



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO ESPECIAL Nº 1.347.793 - SC (2012/0213067-0)

RELATOR : MINISTRO SEBASTIÃO REIS JÚNIOR

R.P/ACÓRDÃO : MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ

O

RECORRENTE : FERNANDO REIS

RECORRENTE : DANIEL REIS

ADVOGADO : PAULO DA SILVEIRA MAYER

RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SANTA CATARINA

EMENTA

RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO DE DROGAS. INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA. NULIDADE. OCORRÊNCIA. CONDENAÇÃO ESTRIBADA UNICAMENTE EM PROVAS DIVERSAS. DOSIMETRIA DA PENA. ILEGALIDADE. NÃO OCORRÊNCIA. RECURSO NÃO PROVIDO.

1. O Superior Tribunal de Justiça é firme em assinalar que ocasional nulidade da interceptação telefônica não contamina todo o acervo probatório usado para lastrear a condenação, quando as comunicações interceptadas ilicitamente não foram consideradas pelo juízo condenatório, embasado em outros elementos de prova.

2. O Superior Tribunal de Justiça entende que a qualidade das drogas é suficiente para ensejar o aumento da pena-base, o que afasta a alegada violação dos arts. 59 do Código Penal e 42 da Lei n. 11.343/2006.

3. O pedido de absolvição ou desclassificação das condutas imputadas aos recorrentes para o crime do art. 28 da Lei de Drogas exigiria o reexame do acervo fático-probatório delineado nos autos (e não sua reavaliação), procedimento vedado em recurso especial, a teor do enunciado sumular n. 7 do Superior Tribunal de Justiça.

4. A jurisprudência uníssona desta Corte consigna que não se aplica a causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 aos condenados pelo crime de associação para o tráfico, visto que esse fato evidencia a dedicação a atividade criminosa.

5. É incabível a fixação do regime inicial semiaberto a réus condenados a penas superiores a 8 anos de reclusão, por expressa previsão do art. 33, § 2º, "a", do Código Penal.

6. Recurso especial não provido.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma, prosseguindo no julgamento após o voto do Sr. Ministro Rogerio Schietti Cruz negando provimento ao recurso especial quanto às matérias remanescentes, no que foi acompanhado pelos Srs. Ministros Nefi Cordeiro, Maria Thereza de Assis Moura e Sebastião Reis Júnior, por unanimidade, negar provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Rogerio Schietti Cruz, que será relator para acórdão. Votaram com o Sr. Ministro Rogerio Schietti Cruz os Srs. Ministros Nefi Cordeiro, Maria Thereza de Assis Moura e Sebastião Reis Júnior. Não participou do julgamento o Sr. Ministro Antonio Saldanha Palheiro.

Brasília (DF), 19 de abril de 2016

Ministro Rogerio Schietti Cruz



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO ESPECIAL Nº 1.347.793 - SC (2012/0213067-0)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO SEBASTIÃO REIS JÚNIOR: Trata-se de recurso especial interposto por **Fernando Reis** e por **Daniel Reis**, com fundamento na alínea a do permissivo constitucional, contra o acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça de Santa Catarina na Apelação Criminal n. 2011.042600-2.

Consta dos autos que o Juízo de primeiro grau, além de outros corréus, condenou os recorrentes às seguintes penas:

1) Fernando Reis:

a) art. 33 da Lei n. 11.343/2006: 6 anos e 8 meses de reclusão e 583 dias-multa;

b) art. 35 da Lei n. 11.343/2006: 4 anos de reclusão e 735 dias-multa;

c) art. 180, *caput*, do Código Penal: 1 ano e 4 meses de reclusão e 39 dias-multa;

d) art. 349-A, do Código Penal: 3 meses e 15 dias de detenção.

Pelo concurso material, as penas foram totalizadas em 12 anos de reclusão e 3 meses e 15 dias de detenção e 1.357 dias-multa. Fixou-se o regime inicial fechado.

2) Daniel Reis:

a) art. 33 da Lei n. 11.343/2006: 5 anos e 10 meses de reclusão e 583 dias-multa;

b) art. 35 da Lei n. 11.343/2006: 3 anos e 6 meses de reclusão e 735 dias-multa;

c) art. 180, *caput*, do Código Penal: 1 ano e 2 meses de reclusão e 39



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

dias-multa.

Pelo concurso material, as penas foram totalizadas em 10 anos e 6 meses de reclusão e 1.357 dias-multa. Fixou-se o regime inicial fechado.

Somente as defesas apelaram, sendo provido parcialmente apenas o recurso de Fernando Reis, para absolvê-lo do crime do art. 349-A, do Código Penal. O julgado ficou assim ementado (fls. 975/977):

PROCESSO PENAL. DENÚNCIA. INÉPCIA. PEÇA QUE CONTÉM TODOS OS REQUISITOS EXIGIDOS NO ART. 41 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. EIVA INEXISTENTE.

A denúncia que contém a exposição do fato delituoso, com todas as suas circunstâncias, a qualificação do acusado ou esclarecimentos que permitam identificá-lo, a classificação do crime e, quando preciso, o rol de testemunhas, não padece de inépcia.

SENTENÇA. NULIDADE. DECISÃO *ULTRA-PETITA*. EXORDIAL QUE FORNECE TODOS OS ELEMENTOS CONDUCENTES À CARACTERIZAÇÃO DO NARCOTRÁFICO. PREFACIAL RECHAÇADA.

O acusado defende-se do fato narrado na denúncia, não da capitulação que dela conste.

INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA. INVALIDADE DECORRENTE DA INOBSERVÂNCIA DOS DITAMES LEGAIS. SATISFAÇÃO DE TODOS OS REQUISITOS PREVISTOS NA LEI 9.296/96. ALICERCE SEGURO QUE ENSEJA A CONDENAÇÃO.

Autorizado pelo juiz e levado a efeito com observância dos requisitos enumerados na Lei n. 9.296/96, não há ensejo a que se invalide o monitoramento telefônico.

APELAÇÕES CRIMINAIS. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. ABSOLVIÇÃO. MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVADAS. PRETENSÃO INVIÁVEL. PROVA ORAL COERENTE QUE, CHANCELADA PELOS DEMAIS ELEMENTOS DE CONVICÇÃO, CONFEREM SOLIDEZ AO CONJUNTO PROBATÓRIO E AUTORIZAM A A CONDENAÇÃO.

Se o conjunto probatório revela, incontestavelmente, a materialidade e a autoria do crime, inviabiliza-se a absolvição.

ASSOCIAÇÃO PARA A PRÁTICA DO TRÁFICO. ART. 35 DA LEI 11.343/06. PRETENSÃO ABSOLUTÓRIA INADMISSÍVEL. DEMONSTRAÇÃO INEQUÍVOCA DO AJUSTE PRÉVIO E ESTÁVEL ENTRE OS RÉUS.

Havendo ajuste prévio entre os agentes, que formam uma associação permanente com vistas à prática do narcotráfico, e não sendo esta convergência de vontades apenas momentânea, mas estável, configura-se o delito definido no art. 35 da Lei n. 11.343/06, inviabilizando-se a absolvição.

