



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no AGRADO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.111.017 - SP (2017/0134345-1)

RELATOR : MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA
AGRAVANTE : CHIDOLUE ARTHUR NWIBE
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

EMENTA

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRADO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. FRAÇÃO DE APLICAÇÃO DO REDUTOR PREVISTO NO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. RECONHECIMENTO PELA CORTE LOCAL QUE NÃO SE TRATA DE TRÁFICO EVENTUAL. DESNECESSIDADE DE REVALORAÇÃO FÁTICO-PROBATÓRIA. NÃO INCIDÊNCIA DA SÚMULA 7/STJ. RECURSO EXCLUSIVO DA DEFESA. ALEGAÇÃO DE *REFORMATIO IN PEJUS*. NÃO OCORRÊNCIA. AUSÊNCIA DE AGRAVAMENTO DA PENA. AGRADO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. É desnecessária a incursão no acervo fático-probatório dos autos para o afastamento da fração máxima da redutora do tráfico privilegiado quando a própria Corte local reconhece não se tratar de traficante eventual.
2. No caso dos autos, o Tribunal de origem concluiu não se tratar de transportador eventual de drogas em razão da confrontação entre o histórico de viagens do recorrente e sua alegada situação econômica desfavorável. No entanto, reformou a sentença para fixar a redutora do tráfico privilegiado no patamar de 2/3 (dois terços) por entender inviável o acréscimo de fundamentação para justificar a manutenção da fração mínima aplicada pelo juízo sentenciante.
3. A jurisprudência desta Corte firmou compreensão de que, ainda que em sede de recurso exclusivo da defesa, é possível a revisão dos fundamentos apresentados na dosimetria da pena, desde que não modificada a quantidade de sanção imposta, sem que tal procedimento caracterize indevida *reformatio in pejus*.
4. Agrado regimental desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

unanimidade, negar provimento ao agravo regimental. Os Srs. Ministros Ribeiro Dantas, Joel Ilan Paciornik, Felix Fischer e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 24 de outubro de 2017(Data do Julgamento)

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no AGRADO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.111.017 - SP (2017/0134345-1)

RELATOR : MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA
AGRAVANTE : CHIDOLUE ARTHUR NWIBE
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA (Relator):

Trata-se de agravo regimental interposto contra a decisão de e-STJ fls. 381/387, que conheceu do agravo para dar provimento ao recurso especial interposto pelo MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL, para restabelecer a sentença de primeiro grau, a qual fixou a pena de CHIDOLUE ARTHUR NWIBE em 4 (quatro) anos, 10 (dez) meses e 10 (dez) dias de reclusão, em regime semiaberto, e 480 (quatrocentos e oitenta) dias-multa.

Em suas razões recursais, a defesa argumenta tratar-se de hipótese de incidência da Súmula 7/STJ, por entender necessária análise fático-probatória para verificar se o recorrente integra organização criminosa.

Aduz que a decisão monocrática incorreu em erro ao afirmar que o tribunal *a quo* concluiu não ser o recorrente traficante eventual, em razão da situação financeira e do histórico de viagens, uma vez que o voto condutor do acórdão recorrido não analisou a situação financeira do agravante. Afirmou, tratar-se, portanto, de interpretação distorcida do acórdão.

Alega, ainda, inexistirem nos autos elementos que justifiquem a aplicação da minorante em grau mínimo, já que "o mero número de viagens sem nenhum outro elemento que comprove o envolvimento com atividade criminosa não é argumento idôneo para afastar a aplicação do benefício em seu grau máximo." (e-STJ fls. 400/401)

Pugna, assim, em caso de ausência de reconsideração, pela apreciação da decisão agravada pelo colegiado da Quinta Turma.

É o relatório.

/



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no AGRADO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.111.017 - SP (2017/0134345-1)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA (Relator):

O recurso não apresenta argumento capaz de desconstituir os fundamentos que embasaram a decisão ora impugnada, de forma que merece ser integralmente mantida, nos termos a seguir transcritos (e-STJ fls. 381/387):

Trata-se de agravo interposto pelo MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL contra decisão que inadmitiu recurso especial manejado em adversidade a acórdão do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, ementado nos seguintes termos (e-STJ fl. 244):

PENAL. PROCESSUAL PENAL. TRÁFICO INTERNACIONAL DE DROGA. DOSIMETRIA. PENA PROVISÓRIA. MANUTENÇÃO. SÚMULA 231 DO C. STJ. DIMINUIÇÃO DA PENA §4º, ART. 33, LEI N. 11.434/06 NO MÁXIMO LEGAL. DETRAÇÃO. COMPETÊNCIA JUÍZO DA EXECUÇÃO. REGIME INICIAL ABERTO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA. CABÍVEL.

