



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no AGRADO EM RECURSO ESPECIAL Nº 486.071 - SP (2014/0050727-3)

RELATORA : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
AGRAVANTE : RODRIGO CALDEIRA FREIRE DIAS
ADVOGADOS : ANA CLÁUDIA DA SILVEIRA FRAGOSO
ANA MARIA SILVEIRA
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

EMENTA

PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRADO EM RECURSO ESPECIAL. VIOLAÇÃO DO ART. 157 DO CPP. CONDENAÇÃO BASEADA EM BUSCA E APREENSÃO ILEGAL. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA 282/STF, 356/STF E 211/STJ. OFENSA AO ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/2006. APLICAÇÃO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA. REEXAME DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. INVIABILIDADE. SÚMULA 7/STJ. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

1. É condição *sine qua non* ao conhecimento do especial que o acórdão recorrido tenha emitido juízo de valor expresso sobre a tese jurídica que se busca discutir na instância excepcional, sob pena de ausência de pressuposto processual específico do recurso especial, o prequestionamento. Inteligência dos enunciados 211/STJ, 282 e 356/STF.

2. É assente que cabe ao aplicador da lei, em instância ordinária, fazer um cotejo fático e probatório a fim de analisar a incidência de eventuais causas de aumento ou de diminuição de pena e a respectiva fração a ser aplicada, porquanto é vedado na instância especial o reexame de fatos e provas, a teor do enunciado 7 da Súmula deste STJ.

3. 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 SEXTA Turma do Superior Tribunal de Justiça: A Sexta Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo regimental, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Os Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior (Presidente), Rogerio Schietti Cruz, Néfi Cordeiro e Marilza Maynard (Desembargadora Convocada do TJ/SE) votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Brasília, 08 de abril de 2014(Data do Julgamento)

Ministra Maria Thereza de Assis Moura
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no AGRADO EM RECURSO ESPECIAL Nº 486.071 - SP (2014/0050727-3)

RELATORA : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
AGRAVANTE : RODRIGO CALDEIRA FREIRE DIAS
ADVOGADOS : ANA CLÁUDIA DA SILVEIRA FRAGOSO
ANA MARIA SILVEIRA
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

RELATÓRIO

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA (Relatora):

Trata-se de agravo regimental interposto por RODRIGO CALDEIRA FREIRE DIAS, contra decisão monocrática, de minha lavra, que negou provimento ao agravo em recurso especial, nos seguintes termos:

PENAL E PROCESSO PENAL. AGRADO EM RECURSO ESPECIAL. VIOLAÇÃO DO ART. 157 DO CPP. CONDENAÇÃO BASEADA EM BUSCA E APREENSÃO ILEGAL. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA 282/STF, 356/STF E 211/STJ. MALFERIMENTO DOS ARTS. 387, III, DO CPP E 59 DO CP. FUNDAMENTAÇÃO DEFICIENTE. SÚMULA 284/STF. OFENSA AO ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/2006. APLICAÇÃO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA. REEXAME DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. INVIABILIDADE. SÚMULA 7/STJ. AGRADO A QUE SE NEGA PROVIMENTO. (fls. 657/663)

Sustenta o agravante, às fls. 670/681, que não há incidência do óbice constante no enunciado 7 da Súmula desta Corte, porque "o agravo de despacho denegatório interposto e o recurso especial não tratam de reexame de matéria fático-probatória, uma vez que a pretensão do agravante é apenas para que se reconheça que a 9ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo contrariou normas do direito probatório, ao negar vigência 157 do CPP, ao artigo 59, do Código Penal, ao inciso III, do artigo 387, do CPP, e até ao § 4º, do artigo 33, da Lei nº 11.343/06, uma vez que o agravante é primário, tem ótimos antecedentes, domicílio certo e sabido, ocupação lícita, não se dedica a atividades criminosas e nem integra qualquer organização criminosa".

Outrossim, assenta que "a matéria foi sim, prequestionada na apelação, mas a 9ª Câmara de Direito Criminal do TJSP, não se pronunciou sobre essa questão ao julgar a apelação, porque já havia se pronunciado sobre a tese no *habeas corpus* nº 990-09-086589-0".

