



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 1.340.818 - SP (2012/0178105-8)

RELATOR : **MINISTRO SEBASTIÃO REIS JÚNIOR**
AGRAVANTE : EDY FRANK CHIDERA (PRESO)
ADVOGADO : MAÍRA SANTOS ABRÃO - DEFENSORIA PÚBLICA DA
UNIÃO
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

EMENTA

AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. DIREITO PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA. NÃO APLICAÇÃO, *IN CASU*. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. CONVICÇÃO FIRMADA PELA INSTÂNCIA DE ORIGEM EM OUTRAS PROVAS DISPOSTAS NOS AUTOS. REDUÇÃO DA PENA. INVIABILIDADE. SUBSTITUIÇÃO DE PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. PENA SUPERIOR A 4 ANOS. ÓBICE DISPOSTO NO ART. 44, I E III, DO CP. ACÓRDÃO A QUO FIRMADO NO MESMO SENTIDO DA JURISPRUDÊNCIA DO STJ. SÚMULAS 7 E 83/STJ. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA 211/STJ.

1. O Superior Tribunal de Justiça entende, na fixação da dosimetria da pena – nos delitos de tráfico de entorpecentes –, ser adequada a imposição da pena-base acima do mínimo legal em razão da natureza e da quantidade da droga, no caso 2,140 kg de cocaína (art. 42 da Lei n. 11.343/2006).

2. O Tribunal de origem, em acórdão adequadamente fundamentado – ao considerar a quantidade e a natureza da droga apreendida com o atual agravante, ou seja, 2,140 (*dois quilos, cento e quarenta gramas*) de cocaína, na iminência de embarcar em vôo da companhia aérea *South African*, com destino a Joanesburgo/África –, não aplicou a causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006.

3. A atenuante da confissão espontânea (art. 65, III, *d*, do CP) não foi considerada pelo Tribunal de origem na dosimetria da pena, razão pela qual ausente o necessário prequestionamento. Assim, incide no caso o disposto nas Súmulas 282 e 356/STF e 211/STJ.

4. A confissão espontânea não serviu de elemento para a formação da convicção do magistrado singular. Diante disso, este Superior Tribunal tem consagrado, reiteradamente, o entendimento de que a circunstância atenuante da confissão espontânea deverá ser aplicada se auxiliou de forma efetiva no embasamento da sentença condenatória, o que não ocorreu na espécie (art. 65, III, *d*, do CP).

5. Em relação à pretensão de substituição da pena, constata-se que, no caso em apreço, não se mostra adequada a conversão da pena privativa de liberdade em sanções restritivas de direitos, uma vez que o agravante, conforme observado no *decisum* condenatório, não



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

preenche os requisitos objetivos previstos no art. 44, I e III, do Código Penal.

6. Além da quantidade de droga apreendida, o acórdão recorrido identifica expressamente a presença de circunstância judicial desfavorável – transnacionalidade do delito –, portanto deve ser mantido o resgate da reprimenda em regime inicial fechado.

7. Incidência da Súmula 83/STJ.

8. O Tribunal *a quo*, ao examinar os requisitos exigidos para a aplicação da causa de redução prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, entendeu que elementos fático-probatórios dos autos indicavam a participação do réu em organização criminosa. Rever tal conclusão encontra óbice na Súmula 7/STJ.

9. O agravo regimental não merece prosperar, porquanto as razões reunidas na insurgência são incapazes de infirmar o entendimento assentado na decisão agravada.

10. Agravo 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, por unanimidade, negar provimento ao agravo regimental nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. As Sras. Ministras Assusete Magalhães, Alderita Ramos de Oliveira (Desembargadora convocada do TJ/PE), Maria Thereza de Assis Moura e o Sr. Ministro Og Fernandes votaram com o Sr. Ministro Relator.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Og Fernandes.

Brasília, 06 de dezembro de 2012 (data do julgamento).

