



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no AGRADO EM RECURSO ESPECIAL Nº 253.182 - SP (2012/0234652-9)

RELATORA : MINISTRA LAURITA VAZ
AGRAVANTE : CASMIR TOCHUKWU OKORONTA
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

EMENTA

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRADO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO TRANSNACIONAL DE ENTORPECENTES. ART. 33, *CAPUT*, C.C. O ART. 40, INCISO I, DA LEI N.º 11.343/2006. TESE REFERENTE À APLICAÇÃO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI DE ENTORPECENTES, AUSÊNCIA DE DEDICAÇÃO A ATIVIDADES CRIMINOSAS. REEXAME FÁTICO-PROBATÓRIO. SÚMULA N.º 07 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. REGIME INICIAL FECHADO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. ART. 33, § 3.º, C.C. O ART. 59, AMBOS DO CÓDIGO PENAL. AGRADO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. Mostra-se incabível a aplicação da minorante inserta no § 4.º do art. 33 da Lei 11.343/2006, quando reconhecido pelo Tribunal de origem que o Réu se dedica a atividades criminosas, diante da falta de preenchimento dos seus requisitos legais.

2. Reformar o acórdão atacado para conhecer que o Recorrente não se dedica à atividade criminosa e, portanto, preenche os requisitos para a aplicação da minorante, tal como requerido, encontra óbice no enunciado sumular n.º 7 desta Corte.

3. Muito embora o Plenário do Supremo Tribunal Federal tenha declarado incidentalmente a inconstitucionalidade do § 1.º do art. 2.º da Lei n.º 8.072/90, com a redação que lhe foi dada pela Lei n.º 11.464/07, afastando a obrigatoriedade do regime fechado para os condenados por crimes hediondos e equiparados, é de ser mantido o regime mais gravoso, no caso, ainda que se trate de pena inferior a 8 anos de reclusão, tendo em vista o reconhecimento de circunstâncias judiciais desfavoráveis (quantidade e qualidade da droga apreendida).

4. À míngua de argumentos novos e idôneos para infirmar os fundamentos da decisão agravada, mantenho-a incólume.

5. Agravo regimental desprovido.

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 Jorge Mussi, Marco Aurélio Bellizze, Moura Ribeiro e Regina Helena Costa votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Brasília (DF), 05 de agosto de 2014 (Data do Julgamento)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

MINISTRA LAURITA VAZ
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no AGRADO EM RECURSO ESPECIAL Nº 253.182 - SP (2012/0234652-9)

AGRAVANTE : CASMIR TOCHUKWU OKORONTA
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

RELATÓRIO

A EXMA. SRA. MINISTRA LAURITA VAZ:

Trata-se de agravo regimental interposto por CASMIR TOCHUKWU OKORONTA, contra decisão de minha lavra, ementada nos seguintes termos, *in verbis*:

"AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PENAL. TRÁFICO TRANSNACIONAL DE ENTORPECENTES. ART. 33, CAPUT, C.C. O ART. 40, INCISO I, DA LEI N.º 11.343/2006. TESES REFERENTES À AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DE TRANSNACIONALIDADE, APLICAÇÃO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI DE ENTORPECENTES, AUSÊNCIA DE PARTICIPAÇÃO EM ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA E IMPOSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DA CAUSA DE AUMENTO INSERTA NO ART. 40, INCISO I, DA LEI DE DROGAS. REEXAME FÁTICO-PROBATÓRIO. SÚMULA N.º 07 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. NATUREZA E QUANTIDADE DA DROGA APREENDIDA. MOTIVAÇÃO VÁLIDA. ART. 42 DA LEI DE ENTORPECENTES. REGIME INICIAL FECHADO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. ART. 33, § 3.º, C.C. O ART. 59, AMBOS DO CÓDIGO PENAL. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR SANÇÕES RESTRITIVAS DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. PENA SUPERIOR A 04 ANOS. AGRADO CONHECIDO PARA NEGAR SEGUIMENTO AO RECURSO ESPECIAL" (Fl. 943)

Aduz o Agravante que a aplicação da causa de diminuição da pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/2006 não demanda o reexame do acervo fático-probatório produzido nos autos, mas, tão somente, a apreciação jurídica dos fatos já delineados, salientando que se trata de réu primário, portador de bons antecedentes, não integra organização criminosa ou, tampouco, dedica-se à atividade delituosa, a qual não pode ser presumida em razão de sua atuação na empreitada delituosa na condição de "mula".

