



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no AGRADO EM RECURSO ESPECIAL Nº 615.337 - PR (2014/0308949-8)

RELATOR : **MINISTRO GURGEL DE FARIA**
AGRAVANTE : **SAMUEL CARDOSO**
AGRAVANTE : **JOÃO MARCOS GOUVEIA**
ADVOGADO : **THIAGO RUIZ E OUTRO(S)**
AGRAVADO : **MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL**

EMENTA

PROCESSUAL PENAL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM AGRADO NO RECURSO ESPECIAL. RECEBIMENTO COMO REGIMENTAL. FUNGIBILIDADE. IMPORTAÇÃO DE MEDICAMENTOS. AUSÊNCIA DE REGISTRO. DESCLASSIFICAÇÃO PARA O DELITO DE TRÁFICO. MAJORAÇÃO. TRANSNACIONALIDADE. *BIS IN IDEM* NÃO CARACTERIZADO.

1. Presentes os requisitos para a aplicação do princípio da fungibilidade, os embargos declaratórios opostos pela defesa devem ser recebidos como agravo regimental, em face do nítido intuito infringencial.
2. O Tribunal de origem, apreciando os fatos e provas existentes nos autos, entendeu por bem desclassificar a conduta imputada aos agravantes, anteriormente descrita como a tipificada no art. 273, § 1º e § 1º-B do CPB, para aquela prevista no art. 33 da Lei n. 11.343/2006.
3. Hipótese em que a condenação do recorrente decorreu de conduta tipificada como crime de tráfico, estando o entendimento adotado em conformidade com aquele esposado por esta Corte Superior, segundo o qual o delito de tráfico constitui crime de ação múltipla, consumando-se com a prática de qualquer dos verbos núcleo. O simples fato de o agente “trazer consigo” a substância proibida já configura o delito em comento, não havendo *bis in idem* pela incidência da causa especial de aumento decorrente da transnacionalidade do delito.
4. Conforme reconhecido na decisão que negou seguimento ao recurso especial na origem, referido entendimento atrai a incidência da Súmula 83 desta Corte.
5. Embargos recebidos como agravo regimental, a que se nega provimento.

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 unanimidade, receber os embargos de declaração como agravo regimental e lhe negar provimento. Os Srs. Ministros Reynaldo Soares da Fonseca, Newton Trisotto (Desembargador Convocado do TJ/SC), Leopoldo de Arruda Raposo (Desembargador convocado do TJ/PE) e Felix Fischer votaram com o Sr. Ministro Relator.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Brasília, 30 de junho de 2015 (Data do julgamento).

MINISTRO GURGEL DE FARIA

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

EDcl no AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 615.337 - PR (2014/0308949-8)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO GURGEL DE FARIA (Relator):

Cuida-se de embargos de declaração opostos por SAMUEL CARDOSO E JOAO MARCOS GOUVEIA contra decisão de minha lavra (fls. 931/934), que negou provimento a agravo em recurso especial, aplicando ao caso a dicção da Súmula 83 desta Corte.

Os embargantes alegam, em suma, que a decisão embargada foi omissa quanto aos fundamentos jurídicos e precedentes trazidos no agravo. Afirmam que os denunciados foram acusados de *importar medicamentos* (art. 273, § 1º do Código Penal) e que as razões consideradas pela decisão se restringiram à conduta de importar prevista como núcleo do crime de tráfico e não àquela imputada aos agravantes.

Aduzem que se trata de questionamento que evidencia a existência de *bis in idem* não em relação aos argumentos e contexto da transnacionalidade do delito tráfico de entorpecentes mas quanto à aplicação ou não da causa especial de aumento de pena (art. 40, I, da Lei n. 11.343/2006) no delito de importação de medicamentos (fl. 897), estando omissa a decisão ao não observar a diferenciação.

Requerem, ao final, uma vez sanada a omissão, que sejam declarados os efeitos infringentes da decisão para afastar a incidência da Súmula 83 deste Tribunal, bem como que seja dado seguimento ao recurso especial interposto, com posterior provimento da medida.