Ministro Sebastião Reis Júnior
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 1.340.818 - SP (2012/0178105-8)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO SEBASTIÃO REIS JÚNIOR: Trata-se de agravo regimental interposto por **Edy Frank Chidera** contra decisão que negou seguimento ao seu recurso especial, a qual, na fixação da dosimetria da pena – no delito de tráfico transnacional de entorpecentes –, *não aplicou a causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006* (fl. 554).

Inicialmente, o ora agravante interpôs recurso especial com fundamento no art. 105, III, a e c, da Constituição Federal, contra acórdão do Tribunal Regional que o condenou em decorrência da prática de tráfico transnacional de drogas, com fulcro nos arts. 33, *caput*, e 40, I, ambos da Lei n. 11.343/2006, à pena de 7 anos de reclusão, porque, em 18/8/2009, foi preso em flagrante, no saguão do Aeroporto Internacional de São Paulo, Guarulhos/SP, *surpreendido por agentes federais, na posse de 2,140 (dois quilos, cento e quarenta gramas) de cocaína, na iminência de embarcar em voo da companhia aérea South African, com destino a Joanesburgo/África* (fls. 394/408).

No recurso especial, sustentou o recorrente, além de dissídio jurisprudencial, violação dos arts. 44, 59, 65, III, *d*, do Código Penal e 33, § 4º, 42 e 44, todos da Lei n. 11.343/2006, ao afirmar fazer jus à aplicação da causa de diminuição da pena, em razão da confissão espontânea, bem como à substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos e à fixação no patamar máximo da redução de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 (fls. 516/527).

Ao apreciar a controvérsia, foi negado provimento ao recurso especial por meio da seguinte ementa (fl. 551):

RECURSO ESPECIAL. DIREITO PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA NÃO SE APLICA, *IN CASU*, POIS, ALÉM DA AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO, AS INSTÂNCIA DE ORIGEM



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

FIRMARAM SUA CONVICÇÃO EM OUTRAS PROVAS DISPOSTAS NOS AUTOS. REDUÇÃO DA PENA. INVIABILIDADE. SUBSTITUIÇÃO DE PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. PENA SUPERIOR A 4 ANOS. ÓBICE DISPOSTO NO ART. 44, I E III, DO CP. ACÓRDÃO A QUO SE FIRMOU NO MESMO SENTIDO DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. SÚMULA 83/STJ. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA 211/STJ.

Recurso especial não provido.

Diante da negativa de seguimento de seu recurso, foi interposto o presente agravo regimental, por meio do qual se extraem as seguintes proposições (fls. 565/582):

a) o agravante faz jus à aplicação da causa de diminuição da pena, em razão da confissão espontânea, porquanto a matéria restou prequestionada pelo acórdão *a quo*;

b) a questão da atenuante (confissão espontânea) não foi suscitada nos argumentos da apelação, porém, sendo a dosimetria da pena uma questão de ordem pública, cabia ao Tribunal Regional *verificar se a atenuante da confissão seria aplicável, devendo também fundamentar a sua exclusão, ainda que não tenha a matéria sido suscitada nas razões de apelação* (fl. 572);

c) mesmo não tendo expressamente se manifestado sobre o tema, o acórdão recorrido enfrentou a questão ao homologar a sentença condenatória, prequestionando a matéria (fl. 572);

d) inaplicáveis as Súmulas 282 e 356/STF;

e) fixação no patamar máximo da redução de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006;

f) não restou comprovada, por qualquer elemento concreto, a *efetiva participação do recorrente em qualquer organização criminosa* (fl. 577);

g) a quantidade e a natureza da droga não são requisitos para a incidência *da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei de Drogas* (fl. 579);



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

h) cabível a fixação do regime inicial semiaberto para o *início de cumprimento da pena e substituição da sanção corporal por penas restritivas de direitos* (fl. 580).

Requer o agravante, por fim, a reforma do julgado, nos termos do presente agravo regimental.