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no AGRADO EM RECURSO ESPECIAL Nº 486.071 - SP (2014/0050727-3)

EMENTA

PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. VIOLAÇÃO DO ART. 157 DO CPP. CONDENAÇÃO BASEADA EM BUSCA E APREENSÃO ILEGAL. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA 282/STF, 356/STF E 211/STJ. OFENSA AO ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/2006. APLICAÇÃO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA. REEXAME DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. INVIABILIDADE. SÚMULA 7/STJ. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

1. É condição *sine qua non* ao conhecimento do especial que o acórdão recorrido tenha emitido juízo de valor expresso sobre a tese jurídica que se busca discutir na instância excepcional, sob pena de ausência de pressuposto processual específico do recurso especial, o prequestionamento. Inteligência dos enunciados 211/STJ, 282 e 356/STF.

2. É assente que cabe ao aplicador da lei, em instância ordinária, fazer um cotejo fático e probatório a fim de analisar a incidência de eventuais causas de aumento ou de diminuição de pena e a respectiva fração a ser aplicada, porquanto é vedado na instância especial o reexame de fatos e provas, a teor do enunciado 7 da Súmula deste STJ.

3. Agravo regimental a que se nega provimento.

VOTO

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA (Relatora):

A insurgência não merece prosperar.

Inicialmente, constata-se que o recorrente não se insurgiu no agravo interno quanto ao fundamento da incidência do enunciado 284 da Súmula do STF, aplicado à aventada violação aos artigos 387, inciso III, do Código de Processo Penal, e 59 do Código Penal, fato este que implica na incidência do enunciado 182 da Súmula deste STJ quanto à matéria. Com efeito, "a ausência de impugnação específica do fundamento autônomo adotado pela decisão que negou seguimento ao agravo em recurso especial atrai a incidência do óbice previsto na Súmula 182 do Superior Tribunal de Justiça". (PET no AREsp 392.046/SP, Rel. Min. BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, DJe 28/02/2014)

Lado outro, nos termos do explicitado no *decisum* ora agravado, no que tange a alegada afronta ao artigo 157 do Código de Processo Penal, sob o fundamento de que a condenação foi embasada em provas ilícitas, consistente na busca e apreensão domiciliar sem obediência as formalidades legais, constata-se que a referida tese jurídica não foi apreciada pelo Tribunal de origem, não podendo, portanto, ser analisada por esta Corte Superior a mencionada contrariedade.

Assim, tem-se que perquirir nessa via estreita sobre violação da referida



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

norma, sem que se tenha explicitado a tese jurídica de que ora se controverte, seria frustrar a exigência constitucional do prequestionamento, pressuposto inafastável que objetiva evitar a supressão de instância.

Ao ensejo, confira-se o teor do enunciado 282 da Súmula do STF: "É inadmissível o recurso extraordinário, quando não ventilada, na decisão recorrida, a questão federal suscitada". No mesmo sentido, os enunciados 211 da Súmula do STJ e 356 da Súmula do STF.

É assente na Corte o entendimento no sentido de que é condição *sine qua non* ao conhecimento do especial que tenham sido ventilados, no contexto do acórdão objurgado, os dispositivos legais indicados como malferidos na formulação recursal, emitindo-se, sobre cada um deles, juízo de valor, interpretando-se-lhes o sentido e a compreensão. A propósito, os seguintes precedentes:

"PENAL E PROCESSO PENAL. RECURSO ESPECIAL. 1. CONTRARIEDADE AO ART. 159, CAPUT E § 1º, DO CPP. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULAS 282/STF E 356/STF. 2. NEGATIVA DE VIGÊNCIA AO ART. 155, § 4º, II, DO CP. NÃO OCORRÊNCIA. FURTO QUALIFICADO. ESCALADA. AUSÊNCIA DE PERÍCIA. EXISTÊNCIA DE FOTOS E TESTEMUNHOS. DINÂMICA DELITIVA FILMADA. MATERIALIDADE COMPROVADA. 3. RECURSO ESPECIAL IMPROVIDO.

1. A ausência de apreciação pelo Tribunal local do conteúdo normativo do artigo tido por violado impede o exame da matéria por esta Corte Superior, pois, além de não se ter explicitado previamente a tese jurídica controvertida, não houve o preenchimento do requisito constitucional do prequestionamento. Inteligência dos enunciados nos 282 e 356, ambos da Súmula do Supremo Tribunal Federal.

2. (...)

3. Recurso especial a que se nega provimento".

(REsp 1.392.386 / RS, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, QUINTA TURMA Julgado em 03/09/2013, DJe 09/09/2013).

"AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. ADMINISTRATIVO. ALEGAÇÃO DE PRESCRIÇÃO QUINQUENAL. VIOLAÇÃO AO ART. 1.º DO DECRETO N.º 20.910/32. MATÉRIA NÃO PREQUESTIONADA. INCIDÊNCIA DA SÚMULA N.º 282/STF, POR ANALOGIA. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

1. Restou consignado na decisão agravada que a prescrição arguida nos termos do art. 1.º do Decreto n.º 20.910/32 não foi enfrentada pelo Tribunal de origem, acarretando o vício de ausência de prequestionamento, o que inviabiliza o conhecimento da questão, nos termos da Súmula n.º 282/STF.

2. Ainda que a prescrição seja matéria de ordem pública, o seu conhecimento em sede de recurso especial exige o prequestionamento da matéria pela Corte de origem. Precedentes.

3. Agravo regimental a que se nega provimento".

(AgRg no REsp 850.516/SP, Rel. Ministra ALDERITA RAMOS DE



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

OLIVEIRA (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/PE), SEXTA TURMA, Julgado em 20/08/2013, DJe 04/09/2013).

Por fim, assim como salientado na decisão impugnada, no que tange a aventada contrariedade ao artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006, sob o argumento de que preenche todos os requisitos para a aplicação da causa de diminuição de pena prevista no dispositivo em referência, o Tribunal de origem, soberano na análise das circunstâncias fáticas da causa, asseverou que (fls. 494/495):

"Em relação ao redutor previsto, no artigo 33, § 4º, da Lei Especial, não deve incidir, porque a prova demonstra que RODRIGO se dedicava ao tráfico; não só as denúncias referidas pelos policiais, mas também os equipamentos eletrônicos apreendidos na sua residência, coisa bastante anormal para um inocente e bastante normal para um traficante - que, a experiência demonstra, costuma, na falta de dinheiro, trocar droga com produtos eletrônicos ou outros bens de usuários e viciados".

Desse modo, parece claro que alterar o entendimento manifestado no acórdão recorrido somente seria possível a partir da incursão no arcabouço fático e probatório, procedimento incabível nas vias excepcionais.

É assente que cabe ao aplicador da lei, em instância ordinária, fazer um cotejo fático e probatório a fim de analisar a incidência de causas de aumento ou de diminuição de pena, e a fração a ser fixada. Nesse contexto, verifica-se não possuir esta senda eleita espaço para a análise das matérias suscitadas pelo recorrente, cuja missão pacificadora restara exaurida pelas instâncias anteriores.

De fato, para se chegar a conclusão diversa da que chegou o Tribunal de origem, seria inevitável o revolvimento do arcabouço carreado aos autos, procedimento sabidamente inviável na instância especial.

Com efeito, não se mostra plausível nova análise do contexto probatório por parte desta Corte Superior, a qual não pode ser considerada uma terceira instância recursal. No mais, referida vedação encontra respaldo no enunciado nº 7 da súmula desta Corte, *verbis*: "A pretensão de simples reexame de prova não enseja Recurso Especial".

Confirmam, nesse sentido, os precedentes da Corte:

"PENAL E PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. RECESSO FORENSE. PROVA DE SUSPENSÃO DO PRAZO. TEMPESTIVIDADE DO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. NÃO APLICAÇÃO, PELA INSTÂNCIA ORDINÁRIA, DA CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA, PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI 11.343/2006. EXISTÊNCIA DE ELEMENTOS FÁTICOS QUE, SEGUNDO AS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS, INDICAM QUE O RÉU INTEGRA ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. REEXAME DE MATERIAL



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

FÁTICO-PROBATÓRIO, EM SEDE DE RECURSO ESPECIAL. IMPOSSIBILIDADE. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 7 DO STJ. AGRAVO REGIMENTAL CONHECIDO E IMPROVIDO.

I. (...)

II. Se as instâncias ordinárias, soberanas na análise dos fatos e provas coligidos aos autos, entenderam inaplicável, no caso, a causa de diminuição de pena, prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006, fizeram-no, fundamentadamente, tendo por base o acervo probatório da causa.

III. A inversão dessa conclusão, para entender-se que o agravado não integraria organização criminosa ou que faria jus à aludida causa especial de diminuição de pena, exigiria, inevitavelmente, o reexame do contexto fático dos autos, o que encontra óbice na Súmula 7/STJ.

IV. Agravo Regimental provido, para conhecer do Agravo em Recurso Especial, mas lhe negar provimento".

(AgRg no AREsp 298.956/SC, Rel. Ministra ASSUSETE MAGALHÃES, SEXTA TURMA, julgado em 05/11/2013, DJe 10/12/2013).

"AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. JULGAMENTO MONOCRÁTICO. OFENSA AO PRINCÍPIO DA COLEGIALIDADE. INOCORRÊNCIA. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. PRETENDIDA APLICAÇÃO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO DA PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4º, A LEI N. 11.343/06. INCURSÃO NA SEARA PROBATÓRIA. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 07/STJ.

I- (...)

II- A pretensão de reavaliação da presença dos requisitos necessários à incidência da causa de diminuição de pena, previstos no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06, demandaria inadmissível reexame fático-probatório dos elementos carreados aos autos, o que é vedado em sede de recurso especial (Súmula 7/STJ). Precedentes.

III- Agravo improvido".

(AgRg no REsp 1.347.973/SP, Rel. Ministra REGINA HELENA COSTA, QUINTA TURMA, Julgado em 19/11/2013, DJe 25/11/2013).

"AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. DESCLASSIFICAÇÃO DA CONDUTA. INVIABILIDADE NA VIA ELEITA. APLICAÇÃO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA, PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI 11.343/2006. SÚMULA 7 DESTA CORTE.

1. (...)

2. Quanto à concessão do benefício do art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06, é de se observar que o referido artigo, preconiza que nos crimes de tráfico ilícito de entorpecentes, as penas poderão ser reduzidas de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços), desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique a atividades criminosas, nem integre organização criminosa.

3. No caso ora em análise, a instância ordinária, conquanto tenha reconhecido a primariedade e os bons antecedentes do paciente, findou por afastar a aplicação da minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei de Tóxicos, diante das circunstâncias em que envolveram a prática delituosa.

4. Para concluir em sentido diverso, haveria necessidade de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

revolvimento do acervo probatório dos autos, providência descabida na via estreita do recurso especial.

5. (...)

6. Agravo regimental a que se nega provimento".

(AgRg no AREsp 118.659/RN, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEXTA TURMA, Julgado em 12/03/2013, DJe 20/03/2013).

"AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PENAL E PROCESSUAL PENAL. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. TESE DE FRAGILIDADE DAS PROVAS. PLEITO DE APLICAÇÃO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO DA PENA - PREVISTA NO ART. 33, § 4.º, DA LEI DE DROGAS - E AFASTAMENTO DA CAUSA DE AUMENTO DISPOSTA NO ART. 40, INCISO III, DA REFERIDA LEI. IMPOSSIBILIDADE. REEXAME FÁTICO PROBATÓRIO NECESSÁRIO. ÓBICE DO ENUNCIADO DE SÚMULA N.º 7 DESTA CORTE. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. Decisão agravada que se mantém por seus próprios fundamentos.

2. O Tribunal *a quo*, soberano na análise das circunstâncias fático-probatórias da causa, entendeu ausentes os requisitos para a aplicação da causa de diminuição da pena aplicada ao réu, bem como que restou configurada a majorante prevista no art. 40, inciso III, da Lei de Drogas.

3. Assim, para se firmar entendimento diverso, seria necessário reapreciar as provas produzidas, o que encontra óbice no enunciado de Súmula n.º 7 desta Corte.

4. Agravo regimental desprovido".

(AgRg no AREsp 185.265/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 20/09/2012, DJe 26/09/2012).

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

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2014/0050727-3

AgRg no
AREsp 486.071 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 20130000283826 30022925920128260462 31469 4620120080170209 7632008
993040263506

EM MESA

JULGADO: 08/04/2014

Relatora

Exma. Sra. Ministra **MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. OSWALDO JOSÉ BARBOSA SILVA

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

AGRAVANTE : RODRIGO CALDEIRA FREIRE DIAS
ADVOGADOS : ANA MARIA SILVEIRA
ANA CLÁUDIA DA SILVEIRA FRAGOSO
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
CORRÉU : MÁRCIO DO ESPÍRITO SANTO BARROS

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 : RODRIGO CALDEIRA FREIRE DIAS
ADVOGADOS : ANA MARIA SILVEIRA
ANA CLÁUDIA DA SILVEIRA FRAGOSO
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

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, negou provimento ao agravo regimental, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora.

Os Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior (Presidente), Rogerio Schietti Cruz, Néfi Cordeiro e Marilza Maynard (Desembargadora Convocada do TJ/SE) votaram com a Sra. Ministra Relatora.