Sustenta que a imposição de regime inicial fechado aos condenados por crimes hediondos e a estes equiparados deve obedecer aos parâmetros do art. 33, § 2º, alínea *b*, do Código Penal, afirmando, ainda, ofensa ao princípio da individualização da pena, em razão da apreciação da quantidade e da qualidade da droga na fixação do regime inicial de cumprimento da reprimenda. Segue aduzindo fazer jus ao regime semiaberto, uma vez que é primário e possui bons antecedentes.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Requer, por fim, a retratação da decisão agravada, ou, caso assim não se entenda, a submissão do presente recurso ao órgão colegiado competente.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no AGRADO EM RECURSO ESPECIAL Nº 253.182 - SP (2012/0234652-9)

EMENTA

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRADO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO TRANSNACIONAL DE ENTORPECENTES. ART. 33, *CAPUT*, C.C. O ART. 40, INCISO I, DA LEI Nº 11.343/2006. TESE REFERENTE À APLICAÇÃO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI DE ENTORPECENTES, AUSÊNCIA DE DEDICAÇÃO A ATIVIDADES CRIMINOSAS. REEXAME FÁTICO-PROBATÓRIO. SÚMULA Nº 07 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. REGIME INICIAL FECHADO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. ART. 33, § 3º, C.C. O ART. 59, AMBOS DO CÓDIGO PENAL. AGRADO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. Mostra-se incabível a aplicação da minorante inserta no § 4.º do art. 33 da Lei 11.343/2006, quando reconhecido pelo Tribunal de origem que o Réu se dedica a atividades criminosas, diante da falta de preenchimento dos seus requisitos legais.

2. Reformar o acórdão atacado para conhecer que o Recorrente não se dedica à atividade criminosa e, portanto, preenche os requisitos para a aplicação da minorante, tal como requerido, encontra óbice no enunciado sumular n.º 7 desta Corte.

3. Muito embora o Plenário do Supremo Tribunal Federal tenha declarado incidentalmente a inconstitucionalidade do § 1.º do art. 2.º da Lei n.º 8.072/90, com a redação que lhe foi dada pela Lei n.º 11.464/07, afastando a obrigatoriedade do regime fechado para os condenados por crimes hediondos e equiparados, é de ser mantido o regime mais gravoso, no caso, ainda que se trate de pena inferior a 8 anos de reclusão, tendo em vista o reconhecimento de circunstâncias judiciais desfavoráveis (quantidade e qualidade da droga apreendida).

4. À míngua de argumentos novos e idôneos para infirmar os fundamentos da decisão agravada, mantenho-a incólume.

5. Agravo regimental desprovido.

VOTO

A EXMA. SRA. MINISTRA LAURITA VAZ(RELATORA):

O recurso não merece prosperar.

Com efeito, a decisão agravada fundamenta-se nos seguintes termos:

"[...]"

Inicialmente, no que toca à tese de incompetência da justiça federal para julgamento do feito, verifica-se a pretensão do recorrente em reexaminar as provas coligidas aos autos, o que atrai o óbice do enunciado sumular n.º 7 desta Corte Superior de Justiça.

Com efeito, o Recorrente alega ausência de ciência acerca da transnacionalidade do delito, afirmando desconhecer que a droga então transportada seria entregue ao corréu CARLOS ALEX PANTOJA COSTA



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

para exportação à Amsterdã/Holanda.

A seu turno, o Tribunal a quo, ao apreciar os embargos de declaração, consignou que:

'[...]

Em primeiro lugar, deve ficar consignado que a certeza necessária para a averiguação de um crime nem sempre decorre de provas diretas, podendo ser extraída das diversas circunstâncias que cercam o fato.

E o artigo 40, I, da Lei 11.343/06 dispõe expressamente que as penas previstas nos arts. 33 a 37 da mesma lei serão aumentadas de um sexto a dois terços, se a natureza, a procedência da substância ou do produto apreendido e as circunstâncias do fato evidenciarem a transnacionalidade do delito.

A partir de tais premissas e considerando-se as circunstâncias em que ocorreram os fatos, bem como a prova oral da acusação, torna-se claro que não prosperam os argumentos da defesa, no sentido de tentar descaracterizar o caráter transnacional do tráfico efetuado nestes autos, sob o argumento de que o réu Casmir não tinha ciência de que a droga seria levada ao exterior.

