



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 1.420.855 - SC (2013/0386201-5)

RELATOR : **MINISTRO JORGE MUSSI**
AGRAVANTE : **EDSON GARROZI (PRESO)**
ADVOGADO : **LUIZ FERNANDO DA SILVA - SC008082**
AGRAVADO : **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SANTA CATARINA**

EMENTA

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. NULIDADE. PRINCÍPIO DA IDENTIDADE FÍSICA DO JUIZ. MITIGAÇÃO. INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA. AUTORIZAÇÃO JUDICIAL. PROVA LÍCITA. ABSOLVIÇÃO. REEXAME DO ACERVO FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. DOSIMETRIA. QUANTIDADE DE DROGAS. EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE. CABIMENTO. DEDICAÇÃO A ATIVIDADES CRIMINOSAS. TRÁFICO PRIVILEGIADO. REANÁLISE DE PROVAS. ÓBICE DA SÚMULA N. 7/STJ. REGIME PRISIONAL. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. INCIDÊNCIA DA SÚMULA N. 282/STF. INSURGÊNCIA DESPROVIDA.

1. O princípio da identidade física do juiz não possui caráter absoluto, uma vez que deve ser mitigado nos casos de afastamento por qualquer motivo que impeça o juiz que presidiu a instrução processual de sentenciar o feito, por aplicação analógica da regra contida no art. 132 do Código de Processo Civil/73.

2. Tendo sido observadas as formalidades legais para a autorização e para as prorrogações das interceptações telefônicas, nos termos dos arts. 5º, da Lei n.º 9.296/96, e 5º, inciso XII, da Constituição Federal, não há que se falar em ilicitude das provas.

3. Em relação à materialidade e à autoria do delito de tráfico interestadual de drogas, a desconstituição do julgado quanto às elementares do tipo penal, por suposta ausência de dolo ou insuficiência de provas, no intuito de abrigar o pleito absolutório, não encontra espaço na via eleita devido à necessidade de revolvimento de todo o arcabouço fático-probatório. Óbice do Enunciado n. 7 da Súmula deste Sodalício.

4. Tratando-se de delito de drogas, de acordo com o disposto no art. 42 da Lei n. 11.343/2006, impõe-se ao Juiz considerar, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do Código Penal, a natureza, quantidade e diversidade dos entorpecentes apreendidos para fins de fixação da reprimenda inicial.

5. Não tendo sido aplicada pela Corte *a quo* a benesse prevista no art. 33, § 4º, da Lei Antidrogas, em razão da comprovação de que o agravante se dedicava a atividades criminosas, a modificação deste entendimento, a fim de concluir que o agente não se dedica a atividades ilícitas, demandaria o revolvimento de provas, o que é vedado a essa Corte Superior, nos termos da Súmula n. 7/STJ.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

6. O tema relativo ao regime prisional não foi objeto da apelação da sentença, ou seja, a matéria sequer foi devolvida para apreciação do Tribunal estadual, tratando-se de verdadeira inovação em recurso especial, motivo pelo qual o pleito esbarra no óbice da Súmula n. 282/STF, uma vez que o prequestionamento do tema recursal é imprescindível para a análise do recurso especial.
7. Agravo regimental desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, negar provimento ao agravo regimental. Os Srs. Ministros Reynaldo Soares da Fonseca, Ribeiro Dantas, Joel Ilan Paciornik e Felix Fischer votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 04 de abril de 2017(Data do Julgamento)

MINISTRO JORGE MUSSI
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 1.420.855 - SC (2013/0386201-5)

RELATOR : **MINISTRO JORGE MUSSI**
AGRAVANTE : **EDSON GARROZI (PRESO)**
ADVOGADO : **LUIZ FERNANDO DA SILVA - SC008082**
AGRAVADO : **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SANTA CATARINA**

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO JORGE MUSSI (Relator): Trata-se de agravo regimental interposto por EDSON GARROZI contra a decisão unipessoal de fls. 1810/1821, por meio da qual, com fundamento no art. art. 255, § 4º, inciso II, do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça, foi negado provimento ao recurso especial defensivo, em razão de o julgado combatido coadunar-se com a jurisprudência do STJ, bem como devido à ausência de adequada demonstração do dissídio jurisprudencial e pela incidência do óbice das Súmulas n. 7/STJ e 282 e 356/STF.

Alega o agravante, em síntese, que os precedentes citados no *decisum* não se assemelham à hipótese dos autos.

Reitera, ainda, as razões expostas no apelo nobre para fins de reforma do acórdão *a quo*.

Requer, ao final, a reconsideração do *decisum* ou a submissão do pleito ao Colegiado, dando-se provimento à irresignação.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 1.420.855 - SC (2013/0386201-5)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO JORGE MUSSI (Relator): Os elementos existentes nos autos indicam que o agravante foi denunciado pela prática da conduta descrita nos artigos 33 e 35, c/c o artigo 40, inciso V, todos da Lei nº 11.343/06, e 311, do Código Penal, pois, em associação com outros cinco agentes, praticou reiteradamente o comércio ilegal de drogas entre os Estados do Mato Grosso do Sul e de Santa Catarina, tendo sido apreendida a quantidade de 4,33Kg de cocaína e 240g de maconha.

