



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no AGRADO EM RECURSO ESPECIAL Nº 735.978 - SP (2015/0157325-7)

RELATOR : MINISTRO NEFI CORDEIRO
AGRAVANTE : JOHN EMEKA OKAFOR
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

EMENTA

PENAL. AGRADO REGIMENTAL NO AGRADO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO TRANSNACIONAL DE DROGAS. DOSIMETRIA. PENA-BASE. NATUREZA E ELEVADA QUANTIDADE DE DROGA APREENDIDA. PREPONDERÂNCIA. POSSIBILIDADE. ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/06. PLEITEADA FRAÇÃO DE 2/3. IMPOSSIBILIDADE. EXERCÍCIO DA FUNÇÃO DE MULA. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR PENAS RESTRITIVAS. NÃO CUMPRIMENTO DO REQUISITO OBJETIVO. ART. 44, I, DO CP. AGRADO REGIMENTAL IMPROVIDO.

1. A natureza e a quantidade da droga (3.043g de cocaína) justificam a exasperação da pena-base acima no mínimo legal, nos termos do art. 42 da Lei n. 11.343/06.

2. O Tribunal de origem, ao aplicar a redutora do art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06, na fração de 1/6, já beneficiou o recorrente considerando que o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça possuem precedentes no sentido de que o acusado, enquanto no exercício da função de mula, integra organização criminosa e, portanto, não preenche os requisitos exigidos para a aplicação da causa de diminuição de pena descrita no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 (AgRg no HC 275.228/AC, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, Sexta Turma, julgado em 18/6/2014, DJe 4/8/2014).

3. Fixada pena reclusiva superior a 4 anos, fica obstada a substituição da pena privativa de liberdade, tendo em vista o requisito do inciso I do art. 44 do CP.

4. 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 e Rogerio Schietti Cruz votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Sebastião Reis Júnior.

Brasília (DF), 04 de outubro de 2016 (Data do Julgamento)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

MINISTRO NEFI CORDEIRO
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no AGRADO EM RECURSO ESPECIAL Nº 735.978 - SP (2015/0157325-7)

RELATOR : MINISTRO NEFI CORDEIRO
AGRAVANTE : JOHN EMEKA OKAFOR
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

RELATÓRIO

EXMO. SR. MINISTRO NEFI CORDEIRO:

JOHN EMEKA OKAFOR interpõe agravo regimental em face de decisão que negou provimento ao agravo em recurso especial.

Em suas razões, argumenta que não incide o óbice do verbete sumular n. 7/STJ, uma vez que a matéria é eminentemente jurídica.

Alega que a causa de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 deve ser aplicada no patamar máximo de 2/3, pois preenche o agravante os requisitos legais.

Requer a fixação da pena-base no mínimo legal, asseverando *a necessidade de fundamentação quando o único motivo para a majoração da pena-base for a quantidade e qualidade da droga apreendida* (fl. 504).

Por consequência, pede a substituição da pena privativa de liberdade por sanções alternativas.

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

Intimada, a parte agravada apresentou contraminuta às fls. 516/526.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no AGRADO EM RECURSO ESPECIAL Nº 735.978 - SP (2015/0157325-7)

VOTO

EXMO. SR. MINISTRO NEFI CORDEIRO (Relator):

Consta nos autos que o agravante foi condenado às penas de 4 anos, 10 meses e 10 dias de reclusão, em regime aberto, e 486 dias-multa, como incurso no art. 33, *caput* e § 4º, c/c o art. 40, I, da Lei n. 11.343/2006 (fl. 390).

A pena-base foi fixada em 6 anos de reclusão e 600 dias-multa, conforme os seguintes fundamentos (fls. 371/379):

Sabe-se que o julgador, na individualização da pena, deve examinar detidamente os elementos que dizem respeito ao fato, segundo os critérios estabelecidos pelo artigo 59, do Código Penal. No caso de tráfico de drogas, há ainda que observar o comando expresso no artigo 42, da Lei n. 11.343/06, o qual determina expressamente que o Juiz, na fixação da pena, deve considerar, com preponderância sobre as circunstâncias judiciais previstas no artigo 59, do Código Penal, a natureza e a quantidade da droga, bem como a personalidade e a conduta do agente.