1. A aplicação da atenuante da confissão não possui o condão de diminuir a pena provisória abaixo do mínimo legal. Observância da Súmula n. 231 do C. STJ.

2. Incidência da causa de diminuição da pena prevista pelo art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06, no patamar máximo. Reformatio in pejus.

3. Fixação de regime inicial aberto, diante da dosimetria da pena. Detração penal realizada apenas no juízo da execução da pena.

4. Preenchidos os requisitos objetivos do artigo 44 do Código Penal, cabível a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direito.

5. Apelação parcialmente provida.

Embargos de declaração assim decididos (e-STJ fl. 277):

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM APELAÇÃO CRIMINAL. OMISSÃO E ERRO MATERIAL OMISSIVO. VOTO VENCIDO. DOSIMETRIA. TERCEIRA FASE. ACÓRDÃO INTEGRADO. DIREITO DE RECORRER EM LIBERDADE. MATÉRIA COM TRÂNSITO EM JULGADO. EMBARGOS DA ACUSAÇÃO ACOLHIDOS EM PARTE E DA DEFESA REJEITADOS.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

1. Omissão na dosimetria da pena. Manutenção da causa de aumento da pena prevista no artigo 40, inciso I, da Lei de Drogas na decisão de primeira instância, sobre a qual não houve insurgência das partes.

2. Pena definitiva alterada.

3. A ausência de pedido nas razões recursais quanto à revogação da prisão cautelar não enseja omissão no julgado.

4. Análise dos embargos de declaração da acusação prejudicada em parte e, na parte examinada, acolhidos, com modificação do resultado. Declaratórios da defesa rejeitados.

Nas razões do recurso especial, fundado nas alíneas "a" e "c" do permissivo constitucional, apontou o Parquet, além de dissídio jurisprudencial, negativa de vigência ao art. 617 do Código de Processo Penal e ao art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006.

Argumentou, em suma, que poderia ter a Corte local agregado novos fundamentos, de ofício, para manter a fração do tráfico privilegiado no patamar mínimo, ainda que o recurso fosse exclusivo da defesa, como no caso em análise, já que não haveria agravamento da situação do réu.

Pugnou, assim, pelo restabelecimento da pena aplicada na sentença - 4 anos, 10 meses e 10 dias de reclusão -, com a consequente alteração do regime prisional para o semiaberto e o afastamento da substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

Contra-arrazado (e-STJ fls. 321/332), o Tribunal local inadmitiu o especial (e-STJ fls. 335/340) em razão da incidência da Súmula n. 7/STJ e por não ter sido a divergência jurisprudencial devidamente demonstrada.

Em seu agravo (e-STJ fls. 343/351), o recorrente rebate a fundamentação utilizada para inadmitir o recurso.

O Ministério Público Federal opinou pelo provimento do especial e solicitou a comunicação à primeira instância para o início do cumprimento provisório da pena (e-STJ fls. 370/378), nos termos da seguinte ementa:

AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO INTERNACIONAL DE DROGAS (ART. 33, CAPUT, C/C ART. 40, I, AMBOS DA LEI 11.343/06).

APLICAÇÃO DA MINORANTE NA FRAÇÃO MÍNIMA DE 1/6 (UM SEXTO). DECISÃO REFORMADA PELO TRIBUNAL DE ORIGEM PARA APLICAR A FRAÇÃO MÁXIMA DE 2/3 (DOIS TERÇOS).

RECURSO DE APELAÇÃO DEFENSIVO. NOVOS FUNDAMENTOS PARA MANTER A PENA FIXADA NA SENTENÇA. POSSIBILIDADE. A MANUTENÇÃO DA FRAÇÃO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

MÍNIMA DE 1/6 (UM SEXTO) ENCONTRA AMPARO NOS ELEMENTOS CONSTANTES DO ACÓRDÃO IMPUGNADO. RÉU QUE ATUAVA COMO “MULA”. DEDICAÇÃO À ATIVIDADE CRIMINOSA.

PARECER PELO PROVIMENTO DO AGRAVO E DO RECURSO ESPECIAL, DETERMINANDO-SE A IMEDIATA COMUNICAÇÃO AO JUÍZO DE PRIMEIRA INSTÂNCIA PARA O INÍCIO DO CUMPRIMENTO PROVISÓRIO DA PENA.

*É o relatório. **Decido.***

O recurso é tempestivo, e a matéria foi devidamente prequestionada.

Inicialmente, registre-se que, nos termos da Súmula n. 568 desta Corte, "o relator, monocraticamente e no Superior Tribunal de Justiça, poderá dar ou negar provimento ao recurso quando houver entendimento dominante acerca do tema".