Julgada parcialmente procedente a imputação, o acusado foi condenado às penas de 6 (seis) anos, 9 (nove) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, em regime inicial fechado, e pagamento de 680 (seiscentos e oitenta) dias-multa, pela incursão nas sanções dos arts. 33, *caput*, c/c 40, inciso V, da Lei n. 11.343/06.

A sentença foi mantida em apelação da defesa.

Nas razões do apelo nobre (fls. 1583 a 1625), fulcrado nas alíneas "a" e "c" do permissivo constitucional, a defesa alegou violação aos artigos 2º, II, 5º, 9º e 10, da Lei n. 9.296/96; 33, § 4º, 40, V, 42, da Lei n. 11.343/06; 399, § 2º, do Código de Processo Penal; e 33, § 2º, "b", do Código Penal, além de divergência jurisprudencial, sustentando a nulidade da interceptação telefônica devido ao excesso de prazo.

Ponderou que a quantidade de drogas apreendidas não deve ser considerada para fins de fixação da pena-base.

Alegou, ainda, a nulidade da sentença, uma vez que foi prolatada por magistrado diverso daquele que presidiu a instrução processual.

Ressaltou que a materialidade do delito de tráfico não foi comprovada, uma vez que não foi possível afirmar com exatidão a quantidade de entorpecentes apreendidos.

Defendeu que faz jus à aplicação da causa especial de diminuição da pena no seu grau máximo, em razão da inexistência de provas da sua dedicação a atividades criminosas.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Aduziu, também, que deve ser fixado o regime semiaberto para o cumprimento inicial da pena, uma vez que a sanção corporal aplicada é inferior a 8 (oito) anos.

Contra-arrazoada a insurgência (fls. 1691 a 1700), após o juízo positivo de admissibilidade (fls. 1713 a 1714), os autos ascenderam a este Superior Tribunal de Justiça.

Instado a se manifestar, o Ministério Público Federal opinou pelo desprovimento do inconformismo (fls. 1807 a 1808).

Por decisão monocrática desta Relatoria, negou-se provimento ao recurso especial.

Daí a apresentação deste agravo regimental.

A irresignação, porém, não merece prosperar.

Primeiramente, acerca da alegada nulidade da sentença em razão da violação ao princípio da identidade física do juiz, colhe-se do acórdão exarado pela Corte de origem o seguinte excerto, *litteris*:

O art. 399, § 2º, do Código de Processo Penal, com redação fornecida pela Lei 11.719/2008, estabelece: [...] Contudo, a norma supracitada não possui caráter absoluto. A relativização da referida norma encontra amparo no art. 132 do Código de Processo Civil: [...] A aplicação da referida norma à esfera penal tem por finalidade evitar sobrestamento indevido da demanda ou até mesmo a inviabilização do seu julgamento. O afastamento do magistrado da comarca em razão do gozo de férias, licenças e promoção não pode retardar a prestação jurisdicional pretendida. [...] No caso concreto, o Juiz de Direito da 2ª Vara Criminal de Itajaí, durante a instrução do presente feito, encontrava-se atuando na Corregedoria-Geral da Justiça deste Tribunal. Portanto, afastado de suas funções na Comarca em que era Juiz titular. Anote-se que o Juiz prolator não proferiu apenas sentença, atuou no feito em outras oportunidades, o que reforça a certeza de que não estava alheio à discussão travada. (fls. 1487/1489)

Verifica-se, pois, que o Tribunal recorrido assentou a inexistência de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

violação ao disposto no art. 132 do Código de Processo Civil/73, tendo em vista que a prolação da sentença por juiz diverso daquele que participou da instrução processual se deu em observância às hipóteses autorizadas por lei.

Portanto, constata-se que o acórdão objurgado, ao assim decidir, alinhou-se à jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça, que se firmou no sentido de que o princípio da identidade física do juiz não possui caráter absoluto, uma vez que deve ser mitigado nos casos de afastamento por qualquer motivo que impeça o juiz que presidiu a instrução processual de sentenciar o feito, por aplicação analógica da regra contida no art. 132 do Código de Processo Civil/73.

A propósito, confirmam-se:

[...] NEGATIVA DE VIGÊNCIA AO ART. 399, § 2º, DO CPP. PRINCÍPIO DA IDENTIDADE FÍSICA DO JUIZ. APLICAÇÃO ANALÓGICA DO ART. 132 DO CPC. POSSIBILIDADE. ACÓRDÃO EM CONFORMIDADE COM A JURISPRUDÊNCIA DESTA CORTE. SÚMULA 83/STJ. [...]