No caso presente, o Juízo a quo considerou como desfavoráveis as circunstâncias gerais para a fixação da pena, asseverando a personalidade, os motivos, as circunstâncias e as consequências do crime.

De fato, não pode ser considerada de pequena monta a quantidade apreendida nestes autos (3.043g - massa líquida), ainda mais quando comparada às quantidades normalmente portadas pelo criminoso no tráfico urbano de varejo, quando é vendida diretamente aos consumidores pelos pequenos traficantes.

Tampouco deve prevalecer o argumento de que a natureza da droga (cocaína) não é tão maléfica ao organismo quanto as demais que são usualmente traficadas (crack, ecstasy, anfetamina, heroína, LSD, etc). De fato, sabe-se que a cocaína é uma droga que vicia facilmente, sendo alta sua lesividade à saúde dos usuários, pois pode levar a óbito ainda que consumida em pequena quantidade.

Ademais, a cocaína que é normalmente exportada possui grau de pureza altíssimo, sendo misturada a outras substâncias antes da entrega ao consumidor para elevar o rendimento.

[...]

Por outro lado, não há nos autos elementos suficientes para se aferir acerca da personalidade do réu.

No caso, não se pode considerar as circunstâncias do crime desfavoráveis simplesmente pelo fato de ter ocultado a droga, uma vez que consistiram tão somente no meio para a prática delitiva.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

No que se refere aos motivos do crime (lucro fácil), relacionam-se a uma característica inerente ao próprio tipo penal de tráfico, razão pela qual não se justifica a elevação da pena-base, conforme julgados do E. Superior Tribunal de Justiça e desta E. Corte:

[...]

Assim, entendo que houve evidente desproporcionalidade entre a fixação da pena-base e as circunstâncias judiciais gerais e especiais para a sua fixação (art. 59, do CP, e art. 42, da Lei 11.343/06).

Porém, o réu não faz jus à fixação da pena-base no mínimo legal, considerando-se a natureza (cocaína) e a significativa quantidade da droga apreendida nos autos (3.043g), bem como a larga faixa de graduação da reprimenda corporal prevista pelo preceito secundário do tipo descrito no artigo 33, da Lei nº 11.343/06 (de cinco a quinze anos de reclusão).

*Desta forma, entendo que se mostra justa e suficiente para a prevenção, a reprovação e a repressão do crime, tendo em vista o disposto no artigo 42, da Lei nº 11.343/06, a redução da pena-base de 07 (sete) anos e 06 (seis) meses de reclusão e 850 (oitocentos e cinquenta) dias-multa, **para 06 (seis) anos de reclusão e 600 (seiscentos) dias-multa.***

Não há falar em ilegalidade na fixação da pena-base acima do mínimo legal, qual seja, 6 anos de reclusão, uma vez que, ao estabelecer o *quantum*, o acórdão recorrido fez menção à expressiva quantidade de substância entorpecente apreendida – 3.043g de cocaína – bem como à sua natureza, mostrando-se tal motivação concreta e adequada para justificar a pena-base aplicada.

Com efeito, o art. 42 da Lei n. 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 na fixação da pena-base, conforme jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça, *verbis*:

PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. ASSOCIAÇÃO. DOSIMETRIA DA PENA. MALFERIMENTO AOS ARTS. 59 DO CP E 42 DA LEI Nº 11.343/06. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. (I) - QUANTIDADE DA DROGA APREENDIDA. POSSIBILIDADE. ACÓRDÃO EM CONFORMIDADE COM A JURISPRUDÊNCIA DESTA CORTE. SÚMULA 83/STJ (II) - QUANTUM DE AUMENTO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. DISCRICIONARIEDADE DO JUIZ. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

1. É firme o entendimento desta Corte Superior no sentido de que não há violação ao artigo 42 da Lei n.º 11.343/06 quando o aumento da pena-base está devidamente fundamentado na quantidade da droga apreendida, in casu, 2.250 Kg (dois quilos e duzentos e cinquenta gramas) de maconha, posto que o Juiz deve considerar, com preponderância sobre o previsto no



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

artigo 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da droga apreendida.