Extrai-se dos autos que a Corte local, ao analisar o pedido de aplicação da redutora do tráfico privilegiado no grau máximo, assim se manifestou (e-STJ fls. 241/242):

[...]

Na terceira fase de dosimetria da pena, a defesa requer a diminuição da pena prevista no art. 33, §4º, da lei n. 11.343/06, no máximo previsto (2/3).

Com razão.

O §4º do artigo 33 da Lei nº 11.343/06 prevê a redução da pena de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços) desde que o agente seja primário, possua bons antecedentes, não se dedique a atividades criminosas nem integre organização criminosa.

No julgamento do Recurso Extraordinário com Agravo nº 666.334/AM, com repercussão geral reconhecida, o Supremo Tribunal Federal decidiu que, em caso de condenação por tráfico ilícito de entorpecentes, a natureza e a quantidade da droga apreendida devem ser levadas em consideração tão somente em uma das fases da dosimetria da pena, vedada a sua aplicação cumulativa, que acarretaria bis in idem (STF, Plenário, Rei. Min. Gilmar Mendes, RE com Agravo nº 666.334/AM, j. 03/04/2014).

Nesse caso, a circunstância relativa à natureza e quantidade de droga foi considerada somente na primeira fase, como fundamento para a não exasperação da pena-base. O acusado é primário, tem bons antecedentes e, da prova dos autos, conclui-se que ele não se dedica a atividades criminosas nem integra organização criminosa e a circunstância do transporte do entorpecente é ínsita ao tipo penal de tráfico. Ao transportar a droga, o agente adere à prática delitiva e incide nas penas



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

cominadas.

A bem da verdade, não é possível identificá-lo como "transportador" ocasional de drogas, pois consta de seu histórico migratório (fl. 74/75) várias viagens, por períodos curtos, desde o ano de 2012, as quais não foram justificadas e não condizem com a alegada situação econômica desfavorável.

No entanto, para o afastamento do benefício no seu grau máximo em prejuízo da defesa, seria imprescindível que houvesse outras circunstâncias válidas já mencionadas na sentença ou trazidas para discussão nessa sede recursal.

Se a sentença não contém qualquer outra motivação para o afastamento do benefício em seu grau máximo e se o recurso da acusação não traz argumentos concretos para a não aplicação do redutor, não pode esse tribunal, sob pena de afronta ao princípio da ampla defesa, agregar, de ofício, novos fundamentos à sentença condenatória em prejuízo do réu.

Assim, a causa de diminuição do §4º do artigo 33 da Lei de Drogas deve ser aplicada em seu grau máximo (2/3).

Portanto, na terceira fase da dosimetria da pena, fixo as penas definitivas em 1 (um) ano, 8 (oito) meses de reclusão e 166 (cento e sessenta e seis) dias-multa.

Com efeito, a Corte local, ao assim decidir divergiu do entendimento jurisprudencial desta Corte, segundo o qual, ainda que em sede de recurso exclusivo da defesa, é possível a revisão dos fundamentos apresentados na dosimetria da pena, desde que não modificada a quantidade de sanção imposta, sem que tal procedimento caracterize indevida reformatio in pejus. Nesse sentido:

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO INTERNACIONAL DE ENTORPECENTES. 778 KG DE MACONHA. DOSIMETRIA DA PENA. REFORMATIO IN PEJUS. NÃO OCORRÊNCIA. EFEITO DEVOLUTIVO DO RECURSO DE APELAÇÃO. I - A proibição contida no art. 617 do Código de Processo Penal impede o agravamento da pena imposta ao réu quando somente ele houver apelado da sentença condenatória. No entanto, o efeito devolutivo da apelação permite a reapreciação das circunstâncias do fato, autorizando nova ponderação acerca dos fatos, desde que isto não se traduza em agravamento da situação do réu, tal como ocorreu neste caso.

II - "(...) O princípio do non reformatio in pejus não obsta que o Tribunal de origem, exercendo sua soberania para dizer o direito, encontre nova fundamentação para manter afastada a causa de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, desde que respeitada a imputação deduzida pelo órgão de acusação e o limite da pena imposta no Juízo de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

origem (...)” (HC n. 386.940/SP, Quinta Turma, Rel. Min. Ribeiro Dantas, DJe de 23/3/2017).

III - Na hipótese dos autos, seguindo essa diretriz jurisprudencial, o eg. Tribunal de origem utilizou-se da quantidade de drogas apreendidas (mais de 770 kg de maconha) para agravar a pena-base do recorrente. Na terceira fase da dosimetria penal, para fins de justificar o afastamento da causa especial de diminuição de pena, a eg. Corte Federal pautou-se no fato de o recorrente dedicar-se a atividades criminosas, situação que em nada difere dos julgados deste eg. STJ.