O Ministério Público Federal ofereceu parecer pela rejeição dos embargos declaratórios (fls. 950/968).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

EDcl no AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 615.337 - PR (2014/0308949-8)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO GURGEL DE FARIA (Relator):

Presentes os requisitos para a aplicação do princípio da fungibilidade, os embargos declaratórios opostos pela defesa devem ser recebidos como agravo regimental, em face do nítido intuito infringencial.

O Tribunal de origem, apreciando os fatos e provas existentes nos autos, entendeu por bem desclassificar a conduta imputada aos agravantes, anteriormente descrita como a tipificada no art. 273, § 1º e § 1º-B do CPB, para aquela prevista no art. 33 da Lei n. 11.343/2006, conforme se extrai dos seguintes fundamentos do julgamento da apelação:

Passo a examinar as classificações típicas encontradas na jurisprudência para a conduta daquele que importa medicamentos de forma irregular, em ordem crescente de gravidade.

[...]

A terceira possibilidade é o reconhecimento do crime do art. 33 da Lei nº 11.343/06, considerado norma especial em relação ao art. 273-B do CP (TRF4, 5017761- 87.2012.404.0000, Salise Sanchotene [Conv.], 4ª. S., DJ 11.12.12), sempre que a substância estiver prevista em uma das listas da Portaria nº 344/98 da ANVISA e suas atualizações, nos termos dos arts. 1º, parágrafo único e 66 da Lei nº 11343/06 (STJ, CC 201000939450, Maria Thereza Moura, DJ 10.12.10), incluindo-se aquelas sob controle especial (STJ, HC 139667/RJ, Fischer, 5ª Turma, u., 17.12.09), o que é suficiente para a caracterização como droga, sem necessidade de evidenciar, em cada processo que a substância em questão causa dependência física ou psíquica (TRF4, AC 5003382-24.2011.404.7002/PR, Paulo Afonso, 8ª T, u., 8.5.2013). Nessa hipótese, se a conduta for praticada para fins de consumo pessoal, o delito a ser reconhecido é aquele do art. 28 da Lei nº 11.343/06, de competência do Juizado Especial Criminal Estadual, nos termos dos §§ 1º e 5º do art. 48 daquela Lei (TRF3, AC 20026004001059-0, Vesna Kolmar, 1ª T., u., 30.11.04; TRF4, RSE 20077002002491-2, Artur de Souza [Conv.], 8ª T., u., 18.7.07; TRF4, 41518820094047002, Márcio Rocha, 7ª T, u., 14.9.10), devendo ser anulados os atos decisórios já proferidos, encaminhando-se os autos ao Juizado Especial Criminal Estadual com competência territorial para conhecer do fato;

[...]

Por fim, quando introduzidos, no mesmo contexto de fato, drogas que figuram na lista a que se referem os arts. 1º, parágrafo único, e 66 da Lei 11.343/06 e medicamentos, reconhece-se apenas o delito do art. 33 da Lei 11343/06 e absorve aquele do artigo 273, § 1º- B, I, do CP, tendo em vista a identidade do bem jurídico protegido em ambos os delitos.

Com efeito, a par da existência de substâncias sujeitas a controle especial em alguns dos remédios apreendidos, trata-se de medicamentos, com indicação médica para o tratamento de doenças ou disfunções. Por opção legislativa (art. 66 da Lei 11.343/06), em razão da natureza de alguns desses remédios, é dado o enquadramento como drogas, atraindo, pela especialidade, a tipificação do artigo 33 da Lei 11.343/06. O fato, ainda assim, diz respeito à importação irregular de medicamentos.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Assim, considerada a identidade do bem jurídico protegido em ambos os delitos, bem como a introdução no mesmo contexto de fato, trata-se de crime único, restando o delito do art. 273, §1º-B, I, do CP absorvido pelo art. 33 da Lei 11.343/06.