10. Esta Corte Superior tem entendimento no sentido de que, não obstante o princípio da identidade física do Juiz, expresso no artigo 399, § 2º, do Estatuto Processual Penal (com as alterações trazidas pela Lei nº 11.719/08), determinar que o magistrado que concluir a instrução em audiência deverá sentenciar o feito, tem-se que tal princípio não é absoluto. Assim, em razão da ausência de normas regulamentares específicas, deve-se aplicar por analogia o disposto no artigo 132 do Código de Processo Civil, o qual dispõe que no caso de ausência por convocação, licença, afastamento, promoção ou aposentadoria, deverão os autos passar ao sucessor do magistrado. [...]

12. Agravo regimental a que se nega provimento.

(AgRg no REsp 1459388/DF, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 17/12/2015, DJe 02/02/2016)

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TORTURA. VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DO JUIZ NATURAL. INOCORRÊNCIA. ALEGAÇÃO DE INSUFICIÊNCIA PROBATÓRIA. NECESSIDADE DE REVOLVIMENTO DE FATOS E PROVAS. ÓBICE DO ENUNCIADO N. 7 DA SÚMULA DO STJ.

I - O recurso especial não será cabível quando a análise da pretensão recursal exigir a modificação das premissas fáticas firmadas nas instâncias ordinárias.

II - In casu, o eg. Tribunal de origem, apreciando detalhadamente a prova produzida nos autos, concluiu estarem presentes elementos suficientes para embasar o édito condenatório. Entender de modo contrário ao estabelecido pela col. Corte a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

quo demandaria o revolvimento do material fático-probatório dos autos, inviável nesta instância (Súmula n. 7/STJ).

III - O princípio constitucional do juiz natural, consubstanciado na regra de identidade física do juiz do art. 399, § 2º, do Código de Processo Penal (CPP), comporta exceções que, na ausência de previsão específica no CPP, são aquelas prevista no art. 132 do Código de Processo Civil de 1973, vigente à época dos fatos.

Agravo regimental desprovido.

(AgRg no AREsp 787.921/BA, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 02/08/2016, DJe 12/08/2016)

Em relação à alegada ilicitude das provas obtidas por intermédio de interceptação telefônica, assim assentou o Tribunal estadual, *in verbis*:

A Lei 9.296/1996 confere ao agente responsável pela segurança pública importante instrumento investigativo ao permitir a realização de interceptações telefônicas, devidamente autorizados pelo juízo competente, sendo esta, muitas vezes, a única forma de alcançar os agentes criminosos.

O contato reiterado com o material colhido por este instrumento de produção probatória permite concluir que o bom uso de tal ferramentário fornece elementos importantes para alicerçar a decisão condenatória.

Nesse contexto, anote-se que o processo de investigação realizado por interceptação telefônica pode iniciar com apenas um ramal telefônico e, ao final, apresentar o desdobramento de vários outros e também demonstrar, como reflexo, a extensão da atividade criminosa exercida.[...]

A pretensão apresentada pelos apelantes, contudo, não merece prosperar. Os anexos I, II e III que contêm os autos da interceptação telefônica deferida pelo Juízo de primeiro grau permite alcançar conclusão diversa da dos apelantes.

As decisões constantes às fls. 459-463, 480/481 e 662-666 afastam a alegação de que as interceptações telefônicas se deram fora do período autorizado.

A decisão de fls. 480/481, proferida em 9.12.2009, reiterou os argumentos lançados no pronunciamento anterior, prorrogando os seus efeitos. Ciente de que o prazo quinzenal estabelecido não alcançaria o término do recesso, o Magistrado a quo estendeu seus feitos, uma vez que imprescindíveis para o prosseguimento da investigação, o que de fato ocorreu.

Superado o período de recesso forense, já no dia 7.1.2010, a decisão exarada às fls. 662-666 prorrogou os efeitos da interceptação telefônica previamente autorizada.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Dessa forma, não há reconhecer a ocorrência da ilegalidade na coleta da prova.

A inclusão dos números telefônicos dos apelantes, sem a devida identificação, também não contém ilegalidade capaz de macular a prova colhida.

Como dito previamente, a interceptação telefônica pode resultar em larga ramificação de contatos, dependendo da atividade criminosa desenvolvida e a sua extensão.

A identificação imediata do usuário pode não ser possível, sobretudo porque se sabe que os agentes criminosos se valem, muitas vezes, de terminais telefônicos pertencentes a terceiros.

Somente com o aprofundamento das investigações pode-se alcançar o nome do verdadeiro titular do número telefônico utilizado. [...]

Verificada a posterior identificação dos titulares dos ramais telefônicos, a situação em apreço amolda-se àquela descrita no parágrafo único do dispositivo legal supracitado, inexistindo prejuízo processual capaz de macular a prova colhida.

