AgRg no AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 764.225 - SP (2015/0203691-5)

RELATOR	**:**	**MINISTRO ANTONIO SALDANHA PALHEIRO**
AGRAVANTE	:	FRANK NONSO OMENYI (PRESO)
AGRAVANTE	:	OKECHUKWU COLLINS IGWE (PRESO)
ADVOGADO	:	DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO
AGRAVADO	:	MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

DECISÃO

Trata-se de agravo em recurso especial interposto por FRANK NONSO OMENYI e OKECHUKWU COLLINS IGWE contra decisão do Tribunal Regional Federal da 3ª Região que inadmitiu recurso especial fundamentado na alínea "a", do permissivo constitucional.

Consta nos autos que os agravantes foram condenados à pena de 4 anos, 10 meses e 10 dias de reclusão, pela prática do crime do art. 33, § 4º, c/c o art. 40, I, ambos da Lei n. 11.343/2006, em razão de trazerem consigo **1,489kg (um quilo, quatrocentos e oitenta e nove gramas) e 873g (oitocentos e setenta e três gramas) de cocaína**, respectivamente; e, também, pelo crime do art. 297 do Código Penal, à pena de 2 anos de reclusão por terem falsificado vistos em seus passaportes.

Interposta apelação, o recurso foi desprovido nos termos da seguinte ementa (e-STJ fls. 441/442):

> *PENAL. PROCESSUAL PENAL. TRÁFICO DE DROGA. MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVADAS. DOSIMETRIA. PENA-BASE. CONFISSÃO. APLICAÇÃO DO § 4º DO ART. 33 DA LEI DE DROGA.*
>
> *1. Materialidade e autoria do delito de tráfico transnacional de drogas comprovadas.*
>
> *2. A natureza e a quantidade da droga são elementos importantes para aferir a quantidade da pena inicial a ser aplicada ao crime de tráfico, conforme expressa previsão legal no art. 42 da Lei n. 11.343/06.*
>
> *3. São irrelevantes os motivos pelos quais o agente teria sido levado a confessar o delito perante a autoridade para fazer jus à incidência da atenuante genérica (STJ, HC n. 159.854, Rei. Min. Laurita Vaz, j. 15.06.10; HC n. 117.764, Rei. Min. Og Fernandes, j. 11.05.10; HC n. 46.858, Rei. Min. Hamilton Carvalhido, j. 13.11.07; HC n. 79.381, Rei. Min. Nilson Naves, j. 23.10.07). Assim, pouco*

> *importa que o réu tenha sido preso em flagrante, bastando o reconhecimento da prática do delito (STF, HC n. 69.479-RJ, Rei. Min. Marco Aurélio, unânime, DJ 18.12.02, p. 384).*
>
> *4. Em julgamento de Recurso Extraordinário submetido à Repercussão Geral, o Supremo Tribunal Federal fixou o entendimento de que a natureza e a quantidade da droga apreendida*

Irresignada, a defesa interpôs recurso especial, alegando violação ao art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006. Argumentou, em síntese, que "*a previsão legal dispõe que desde que o réu não integre organização criminosa e cumpra os demais requisitos, fará jus à causa de diminuição da pena. Portanto, não é porque o réu tem plena consciência de colaborar para um grupo criminoso que deverá ter a aplicação da causa em seu patamar mínimo"* (e-STJ fl. 455). Suplicou, assim, pela aplicação da minorante do tráfico privilegiado na fração máxima e, por conseguinte, pela fixação do regime aberto e pela substituição da pena.

Contrarrazões às e-STJ fls. 465/480.

A Corte de origem negou seguimento ao recurso, que seguiu a esta Corte por meio de agravo.

O Ministério Público Federal opinou pelo não conhecimento do agravo e, no caso de conhecimento, pelo desprovimento do recurso (e-STJ fls. 516/525).

Do agravo em recurso especial não se conheceu em virtude da aplicação da Súmula n. 182/STJ, ao argumento de que os ora recorrentes não haviam rebatido a incidência da Súmula n. 7/STJ à irresignação recursal (e-STJ fl. 528/530).

Neste regimental, a Defensoria Pública da União afirma que atacou efetivamente a incindência da Súmula n. 7/STJ nas razões do agravo e repisa os argumentos expendidos no apelo nobre quanto à aplicação da minorante do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 em seu percentual máximo e também quanto à fixação de regime mais brando, bem como a respeito da substituição da reprimenda.