Dispensou-se a oitiva da parte contrária.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 1.340.818 - SP (2012/0178105-8)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO SEBASTIÃO REIS JÚNIOR (RELATOR): O agravo regimental não merece provimento.

É de meridiana evidência que, no Direito Penal, no qual convergem conflitos entre o direito à liberdade do indivíduo e o *ius puniendi* estatal, a legalidade se destaca como um dos princípios fundamentais.

Registre-se que, sobre o tema, a doutrina defende que *a lei é a única fonte de Direito Penal quando se quer proibir ou impor condutas sob a ameaça de sanção* (GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal*. 11ª ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2009, pág. 94).

Erigida essa premissa, frise-se que, quanto à suposta ilegalidade na fixação da pena-base acima do mínimo legal, não assiste razão ao agravante.

Em outras palavras, *in casu*, observa-se que as instâncias ordinárias, quando da análise das circunstâncias judiciais, consideraram desfavoráveis à parte ré especialmente a natureza e a quantidade de drogas apreendidas, em atenção ao disposto no art. 42 da Lei n. 11.343/2006, que assim determina:

Art. 42. O Juiz, na fixação das penas, considerará, **com preponderância** sobre o previsto no artigo 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da substância ou do produto, a personalidade e a conduta social do agente (grifo nosso).

Com efeito, as instâncias de origem, ao estabelecerem a pena-base do recorrente acima do mínimo legalmente previsto, destacaram que **foram apreendidos em seu poder 2,140 (dois quilos, cento e quarenta gramas) de cocaína, na iminência de embarcar em vôo da companhia aérea South African, com destino a Joanesburgo/África** (fls. 394/408).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Logo, as instâncias ordinárias atuaram em consonância com o disposto no art. 42 da Lei n. 11.343/2006, considerando, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da droga apreendida, a afastar o alegado constrangimento ilegal de que estaria sendo vítima o paciente nesse ponto.

Nesse sentido, o seguinte julgado deste Tribunal:

HABEAS CORPUS. TRÁFICO INTERNACIONAL DE DROGAS. APREENSÃO DE GRANDE QUANTIDADE DE ENTORPECENTES. FIXAÇÃO DA PENA-BASE ACIMA MÍNIMO LEGAL E APLICAÇÃO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/06 EM PATAMAR DIVERSO DO MÁXIMO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. INEXISTÊNCIA. CONFISSÃO ESPONTÂNEA. ATENUANTE GENÉRICA NÃO CONFIGURADA. AUSÊNCIA DOS REQUISITOS.

1. Não obstante a primariedade e os bons antecedentes do paciente, tem-se que a pena-base foi aplicada fundamentadamente acima do mínimo legal, **haja vista a transnacionalidade do delito, a natureza e a elevada quantidade de droga apreendida - 1.117,41 g de cocaína -, circunstâncias que demonstram o acentuado grau reprovabilidade de sua conduta.**

[...]

6. *Habeas corpus* denegado.

(HC n. 156.346/PE, Ministro Og Fernandes, Sexta Turma, DJe 8/9/2011)

Por conseguinte, não merece reparo o acórdão local ao fixar a pena-base acima do mínimo legal, a despeito da suposta primariedade e bons antecedentes do recorrente.

Da mesma forma, em relação à redução da pena, prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, não merece reparos o acórdão local. Em outros termos, a escolha do redutor previsto no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 deve ser feita de forma motivada e proporcional, levando-se em conta, também, a quantidade, a natureza e a qualidade de droga apreendida (art. 42 da Lei n. 11.343/2006).

No caso, o Tribunal de origem, em acórdão adequadamente fundamentado – ao considerar a quantidade e a natureza da droga apreendida com o recorrente, ou seja, **2,140 (dois quilos, cento e quarenta gramas) de**



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

cocaína, na iminência de embarcar em voo da companhia aérea *South African*, com destino a Joanesburgo/África (fls. 394/408) –, **não** aplicou a causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 (fls. 394/408).