RECEPÇÃO. *RES FURTIVA* APREENDIDA NA RESIDÊNCIA DOS APELANTES. MATERIALIDADE E AUTORIA QUE EMERGEM DA POSSE INJUSTIFICADA. ABSOLVIÇÃO DESCABIDA.

Responde pelo crime de recepção dolosa aquele que guarda bem,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

proveniente de delito, sem oferecer justificação plausível para a posse.

CRIME CONTRA A ADMINISTRAÇÃO DA JUSTIÇA. ART. 349-A, DO ESTATUTO REPRESSIVO. AUSÊNCIA DA CERTEZA NECESSÁRIA PARA ESTEAR O DECRETO CONDENATÓRIO. PROVA CUJA INSUFICIÊNCIA CONDUZ À DÚVIDA NO TOCANTE À AUTORIA. ABSOLVIÇÃO QUE SE IMPÕE.

"No processo criminal, máxime para condenar, tudo deve ser claro como a luz, certo como a evidência, positivo como qualquer expressão algébrica. Condenação exige certeza absoluta, fundada em dados objetivos indiscutíveis, de caráter geral, que evidenciem o delito e a autoria, não bastando a alta probabilidade desta ou daquele. E não pode, portanto, ser a certeza subjetiva, formada na consciência do Julgador, sob pena de se transformar o princípio do livre convencimento em arbítrio" (RT 619/267).

Quanto a fixação da pena-base observa rigorosamente as circunstâncias alinhadas no art. 59 do Código Penal, cujo conjunto não favorece o réu, afigura-se razoável que se a quantifique acima do mínimo abstratamente cominado.

ATENUANTE. CONFISSÃO ESPONTÂNEA. INCIDÊNCIA OBRIGATÓRIA EX VI DO ART. 65 DO CÓDIGO PENAL. RECONHECIMENTO QUE SE IMPÕE.

O reconhecimento da confissão espontânea traz como consequência a mitigação da pena em virtude de se constituir em circunstância atenuante, de aplicação obrigatória, à luz do preceito inscrito no art. 65, inciso III, alínea "d", do Código Penal.

PENA. CAUSA DE DIMINUIÇÃO. ART. 33, § 4º, DA LEI 11.343/06. APLICAÇÃO. COMÉRCIO ILEGAL DE ENTORPECENTES QUE NÃO SE MOSTROU OCASIONAL OU EVENTUAL. RÉUS CONDENADOS TAMBÉM POR ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. AUSÊNCIA DOS REQUISITOS LEGAIS.

Não há ensejo à aplicação da causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06, quando o réu não preenche os requisitos legais.

ART. 33, § 4º, DA LEI 11.343/06. REDUÇÃO CORRESPONDENTE À FRAÇÃO MÁXIMA. AUSÊNCIA DE ELEMENTOS QUE AUTORIZEM. MITIGAÇÃO DE METADE, ENTRETANTO, QUE SE IMPÕE RELATIVAMENTE A UM DOS APELANTES.

O preenchimento dos requisitos enumerados no art. 33, 4º, da Lei n. 11.343/06 confere ao apenado o direito à aplicação da causa especial de diminuição de pena, incumbindo ao magistrado estipular a fração que se mostre bastante à repressão e à prevenção do delito.

EXECUÇÃO. ABRANDAMENTO DO REGIME. SUBSTITUIÇÃO DAS SANÇÕES CARCERÁRIAS POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. VEDAÇÃO EXPRESSA A QUE ALUDEM O ART. 2, § 1º, DA LEI 8.072/90, E OS ARTS. 33, § 4º, E 44 DA LEI ANTIDROGAS. INSUFICIÊNCIA, ADEMAIS, PARA A REPROVAÇÃO E PREVENÇÃO DO ILÍCITO.

O resgate da pena privativa de liberdade pelo condenado por narcotráfico iniciar-se-á no regime fechado, ex vi do art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/90.

Descabe a substituição da sanção privativa de liberdade por restritivas de direitos na hipótese de condenação por tráfico ilícito de entorpecentes em



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

face da expressa vedação a que alude o art. 44 da Lei Antidrogas, providência que se mostra, também, insuficiente tanto para reprová-lo quanto para preveni-lo.

DIREITO DE RECORRER EM LIBERDADE. JULGAMENTO SUPERVENIENTE. PEDIDO PREJUDICADO.

RECURSOS PARCIALMENTE PROVIDOS.

O julgamento do apelo prejudica a pretensão, deduzida com vistas a aguardá-lo em liberdade, pois a decisão que dele resulta passa a ser definitiva em virtude do recurso especial não ter efeito suspensivo.

Houve a oposição de embargos de declaração por corrêu, que foram rejeitados (fls. 1.039/1.047).

Nas razões do especial, traz a defesa dos recorrentes as seguintes alegações:

a) negativa de vigência dos arts. 5º e 6º da Lei n. 9.296/1996, sustentando a nulidade do processo porque estaria fundado em interceptações telefônicas ilegais, em decorrência de carecerem da *devida fundamentação e com excesso de prazo de oito dias sem autorização* (fl. 1.026). Sustenta que a medida somente poderia ser deferida pelo prazo de 15 dias, renovável por apenas uma vez, por igual período. Argumenta ainda que as transcrições realizadas seriam tendenciosas e fruto de livre interpretação das autoridades policiais, não refletindo a real intenção dos diálogos existentes. Sendo assim, haveria nulidade pela ausência de degravação integral das interceptações;

b) violação do art. 42 da Lei n. 11.343/2006 e do art. 59 do Código Penal, argumentando que a quantidade de drogas apreendidas (18,4g de crack), não autorizaria a majoração da pena-base;

c) violação do art. 28, 33, *caput*, e § 4º e 35, todos da Lei n. 11.343/2006, aduzindo inexistirem provas da prática do tráfico e da associação pelos recorrentes. Alega também que a condenação pelo crime de associação não impediria a incidência da causa de diminuição do art. 33, § 4º, da mencionada Lei.

d) ofensa ao art. 33 do Código Penal, pela aplicação de regime



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

prisional mais severo, sem a devida fundamentação concreta.

Pede o provimento do recurso, com o acolhimento das teses explicitadas.

Oferecidas contrarrazões (fls. 1.054/1.063), admitiu-se o recurso na origem (fls. 1.065/1.067).

O Ministério Público Federal opina pelo desprovimento do recurso (fls. 1.079/1.084).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO ESPECIAL Nº 1.347.793 - SC (2012/0213067-0)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO SEBASTIÃO REIS JÚNIOR (RELATOR):

De início, quanto à alegação de que as transcrições seriam tendenciosas – tese expressamente afastada pelo Tribunal de origem – a sua análise demandaria reexame de matéria fático-probatória, descabido em recurso especial, por força da Súmula 7/STJ.