[...]

De plano registro que não é o caso de desclassificação para o crime de contrabando, pois a conduta do réu tem alto grau de reprovabilidade e de ofensividade ao bem jurídico, considerando a quantidade de medicamentos apreendidos - 1.300 comprimidos de Pramil e 20 comprimidos de Cytotec. Acerca da potencialidade lesiva da conduta, destaco que o Cytotec é comumente utilizado para prática de abortos ilegais, o que torna a conduta ainda mais reprovável. Nesse contexto, é evidente o risco à saúde pública decorrente da comercialização irregular de tais medicamentos, que exporia a risco a saúde de um número significativo de pessoas, que adquiririam e usariam esses fármacos, que não possuem registro no órgão de vigilância sanitária, e sem indicação médica.

Se a substância contida no medicamento importado está descrita nas listas da Portaria nº 344/98-SVS/MS e atualizações da Anvisa, deve ser considerada droga, tendo em vista o princípio da especialidade, tipificando-se a conduta no artigo 33 da Lei nº 11.343, de 2006, com base no artigo 66 da mesma lei. Registre-se que para que a substância seja considerada droga, basta que esteja descrita nas Listas da Portaria SVS/MS nº 344/98, não sendo exigida prova de que tenha ou não capacidade de causar dependência física ou psíquica.

Assim, em relação aos medicamentos que não possuem registro na ANVISA, a conduta se enquadra no artigo 273, § 1º-B, I e III, do Código Penal, com aplicação da pena cominada para o tráfico ilícito de drogas, prevista no art. 33 da Lei nº 11.343/2006. Quanto aos medicamentos apreendidos que contém drogas (pois a substância está relacionada nas listas da Portaria 344/98), cumpre desclassificar a conduta para a prevista no art. 33 da Lei nº 11.343/06, tendo em vista o conceito trazido no art. 66 da mesma lei, nas modalidades 'importar' e 'trazer consigo'. Trata-se de hipótese de *emendatio libelli* (art. 383 do CPP), não havendo prejuízo aos réus, que se defendem dos fatos narrados na denúncia.

No entanto, como já afirmado, deve ser reconhecido o crime único, capitulado no art. 33 da Lei de Drogas, restando absorvido aquele do CP (fls. 775/778).

In casu, não se trata, como autorizado recentemente pela Corte Especial deste Superior Tribunal, de reconhecer a inconstitucionalidade das penas abstratamente cominadas ao delito do art. 273 do Código Penal por ausência de proporcionalidade e aplicar às condutas do art. 273, § 1º e § 1º-B, do Código o preceito secundário estabelecido no art. 33 da Lei n. 11.343/2006, por analogia.

Antes, aplicou o Tribunal o instituto da *emendatio libelli* em segundo grau, desclassificando o delito sem alterar a descrição do fato contida na denúncia (art. 383 do Código de Processo Penal), o que é plenamente possível. Nesse sentido:

HABEAS CORPUS. IMPETRAÇÃO EM SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO CABÍVEL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA DO REMÉDIO CONSTITUCIONAL. NÃO CONHECIMENTO.

1. A via eleita se revela inadequada para a insurgência contra o ato apontado como coator, pois o ordenamento jurídico prevê recurso específico para tal fim, circunstância que impede o seu formal conhecimento. Precedentes.

2. O alegado constrangimento ilegal será analisado para a verificação da eventual possibilidade de atuação *ex officio*, nos termos do artigo 654, § 2º, do Código de Processo Penal.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AUSÊNCIA DE CORRELAÇÃO ENTRE A DENÚNCIA E O ACÓRDÃO. CONDOTA INICIALMENTE CAPITULADA COMO FALSIDADE IDEOLÓGICA. CONDENAÇÃO PELO CRIME DE USO DE DOCUMENTO FALSO. FATOS DEVIDAMENTE NARRADOS NA INICIAL. *EMENDATIO LIBELLI*. POSSIBILIDADE DE DEFINIÇÃO JURÍDICA DIVERSA PELO TRIBUNAL EM SEGUNDO GRAU DE JURISDIÇÃO. NULIDADE INEXISTENTE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO.