Em primeiro lugar, entendo que o fato de os réus se conhecerem previamente ou não em nada altera a configuração da transnacionalidade do crime. Isso porque Casmir, ao ser interrogado na fase policial, admitiu que fora ao hotel para levar a droga para Carlos Alex, que as levaria para a Holanda (Fls. 05/06), demonstrando que a atividade dos réus era coordenada por uma organização criminosa, em que outro membro promoveu o encontro de ambos.

Em Juízo, como é comum acontecer, Casmir não confirmou tal versão. Contudo, a acusação demonstrou, através do depoimento do policial federal que acompanhou a diligência, que os réus, ao serem abordados no quarto do hotel, confessaram que se tratava de transporte de drogas para a Holanda, o que seria feito pelo corréu Carlos, ressaltando que o esquema seria fazer o checkin no aeroporto, voltar para o hotel, apanhar a droga e retornar ao aeroporto para embarcar.

Assim, comprovado que as declarações feitas por Casmir na fase policial é a que se mostra mais consentânea com as demais provas dos autos.

De outra parte, em que pese o fato de a passagem aérea ter sido encontrada em poder do corréu Carlos, o tráfico continua sendo transnacional, tendo em vista que o réu Casmir, embora não fosse viajar para o exterior, participou do esquema criminoso ao levar a droga para Carlos. Ademais, ambos se encontravam no mesmo quarto de hotel, obviamente associados para a prática do crime.

Por fim, e por todos esses motivos, é irrelevante o fato de a prisão em flagrante ter sido realizada em um hotel, pois o caráter transnacional do tráfico permanece diante da prova oral, das circunstâncias do crime e principalmente do encontro da passagem aérea em poder do corréu Alex.

A respeito, merecem ser transcritas as ponderações do representante do 'Parquet' Federal, exaradas nas contrarrazões de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

apelação (fls. 520):

'Tanto no Auto de Prisão em Flagrante, quanto no seu interrogatório judicial, Casmir afirmou que foi contratado por um nigeriano de nome 'Oka Oba' para levar as drogas par o corréu CARLOS. Aduziu que aquele indivíduo lhe passou as drogas já empacotadas em um restaurante próximo ao hotel em que CARLOS estava hospedado, no Brás; acredita que depois alertou CARLOS de que Casmir iria levar as drogas até ele, então os réus se encontraram na rua e depois se dirigiram ao quarto de hotel em que CARLOS estava.

O policial Thiago Augusto Lerin Vieira, em seu testemunho, confirmou que os réus se encontraram na rua, próximo ao hotel em que CARLOS estava hospedado, e depois subiram ao quarto deste.

Que CARLOS nunca tivesse visto Casmir é aceitável, todavia, se não tinha conhecimento do tráfico internacional de entorpecentes, por que foi encontrá-lo na rua próxima ao seu hotel e depois o levou ao seu quarto? Que justificativa teria tal ato dentro da história contada por CARLOS em seu interrogatório, de que veio a São Paulo para ir à Holanda buscar documentos alheios?

(...)

Por tais razões, não restaram dúvidas acerca do caráter transnacional do tráfico, devendo ser mantida, na dosimetria da pena do réu Casmir, a causa de aumento prevista no inciso I, do artigo 40, da Lei nº 11.343/06.

[...]' (fls. 804/806).

Ademais, conforme consignado no aresto embargado, o elemento probatório que demonstrou a transnacionalidade do delito, produzido na fase inquisitorial, restou confirmado em juízo, por meio da prova testemunhal prestada pelo agente policial que atuou na ocasião da prisão em flagrante do Recorrente.

Em relação às teses concernentes à fixação da pena e seu respectivo regime de cumprimento, o Tribunal de origem asseverou que:

'[...]

Passo à análise da dosimetria da pena:

A pena-base do réu foi fixada acima do mínimo legal (cinco anos e seis meses de reclusão), tendo o MM. Juiz fundamentado o acréscimo em função da quantidade e natureza da substância entorpecente.

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 CP. No caso de tráfico de drogas, há ainda que observar o comando expresso no artigo 42 da Lei 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 CP, a natureza e quantidade da droga,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

bem como a personalidade e conduta do agente.