Outrossim, no tocante à transcrição dos diálogos captados em interceptação telefônica, *é pacífico o entendimento nos tribunais superiores no sentido de que é prescindível a transcrição integral do conteúdo da quebra do sigilo das comunicações telefônicas, somente sendo necessária, a fim de se assegurar o exercício da garantia constitucional da ampla defesa, a transcrição dos excertos das escutas que serviram de substrato para o oferecimento da denúncia* (HC n. 266.089/SP, Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, DJe 4/2/2015).

É assente na jurisprudência que a prorrogação da interceptação telefônica não está limitada a apenas um período, mas pode ocorrer por mais vezes, bastando que haja fundamentação.

Nesse sentido:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. DESCABIMENTO. ASSOCIAÇÃO CRIMINOSA E ROUBO CIRCUNSTANCIADO. 1) PRISÃO PREVENTIVA. REVOGAÇÃO. REITERAÇÃO DE PEDIDO JÁ JULGADO NESTA CORTE. 2) INÉPCIA DA DENÚNCIA. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. 3) INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA. RENOVAÇÕES SUCESSIVAS. ART. 5º, LEI N. 9.296/96. POSSIBILIDADE. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO. FLAGRANTE ILEGALIDADE INEXISTENTE. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO.

[...]

– Esta Corte Superior possui entendimento sedimentado no sentido de que a prorrogação de interceptação telefônica não se limita ao prazo de 15 dias, sendo, portanto, permitidas as renovações sucessivas, desde que devidamente justificadas nos mesmo pressupostos que fundamentaram a decretação da medida.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Habeas corpus não conhecido.
(HC n. 116.578/RJ, Ministro Ericson Marinho (Desembargador Convocado do TJ/SP), Sexta Turma, DJe 3/11/2015)

O caso dos autos, entretanto, é peculiar.

Segundo se extrai do acórdão recorrido, na parte em que adotou os fundamentos do parecer do Ministério Público estadual, foram duas decisões determinando a interceptação telefônica. **Entre o término do prazo de 15 dias da vigência da primeira, em 22/11/2010 e, a decretação da segunda, em 30/11/2010, ocorreu um interregno de 7 dias em relação ao qual não houve a determinação de quebra.** Não obstante, nesse período, as interceptações ocorreram, não tendo havido sua exclusão dos autos.

Disse o julgado combatido (fl. 984 – grifo nosso):

[...]

Quanto à aventada ilegalidade decorrente da inobservância do prazo estipulado para a realização das escutas telefônicas, assinalou, com propriedade, o Dr. Procurador de Justiça, *verbis*:

Muito embora as interceptações telefônicas realizadas entre os dias 23/11/2010 e 29/11/2010 não tenham ocorrido sob a égide da autorização judicial de fls. 85-87, esta datada de 08/11/2010 e prorrogada somente em 30/11/2010 (fls. 91-92), os elementos de convicção alicerçantes do decreto condenatório não foram coligidos exclusivamente durante o interregno das sobreditas decisões.

[....]

Não há dúvidas de que o conteúdo obtido pelas interceptações telefônicas, no período em que não havia decisão judicial determinando ou prorrogando a quebra, é ilícito.

A esse respeito:

PROCESSUAL PENAL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO SOB O FUNDAMENTO DE CONTRADIÇÃO. PRONÚNCIA DECLARADA CARENTE DE FUNDAMENTAÇÃO POR SE LIMITAR À TRANSCRIÇÃO DA DENÚNCIA. INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS CUJA AUTORIZAÇÃO JUDICIAL NÃO FOI EXIBIDA NOS AUTOS. RECURSO PROVIDO, SEM PREJUÍZO DA CONTINUIDADE DA PERSECUÇÃO PENAL DEFLAGRADA CONTRA O PACIENTE/EMBARGANTE.

1. **A ausência de autorização judicial para excepcionar o sigilo das comunicações macula indelevelmente a diligência policial das**



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

interceptações em causa, ao ponto de não se dever - por causa dessa mácula - sequer lhes analisar os conteúdos, pois obtidos de forma claramente ilícita.

2. As iniciativas sancionatórias do Poder Público devem se ajustar à disciplina que as normas legais e o sistema jurídico estabelecem, inclusive no tocante à colheita de provas, de indícios de crimes ou de elementos de sua autoria, sob a pena de se implantar no País a mais severa fase de insegurança das pessoas, permitindo-se que contra elas se desenvolvam medidas constritivas sem previsão legal ou ao arrepio da prefalada disciplina normativa.

3. Neste caso, vê-se que denúncia criminal teve como ponto de partida as interceptações telefônicas cuja autorização judicial não foi apresentada, apesar de se ter notícia das suas transcrições, bem como que a então denominada *sentença de pronúncia*, como reconhecido no Acórdão embargado, se limita a transcrever os termos da denúncia.

4. **Embargos Declaratórios providos, para eliminar dos autos as transcrições das interceptações telefônicas que se refiram ao embargante; a acusação que se baseie em quebra de sigilo telefônico somente pode ser exercida se exibida a competente autorização judicial para a realização das respectivas escutas, sem empecer que o douto Ministério Público, dispondo de outros elementos legalmente bastantes, deflagre a persecução penal.**

4. Embargos Declaratórios acolhidos.
(EDcl no HC n. 130.429/CE, Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Quinta Turma, DJe 17/5/2010)

No caso, como visto na transcrição acima, o Tribunal de origem afirmou que a condenação não foi lastreada exclusivamente nas interceptações telefônicas obtidas no período em relação ao qual não houve a determinação de quebra. Tal afirmação, contudo, também tem o significado de que a condenação, embora não exclusivamente, igualmente se lastreou no conteúdo obtido nesse período, o que não se admite, por se tratar de prova ilícita.

Seria diferente se a Corte *a quo* tivesse asseverado que a condenação não se fundara no conteúdo das interceptações telefônicas obtido no período em que não havia decisão judicial de quebra, mas em outras provas. Se assim tivesse ocorrido, inexistiria condenação lastreada em prova ilícitas, mas não foi esse o caso.

Segundo a jurisprudência desta Corte, não se admite que provas ilícitas sejam levadas em consideração pelo Julgador, para fundamentar a condenação



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

criminal. Sendo assim, deve ser anulada a sentença, com a exclusão dos autos do conteúdo das interceptações telefônicas obtido no período em que, conforme reconhecido no acórdão recorrido, não havia autorização judicial (23/11/2010 e 29/11/2010), proferindo-se, então, novo julgamento.

