucional do prequestionamento. Inteligência dos enunciados nos 282 e 356, ambos da



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Súmula do Supremo Tribunal Federal.

2. (...)

3. Recurso especial a que se nega provimento".

(REsp 1.392.386/RS, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, QUINTA TURMA Julgado em 03/09/2013, DJe 09/09/2013).

Ante o exposto, **nego provimento ao agravo regimental.**

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2014/0083656-7

AgRg no
REsp 1.447.951 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00083181120094036119 200961190083182 2104092009 83181120094036119

EM MESA

JULGADO: 04/11/2014

Relatora

Exma. Sra. Ministra **MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. CARLOS EDUARDO DE OLIVEIRA VASCONCELOS

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : CHRISTINE KOUAME OUTEIRINO
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 : CHRISTINE KOUAME OUTEIRINO
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 da Sra. Ministra Relatora.

Os Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior (Presidente), Rogerio Schietti Cruz, Nefi Cordeiro e Ericson Maranhão (Desembargador convocado do TJ/SP) votaram com a Sra. Ministra Relatora.