No caso, não pode ser considerada pequena a quantidade apreendida nestes autos (quase dois quilos), ainda mais quando comparada às quantidades normalmente portadas pelo criminoso no tráfico urbano de varejo, quando é vendida diretamente aos consumidores pelos pequenos traficantes.

Há que se considerar ainda a natureza maléfica da droga (cocaína), que vicia facilmente, sendo alta sua lesividade à saúde dos usuários, pois pode levar a óbito ainda que consumida em pequena quantidade. Por outro lado, 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.

Assim, ainda que não haja outras circunstâncias desfavoráveis, está devidamente justificada a fixação da pena-base acima do mínimo legal, razão pela qual será mantida.

Na segunda fase da individualização da pena, o MM. Juiz deixou de aplicar a atenuante da confissão espontânea, afirmando que o acusado confessou parcialmente a conduta delituosa, negando em Juízo o fato de que o entorpecente seria levado para a Holanda.

Assiste razão à defesa, ao requerer a aplicação da atenuante.

Ainda que alguns acompanhem a posição do Juiz a respeito, o Superior Tribunal de Justiça, bem como esta Corte, entendem que a atenuante da confissão (CP, art. 65, III, d), ainda que não seja espontânea ou seja parcial, deve incidir sempre que fundamentar a condenação do acusado, como no caso, em que a MMª Juíza deixou consignado, na fundamentação da sentença (fls. 784): a autoria do crime de tráfico de entorpecentes está comprovada por meio da uníssona prova testemunhal produzida no curso da persecução penal, pela confissão do acusado CASMIR, aliados a todas as demais circunstâncias do fato e provas contidas nos autos. CASMIR confessou os crimes que lhes são imputados na denúncia, tanto na fase inquisitiva quanto em Juízo...!.

Dessa forma, a confissão desse réu contribuiu para a formação do convencimento do Juiz, pouco importando se não foi totalmente espontânea ou foi parcial.

[...]

Assim sendo, deve ser aplicada a atenuante da confissão na pena do réu. Diante da ausência de critérios legais para a valoração do 'quantum' a ser aplicado em razão das atenuantes, tendo em vista as circunstâncias dos autos e aos princípios da proporcionalidade, razoabilidade, necessidade e suficiência para a prevenção e repressão do crime, e dada a pouca relevância probatória da confissão diante da prisão em flagrante do réu, reduzo a pena em três meses, totalizando, nesta etapa, a pena de cinco anos e três meses de reclusão.

Na última etapa da aplicação da pena, mantenho a aplicação da causa de aumento prevista no artigo 40, I, da Lei nº. 11.343/06 no patamar de um sexto pois, ao contrário do alegado pela defesa, restou comprovado que a droga estava em vias de ser levada para a Europa pelo corréu Carlos, sendo irrelevante que não tenha chegado a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ultrapassar as fronteiras brasileiras, tendo em vista que as ações delituosas previstas no caput do art. 33 da lei de drogas não admitem tentativa e constituem crimes de mera conduta, em que a lei não exige a ocorrência de qualquer resultado naturalístico, satisfazendo-se com a ação do agente, da qual presume objetiva e absolutamente o perigo. Não se faz necessária a efetiva saída da droga do território nacional, bastando a comprovação de que estava em vias de exportação.

[...]

Assim sendo, mantenho a aplicação da majorante no patamar mínimo fixado pelo Juiz (um sexto) sobre a pena-base ora reduzida para cinco anos e três meses de reclusão, o que perfaz a reprimenda de 6 (seis) anos, 01 (um) mês e 15 (quinze) dias de reclusão, mantido o regime inicial fechado para o cumprimento.

A pena pecuniária, dosada nas mesmas proporções, fica estabelecida em 610 (seiscentos e dez) dias-multa, no valor unitário fixado pela sentença.

Ainda na terceira fase da individualização da pena do réu Casmir, o MM. Juiz deixou de aplicar o benefício previsto no artigo 33, § 4º da Lei de drogas, afirmando que o réu não preenche os requisitos por haver notícias de que integra organização criminosa, assumindo, no grupo, a tarefa de entregar a droga às 'mulas' do tráfico.

Nesse aspecto, não prospera o pleito ministerial ou da defesa de Casmir para que o benefício seja aplicado, sob os argumentos expendidos.

De fato, no caso não foram atendidos os pressupostos legais para a aplicação dessa causa de redução de pena.