Nesse sentido:

HABEAS CORPUS. DESCAMINHO, FALSIFICAÇÃO DE DOCUMENTO PARTICULAR, FALSIDADE IDEOLÓGICA, USO DE DOCUMENTO FALSO E FORMAÇÃO DE QUADRILHA (ARTS. 334, 298, 299, 304 E 288, TODOS DO CPB). RECONHECIMENTO, PELO TRIBUNAL A *QUO*, DE ILICITUDE DAS PROVAS OBTIDAS POR MEIO DAS PRORROGAÇÕES DAS INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS, POR FALTA DE FUNDAMENTAÇÃO JUDICIAL VÁLIDA, SEM A DETERMINAÇÃO DE SUA EXCLUSÃO DO PROCESSO, SOB A JUSTIFICATIVA DE APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL CARACTERIZADO. INIDONEIDADE JURÍDICA DA PROVA OBTIDA COM VIOLAÇÃO DOS DIREITOS E GARANTIAS INDIVIDUAIS. ART. 5º., LVI DA CF. EXCLUSÃO DO PROCESSO. PRECEDENTES DO STJ E DO STF. PARECER DO MPF PELA CONCESSÃO DA ORDEM. ORDEM CONCEDIDA, PARA DETERMINAR A EXCLUSÃO DO PROCESSO DAS PROVAS OBTIDAS POR MEIO DAS PRORROGAÇÕES DAS INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS.

1. É inadmissível, no Processo Penal, a utilização de provas obtidas por meios ilícitos para embasar a persecução penal ou uma eventual condenação (art. 5º., LVI da CF).

2. **Reconhecida a ilicitude da prova pelo próprio Tribunal a quo, ante a falta de fundamentação das decisões de prorrogação da medida de interceptação telefônica do acusado, a única solução possível é a sua total desconsideração pelo Juízo processante e o desentranhamento do processo das transcrições dessas interceptações consideradas ilegais, como consectário lógico e necessário de reconhecimento de ser ilícita a prova colhida ao abrigo de decisões judiciais não fundamentadas, como assentou o egrégio TRF da 4ª Região.**

3. Parecer do MPF pela concessão da ordem.

4. Ordem concedida, para determinar a exclusão do processo das provas obtidas por meio das prorrogações das interceptações telefônicas.

(HC n. 143.697/PR, Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Quinta Turma, DJe 13/10/2009).

Verifico, ainda, que os corréus Francisco Humberto Orezza Teixeira e Gilmar Motta, estão em identidade objetiva de situações, motivo pelo qual, por força do art. 580 do Código de Processo Penal, o provimento do recurso especial



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

lhes aproveita, porém, apenas para anular a sentença na parte em que os condenou como incurso no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, sendo preservada no tocante à sua absolvição da imputação do crime do art. 35 da Lei n. 11.343/2006, pela vedação à *reformatio in pejus*.

Constato, também, que anulada a sentença, está consumada a prescrição da pretensão punitiva em relação aos recorrentes, tão só quanto ao crime do art. 180, *caput*, do Código Penal. Destarte, para esse delito, as penas aplicadas foram de 1 ano e 4 meses de reclusão (Fernando Reis) e de 1 ano e 2 meses de reclusão (Daniel Reis). Em eventual nova sentença condenatória, as reprimendas não poderiam ser superiores, pela vedação à *reformatio in pejus* indireta. Para as quantidades de pena aplicadas, a prescrição ocorre em 4 anos, lapso transcorrido desde o último marco interruptivo válido da prescrição, consistente no recebimento da denúncia, em 11/1/2011 (fl. 186). Na verdade, mesmo se válida a sentença, estaria consumado o prazo prescricional, pois a sua publicação ocorreu em 18/4/2011 (fl. 725).

Por fim, com a anulação da sentença, ficam prejudicadas as demais teses trazidas no recurso especial, pois relacionadas à dosimetria das penas.

Ante o exposto, **conheço** parcialmente do recurso especial e, nessa extensão, **dou-lhe** parcial provimento a fim de anular a sentença condenatória, devendo ser excluído dos autos o conteúdo das interceptações telefônicas obtido no período em que não havia autorização judicial (23/11/2010 e 29/11/2010), proferindo-se, após, novo julgamento. Por força do art. 580 do Código de Processo Penal, **estendo** os efeitos aos corréus Francisco Humberto Orezzaoli Teixeira e Gilmar Motta, apenas quanto à parte da sentença que os condenou como incurso no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, preservando-se, entretanto, a sua absolvição da imputação de prática do crime do art. 35 da mesma Lei, pela vedação à *reformatio in pejus*. De ofício, **declaro** extinta a punibilidade dos recorrentes, pela prescrição da pretensão punitiva, tão só quanto ao delito do art. 180, *caput*, do Código Penal.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO ESPECIAL Nº 1.347.793 - SC (2012/0213067-0)

VOTO-VENCEDOR

O SENHOR MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ:

I. Histórico

FERNANDO REIS e **DANIEL REIS** interpõem recurso especial, lastreado na alínea "a" do permissivo constitucional, contra o acórdão proferido pelo **Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina** na Apelação Criminal n. 2011.042600-2.

Consta dos autos que o Juízo de primeiro grau condenou Fernando Reis, respectivamente, às penas de 6 anos e 8 meses de reclusão (art. 33 da Lei n. 11.343/2006), 4 anos de reclusão (art. 35 da Lei n. 11.343/2006), 1 ano e 4 meses de reclusão (art. 180, *caput*, do Código Penal) e 3 meses e 15 dias de detenção (art. 349-A do Código Penal). Pelo concurso material, as penas foram totalizadas em 12 anos e 3 meses de reclusão e 15 dias de detenção, no regime inicial fechado.

Consta dos autos que o Juízo de primeiro grau condenou Daniel Reis, respectivamente, às penas de 5 anos e 10 meses de reclusão (art. 33 da Lei n. 11.343/2006), 3 anos e 6 meses de reclusão (art. 35 da Lei n. 11.343/2006) e 1 ano e 2 meses de reclusão (art. 180, *caput*, do Código Penal). Pelo concurso material, as penas foram totalizadas em 10 anos e 6 meses de reclusão, no regime inicial fechado.

As defesas de Fernando Reis e Daniel Reis apelaram, ocasião em que a Corte local deu parcial provimento ao recurso de Fernando Reis, apenas para absolvê-lo do crime do art. 349-A do Código Penal. Confira-se a ementa:

PROCESSO PENAL. DENÚNCIA. INÉPCIA. PEÇA QUE CONTÉM TODOS OS REQUISITOS EXIGIDOS NO ART. 41 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. EIVA INEXISTENTE.

A denúncia que contém a exposição do fato delituoso, com todas as suas circunstâncias, a qualificação do acusado ou esclarecimentos que permitam identificá-lo, a classificação do crime e, quando preciso, o rol de testemunhas, não padece de inépcia.

SENTENÇA. NULIDADE. DECISÃO *ULTRA-PETITA*. EXORDIAL QUE FORNECE TODOS OS ELEMENTOS



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CONDUCENTES À CARACTERIZAÇÃO DO NARCOTRÁFICO. PREFACIAL RECHAÇADA.

O acusado defende-se do fato narrado na denúncia, não da capitulação que dela conste.

INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA. INVALIDADE DECORRENTE DA INOBSERVÂNCIA DOS DITAMES LEGAIS. SATISFAÇÃO DE TODOS OS REQUISITOS PREVISTOS NA LEI 9.296/96. ALICERCE SEGURO QUE ENSEJA A CONDENAÇÃO.