Requer, assim, a reconsideração da decisão agravada ou que o presente recurso seja levado para apreciação da Turma competente.

É o relatório.

Decido.

Reconsidero a decisão agravada, tendo em vista que se verifica, da leitura das razões do agravo, que a aplicação da Súmula n. 7/STJ foi efetivamente infirmada. Cumpridos os requisitos de admissibilidade do agravo, passo ao exame do recurso especial.

O inconformismo não merece prosperar, contudo.

De fato, acerca da irresignação defensiva, os precedentes desta Corte orientam que se deve aplicar o redutor no mínimo legal quando se tratar de condenado a serviço do crime organizado no tráfico internacional (mula), haja vista a maior censurabilidade da conduta:

> *AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. QUANTUM DE EXASPERAÇÃO. PATAMAR FIXADO EM 10 MESES PELA GRANDE QUANTIDADE DE DROGA. DESPROPORCIONALIDADE. NÃO OCORRÊNCIA. MINORANTE DO TRÁFICO. FIXADO NA ORIGEM A FRAÇÃO DE 1/6. MULA. PROPORCIONALIDADE. ALTERAÇÃO DO PATAMAR. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.*
>
> *1. Não há falar em ofensa à proporcionalidade, diante do quantum da pena aplicado pelas instâncias ordinárias na exasperação da pena-base, correspondente a 10 meses pela grande quantidade de cocaína apreendida, tendo em vista, sobretudo, o mínimo e o máximo das penas cominadas abstratamente ao delito de tráfico de drogas.*
>
> *2.* ***A ciência do agente de estar a serviço de grupo criminoso voltado ao tráfico internacional de drogas é circunstância apta a justificar a redução da pena em 1/6, pela aplicação da minorante do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 (AgRg no AREsp 1240897/MS, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 12/06/2018, DJe 20/06/2018).***
>
> *3. Ademais, a reversão do julgado, para fins de modificação da fração de redução, demandaria o revolvimento do conjunto fático-probatório, inadmissível a teor da Súmula 7/STJ.*
>
> *4. Agravo regimental improvido.* (AgRg no AREsp 1336930/SP, relator Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 21/03/2019, DJe 02/04/2019, grifei)

> *PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. VIA INADEQUADA. NÃO CONHECIMENTO. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. FLAGRANTE PREPARADO. CRIME IMPOSSÍVEL E PROVA ILÍCITA. TESES NÃO EXAMINADAS PELA CORTE DE ORIGEM. SUPRESSÃO DE*

INSTÂNCIA. DOSIMETRIA. POSSIBILIDADE DE ANÁLISE CONJUNTA DAS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS. CORRÉUS NAS MESMAS CONDIÇÕES FÁTICAS E SUBJETIVAS. APREENSÃO DE APROXIMADAMENTE 9 KG DE COCAÍNA. EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE. AFASTAMENTO DO REDUTOR DO ART. 33, § 4º, DA LEI 11.343/2006. QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA APREENDIDA VALORADA EM MAIS DE UMA FASE DA DOSIMETRIA. BIS IN IDEM. REDUÇÃO DA PENA-BASE AO MÍNIMO LEGAL. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DA DEDICAÇÃO DO PACIENTE À ATIVIDADE CRIMINOSA OU DE QUE INTEGRASSE ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. PRECEDENTES DO STF. POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DA REDUTORA NA FRAÇÃO DE 1/6. TRANSPORTE DE DROGA. EXAME DAS CIRCUNSTÂNCIAS DA CONDUTA. ATUAÇÃO DO AGENTE SEMELHANTE A DE 'MULA' DO TRÁFICO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA, DE OFÍCIO.

[...]

- No mesmo sentido, são os precedentes do col. Pretório Excelso, que firmam a possibilidade, em tese, de concessão do benefício do tráfico privilegiado, a despeito da apreensão de grande quantidade de droga, quando estiver caracterizada a condição de 'mula do tráfico'.

- Em verdade, o Supremo Tribunal Federal vem entendendo que a atuação no transporte de entorpecente, ainda que em grande quantidade, não patenteia, de modo automático, a adesão estável e permanente do apenado à estrutura de organização criminosa ou a sua dedicação à atividade delitiva. Precedentes.