A regularidade no procedimento adotado para a obtenção de autorização judicial para as interceptações telefônicas não permite, de maneira alguma, a aplicação da teoria dos frutos da árvore envenenada, sobretudo, como já destacado em primeiro grau, porque já extraídas dos autos aquelas reconhecidas como ilegais. (fls. 1492 a 1494)

Verifica-se, da leitura do excerto acima transcrito, que o deferimento dos pedidos de prorrogação das interceptações telefônicas assentaram-se no surgimento de novos elementos, os quais ensejaram a necessidade de prosseguimento da monitoração, bem como na complexidade dos fatos.

Dessa forma, vê-se que o afastamento do sigilo das comunicações telefônicas foi realizado com lastro em ordens judiciais devidamente fundamentadas, em consonância com o disposto nos arts. 5º, da Lei n.º 9.296/96, e 5º, inciso XII, da Constituição Federal.

Assim, tendo em vista que foram observadas as formalidades legais para a autorização e para as prorrogações das interceptações telefônicas, mostram-se irretocáveis as conclusões do aresto objurgado, não havendo que se falar em ilicitude das provas.

A propósito, confirmam-se:

PROCESSUAL PENAL E PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. DELAÇÃO ANÔNIMA. PROCEDIMENTO INVESTIGATÓRIO PRELIMINAR. POSSIBILIDADE. INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS E SUAS PRORROGAÇÕES. FUNDAMENTAÇÃO CONSTATADA. FORNECIMENTO DE SENHAS À AUTORIDADE POLICIAL. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. RECURSO DESPROVIDO. [...]

2. A decisão que determinou a quebra do sigilo telefônico e as decisões de prorrogação deram-se por indicação fundamentada no suporte probatório prévio e indispensabilidade da prova, inclusive quando determinado seu prosseguimento, com amparo na Lei nº 9.296/96. [...]

4. Recurso ordinário em habeas corpus improvido.

(RHC 57.733/SP, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 03/05/2016, DJe 12/05/2016 - sem destaque no original)

PROCESSUAL PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO DE ENTORPECENTES. PRISÃO PREVENTIVA. ALEGAÇÃO DE AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO DO DECRETO PRISIONAL. ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA - TCP (TERCEIRO COMANDO PURO). SEGREGAÇÃO CAUTELAR DEVIDAMENTE FUNDAMENTADA NA GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. NEGATIVA DE AUTORIA E ALEGAÇÃO DE AUSÊNCIA DE PROVA DA MATERIALIDADE. NECESSIDADE DE INCURSÃO NA PROVA. INVIÁVEL NA VIA ESTREITA DO HABEAS CORPUS. APONTADAS INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS IRREGULARES. INOCORRÊNCIA. PRORROGAÇÃO DO PRAZO AUTORIZADA POR DECISÕES DEVIDAMENTE FUNDAMENTADAS. RECURSO ORDINÁRIO DESPROVIDO. [...]

IV - É pacífico o entendimento, nesta Superior Corte de Justiça, de que o prazo das interceptações telefônicas pode ser prorrogado, desde que fundamentadas as decisões de renovação, como ocorrido na espécie. (Precedentes) Recurso ordinário desprovido.

(RHC 64.605/RJ, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 24/05/2016, DJe 03/06/2016 - sem destaque no original)

Por sua vez, quanto à materialidade e autoria do delito de tráfico interestadual de drogas, destaca-se do julgado combatido:

A materialidade e autoria encontram-se devidamente comprovadas nos autos de apreensão (fls. 9/10), tickets de pedágio (fl. 11), laudo de constatação da substância (fls. 14/15), auto de apreensão complementar (fl. 26), relatório final da operação (fls. 119-149), laudo pericial de exame de substância (fls. 185-189 e 208-212), laudo de exame de veículo terrestre (fl. 191-199), laudo pericial de exame de material vegetal (fls. 208-212), além do farto material colhido



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

por meio das interceptações telefônicas e dos depoimentos colhidos nas fases indiciária e judicial.[...]

Portanto, não persistem dúvidas sobre a relação mantida entre os apelantes, que visava o transporte interestadual de entorpecentes e sua posterior comercialização neste Estado.[...]

Ademais, não se pode esperar que o recorrente externasse a todos o seu envolvimento com a atividade ilícita em exame. Por certo aqueles com quem mantinha contato em suas atividades cotidianas dificilmente poderiam saber da prática do ilícito ora em exame. Como se não bastasse, não se pode negar que Edson, em razão de realizar paralelamente o comércio de veículos, tinha meios e instrumentos que facilitavam a intermediação dos carros necessários para o transporte e aquisição de drogas, pessoas estas que certamente não foram arroladas nos autos.[...]

Assim, com base nas provas compostas pelos depoimentos dos policiais federais envolvidos na investigação e nas interceptações telefônicas transcritas, entende-se indevido o acolhimento do pleito absolutório formulado pelo ora recorrente. (fls. 1503 a 1511)

Da leitura do trecho acima transcrito, denota-se que a Corte de origem concluiu que o caderno processual ostenta provas suficientes da efetiva participação do agravante no comércio ilegal de drogas, mediante o fornecimento de veículo para transportar a droga entre as unidades estaduais.