Autorizado pelo juiz e levado a efeito com observância dos requisitos enumerados na Lei n. 9.296/96, não há ensejo a que se invalide o monitoramento telefônico.

APELAÇÕES CRIMINAIS. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. ABSOLVIÇÃO. MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVADAS. PRETENSÃO INVIÁVEL. PROVA ORAL COERENTE QUE, CHANCELADA PELOS DEMAIS ELEMENTOS DE CONVICÇÃO, CONFEREM SOLIDEZ AO CONJUNTO PROBATÓRIO E AUTORIZAM A A CONDENAÇÃO.

Se o conjunto probatório revela, incontestavelmente, a materialidade e a autoria do crime, inviabiliza-se a absolvição.

ASSOCIAÇÃO PARA A PRÁTICA DO TRÁFICO. ART. 35 DA LEI 11.343/06. PRETENSÃO ABSOLUTÓRIA INADMISSÍVEL. DEMONSTRAÇÃO INEQUÍVOCA DO AJUSTE PRÉVIO E ESTÁVEL ENTRE OS RÉUS.

Havendo ajuste prévio entre os agentes, que formam uma associação permanente com vistas à prática do narcotráfico, e não sendo esta convergência de vontades apenas momentânea, mas estável, configura-se o delito definido no art. 35 da Lei n. 11.343/06, inviabilizando-se a absolvição.

RECEPTAÇÃO. *RES FURTIVA* APREENDIDA NA RESIDÊNCIA DOS APELANTES. MATERIALIDADE E AUTORIA QUE EMERGEM DA POSSE INJUSTIFICADA. ABSOLVIÇÃO DESCABIDA.

Responde pelo crime de receptação dolosa aquele que guarda bem, proveniente de delito, sem oferecer justificação plausível para a posse.

CRIME CONTRA A ADMINISTRAÇÃO DA JUSTIÇA. ART. 349-A, DO ESTATUTO REPRESSIVO. AUSÊNCIA DA CERTEZA NECESSÁRIA PARA ESTEAR O DECRETO CONDENATÓRIO. PROVA CUJA INSUFICIÊNCIA CONDUZ À DÚVIDA NO TOCANTE À AUTORIA. ABSOLVIÇÃO QUE SE IMPÕE.

"No processo criminal, máxime para condenar, tudo deve ser claro



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

como a luz, certo como a evidência, positivo como qualquer expressão algébrica. Condenação exige certeza absoluta, fundada em dados objetivos indiscutíveis, de caráter geral, que evidenciem o delito e a autoria, não bastando a alta probabilidade desta ou daquele. E não pode, portanto, ser a certeza subjetiva, formada na consciência do Julgador, sob pena de se transformar o princípio do livre convencimento em arbítrio" (RT 619/267).

Quanto a fixação da pena-base observa rigorosamente as circunstâncias alinhadas no art. 59 do Código Penal, cujo conjunto não favorece o réu, afigura-se razoável que se a quantifique acima do mínimo abstratamente cominado.

ATENUANTE. CONFISSÃO ESPONTÂNEA. INCIDÊNCIA OBRIGATÓRIA *EX VI* DO ART. 65 DO CÓDIGO PENAL. RECONHECIMENTO QUE SE IMPÕE.

O reconhecimento da confissão espontânea traz como consequência a mitigação da pena em virtude de se constituir em circunstância atenuante, de aplicação obrigatória, à luz do preceito inscrito no art. 65, inciso III, alínea "d", do Código Penal.

PENA. CAUSA DE DIMINUIÇÃO. ART. 33, § 4º, DA LEI 11.343/06. APLICAÇÃO. COMÉRCIO ILEGAL DE ENTORPECENTES QUE NÃO SE MOSTROU OCASIONAL OU EVENTUAL. RÉUS CONDENADOS TAMBÉM POR ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. AUSÊNCIA DOS REQUISITOS LEGAIS.

Não há ensejo à aplicação da causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06, quando o réu não preenche os requisitos legais.

ART. 33, § 4º, DA LEI 11.343/06. REDUÇÃO CORRESPONDENTE À FRAÇÃO MÁXIMA. AUSÊNCIA DE ELEMENTOS QUE AUTORIZEM. MITIGAÇÃO DE METADE, ENTRETANTO, QUE SE IMPÕE RELATIVAMENTE A UM DOS APELANTES.

O preenchimento dos requisitos enumerados no art. 33, 4º, da Lei n. 11.343/06 confere ao apenado o direito à aplicação da causa especial de diminuição de pena, incumbindo ao magistrado estipular a fração que se mostre bastante à repressão e à prevenção do delito.

EXECUÇÃO. ABRANDAMENTO DO REGIME. SUBSTITUIÇÃO DAS SANÇÕES CARCERÁRIAS POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. VEDAÇÃO EXPRESSA A QUE ALUDEM O ART. 2, § 1º, DA LEI 8.072/90, E OS ARTS. 33, § 4º, E 44 DA LEI ANTIDROGAS. INSUFICIÊNCIA, ADEMAIS, PARA A REPROVAÇÃO E PREVENÇÃO DO ILÍCITO.

O resgate da pena privativa de liberdade pelo condenado por



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

narcotráfico iniciar-se-á no regime fechado, *ex vi* do art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/90.

Descabe a substituição da sanção privativa de liberdade por restritivas de direitos na hipótese de condenação por tráfico ilícito de entorpecentes em face da expressa vedação a que alude o art. 44 da Lei Antidrogas, providência que se mostra, também, insuficiente tanto para reprová-lo quanto para preveni-lo.

DIREITO DE RECORRER EM LIBERDADE. JULGAMENTO SUPERVENIENTE. PEDIDO PREJUDICADO. RECURSOS PARCIALMENTE PROVIDOS.

O julgamento do apelo prejudica a pretensão, deduzida com vistas a aguardá-lo em liberdade, pois a decisão que dele resulta passa a ser definitiva em virtude do recurso especial não ter efeito suspensivo. (fls. 975-977)

Neste recurso especial, os recorrentes alegam o seguinte:

- a) negativa de vigência dos arts. 5º e 6º da Lei n. 9.296/1996, sustentando a nulidade do processo porque estaria fundado em interceptações telefônicas ilegais, em decorrência de carecerem da devida fundamentação e com excesso de prazo de oito dias sem autorização (fl. 1.026). Aduzem que a medida somente poderia ser deferida pelo prazo de 15 dias, renovável por apenas uma vez, por igual período. Asseveram que as transcrições realizadas seriam tendenciosas e fruto de livre interpretação das autoridades policiais, não refletindo a real intenção dos diálogos existentes, motivo pelo qual haveria nulidade pela ausência de degravação integral das interceptações;
- b) violação do art. 42 da Lei n. 11.343/2006 e do art. 59 do Código Penal, argumentando que a quantidade de drogas apreendidas (18,4 gramas de *crack*), não autorizaria a majoração da pena-base;
- c) violação do art. 28, 33, *caput*, e § 4º e 35, todos da Lei n. 11.343/2006, aduzindo inexistirem provas da prática do tráfico e da associação pelos recorrentes. Alega também que a condenação pelo crime de associação não impediria a incidência da causa de diminuição do art. 33, § 4º, da mencionada Lei.
- d) ofensa ao art. 33 do Código Penal, pela aplicação de regime prisional mais severo, sem a devida fundamentação concreta.