Agravo regimental desprovido. (AgRg no AREsp 1043243/MS, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 23/05/2017, DJe 31/05/2017)

PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. VIOLAÇÃO DOS ARTS. 33 § 4º DA LEI Nº 11.343/2006 E 617 DO CPP. APLICAÇÃO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA. (I) REEXAME DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. INADMISSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ. (II) REFORMATIO IN PEJUS. NÃO OCORRÊNCIA. FUNDAMENTOS NOVOS. POSSIBILIDADE. EFEITO DEVOLUTIVO DA APELAÇÃO. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

1. É assente que cabe ao aplicador da lei, em instância ordinária, fazer um cotejo fático e probatório a fim de analisar a existência de provas suficientes a embasar a aplicação da pena base e das causas de aumento ou de diminuição da sanção, porquanto é vedado na via eleita o reexame de fatos e provas. Súmula 7/STJ.

2. Ressalvado o entendimento desta relatoria, "a jurisprudência desta Corte firmou compreensão de que, ainda que em sede de recurso exclusivo da defesa, é possível a revisão dos fundamentos apresentados na dosimetria da pena, desde que não modificada a quantidade de sanção imposta, sem que tal procedimento caracterize indevida reformatio in pejus. Precedentes do STJ" (AgRg no HC 280.353/RS, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 30/06/2015, DJe 03/08/2015).

3. Agravo regimental a que se nega provimento. (AgRg no AREsp 729.735/MG, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 08/09/2015, DJe 28/09/2015)

No caso dos autos, embora tenha considerado inválido o fundamento utilizado pelo Juízo sentenciante para aplicar a redutora do tráfico privilegiado no patamar mínimo, a Corte local asseverou que o histórico migratório, aliado à análise da situação



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

financeira do acusado, demonstram não se tratar de traficante eventual.

Dessa forma, merece reforma o acórdão impugnado, a fim de restabelecer a fração mínima da minorante do § 4º do art. 33, da Lei 11.343/2006 - 1/6 (um sexto), aplicada pela sentença, uma vez que constatado pelas instâncias ordinárias que o recorrido não faz jus à aplicação da benesse no seu patamar máximo.

*Ante o exposto, com fundamento no art. 932, VIII, do CPC, c/c o art. 253, parágrafo único, II, "c", parte final, do RISTJ, **conheço** do agravo e **dou provimento** ao recurso especial, para restabelecer a sentença de primeiro grau, a qual fixou a pena em 4 (quatro) anos, 10 (dez) meses e 10 (dez) dias de reclusão, em regime semiaberto, e 480 (quatrocentos e oitenta) dias-multa.*

Em atenção ao requerimento do Ministério Público Federal (e-STJ fls. 370/3780), determino a comunicação do julgado ao Tribunal Regional Federal da 3ª Região para que tome as providências que entender necessárias, inclusive no tocante ao início da execução provisória da pena do agravado, nos termos da Resolução n. 113/2007 CNJ, com a redação dada pela Resolução n. 180/2013 (arts. 8º/11).

Publique-se. Intimem-se.

Ressalte-se que é desnecessária a incursão no acervo fático-probatório dos autos para o afastamento da fração máxima da redutora do tráfico privilegiado quando a própria Corte local reconhece não se tratar de traficante eventual.

Acrescente-se, por fim, que não procede o argumento defensivo de que o Tribunal do origem não teria analisado a situação financeira do agravante, uma vez que a conclusão de que não se tratava de traficante eventual decorreu, dentre outros elementos, do confronto de seu histórico de viagens com a alegada situação econômica desfavorável, o que pode ser verificado no seguinte trecho extraído do voto condutor do acórdão (e-STJ fl. 242):

A bem da verdade, não é possível identificá-lo como "transportador" ocasional de drogas, pois consta de seu histórico migratório (fl. 74/75) várias viagens, por períodos curtos, desde o ano de 2012, as quais não foram justificadas e não condizem com a alegada situação econômica desfavorável.

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

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2017/0134345-1

AgRg no
AREsp 1.111.017 /
SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00029155120154036119 01032015 201561190029151 2015611900365761 201602011709
2016159229 2016164912 2017010832 2017038563 2017052560 29155120154036119

EM MESA

JULGADO: 24/10/2017

Relator

Exmo. Sr. Ministro **REYNALDO SOARES DA FONSECA**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. JOÃO PEDRO BANDEIRA DE MELO

Secretário

Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

AGRAVANTE : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
AGRAVADO : CHIDOLUE ARTHUR NWIBE
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO

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 : CHIDOLUE ARTHUR NWIBE
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 Ribeiro Dantas, Joel Ilan Paciornik, Felix Fischer e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.