1. O princípio da correlação entre a denúncia e a sentença condenatória representa no sistema processual penal uma das mais importantes garantias ao acusado, porquanto descreve balizas para a prolação do édito repressivo ao dispor que deve haver precisa correspondência entre o fato imputado ao réu e a sua responsabilidade penal.

2. Havendo adequada descrição dos fatos na exordial acusatória - como ocorre na hipótese -, não há ofensa ao referido postulado quando o Tribunal Regional, autorizado pela norma contida no artigo 617 do Código de Processo Penal, lhes atribui definição jurídica diversa da proposta pelo órgão acusatório.

3. Quanto ao ponto, é imperioso destacar que é perfeitamente possível que o Tribunal, em segundo grau de jurisdição, aplique a *emendatio libelli*, só não se admitindo que realize a *mutatio libelli*, nos termos do enunciado 453 do Supremo Tribunal Federal.

4. Habeas corpus não conhecido.

(HC 295.069/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 03/03/2015, DJe 11/03/2015)

AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. ALTERAÇÃO DA CLASSIFICAÇÃO DO DELITO. RÉU DENUNCIADO POR EXTORSÃO E CONDENADO POR CONCUSSÃO PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. HIPÓTESE DE *EMENDATIO LIBELLI*.

1. O agravante não apresentou argumentos novos capazes de infirmar os fundamentos que alicerçaram a decisão agravada, razão que enseja a negativa de provimento ao agravo regimental.

2. O réu se defende dos fatos que são descritos na peça acusatória, e não da capitulação jurídica dada na denúncia. Assim sendo, a adequação típica pode ser alterada tanto em primeira instância quanto em segundo grau, via *emendatio libelli*.

3. Na espécie, embora o Ministério Público tenha capitulado os fatos narrados na denúncia como o delito previsto no art. 158, caput, do Código Penal (extorsão), a descrição contida na exordial acusatória permite a imputação do fato previsto no tipo legal do art. 316, caput, do Código Penal (conculusão), razão pela qual a decisão objurgada se enquadra na hipótese do art. 383 do Código de Processo Penal (*emendatio libelli*), não estando eivada de nenhuma nulidade.

4. Agravo regimental improvido.

(AgRg no HC 201.343/RS, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 23/09/2014, DJe 10/10/2014)

Assim, ao contrário do alegado pelo recorrente, sua final condenação decorreu de conduta tipificada como crime de tráfico, estando o entendimento adotado quando da negativa monocrática de provimento ao agravo em conformidade com aquele esposado por esta Corte Superior.

Consoante explicitado no desprovimento monocrático do recurso, o delito de tráfico constitui crime de ação múltipla, consumando-se com a prática de qualquer dos verbos núcleo. O simples fato de o agente “trazer consigo” a substância proibida já configura o delito em comento, não havendo *bis in idem* pela incidência da causa especial de aumento decorrente da



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

transnacionalidade do delito. Nesse sentido:

PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL. TRÁFICO INTERNACIONAL DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO. RESP INADMITIDO. ARESP NÃO CONHECIDO. AUSÊNCIA DE IMPUGNAÇÃO DE TODOS OS FUNDAMENTOS DO DECISUM AGRAVADO. SÚMULA 182/STJ.

[...]

MAJORANTE DA TRANSNACIONALIDADE. CONDUTA DE IMPORTAR. ALEGAÇÃO DE BIS IN IDEM. INOCORRÊNCIA. PRECEDENTES DO STJ. AGRAVO NÃO PROVIDO. DECISÃO MONOCRÁTICA MANTIDA.

5. Por se tratar de tráfico ilícito de entorpecente, tipo penal de ação múltipla, resta afastada a alegação de *bis in idem* pelo uso da causa especial de aumento da pena da transnacionalidade (art. 40, I, da Lei 11.343/06). Precedentes do STJ.