A defesa pede o provimento do recurso, com o acolhimento das teses explicitadas.

Oferecidas contrarrazões (fls. 1.054-1.063), admitiu-se o



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

recurso na origem (fls. 1.065-1.067).

Os autos foram enviados ao Ministério Público Federal, que, na pessoa do Subprocurador-Geral da República João Francisco Sobrinho, oficiou pelo desprovimento do recurso (fls. 1.079-1.084).

O relator, Ministro Sebastião Reis Júnior conheceu parcialmente do recurso especial e, nessa extensão, **deu-lhe parcial provimento a fim de anular a sentença condenatória, determinando a exclusão dos autos do conteúdo das interceptações telefônicas** obtido no período em que não havia autorização judicial (23/11/2010 e 29/11/2010), proferindo-se, após, novo julgamento. Por força do art. 580 do Código de Processo Penal, **estendeu** os efeitos aos corréus Francisco Humberto Orezzaoli Teixeira e Gilmar Motta, apenas quanto à parte da sentença que os condenou como incursos no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, preservando, entretanto, a sua absolvição da imputação de prática do crime do art. 35 da mesma Lei, pela vedação à *reformatio in pejus*. De ofício, **declarou** extinta a punibilidade dos recorrentes, pela prescrição da pretensão punitiva, tão só quanto ao delito do art. 180, *caput*, do Código Penal.

II. Nulidade da sentença pela ausência de autorização judicial para a interceptação telefônica

Não obstante tenha ocorrido um interregno de 7 dias entre o término do prazo da primeira interceptação telefônica, em 22/11/2010, e a decretação da segunda interceptação, em 30/11/2010, período no qual não houve a autorização de quebra do sigilo de telecomunicações, verifico que **não há nenhuma referência à interceptação telefônica na condenação, cujo lastro probatório se resumiu à prova testemunhal. Então, não vejo como extrair uma consequência tão drástica, inclusive com a consequente extinção da punibilidade, pela possibilidade de essa prova ter sido utilizada.**

Assim, como no corpo do acórdão e na sentença não vi alusão a essa prova ilícita – que já havia sido assim considerada –, não há nulidade a sanar e, por isso, peço vênia para negar provimento ao recurso especial na parte em que foi conhecido.

Como efeito, este Superior Tribunal de Justiça entende que "eventual nulidade da interceptação telefônica não possui o condão de desconstituir todo elemento material indiciário que justifica a pretensão punitiva, quando as escutas consideradas ilícitas foram desconsideradas e o



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

juízo condenatório está embasada em diversos outros elementos de prova" (RHC n. 38.920/AM, Rel. Ministra Laurita Vaz, 5ª T., DJe 23/5/2014).

III. Dosimetria

III.a Violação dos arts. 42 da Lei de Drogas e 59 do CP

A defesa argumenta que a quantidade de drogas apreendidas – 18,4 gramas de crack – não autoriza a majoração da pena-base, *in verbis*:

[...]

Assim, na análise do artigo 42 da Lei de Tóxicos, cumpria ao TJSC considerar, e ponderar em pelo menos uma linha, o fato dos Recorrentes terem] sidos encontrados com uma quantidade miserável de *crack* (18,4g); além dos "reflexos" do Recorrente Daniel ser primário, sem antecedentes criminais, pai de família, ter emprego fixo/lícito, etc.

Desta forma, tem a defesa por demonstrada a necessidade de se reduzir as penas-base dos Recorrentes ao mínimo legal; declarando-se que é ilegal a interpretação do artigo 42 da Lei 11.343/2006 sob um viés exclusivamente negativo. [...] (fl. 1.030)

A fixação da pena-base pela sentença – mantida pelo acórdão impugnado – teve a seguinte fundamentação:

[...]

DA DOSIMETRIA E APLICAÇÃO DA PENA:

Com relação ao acusado Fernando Reis:

Atento as diretrizes do art. 59 do CP, tenho que o acusado agiu com elevado grau de culpabilidade, pois comercializava drogas cuja nocividade é elevada (*crack*).

[...]

Diante das circunstâncias judiciais apontadas, especialmente a natureza (*crack* - droga altamente nociva), que devem preponderar sobre as circunstâncias previstas no art. 59 do CP, a teor do art. 42 da Lei 11.343/2006, fixo a pena-base em cinco anos e dez meses de reclusão e quinhentos e oitenta e três dias multa, que estabeleço em um trigésimo (1/30) do salário mínimo, por cada dia multa, corrigidos na forma legal (a pena de multa é aumentada na mesma quantidade da privativa de liberdade, mantendo-se a proporcionalidade).

[...]

Em relação ao acusado Daniel Reis:

Atento as diretrizes do art. 59 do CP', tenho que o acusado agiu com elevado grau de culpabilidade, pois comercializava drogas cuja



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

nocividade é elevada. E depois, as várias denúncias e informações recebidas pela polícia, revelam que o tráfico de drogas estava sendo exercido por Daniel e seu irmão Fernando, de forma organizada, por um razoável período de tempo, fato que reprova ainda mais sua conduta. Com relação ao crime de receptação, tenho que de igual forma o acusado agiu com culpabilidade, já que tinha consciência da origem ilícita dos bens, sendo razoável concluir que os recebeu como moeda de troca, o que reprova ainda mais sua conduta.

E primário e não registra antecedentes criminais contra si, uma vez que os registros constantes nos autos não se prestam para tal fim (fls. 530-531 e 534).

A personalidade não restou melhor apurada nos autos. Já a conduta social, embora abonada pelos testigos de defesa, merece restrições, porquanto, demonstrado cabalmente nos autos de que já vinha se dedicando a narcotraficância de longa data, buscando na prática daquele ilícito sua única fonte de renda. Contudo, considerando que este fato já foi considerado para maior reprovação da culpabilidade, deixo de considerá-lo desfavorável ao réu.

Os motivos não restaram suficientemente esclarecidos, devendo ser considerados inerentes ao tipo.

As circunstâncias do crime já foram analisadas, enquanto que as conseqüências podem ser consideradas como graves, em razão do pós-consumo gerado pelo vício do estupefaciente e diante dos malefícios causados pelas drogas na sociedade. Não há indicativos de que o comportamento das vítimas tenha influenciado para a prática do crime de receptação.

Quanto ao crime de tráfico:

Diante das circunstâncias judiciais apontadas, especialmente a natureza (*crack* - droga altamente nociva), que devem preponderar sobre as circunstâncias previstas no art. 59 do CP, a teor do art. 42 da Lei 11.343/2006, fixo a pena-base em cinco anos e dez meses de reclusão e quinhentos e oitenta e três dias multa, que estabeleço em um trigésimo (1/30) do salário mínimo, por cada dia multa, corrigidos na forma legal a pena de multa é aumentada na mesma quantidade da privativa de liberdade, mantendo-se a proporcionalidade. [...] (fls. 716-718)

Cumprе salientar que a fixação da pena é regulada por princípios e regras constitucionais e legais previstos, respectivamente, no art. 5º, XLVI, da Constituição Federal, e nos arts. 59 do Código Penal e 387 do Código de Processo Penal.