Dessarte, em relação à materialidade e a autoria do delito de tráfico interestadual de drogas, a desconstituição do julgado quanto às elementares do tipo penal, por suposta ausência de dolo ou insuficiência de provas, no intuito de abrigar o pleito absolutório, não encontra espaço na via eleita devido à necessidade de revolvimento de todo o arcabouço fático-probatório, procedimento exclusivo das instâncias ordinárias e vedado ao Superior Tribunal de Justiça em recurso especial, a teor do disposto na Súmula n. 7 deste Sodalício.

Nesse sentido, vejam-se:

AGRAVO INTERNO. RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. "ECSTASY". DESCLASSIFICAÇÃO. REEXAME DE PROVAS. SÚMULA 7/STJ. DELITO DE AÇÃO MÚLTIPLA. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. NÃO APLICAÇÃO. CAUSAS DE DIMINUIÇÃO DA PENA. COMBINAÇÃO DE LEIS. IMPOSSIBILIDADE. REVISÃO DE MATÉRIA PROBATÓRIA. NÃO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CABIMENTO. ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO DO ARTIGO 59 DO CP. IMPOSSIBILIDADE. REGIME INICIAL SEMIABERTO DEVIDO NA HIPÓTESE. VEDAÇÃO À SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITO. GRAVIDADE CONCRETA DO DELITO. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL.

1. **A análise do pedido de absolvição dos recorrentes, bem como do pedido de desclassificação do tipo penal previsto no artigo 12 da Lei nº 6.368/76 para o tipo penal do artigo 28 da Lei nº 11.343/2006 ou para o tipo penal do artigo 33, §3º, da Lei nº 11.343/2006, demandaria a alteração das premissas fático-probatórias estabelecidas na instância ordinária, o que é vedado no julgamento do recurso especial, nos termos do enunciado da Súmula 7/STJ.**

2. O crime de tráfico de drogas é de ação múltipla, sendo suficiente a prática de qualquer um dos verbos contidos no tipo (artigo 12 da Lei nº 6.368/76) para a consumação do ilícito. [...]

8. Agravo interno improvido.

(AgRg no REsp 1578209/SC, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 07/06/2016, DJe 27/06/2016)

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. INÉPCIA DA DENÚNCIA. SÚMULA 284/STJ. SUPERVENIÊNCIA DA SENTENÇA CONDENATÓRIA. DESCLASSIFICAÇÃO DA CONDUTA PARA USO DE DROGAS. SÚMULA 7/STJ. DOSIMETRIA DA PENA. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA. FUNDAMENTO IDÔNEO. REINCIDÊNCIA. INAPLICABILIDADE DO REDUTOR. REGIME FECHADO JUSTIFICADO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA. AUSÊNCIA DE REQUISITO OBJETIVO. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. [...]

3. **A alegação de inépcia está imbricada com o pedido de absolvição ou de desclassificação da imputação para consumo de drogas. Todavia, a pretensão de reverter a conclusão do Tribunal a quo sobre a prática delitiva é providência sabidamente inviável na via eleita, ante a indisfarçável necessidade de revolvimento aprofundado de fatos e provas, vedado pelo enunciado 7 da Súmula desta Corte. [...]**

9. Agravo regimental improvido.

(AgRg no AREsp 628.603/MG, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 03/03/2016, DJe 09/03/2016)

A respeito da pena-base, constata-se que a Corte a quo manteve a fixação da reprimenda inicial em 10 (dez) meses acima do mínimo legal, ante a valoração negativa de elementos concretos dos autos, conforme se denota da seguinte passagem do voto condutor do acórdão recorrido:



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Como se vê, não há nenhuma inadequação na dosimetria aplicada, pois o art. 42 da Lei 11.343/2006 autoriza a majoração da pena-base acima do mínimo legal, desde que fundamentada.

No caso, como bem observado pelo Magistrado de primeira instância, inegável que a grande quantidade de substância entorpecente apreendida (4 kg de cocaína e 240 g de maconha), deve ser considerada em desfavor de todos aqueles agentes que se beneficiariam com os frutos de sua comercialização.

Da mesma forma, não há exagero no quantum da majoração da pena-base. Isso porque ainda que a nossa legislação não preveja uma quantidade determinada para majorar ou minorar a reprimenda na primeira e na segunda fases da dosimetria - diferentemente do que acontece com as causas gerais e especiais de aumento ou de diminuição de pena -, a orientação predominante desta Corte é no sentido de aplicar o critério de 1/6 (um sexto) para cada circunstância judicial. (fls. 1521/1522)

Consoante se observa do aresto objurgado, na hipótese em tela foram considerados elementos concretos - a quantidade e a variedade da droga apreendida (4 kg de cocaína e 240 g de maconha) - para fixar a reprimenda na primeira fase da dosimetria em patamar superior ao mínimo legalmente previsto, evidenciando que o julgado está em consonância com o entendimento pacificado nesta Corte Superior de Justiça, no sentido de que a pena-base pode ser exasperada pelo magistrado mediante aferição negativa dos elementos concretos dos autos.