Em que pese o fato de não se poder afirmar que o réu se dedica a atividades criminosas, restou claro, consoante suas próprias declarações, que participou de maneira voluntária e consciente de uma estrutura criminosa voltada à prática do tráfico transnacional de drogas, ao aceitar a função de entregar a droga à pessoa que iria transportá-la, de forma que não preencheu os quatro requisitos cumulativos exigidos pela § 4º do art. 33, da Lei 11.343/06, ou seja: ser primário, ter bons antecedentes, não se dedicar às atividades criminosas nem integrar organização criminosa.

É evidente que o réu integra uma organização criminosa voltada ao tráfico transnacional de drogas que atua em dois países, na qual há a divisão de tarefas, e em que cada integrante tem uma função específica, havendo sempre de um lado um membro da organização que fornece a droga, embala, prepara o local para ocultá-la e, de outro lado, uma pessoa que recebe a droga, prepara para consumo e posteriormente fornece às pessoas que irão vendê-la.

O réu, ao assumir a tarefa de entregar a droga aos 'mulas', também integrou a organização criminosa, pois foi elemento essencial para o sucesso da atividade ilícita, já que fez parte da conexão entre os membros da organização, de forma que não preenche um dos requisitos necessários para gozar da causa de redução de pena do § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/2006, que é não integrar organização criminosa.

Ainda que não haja notícias de que o acusado tenha praticado



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

anteriormente algum crime, e que seja a primeira vez que assim age, não é merecedor do benefício, já que a lei não exige a prática reiterada de delitos ou a vontade de praticá-los reiteradamente para que seja aplicada a minorante.

Sem a atuação de Casmir, a organização criminosa não teria como levar a cabo a atividade ilícita, de forma que, embora não tenha se associado de forma estável e permanente para a prática de tráfico, o papel que exerceu no presente delito o qualifica como integrante de organização criminosa e impede a concessão do benefício legal do § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/06.

[...]

Por tais fundamentos, também deixo de aplicar, na dosimetria da pena do apelante Casmir, a causa especial de diminuição de pena prevista no § 4º do artigo 33, da Lei 11.343/06.

Assim sendo, a pena fica definitivamente fixada em 6 (seis) anos, 7 (sete) meses e 10 (dez) dias de reclusão e 670 (seiscentos e setenta) dias-multa.

Tampouco prospera o pleito da Defensoria Pública, para que seja substituída a pena privativa de liberdade do apelante Casmir por restritivas de direitos.

A Lei nº 9.714/98, que alterou os artigos 43, 44, 45, 46, 47, 55 e 77 do Código Penal, introduzindo, em nosso sistema, a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, determina, no artigo 44:

'As penas restritivas de direitos são autônomas e substituem as privativas de liberdade, quando:

I - aplicada pena privativa de liberdade não superior a 4 (quatro) anos e o crime não for cometido com violência ou grave ameaça à pessoa ou, qualquer que seja a pena aplicada, se o crime for culposos;

II - o réu não for reincidente em crime doloso;

III - a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do condenado, bem como os motivos e as circunstâncias indicarem que essa substituição seja suficiente.

Portanto, para se conceder a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, faz-se necessário que o réu preencha requisitos objetivos e subjetivos, o que não se verifica na presente hipótese, em primeiro lugar porque o 'quantum' da pena (6 (seis) anos, 7 (sete) meses e 10 (dez) dias de reclusão) extrapola em muito o limite estabelecido no inciso I do referido artigo, de maneira que não está preenchido o requisito objetivo.

Ainda que assim não fosse, há que se considerar que, no caso, não estão preenchidos os requisitos subjetivos, considerando-se que o motivo do crime foi a obtenção de dinheiro de maneira fácil, à custa de vício alheio.

Levando-se em consideração os motivos e as circunstâncias do crime, observa-se que a substituição da pena privativa de liberdade não se mostra suficiente para impedir que o apelante volte a traficar drogas, restando o desejo de ganho irrefletido de dinheiro. Por outro lado, a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

concessão do benefício poderá levá-lo a prestar serviços em instituições públicas, onde haverá o risco de dar continuidade ao crime de tráfico de drogas.