6. Agravo regimental não provido.

(AgRg no AREsp 425.292/PR, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 18/09/2014, DJe 25/09/2014)

HABEAS CORPUS. SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADMISSIBILIDADE. TRÁFICO DE DROGAS E USO DE DOCUMENTO FALSO. CONSUNÇÃO NÃO VERIFICADA. AUMENTO DA PENA-BASE EM RAZÃO DA NATUREZA E QUANTIDADE DA DROGA. POSSIBILIDADE. CAUSA DE AUMENTO DE PENA PELA TRANSNACIONALIDADE. NÃO OCORRÊNCIA DE *BIS IN IDEM*. DELAÇÃO PREMIADA. GRAU REDUTOR FUNDAMENTADO. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DO ART. 33, § 4º, DA LEI DE DROGAS. MATÉRIA NÃO ANALISADA NA CORTE DE ORIGEM. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. REGIME INICIAL DO CRIME DE USO DE DOCUMENTO FALSO DEVIDAMENTE JUSTIFICADO.

[...]

4. A jurisprudência desta Corte não reconhece a existência de *bis in idem* na aplicação da causa de aumento de pena pela transnacionalidade (art. 40, inciso I, da Lei n. 11.343/2006), em razão de o art. 33 da Lei n. 11.343/2006 prever as condutas de "importar" e "exportar", pois trata-se de tipo penal de ação múltipla, e o simples fato de o agente "trazer consigo" a droga já conduz à configuração da tipicidade formal do crime de tráfico.

[...]

8. Habeas corpus não conhecido.

(HC 217.665/SP, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 05/02/2015, DJe 20/02/2015)

Tal contexto atrai a incidência da Súmula 83 desta Corte.

Ademais, observa-se que a desclassificação da conduta promovida pelo Tribunal *a quo* não foi objeto do recurso especial, ficando impossibilitada sua análise em sede de embargos declaratórios por constituir vedada inovação recursal, já que não foi objeto de questionamento na instância ordinária e tal análise, na atual instância, exigiria revolvimento de matéria fática, encontrando óbice na Súmula 7 deste Tribunal.

À vista do exposto, CONHEÇO dos embargos declaratórios como agravo regimental e, nessa perspectiva, NEGO-LHE PROVIMENTO.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2014/0308949-8 **PROCESSO ELETRÔNICO** **AgRg no AREsp 615.337 / PR**
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 40017989212010404700 50008362720104047003 5000912512004047003
50012053220104047002 50012424820104047003 50037633220114047002
50042053220104047002 PR-50008362720104047003 PR-50009125120104047003
PR-50012424820104047003 PR-50037633220114047002 PR-50042053220104047002
PR-50142580420124047002 TRF4-00179892120104040000

EM MESA

JULGADO: 30/06/2015

Relator

Exmo. Sr. Ministro **GURGEL DE FARIA**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **ANTÔNIO AUGUSTO BRANDÃO DE ARAS**

Secretário

Bel. **MARCELO PEREIRA CRUVINEL**

AUTUAÇÃO

AGRAVANTE : SAMUEL CARDOSO
AGRAVANTE : JOÃO MARCOS GOUVEIA
ADVOGADO : THIAGO RUIZ E OUTRO(S)
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes Praticados por Particular Contra a Administração em Geral -
Contrabando ou descaminho

AGRAVO REGIMENTAL

AGRAVANTE : SAMUEL CARDOSO
AGRAVANTE : JOÃO MARCOS GOUVEIA
ADVOGADO : THIAGO RUIZ E OUTRO(S)
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, recebeu os embargos de declaração como agravo regimental e lhe negou provimento."

Os Srs. Ministros Reynaldo Soares da Fonseca, Newton Trisotto (Desembargador Convocado do TJ/SC), Leopoldo de Arruda Raposo (Desembargador convocado do TJ/PE) e Felix Fischer votaram com o Sr. Ministro Relator.