Ademais, ressalte-se que, tratando-se de delito de drogas, de acordo com o disposto no art. 42 da Lei n. 11.343/2006, impõe-se ao Juiz considerar, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do Código Penal, a natureza, quantidade e diversidade dos entorpecentes apreendidos para fins de fixação da reprimenda inicial.

Nesse vértice:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO INTERNACIONAL DE DROGAS. MULA. DOSIMETRIA DA PENA. REDUTOR DO ART. 33, § 4º, DA LEI 11.343/2006 APLICADO PELO TRIBUNAL A QUO NA FRAÇÃO DE 1/3. CONTRIBUIÇÃO COM ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. REVISÃO. SÚMULA 7/STJ. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. A majoração da pena-base, considerando a quantidade (1.712 gramas) e a qualidade (cocaína) da droga apreendida, nos termos do art. 42 da Lei 11.343/2006, não destoa da orientação jurisprudencial desta Corte.[...]



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

5. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no REsp 1.245.511/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, Julgado em 09/08/2016, DJe 17/08/2016)

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO INTERNACIONAL DE DROGAS. USO DE DOCUMENTO FALSO. 7.010 G DE COCAÍNA. DOSIMETRIA. FIXAÇÃO DA PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. VIOLAÇÃO DO ART. 59 DO CP. IMPROCEDÊNCIA. FUNDAMENTO IDÔNEO. QUANTIDADE E NATUREZA DA SUBSTÂNCIA APREENDIDA. PRECEDENTES DO STJ. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DA PENA. NÃO PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. ACÓRDÃO A QUO QUE RECHAÇOU O REDUTOR COM BASE EM OUTROS ELEMENTOS, ALÉM DA QUANTIDADE DE DROGAS. REVISÃO. INVIABILIDADE. SÚMULA 7/STJ. ACUSADO QUE EXERCE A FUNÇÃO DE "MULA". [...]

2. Inexiste ilegalidade na fixação da pena-base acima do mínimo legal quando demonstrado o alto grau de reprovabilidade da conduta, decorrente da expressiva quantidade e natureza da substância envolvida, nos termos do art. 42 da Lei n. 11.343/2006. [...]

5. Agravo regimental improvido

(STJ. AgRg no AREsp 63.966/SP, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 14/10/2014, DJe 31/10/2014).

Dessa forma, encontrando-se o aresto objurgado em consonância com a jurisprudência do STJ, não há que se falar em violação à lei na espécie.

Em relação à causa especial de diminuição da pena, o Tribunal estadual manteve o entendimento pela impossibilidade de reconhecimento do privilégio, assentando que o agravante se dedicava a atividades ilícitas para multiplicar seus ganhos através da prática do crime de tráfico de entorpecentes.

Confira-se o teor do julgado:

As provas carreadas aos autos deixam evidente a dedicação dos recorrentes à atividade criminosa. A comunhão de esforços destinadas ao deslocamento da droga de um Estado para outro, a obtenção de recursos para a aquisição de grande quantidade de substâncias entorpecentes, a sua distribuição, o contato com revendedores e a obtenção de veículos e pessoas para fazerem o transporte do material ilícito, exercido em período significativo, superior a um mês, impedem o preenchimento do terceiro requisito pelos apelantes.

O fato de os apelantes, por vezes, exercerem atividades paralelas não pode servir para afastar o reconhecimento da dedicação à prática delituosa, sobretudo nos casos de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Edson, Márcio Mafra e Cleberson, os quais, sob o manto das atividades lícitas exercidas, organizavam-se continuamente a fim de multiplicar seus ganhos por meio prática odiosa do crime de tráfico de entorpecentes. (fl. 1525)

Cabe ressaltar que o § 4º do art. 33 da Lei n.º 11.343/06 dispõe que, para o crime de tráfico de entorpecentes e suas figuras equiparadas, as penas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, desde que o agente: a) seja primário; b) com bons antecedentes; c) não se dedique às atividades criminosas; e d) não integre organização criminosa.

No caso em apreço, a Corte *a quo* não aplicou a benesse sob o fundamento de que o agravante se dedicava a atividades criminosas, motivo pelo qual não faria jus ao benefício, considerando o disposto no art. 33, § 4º, da Lei Antidrogas.

Com efeito, o exame da insurgência recursal nesse ponto, a fim de se concluir que o agente não se dedica a atividades ilícitas, demanda a análise de todo o acervo fático-probatório dos autos, o que é vedado a essa Corte Superior.

Note-se que, como dito alhures, a jurisprudência deste Tribunal Superior é pacífica no sentido de não admitir o manejo do especial quando a questão repousar unicamente no reexame de provas, na esteira do enunciado da Súmula 7/STJ, tal como ocorre na espécie.