Por fim, a vedação tem fundamento nos artigos 33, parágrafo 4º e 44, ambos da Lei nº 11.343/06, que proíbem expressamente que a pena privativa de liberdade cominada, embora possa ser objeto de redução, seja convertida em restritiva de direitos, em atenção à função preventivo-repressiva da pena privativa de liberdade como instrumento eficaz ao combate das atividades relacionadas ao tráfico de entorpecentes.

[...]

Ressalto que o Plenário do STF recentemente declarou, através do 'habeas corpus' 97256, pela via incidental, a inconstitucionalidade da expressão 'vedada a conversão em penas restritivas de direitos' contida no parágrafo 4º do artigo 33, da Lei nº 11.343/06, bem como da expressão 'vedada a conversão de suas penas em restritivas de direitos', constante do artigo 44 da mesma lei. Contudo, a ordem não foi concedida para assegurar ao paciente a imediata substituição, mas sim para remover o óbice contido na Lei 11.343/06, devolvendo ao Juízo das Execuções Criminais a tarefa de auferir o preenchimento das condições objetivas e subjetivas para a concessão.

Ademais, ainda que se admita a substituição das penas pelo fato de os estrangeiros serem iguais aos brasileiros perante a Constituição Federal, para a concessão será necessário que não estejam em situação irregular no país e que nele possuam residência fixa, o que não foi comprovado nos autos.

[...]

Por todos esses motivos, também deixo de substituir a pena privativa de liberdade do réu Casmir por restritivas de direitos.

[...]' (fls. 765/776).

É certo que o julgador deve, ao individualizar a pena, examinar com acuidade os elementos que dizem respeito ao fato, obedecidos e sopesados todos os critérios estabelecidos no art. 59 do Código Penal, para aplicar, de forma justa e fundamentada, a reprimenda que seja, proporcionalmente, necessária e suficiente para reprovação do crime, além das próprias elementares comuns ao tipo.

Ainda, ao considerar desfavoráveis as circunstâncias judiciais, deve o magistrado declinar, motivadamente, as suas razões, pois a inobservância dessa regra implica ofensa ao preceito contido no art. 93, inciso IX, da Constituição Federal.

*Por oportuno, o art. 42 da Lei de Tóxicos é expreso no sentido de que o "juiz, na fixação das penas, considerará, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do Código Penal, **a natureza e a quantidade da substância ou do produto**" (grifei).*

Assim, é evidente que a majoração da pena-base encontra-se devidamente fundamentada, como bem ressaltado pelo Tribunal de origem, em face da quantidade e qualidade da droga apreendida: 1890 g (mil oitocentos e noventa gramas) de cocaína, quantidade expressiva, ao



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

contrário do aduzido pelo Recorrente.

Nesse sentido:

'AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. DOSIMETRIA. PENA-BASE. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. QUANTIDADE DE DROGA ELEVADA. FIXAÇÃO ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. POSSIBILIDADE. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA. ART. 33, § 4º, DA LEI 11.343/2006. FRAÇÃO DO REDUTOR. NATUREZA E QUANTIDADE DA DROGA APREENDIDA. MITIGAÇÃO JUSTIFICADA. REGIME INICIAL. MANUTENÇÃO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA POR RESTRITIVA DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. AGRAVO DESPROVIDO.

- Demonstrado, pelas instâncias ordinárias, o alto grau de reprovabilidade da conduta, decorrente da expressiva quantidade da droga apreendida, imperiosa uma resposta penal mais efetiva, restando plenamente justificada a exasperação da pena-base em 1 (um) ano.

[...]

- Na hipótese, a natureza e quantidade da substância apreendida - 50 g (cinquenta gramas) de cocaína - são elementos hábeis a justificar a não aplicação da minorante em seu grau máximo de 2/3 (dois terços).

[...]

Agravo regimental desprovido.' (AgRg no REsp 1254307/BA, Rel. Ministra MARILZA MAYNARD (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/SE), QUINTA TURMA, julgado em 25/06/2013, DJe 01/08/2013; sem grifos no original.)

'AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. DIREITO PENAL. DOSIMETRIA. TRÁFICO DE DROGAS. ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. CONFISSÃO ESPONTÂNEA CONSIDERADA PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. INEXISTÊNCIA DE VIOLAÇÃO DA LEI FEDERAL. REDUÇÃO DA PENA-BASE. INVIABILIDADE. SUBSTITUIÇÃO DA 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 FIRMOU-SE NO MESMO SENTIDO DA JURISPRUDÊNCIA DO STJ. SÚMULAS 7 E 83/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 0,927 g (novecentos e vinte e sete grama) de maconha (art. 42 da Lei n. 11.343/2006).