2. A confecção da dosimetria da pena não é uma operação matemática, e nada impede que o magistrado fixe a pena-base muito além do mínimo legal, ainda que tenha valorado tão somente uma circunstância judicial, desde que haja fundamentação idônea e bastante para tanto (STF, RHC 101576, Relator(a): Min. ROSA WEBER, Primeira Turma, PUBLIC 14-08-2012).

3. Agravo regimental a que se nega provimento. (AgRg no AREsp 843.303/PR, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 02/06/2016, DJe 14/06/2016).

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO INTERNACIONAL DE DROGAS. USO DE DOCUMENTO FALSO. 7.010 G DE COCAÍNA. DOSIMETRIA. FIXAÇÃO DA PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. VIOLAÇÃO DO ART. 59 DO CP. IMPROCEDÊNCIA. FUNDAMENTO IDÔNEO. QUANTIDADE E NATUREZA DA SUBSTÂNCIA APREENDIDA. PRECEDENTES DO STJ. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DA PENA. NÃO PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. ACÓRDÃO A QUO QUE RECHAÇOU O REDUTOR COM BASE EM OUTROS ELEMENTOS, ALÉM DA QUANTIDADE DE DROGAS. REVISÃO. INVIABILIDADE. SÚMULA 7/STJ. ACUSADO QUE EXERCE A FUNÇÃO DE "MULA".

[...]

2. Inexiste ilegalidade na fixação da pena-base acima do mínimo legal quando demonstrado o alto grau de reprovabilidade da conduta, decorrente da expressiva quantidade e natureza da substância envolvida, nos termos do art. 42 da Lei n. 11.343/2006.

[...]

5. Agravo regimental improvido (STJ. AgRg no AREsp 63.966/SP, Rel. Ministro Sebastião Reis Júnior, 6ª Turma, julgado em 14/10/2014, DJe 31/10/2014).

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO INTERNACIONAL DE ENTORPECENTES. DOSIMETRIA. PENA-BASE. NATUREZA E ELEVADA QUANTIDADE DE DROGA APREENDIDA. PREPONDERÂNCIA. POSSIBILIDADE. ANÁLISE DE TESES AVENTADAS APENAS NO AGRAVO REGIMENTAL. INDEVIDA INOVAÇÃO RECURSAL. PRECEDENTES. RECURSO IMPROVIDO.

1. Consoante firme entendimento desta Corte, na fixação da reprimenda básica, deve-se valorar, com preponderância sobre as demais circunstâncias judiciais, a natureza e a quantidade da substância entorpecente, conforme o disposto no art. 42 da Lei n.º 11.343/2006.

2. Na hipótese, considerando-se a elevada quantidade de droga apreendida - 6 kg (seis quilogramas) de cocaína -, mostra-se justificado o aumento procedido na pena-base.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

3. Inviável o exame da suscitada ofensa ao art. 59 do Código Penal, porquanto tal matéria somente foi trazida à discussão em sede de agravo regimental, providência vedada pela jurisprudência deste Tribunal Superior, por revelar nítida inovação recursal. Precedentes.

4. Agravo regimental improvido. (STJ. AgRg no HC 230.560/SP, Rel. Ministro Jorge Mussi, 5ª Turma, julgado em 18/9/2014, DJe 25/9/2014).

Na terceira fase de dosimetria, a minorante foi aplicada em sua fração mínima, conforme os fundamentos adiante transcritos (fls. 385/390):

Assim sendo, não se pode, abstratamente, considerar a "mula", ou seja, aquele que faz o transporte da droga, como integrante de organização criminosa.

[...]