A propósito, vejam-se:

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. PRETENSÃO DE INCIDÊNCIA DE CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DA PENA (ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006). REQUISITOS LEGAIS NÃO PREENCHIDOS. INVERSÃO DO JULGADO. NECESSIDADE DE REEXAME FÁTICO-PROBATÓRIO. REGIME INICIAL DIVERSO DO FECHADO. POSSIBILIDADE. ART. 2º, § 1º, DA LEI N. 8.072/1990 DECLARADO INCONSTITUCIONAL PELO STF. SUBSTITUIÇÃO DA REPRIMENDA CORPORAL POR RESTRITIVA DE DIREITOS. NÃO CABIMENTO. [...]

2. É sabido que o legislador, ao editar a Lei n. 11.343/2006, objetivou dar tratamento diferenciado ao traficante ocasional, ou seja, aquele que não faz do tráfico o seu meio de vida, por merecer menor reprovabilidade e, conseqüentemente, tratamento mais benéfico do que o dispensado ao traficante habitual.

3. Para aplicação da causa de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, o condenado deve preencher cumulativamente todos os requisitos legais, podendo a reprimenda



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ser reduzida de 1/6 a 2/3, a depender das circunstâncias do caso concreto.

4. Na hipótese, o paciente **não preenche os pressupostos para incidência da benesse, diante do envolvimento com atividade criminosa, de acordo com as instâncias ordinárias, de modo que alterar esse entendimento demandaria incursão no acervo fático-probatório**, o que é inviável na via estreita do habeas corpus. [...]

9. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para determinar que o Juízo das Execuções Criminais estabeleça o regime prisional a ser imposto na espécie, afastada a vedação legal contida no art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/1990.

(HC 263.388/SP, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, QUINTA TURMA, julgado em 07/04/2015, DJe 22/04/2015)

AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. ACÓRDÃO A QUO QUE NEGOU A INCIDÊNCIA DO REDUTOR, CONSIDERANDO A QUANTIDADE DE DROGAS QUE INDICAVA A DEDICAÇÃO DO ACUSADO À PRÁTICA DELITIVA. SÚMULA 7/STJ. EXISTÊNCIA DE OUTROS FUNDAMENTOS.

1. **Tendo concluído o acórdão recorrido, a partir da análise de elementos de cunho fático-probatório, que os recorrentes não preenchiam os requisitos para se beneficiar da causa de diminuição do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, pois se dedicavam a atividades criminosas, é inviável concluir de modo diverso, dada a necessidade de revisão desses elementos fáticos, vedada em recurso especial, por força da Súmula 7/STJ.**

2. Podem as instâncias ordinárias lançar mão da quantidade de drogas como fundamento idôneo para justificar a negativa da incidência do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006.

3. Situação concreta em que houve, ainda, a apreensão de um debulhador de maconha e uma balança de precisão, de forma que a conclusão no sentido da dedicação a atividades criminosas não estaria fundada apenas na quantidade de drogas.

4. Agravo regimental improvido.

(AgRg no REsp 1502698/ES, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 16/06/2015, DJe 29/06/2015)

Dessa forma, estando devidamente fundamentada a não aplicação da fração de redução em razão do envolvimento do recorrente em atividades ilícitas, inexistente afronta à lei hábil a embasar o pleito nessa via especial.

Por fim, quanto ao pedido de alteração do regime inicial de cumprimento da pena para o semiaberto, constata-se que também não há como acolher o inconformismo.

Isso porque a matéria relativa à violação ao artigo 33, § 2º, alínea "b", do



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Estatuto Repressivo carece do indispensável prequestionamento, pois não foi debatida nas instâncias ordinárias.

Note-se que o tema não foi objeto do recurso de apelação da sentença, ou seja, a matéria sequer foi devolvida para apreciação do Tribunal estadual, tratando-se de verdadeira inovação em recurso especial.

Dessarte, tendo em vista que a questão que é objeto do apelo nobre não foi debatida nas instâncias ordinárias, se mostra inviável a sua análise nesta via especial, pois recai o óbice da Súmula n. 282/STF para o conhecimento da matéria por este Superior Tribunal de Justiça.

Acerca da indispensabilidade do prequestionamento, leiam-se:

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL. DANO MORAL. PLANO DE SAÚDE EMPRESARIAL. RESCISÃO UNILATERAL PELA SEGURADORA. PACIENTE EM TRATAMENTO HOSPITALAR MENSAL COM MEDICAÇÃO DE USO CONTÍNUO. RECUSA PARA MIGRAÇÃO PARA PLANO INDIVIDUAL. ARTRITE REUMATÓIDE SOROPOSITIVO GRAVE. 1. OFENSA AO ART. 535 DO CPC. NÃO OCORRÊNCIA. O TRIBUNAL NÃO É OBRIGADO A REBATER, UM A UM, OS ARGUMENTOS DA PARTE. 2. ART. 478 DO CC. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA 282/STF. ALEGAÇÃO APENAS NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. INOVAÇÃO RECURSAL. 3. COMPROVAÇÃO DO DANO MORAL. CONCLUSÕES FÁTICAS DO TRIBUNAL. REVISÃO. IMPOSSIBILIDADE. REEXAME DE PROVAS. SÚMULA 7/STJ. 4. VALOR DA INDENIZAÇÃO (R\$ 15.000,00). CONSONÂNCIA COM OS PRINCÍPIOS DA PROPORCIONALIDADE E RAZOABILIDADE. 5. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO. [...]