[...]

7. Agravo regimental improvido.' (AgRg no REsp 1075161/AC, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 04/12/2012, DJe 14/12/2012; sem grifos no original.)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Acrescente-se que o legislador não delimitou parâmetros para a fixação da pena-base, de forma que a majoração fica adstrita ao prudente arbítrio do Magistrado, que deve observar o princípio do livre convencimento motivado.

Constata-se que o quantum de aumento em 06 (seis) meses da pena-base, na hipótese, revela-se proporcional e fundamentado, em se considerando que a pena abstratamente prevista para o delito de tráfico de drogas é de 05 a 15 anos. Desse modo, não vejo como, diante da ausência de manifesta ilegalidade, reexaminar a fundamentação apresentada pelo julgador.

Em relação ao quantum da atenuante decorrente da confissão do Recorrente, postulando pela incidência na fração de 1/6 (um sexto), cumpre ressaltar que o Código Penal não estabelece limites mínimo e máximo de diminuição de pena a serem aplicados em razão das circunstâncias atenuantes, cabendo ao Magistrado, prudentemente, fixar o patamar necessário, dentro de parâmetros razoáveis e proporcionais.

Nesse sentido:

'HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO SIMPLES. FIXAÇÃO DA PENA-BASE. VALORAÇÃO NEGATIVA DAS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS CONSISTENTES EM CULPABILIDADE, PERSONALIDADE, MOTIVOS E CIRCUNSTÂNCIAS DO CRIME. FUNDAMENTAÇÃO. AUSÊNCIA. CIRCUNSTÂNCIA RELATIVA AOS MAUS ANTECEDENTES. ALEGAÇÃO DE AFIRMAÇÃO DESPROVIDA DE COMPROVAÇÃO. FOLHA DE ANTECEDENTES PENAIIS. AUSÊNCIA. INSTRUÇÃO DEFICIENTE. ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA. PRETENSÃO DE MAJORAÇÃO DO QUANTUM UTILIZADO PELO MAGISTRADO SINGULAR. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA.

1. Inexiste fundamentação idônea na valoração negativa da culpabilidade quando o magistrado singular se limita a afirmar que a conduta praticada é altamente reprovável, sem delimitar o contexto em que esta ocorreu.

2. A simples menção à personalidade notadamente desvirtuada da normalidade, se desvinculada de elementos concretos que a justifiquem, não tem o condão de justificar o aumento da pena-base.

3. A análise dos motivos e das consequências do crime não deve se restringir a exame de elementos inerentes ao próprio tipo penal.

4. O acolhimento da pretensão consistente no afastamento da circunstância judicial relativa aos maus antecedentes demanda a devida instrução do writ com folha de antecedentes penais do paciente, o que, no caso dos autos, não ocorreu.

5. O conhecimento originário da matéria relativa à majoração da fração decorrente da atenuante da confissão espontânea não foi debatida pelo Tribunal de origem, o que configura indevida supressão de instância, vedada pelo ordenamento jurídico pátrio.

6. Não há no ordenamento jurídico patamar fixo para a redução ou majoração da pena pela incidência de circunstâncias agravantes e



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

atenuantes, possibilitando-se ao magistrado, no seu livre convencimento e de acordo com o caso concreto, sopesar o quantum a ser reduzido ou majorado, proporcionalmente.

7. Habeas corpus parcialmente conhecido e, nessa extensão, concedida a ordem em parte, para reduzir a pena imposta ao paciente para 6 anos de reclusão, em regime inicial fechado.' (HC 194.677/MS, 6.^a Turma, Rel. Min. SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, DJe de 21/03/2012; *sem grifo no original.*)

'HABEAS CORPUS. DOSIMETRIA. TENTATIVA DE ROUBO MAJORADO. ATENUANTE. CONFISSÃO ESPONTÂNEA. QUANTUM DE REDUÇÃO. DISCRICIONARIEDADE DO JUIZ. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO CONFIGURADO.

1. O quantum de redução pela circunstância atenuante deve observar os princípios da proporcionalidade, razoabilidade, necessidade e suficiência à reprovação e prevenção ao crime, informadores do processo de aplicação da pena.