Da mesma forma, saliente-se que a atenuante da confissão espontânea (art. 65, III, *d*, do CP) não foi considerada na dosimetria da pena pelo Tribunal de origem, razão pela qual ausente o necessário prequestionamento. Assim, incide no caso o disposto nas Súmulas 282 e 356/STF.

Acrescente-se que a temática controvertida não foi discutida no Tribunal *a quo*, inclusive porque também não foi objeto de oposição de embargos de declaração na origem, a provocar outrossim a aplicação da Súmula 211/STJ.

Nesse diapasão, julgado da Sexta Turma: *Deixando o Tribunal de origem de se manifestar sobre os dispositivos tido por violados, a despeito da oposição dos embargos declaratórios, aplica-se, no caso, a Súmula n.º 211 do Superior Tribunal de Justiça* (AgRg no REsp n. 984.580/PR, Ministro Og Fernandes, Sexta Turma, DJe 3/8/2009).

Sobre o tema, a doutrina pátria assim se manifesta:

[...] o prequestionamento consiste na exigência de que a questão de direito veiculada no recurso interposto para tribunal superior tenha sido previamente decidida no julgado recorrido. Com efeito, não basta a parte ter suscitado o tema, ainda que à exaustão. Se a matéria jurídica suscitada não foi decidida no julgado recorrido, não está satisfeita a exigência de prequestionamento....Como já ressaltado, o que importa para a satisfação do prequestionamento é ter sido a matéria jurídica alvo de discussão no recurso dirigido ao tribunal superior previamente solucionada no julgado recorrido.

(PIMENTEL SOUZA, Bernardo. Introdução aos Recursos Cíveis e à Ação Rescisória. Editora Saraiva: São Paulo, 3ª ed., págs. 599/600)

Além disso, registre-se que, no caso, não se faz adequada a incidência da atenuante genérica da confissão espontânea, porque *o magistrado em nenhum momento valeu-se de eventual confissão do réu para formar sua convicção sobre os fatos* (HC n. 198.291/SP, Ministro Og Fernandes, Sexta



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Turma, DJe 11/4/2012).

Precedentes das Turmas que compõem a Terceira Seção deste Tribunal a corroborar esse entendimento: HC n. 186.968/SP, Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, DJe 22/3/2012; HC n. 200.399/RS, Ministro Og Fernandes, DJe 19/9/2011; e HC n. 141.360/MG, Ministro Celso Limongi (Desembargador convocado do TJ/SP), DJe 2/5/2011.

De igual modo – a despeito da ausência de prequestionamento no acórdão *a quo* –, a sentença condenatória, ao afastar a aplicação da atenuante genérica da confissão espontânea, assim consignou (fl. 258):

[...]
Não vislumbro a existência de circunstâncias agravantes ou atenuantes, não sendo de ser reconhecida a confissão espontânea do réu. Anote-se, ademais, que não há de incidir tal atenuante quando o réu, ainda que admitindo o cometimento do delito, busca furtar-se à reprimenda apontando causa justificativa ou exculpante, como ocorrido *in casu*.
[...]

Da atenta leitura da sentença condenatória (fls. 251/263), constata-se que a confissão espontânea, repita-se, **não** serviu de elemento para a formação da convicção do magistrado (art. 65, III, *d*, do CP). Diante disso, este Superior Tribunal tem consagrado, reiteradamente, o entendimento de que a circunstância atenuante da confissão espontânea deverá ser aplicada se auxiliou de forma efetiva no embasamento da sentença condenatória, o que não ocorreu na espécie (HC n. 198.291/SP, Ministro Og Fernandes, Sexta Turma, DJe 11/4/2012).