Todos esses dispositivos remetem o aplicador do direito à



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

individualização da medida concreta para que, então, seja eleito o *quantum* de pena a ser aplicada ao condenado criminalmente, visando à prevenção e à repressão do delito perpetrado.

Assim, para chegar a uma aplicação justa da lei penal, o sentenciante, dentro dessa discricionariedade juridicamente vinculada, deve atentar para as singularidades do caso concreto, cumprindo-lhe, na primeira etapa do procedimento trifásico, guiar-se pelas circunstâncias relacionadas no *caput* do art. 59 do Código Penal, as quais não deve se furtar de analisar individualmente. São elas: culpabilidade; antecedentes; conduta social; personalidade do agente; motivos, circunstâncias e consequências do crime; comportamento da vítima.

Contudo, não se pode olvidar que, tratando-se de crime previsto na Lei de Drogas – como ocorre na espécie –, o Juiz deve considerar, ainda, e **com preponderância** sobre o previsto no art. 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da substância ou do produto, bem como a personalidade e a conduta social do agente, a teor do estabelecido no art. 42 da Lei n. 11.343/2006.

No caso, as instâncias ordinárias entenderam devida a fixação da pena-base dos recorrentes acima do mínimo legal, em decorrência da natureza da droga apreendida – **crack** –, o que evidencia que atuaram em estrita consonância com o disposto no art. 42 da Lei n. 11.343/2006.

Esta Corte tem entendido que a qualidade das drogas é suficiente para ensejar o aumento da pena-base. A propósito, confira-se: "Somente em hipóteses excepcionais, o Superior Tribunal de Justiça tem admitido a utilização do recurso especial para o reexame da individualização da sanção penal, notadamente quando é flagrante a ofensa a lei federal, situação que não ocorre na espécie em razão da natureza da droga apreendida (*crack*)" (**AgRg no AgRg no AREsp n. 700.854/ES**, Rel. Ministro **Gurgel de Faria**, 5ª T., DJe 17/2/2016).

Portanto, tendo sido concretamente fundamentada a exasperação da pena-base dos acusados, fica afastada a alegada violação dos arts. 59 do Código Penal e 42 da Lei n. 11.343/2006.

III.b Violação dos arts. 28 e 33 da Lei n. 11.343/2006

A defesa aduz que não existem provas da prática do tráfico e da associação para o tráfico de drogas pelos recorrentes, *in verbis*:



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

[...] vê-se do acórdão do TJSC ora atacado. que a interpretação nele contida "esvaziou" o sentido dos artigos 33 e 35, ao ponto de considerar como crime de tráfico de drogas e associação para o tráfico de drogas, condutas irrelevantes juridicamente, o mero "saber" que alguém é usuário.

Diz-se que o TJSC esvaziou o sentido dos artigos 33 e 35 face a ínfima quantidade de droga apreendida na residência do Recorrente Fernando (18,4g. de crack); e, principalmente, a mais absoluta ausência de indícios de autoria contra o Recorrente Daniel, senão as denúncias anônimas contra os "irmãos reis".

conforme referido-não encontrado no acórdão ora atacado.

Das referências do TFSJC em relação as provas existentes no feito, não é possível se estabelecer de modo algum o cometimento do crime de tráfico pelo Recorrente Daniel e, principalmente, não há qualquer indicativo da efetiva associação estável para a execução do tráfico de drogas.

Resta evidente, do sopesar entre as manifestações do acórdão, (falta de provas) e a quantidade de droga apreendida (18,4g. de crack) que o ilícito em pauta não se trata de narcotráfica e associação, mas da utilização de substâncias proibidas por lei (uso pessoal) pelo Recorrente Fernando, prevista no artigo 28 da Lei de Tóxicos. [...] (fls. 1.030-1.031)

Consoante a sentença, a materialidade e a autoria dos crimes foram comprovadas por auto de prisão em flagrante, autos de exibição e apreensão, laudos de constatação de substância entorpecente, bem como pela prova oral colhida em juízo.

Nesse contexto, para afastar a condenação dos recorrentes ou para desclassificar suas condutas para o crime do art. 28 da Lei de Drogas seria necessário o reexame do acervo fático-probatório delineado nos autos (e não sua reavaliação), procedimento vedado em recurso especial, a teor do enunciado sumular n. 7 do Superior Tribunal de Justiça.

Exemplificativamente:

[...]

1. Não há como acolher o pedido de absolvição por insuficiência de provas, assim como a pretensão subsidiária de desclassificação do crime previsto no art. 33 da Lei n. 11.343/06 para o delito descrito no art. 28 do mesmo diploma legal, sem incursionar no conjunto fático-probatório, inviável no âmbito do recurso especial em razão do



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

óbice previsto na Súmula 7 desta Corte.

[...]

3. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no AREsp n. 567.356/MT, Rel. Ministro **Gurgel de Faria**, 5ª T., DJe 26/5/2015)

[...]

O recurso especial não será cabível quando a análise da pretensão recursal - pretensão absolutória e aplicação da minorante do art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06 - exigir o reexame do quadro fático-probatório, sendo vedada a modificação das premissas fáticas firmadas nas instâncias ordinárias no âmbito dos recursos extraordinários. (Súmula 07/STJ e Súmula 279/STF).

Agravo regimental desprovido.

(AgRg no AREsp n. 615.871/SP, Rel. Ministro **Felix Fischer**, 5ª T., DJe 12/5/2015)

III.c Violação dos arts. 33, § 4º, e 35 da Lei n. 11.343/2006

A defesa alega que a condenação do recorrente **Daniel** pelo crime de associação **não** impede a incidência da causa de diminuição do art. 33, § 4º, da mencionada lei, *in verbis*:

[...]

Quanto à aplicação do parágrafo quarto do artigo 33 da Lei n. 11.343/06, entende a defesa que a decisão ora atacada se equivocou ao laborar a negativa de tal benesse em favor do Recorrente Daniel, tão somente, pelo fato de se ter mantido a condenação por associação para o tráfico de drogas aplicada em primeiro grau; senão vejamos as próprias palavras do TJSC:

"[...] Na etapa derradeira, as sanções de Fernando e de Daniel permaneceram corretamente inalteradas, por conta da ausência de causas de especial aumento ou de diminuição. A pretensão de ambos que visa à aplicação da causa de diminuição de que trata o art. 33, § 4º, da Lei Antidrogas, mostra-se inadmissível em decorrência da condenação pelo crime de associação para o tráfico, que veda a concessão do benefício, permanecendo, assim, inalteradas as penas que lhes foram impostas no veredicto. [...]".