No caso concreto, entendo que o benefício deve ser aplicado no patamar mínimo de 1/6 (um sexto), tendo em vista que o patamar máximo deve ser reservado aos casos de tráfico eventual em que há uma tênue relação com a organização criminosa, nos casos em que também forem totalmente favoráveis as circunstâncias judiciais do artigo 59, do Código Penal.

Isso porque o parâmetro para a graduação da redução deve ser extraído da razão que motivou a edição da lei e da causa de diminuição, ou seja, o recrudescimento do tratamento do tráfico em geral.

Nesse sentido, deve-se considerar o grau de envolvimento do acusado para com a organização, bem como a sua importância em tal estrutura para o estabelecimento do "quantum" da redução da pena, nos casos em que for aplicado o artigo 33, § 4º, da Lei 11.343/2006.

Assim, na hipótese dos autos, não caberia a redução no patamar máximo, tendo em vista que as provas nos autos permitem concluir que, embora não haja prova nos autos de integração, há um maior grau de envolvimento na organização, o que se infere pela complexidade logística da operação, a ensejar a diminuição no caso concreto no mínimo legal.

[...]

Tenha-se em vista, também, que para a redução no máximo, além das condições já consideradas, haveriam de concorrer outras circunstâncias relevantes, como a situação de miserabilidade, a baixa instrução e a pouca inserção no meio social, a condição de dependente, a tenra ou avançada idade e tantas outras, que não restaram comprovadas.

A lei previu índice de redução em escala variável (de um sexto a dois terços), de maneira que concedeu ao Juiz, diante das peculiaridades de cada caso, discricionariedade (que não se confunde com arbitrariedade) na determinação do "quantum" da redução, para que se concretize uma pena que atenda, de forma coerente, às finalidades de repressão e prevenção em cada caso, e que são bastante diversificadas nos casos de tráfico de drogas.

Essa liberdade concedida ao Magistrado se encontra em



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

consonância com o sistema da relativa determinação da pena, adotado pelo Código Penal, segundo o qual a individualização legislativa é complementada pela judicial.

Portanto, concluo ser razoável e suficiente, em termos de repressão e prevenção penal, a aplicação da causa de redução de pena prevista no § 4º do artigo 33 da lei de drogas no patamar de 1/6 (um sexto), motivo pelo qual a reprimenda corporal fica estabelecida definitivamente em 04 (quatro) anos, 10 (dez) meses e 10 (dez) dias de reclusão e 486 (quatrocentos e oitenta e seis) dias-multa.

Ocorre que o legislador não fixou parâmetros para aferir o *quantum* de diminuição previsto no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas, cabendo ao julgador, a quem a lei confere certo grau de discricionariedade, sopesar as circunstâncias do caso concreto.

Na hipótese, o Tribunal de origem, *ao aplicar a redutora do art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06, na fração de 1/6, já beneficiou o recorrente, considerando que o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça possuem precedentes no sentido de que o acusado, enquanto no exercício da função de mula, integra organização criminosa e, portanto, não preenche os requisitos exigidos para a aplicação da causa de diminuição de pena descrita no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 (AgRg no HC 275.228/AC, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, Sexta Turma, julgado em 18/6/2014, DJe 4/8/2014).*

Nesse contexto, inviável o reexame de fatos e provas, procedido pelas instâncias ordinárias, na via do recurso especial, o que atrairia a incidência da Súmula 7 do STJ.

Deve, portanto, ser mantida na fração de 1/6 aplicada à causa de diminuição de pena do § 4º do art. 33 da Lei 11.343/06.

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: 2015/0157325-7

AgRg no
AREsp 735.978 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00037042120134036119 1382013 201361190037047 37042120134036119

PAUTA: 04/10/2016

JULGADO: 04/10/2016

Relator

Exmo. Sr. Ministro **NEFI CORDEIRO**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. ANA BORGES COELHO SANTOS

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

AGRAVANTE : JOHN EMEKA OKAFOR
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

AGRAVO REGIMENTAL

AGRAVANTE : JOHN EMEKA OKAFOR
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 e Rogerio Schietti Cruz votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Sebastião Reis Júnior.