Contravindo os argumentos recursais, outrossim, em relação à pretensão de substituição da pena, constata-se que, no caso em apreço, não se mostra adequada a conversão da pena privativa de liberdade em sanções restritivas de direitos, uma vez que a parte agravante, conforme observado no *decisum* condenatório, não preenche os requisitos objetivos previstos no art. 44, I e III, do Código Penal.

Precedentes da Sexta Turma a corroborar esse entendimento: HC n.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

187.891/RJ, Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, DJe 22/2/2012; HC n. 200.399/RS, Ministro Og Fernandes, DJe 19/9/2011; e HC n. 141.360/MG, Ministro Celso Limongi (Desembargador convocado do TJ/SP), DJe 2/5/2011.

Depreende-se dos autos que o acórdão recorrido se encontra em consonância com a jurisprudência assente do Superior Tribunal de Justiça, assim sendo, aplica-se ao caso vertente a Súmula 83/STJ, *in verbis*: *Não se conhece do recurso especial pela divergência, quando a orientação do tribunal se firmou no mesmo sentido da decisão recorrida.*

Da mesma forma, em relação à pretensão de fixação de regime inicial menos gravoso, não assiste razão à parte agravante, pois escorreito o acórdão a quo que, de maneira motivada e em observância aos princípios da proporcionalidade e razoabilidade, concluiu pela fixação do regime prisional mais severo.

Em outras palavras, o fato é que, além da quantidade de droga apreendida – mais de **2 Kg (dois quilograma)** de **cocaína** –, o acórdão recorrido identifica expressamente a presença de circunstância judicial desfavorável – transnacionalidade do delito –, portanto, deve ser mantido o resgate da reprimenda em regime inicial fechado.

Jurisprudência em consonância: REsp n. 1.047.565/RS, Ministro Og Fernandes, Sexta Turma, DJe 12/3/2012.

A questão da existência de provas ou de indícios acerca da participação, ou não, da parte ré em organização criminosa esbarra no óbice da Súmula 7/STJ:

[...]

2. O Tribunal a quo, ao examinar os requisitos exigidos para a aplicação da causa de redução prevista no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, indeferiu a benesse requerida, ao argumento de que os elementos fático-probatórios dos autos indicavam a participação dos recorrentes em organização criminosa. **Rever tal conclusão encontra, de igual modo, óbice na Súmula 7 deste Superior Tribunal.**

[...]



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

(REsp n. 1.102.780/AC, Ministro Og Fernandes, Sexta Turma, DJe 19/10/2009)

O recurso não pode ser provido, outrossim, sob o fundamento da alínea c, porque não realizou a parte o necessário cotejo analítico. Em outros termos, *in casu*, não foram demonstradas, suficientemente, as circunstâncias identificadoras da divergência com o caso confrontado, conforme dispõem os arts. 541 do Código de Processo Civil e 255, §§ 1º e 2º, do RISTJ.

Confira-se: REsp n. 839.147/PR, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, DJe 3/8/2009.

O agravo regimental não merece prosperar, porquanto as razões reunidas na insurgência são incapazes de infirmar o entendimento assentado na decisão agravada.

Em face do exposto, **nego provimento** ao agravo regimental.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2012/0178105-8

AgRg no
REsp 1.340.818 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 200961190091610 21045809 91617320094036119

EM MESA

JULGADO: 06/12/2012

Relator

Exmo. Sr. Ministro **SEBASTIÃO REIS JÚNIOR**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro OG FERNANDES

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. ZÉLIA OLIVEIRA GOMES

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : EDY FRANK CHIDERA (PRESO)
ADVOGADO : MAÍRA SANTOS ABRÃO - 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 : EDY FRANK CHIDERA (PRESO)
ADVOGADO : MAÍRA SANTOS ABRÃO - 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 Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator."

As Sras. Ministras Assusete Magalhães, Alderita Ramos de Oliveira (Desembargadora convocada do TJ/PE), Maria Thereza de Assis Moura e o Sr. Ministro Og Fernandes votaram com o Sr. Ministro Relator.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Og Fernandes.