2. Além de a matéria não ter sido analisada pela Corte de origem, não se pode acoimar de ilegal a decisão que reduziu em 2 (dois) meses a pena-base em razão do reconhecimento da atenuante genérica da confissão espontânea, quando se verifica que o aumento da pena-base foi de apenas 1 (um) ano.

[...]

3. Habeas corpus parcialmente concedido, tão somente para fixar ao paciente Valdinei de Jesus Pereira o regime inicial aberto de cumprimento de pena, mantidos, no mais, a sentença condenatória e o acórdão objurgado.' (HC 138.543/RJ, 5.^a Turma, Rel. Min. JORGE MUSSI, DJe de 13/09/2010; *sem grifo no original.*)

No caso, a redução da pena em 03 (três) meses não se revela flagrantemente desproporcional, devendo ser mantida.

No que se refere à causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/2006, extrai-se que o Tribunal a quo concluiu pela não configuração do benefício, reconhecendo o Recorrente como participante de organização criminosa - juízo corroborado por suas declarações em juízo (fl. 476). Como sabido, infirmar tal entendimento demanda, irremediavelmente, incursão no acervo fático-probatório, a teor da Súmula n.º 07 do Superior Tribunal de Justiça.

No que toca à impossibilidade de aplicação da causa de aumento da pena prevista no art. 40, inciso I, da Lei de Entorpecentes, em razão da ausência de comprovação da transnacionalidade do delito, as instâncias ordinárias, conforme consignado anteriormente, em detida análise das provas coligidas aos autos, concluíram que o delito de tráfico ilícito de entorpecentes cometido pelo Recorrente tinha como objetivo a exportação da droga, incidindo no ponto, outrossim, o enunciado sumular n.º 07 desta Corte Superior de Justiça.

Quanto ao regime inicial de cumprimento de pena, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, ao julgar o HC n.º 111.840/ES, afastou a obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crimes hediondos e equiparados, devendo-se observar, para a fixação do regime



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

inicial de cumprimento de pena, o disposto no art. 33 c.c. o art. 59, ambos do Código Penal.

Registre-se que o regime inicial fechado foi fixado corretamente, já que as circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do Código Penal, na hipótese, devem ser complementadas pelo disposto no art. 42 da Lei n.º 11.343/2006, sendo de especial relevo a quantidade e a qualidade da droga encontrada na posse do Agravante – repise-se, 1890 g (mil oitocentos e noventa gramas) de cocaína –, fator suficiente para demonstrar que a gravidade da conduta extravasa a normalidade do tipo penal em apreço, a teor do art. 42 da Lei n.º 11.343/2006.

De outra parte, no tocante à conversão da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos, cumpre salientar que o Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento do HC 97.256/RS, Relator Ministro AYRES BRITTO, declarou, incidentalmente, a inconstitucionalidade da proibição da conversão da pena privativa de liberdade em sanções restritivas de direitos, prevista no § 4.º do art. 33 e também no art. 44 da Lei n.º 11.343/2006, por afronta ao princípio da individualização da pena, o que resultou na edição da Resolução n.º 05/2012, do Senado Federal, pela qual foi suspensa a execução da referida regra.

Não obstante o afastamento do óbice legal, constata-se que, no caso em apreço, não há o requisito objetivo, qual seja, pena abaixo de quatro anos, previsto no art. 44 do Código Penal." (fls. 948/958).

Dessa forma, na ausência de argumento relevante que infirme as razões consideradas no julgado ora agravado, deve ser mantida a decisão por seus próprios fundamentos.

Ante o exposto, NEGO PROVIMENTO ao agravo regimental.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2012/0234652-9 **PROCESSO ELETRÔNICO** **AgRg no AREsp 253.182 / SP**
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 200961190075975 21035309 75975920094036119

EM MESA

JULGADO: 05/08/2014

Relatora

Exma. Sra. Ministra **LAURITA VAZ**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro MOURA RIBEIRO

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. LINDÔRA MARIA ARAÚJO

Secretário

Bel. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

AGRAVANTE : CASMIR TOCHUKWU OKORONTA
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
CORRÉU : CARLOS ALEX PANTOJA COSTA

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 : CASMIR TOCHUKWU OKORONTA
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA 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 Jorge Mussi, Marco Aurélio Bellizze, Moura Ribeiro e Regina Helena Costa votaram com a Sra. Ministra Relatora.