2. A indicação dos dispositivos sem que tenham sido debatidos pelo Tribunal de origem, obsta o conhecimento do recurso especial pela ausência de prequestionamento. Aplicável, assim, os enunciados n. 282 da Súmula do Supremo Tribunal Federal e 211 da Súmula do STJ.

*3. Apesar do art. 478 do CC ter sido alegado nos embargos de declaração, **não foi objeto da apelação interposta.** A questão foi suscitada nos embargos opostos na origem e reiterada no recurso especial, **constituindo, portanto, inovação nas razões recursais,** não havendo omissão no julgado pelo Tribunal local.*

4. É vedado em recurso especial o reexame das circunstâncias fáticas da causa, ante o disposto no enunciado n. 7 da Súmula do STJ: "A pretensão de simples reexame de provas não enseja recurso especial." [...]

6. Agravo regimental a que se nega provimento.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

(AgRg no AREsp 624.420/RJ, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, TERCEIRA TURMA, julgado em 24/03/2015, DJe 07/04/2015)

PENAL E PROCESSUAL PENAL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. TEMPESTIVIDADE COMPROVADA. EMBARGOS ACOLHIDOS PARA CONHECER DO RECURSO ESPECIAL. VIOLAÇÃO AO ART. 381 DO CPP. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. NÃO OCORRÊNCIA. RAZÕES DE FATO E DE DIREITO PARA A CONDENAÇÃO DEVIDAMENTE MOTIVADAS. FRAGILIDADE DO ACERVO PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE DE EXAME. SÚMULA 7/STJ. NÃO OBSERVÂNCIA DO PRINCÍPIO DA INDIVIDUALIZAÇÃO DAS PENAS. MATÉRIA NÃO PREQUESTIONADA NA INSTÂNCIA DE ORIGEM. SÚMULAS 282 E 356 DO STF. REGIME DE CUMPRIMENTO DA PENA. AUSÊNCIA DE INDICAÇÃO DO DISPOSITIVO VIOLADO. SÚMULA 284/STF. RECURSO ESPECIAL PARCIALMENTE CONHECIDO E, NESSA PARTE, IMPROVIDO. [...]

5. **A questão** referente à não obediência ao princípio da individualização das penas **não foi debatida pela Corte de origem, uma vez que não arguida nas razões de apelação. Nesse contexto, inviável o seu exame por esta Corte, ante a ausência de prequestionamento, requisito indispensável para o conhecimento do recurso especial, a teor dos enunciados sumulares 282 e 356 do Supremo Tribunal Federal.** [...]

7. Embargos de declaração acolhidos para, reconhecida a tempestividade do recurso especial, conhecê-lo em parte e, nessa parte, negar-lhe provimento.

(EDcl no AgRg no REsp 1123122/SP, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 24/02/2015, DJe 04/03/2015)

Dessarte, tendo em vista os óbices acima apontados, era mesmo de rigor o não provimento do recurso especial.

Por essas razões, nega-se provimento ao agravo regimental.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2013/0386201-5

AgRg no
REsp 1.420.855 / SC
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00920781920138240000 033100063937 20110821491 20110821491000200
20110821491000301 201303862015 33100063937 804451120138240000
920781920138240000

PAUTA: 04/04/2017

JULGADO: 04/04/2017

Relator

Exmo. Sr. Ministro **JORGE MUSSI**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. **CÉLIA REGINA SOUZA DELGADO**

Secretário

Me. **MARCELO PEREIRA CRUVINEL**

AUTUAÇÃO

RECORRENTE	: EDSON GARROZI (PRESO)
ADVOGADO	: LUIZ FERNANDO DA SILVA - SC008082
RECORRIDO	: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SANTA CATARINA
CORRÉU	: ARIANA BORGES (PRESA)
CORRÉU	: CLEBERSON LAURENTINO DA CONCEIÇÃO (PRESO)
CORRÉU	: JEAN ROBERTO NEVES (PRESO)
CORRÉU	: MÁRCIO MAFRA (PRESO)
CORRÉU	: MÁRCIO RODRIGUES GOMES (PRESO)

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

AGRAVO REGIMENTAL

AGRAVANTE	: EDSON GARROZI (PRESO)
ADVOGADO	: LUIZ FERNANDO DA SILVA - SC008082
AGRAVADO	: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SANTA CATARINA

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 Reynaldo Soares da Fonseca, Ribeiro Dantas, Joel Ilan Paciornik e Felix Fischer votaram com o Sr. Ministro Relator.