Conforme se apura, o Tribunal de Justiça de Santa Catarina tem firmado o entendimento que a benesse do parágrafo quarto do artigo 33 da Lei de Tóxicos é inaplicável diante da condenação por



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

associação ao tráfico de drogas; do mesmo modo que a dedica somente aos traficantes que comprovem que o delito objeto de ação se trate de um fato "pioneiro e solitário".

[...] (fl. 1.031)

O afastamento da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei de Drogas – mantido pelo acórdão impugnado – teve a seguinte fundamentação:

[...]

Ausente causas especiais de aumento e de diminuição, já que incabível o reconhecimento daquelas previstas nos §§, 2º, 3º e 4º, do art. 33, da Lei de Tóxicos ante **a existência de provas seguras de que Daniel vinha se dedicando a prática de atividade criminosa através da reiterada venda de entorpecentes, a qual era exercida de forma permanente.** Assim, concretizo a pena em cinco (05) anos de reclusão e dez (10) meses de reclusão, e quinhentos e oitenta e três (583) dias-multa, no valor e forma mencionados. [...] (fls. 718-719)

Em relação à minorante do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, verifico a motivação concreta da sentença, mantida no ponto pelo acórdão hostilizado, de que o recorrente Daniel se dedicava ao comércio de entorpecentes – **tanto que foi condenado pelo crime do art. 35 da Lei de Drogas.** Ademais, a pretensão recursal vai de encontro à jurisprudência uníssona desta Corte, de que não se aplica a causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, aos condenados pelo crime de associação para o tráfico, haja vista que esse fato evidencia a dedicação a atividade criminosa. Nesse sentido:

[...]

4. Não se aplica a causa especial de diminuição de pena do parágrafo 4º do artigo 33 da Lei n.º 11.343/2006 ao réu também condenado pelo crime de associação pra o tráfico de drogas, tipificado no artigo 35 da mesma lei. Precedentes.

[...]

7. Habeas corpus não conhecido.

(HC n. 253.260/RJ, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, 6ª T, DJe 4/4/2014).

III.d Ofensa ao art. 33 do Código Penal



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

A defesa assevera que a condenação aplicou regime prisional mais severo que o determinado pela quantidade de pena sem a devida fundamentação concreta.

[...]

Pretendem os Recorrentes a aplicação da Súmula 269 do STJ; ou seja, entendem, com o devido respeito, que o TJSC ao fixar regime de pena fechado com base em razões genéricas negou vigência parcial aos artigos 33 do Código Penal.

Ao ver da defesa, mesmo sem pretender qualquer re-análise de provas, e perfeitamente possível e adequado ato caso a fixação de regime mais brando;

estendendo-se o teor da Súmula 269 do STJ aos Recorrentes; principalmente, no tocante ao Sr. Daniel, que é réu primário, sem antecedentes criminais e mantinha emprego fixo/lícito.

[...] (fls. 1.034)

Por fim, também em relação ao regime prisional, considerando as penas dos recorrentes – 12 anos de reclusão para Fernando Reis e 10 anos e 6 meses de reclusão para Daniel Reis, a orientação deste Superior Tribunal se firmou no mesmo sentido do aresto recorrido, de que é incabível a fixação do regime inicial semiaberto a réus condenados a penas superiores a 8 anos de reclusão, por expressa previsão do art. 33, § 2º, "a", do Código Penal.

IV. Dispositivo.

À vista do exposto, **nego provimento** ao recurso especial.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2012/0213067-0 **PROCESSO ELETRÔNICO Resp 1.347.793 / SC**
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 11100105719 11100105719002 20110426002 20110426002000100 20110426002000200

PAUTA: 16/02/2016

JULGADO: 16/02/2016

Relator

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

Relator para Acórdão

Exmo. Sr. Ministro **ROGERIO SCHIETTI CRUZ**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **ROGERIO SCHIETTI CRUZ**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **MÁRIO FERREIRA LEITE**

Secretário

Bel. **ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA**

AUTUAÇÃO

RECORRENTE	: FERNANDO REIS
RECORRENTE	: DANIEL REIS
ADVOGADO	: PAULO DA SILVEIRA MAYER
RECORRIDO	: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SANTA CATARINA
CORRÉU	: FRANCISCO HUMBERTO OREZOLLI TEIXEIRA
CORRÉU	: GILMAR MOTTA

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes Previstos na Legislação Extravagante - Crimes de Tráfico Ilícito e Uso Indevido de Drogas - Tráfico de Drogas e Condutas Afins

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia SEXTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

A Sexta Turma, por unanimidade, conheceu parcialmente o recurso especial e, nessa extensão, por maioria, negou-lhe provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Rogerio Schietti Cruz, que lavrará o acórdão, vencido o Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Rogerio Schietti Cruz, Nefi Cordeiro, Ericson Maranhão (Desembargador convocado do TJ/SP) e Maria Thereza de Assis Moura votaram com o Sr. Ministro Relator, quanto ao conhecimento em parte do recurso especial.

Votaram com o Sr. Ministro Rogerio Schietti Cruz os Srs. Ministros Nefi Cordeiro, Ericson Maranhão (Desembargador convocado do TJ/SP) e Maria Thereza de Assis Moura, quanto ao não provimento do recurso.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2012/0213067-0 **PROCESSO ELETRÔNICO Resp 1.347.793 / SC**
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 11100105719 11100105719002 20110426002 20110426002000100 20110426002000200

PAUTA: 16/02/2016

JULGADO: 19/04/2016

Relator

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

Relator para Acórdão

Exmo. Sr. Ministro **ROGERIO SCHIETTI CRUZ**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **ROGERIO SCHIETTI CRUZ**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **MOACIR MENDES SOUSA**

Secretário

Bel. **ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA**

AUTUAÇÃO

RECORRENTE	: FERNANDO REIS
RECORRENTE	: DANIEL REIS
ADVOGADO	: PAULO DA SILVEIRA MAYER
RECORRIDO	: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SANTA CATARINA
CORRÉU	: FRANCISCO HUMBERTO OREZOLLI TEIXEIRA
CORRÉU	: GILMAR MOTTA

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes Previstos na Legislação Extravagante - Crimes de Tráfico Ilícito e Uso Indevido de Drogas - Tráfico de Drogas e Condutas Afins

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia SEXTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

Prosseguindo no julgamento após o voto do Sr. Ministro Rogerio Schietti Cruz negando provimento ao recurso especial quanto às matérias remanescentes, no que foi acompanhado pelos Srs. Ministros Nefi Cordeiro, Maria Thereza de Assis Moura e Sebastião Reis Júnior, a Sexta Turma, por unanimidade, negou provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Rogerio Schietti Cruz, que será relator para acórdão. Vencido em parte o Sr. Ministro Sebastião Reis Júnior.

Votaram com o Sr. Ministro Rogerio Schietti Cruz os Srs. Ministros Nefi Cordeiro, Maria Thereza de Assis Moura e Sebastião Reis Júnior.

Não participou do julgamento o Sr. Ministro Antonio Saldanha Palheiro.