- Assim, no caso, impõe-se a concessão da ordem para reduzir a pena-base ao mínimo legal e aplicar a redutora do tráfico privilegiado, na fração de 1/6.

[...]

- Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para reduzir a pena do paciente ao novo patamar de 4 anos e 2 meses de reclusão, em regime inicialmente fechado, e 416 dias-multa, mantidos os demais termos da condenação. (HC 466.202/SP, relator Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 12/03/2019, DJe 25/03/2019, grifei)

PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. PENA-BASE MAJORADA. GRANDE QUANTIDADE DE DROGA APREENDIDA. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. MULA. REDUÇÃO EM 1/6. PROPORCIONAL. AGRAVO NÃO PROVIDO.

[...]

3. ***A ciência do agente de estar a serviço de grupo criminoso voltado ao tráfico internacional de drogas é circunstância apta a justificar a redução da pena em 1/6, pela aplicação da minorante do***

art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 (Precedentes).

4. Agravo regimental não provido. (AgRg no AREsp 1421754/SP, relator Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 26/02/2019, DJe 06/03/2019, grifei)

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO INTERNACIONAL DE DROGAS. "MULA". ATUAÇÃO A SERVIÇO DE ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. FUNDAMENTO VÁLIDO PARA O FIM DE MODULAR O REDUTOR DA PENA EM PATAMAR AQUÉM DO MÁXIMO.

1. ***O Tribunal Regional Federal decidiu em harmonia com a jurisprudência desta Corte, assentada no sentido de que "a atuação na condição de mula, embora não seja suficiente para denotar que integre, de forma estável e permanente, organização criminosa, configura circunstância concreta e elemento idôneo para valorar negativamente a conduta do agente, na terceira fase da dosimetria, modulando-se a aplicação da causa especial de diminuição de pena pelo tráfico privilegiado, como ocorre na espécie****" (AgRg no HC n. 410.698/SP, relator Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 10/10/2017, DJe 16/10/2017, grifei).*

2. Agravo regimental desprovido. (AgRg no AREsp 1372189/SP, relator Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 27/11/2018, DJe 04/02/2019, grifei)

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. PRETENDIDA ALTERAÇÃO DO QUANTUM DE REDUÇÃO PELA MINORANTE PREVISTA NO § 4.º DO ART. 33 DA LEI N.º 11.343/2006. GRANDE QUANTIDADE DE DROGAS. FRAÇÃO MÍNIMA. MOTIVAÇÃO IDÔNEA. AGRAVO DESPROVIDO.

1. O legislador não delimitou parâmetros para a redução da pena pela causa de diminuição prevista na Lei de Drogas, de forma que o quantum de diminuição fica adstrito ao prudente arbítrio do magistrado, que deve observar o princípio do livre convencimento motivado.

2. No caso, a fração implementada revela-se proporcional e fundamentada, tendo o Tribunal de origem motivado a escolha do ***patamar mínimo*** *em razão da grande quantidade de drogas apreendidas (12,6 kg de maconha) e nas circunstâncias do caso,* ***notadamente na atuação da agente como mula do tráfico****.*

3. Agravo regimental desprovido.(AgRg no AREsp 1357355/MS, relatora Ministra LAURITA VAZ, SEXTA TURMA, julgado em 13/11/2018, DJe 04/12/2018, grifei)

Mantido a fração mínima de aplicação do redutor do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, estão prejudicados os pedidos de alteração do regime inicial e de

substituição da pena.

Outrossim, verifico que, em relação ao delito do art. 297 do Código Penal, ocorreu a prescrição da pretensão punitiva, de modo que deve ser declarada, de ofício, extinta a punibilidade dos recorrentes.

Com efeito, transcorreu o prazo prescricional de 4 anos, entre o último marco interruptivo, qual seja, a sentença condenatória, publicada em 5/9/2014 (e-STJ fl. 369), e a presente data.

Ante o exposto, **reconsidero a decisão agravada para conhecer do agravo e negar provimento ao recurso especial**. Declaro, ainda, de ofício, extinta a punibilidade dos recorrentes, pela prescrição da pretensão punitiva, em relação ao crime do art. 297 do Código Penal.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília, 10 de abril de 2019.

Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO
Relator