



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no AGRADO EM RECURSO ESPECIAL Nº 877.224 - RJ (2016/0071292-7)

RELATOR : **MINISTRO FELIX FISCHER**
AGRAVANTE : THAUSER MITIDIERI FERNANDES
ADVOGADOS : MÁRCIO DELAMBERT MIRANDA FERREIRA - RJ106809
ARTHUR FUKS - RJ105448
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

EMENTA

PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRADO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO DE DROGAS. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. NÃO OCORRÊNCIA. APLICAÇÃO DA MINORANTE NO GRAU MÁXIMO. IMPOSSIBILIDADE. **SÚMULA 7/STJ**. DOSIMETRIA. PENA-BASE. EXASPERAÇÃO FUNDAMENTADA NA QUANTIDADE E NATUREZA DAS DROGAS APREENDIDAS. POSSIBILIDADE.

I - Nos termos da jurisprudência consolidada nesta Corte, o órgão julgador não está obrigado a se manifestar sobre todos os pontos alegados pela parte, mas somente sobre os que entender necessários ao deslinde da questão, de acordo com o livre convencimento fundamentado, não caracterizando omissão ou ofensa à legislação infraconstitucional. Ademais, *"é também firme o entendimento no sentido de que, dada sua natureza pré-processual, eventuais nulidades ocorridas na fase inquisitorial não maculam a ação penal"* (RHC n. 66.450/MG, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Reynaldo Soares da Fonseca**, DJe de 30/9/2016).

II - Quanto ao desmembramento (art. 80 do Código de Processo Penal), esta Corte tem se posicionado no sentido de que *"constitui faculdade do Juízo processante determinar o desmembramento de processos, competindo-lhe avaliar a conveniência da separação nas hipóteses em que aplicável a regra prevista no art. 80 do Código de Processo Penal"* (HC n. 347.944/AP, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Reynaldo Soares da Fonseca**, DJe de 24/5/2016).

III - Em relação à violação ao artigo 404 do Código de Processo Penal, o agravante não demonstrou de que modo a alegada nulidade teria resultado em prejuízo para a sua defesa e, como se sabe, o sistema de nulidades previsto no processo penal brasileiro pauta-se pelo princípio **pas de nullité sans grief**. Por isso, o reconhecimento de nulidade de ato praticado no curso do processo depende de efetiva demonstração de prejuízo, o que não ocorreu na hipótese destes autos.

IV - O eg. Tribunal de origem concluído pela existência de vínculo associativo com o fim de praticar o comércio ilícito de entorpecentes a partir da apreciação do conjunto de fatos e provas coletados ao longo da instrução criminal, não há como desconstituir tal entendimento sem nova incursão neste conjunto fático-probatório, providência que não se coaduna com os estreitos limites do recurso especial, a teor do enunciado sumular n. 7 do Superior Tribunal de Justiça.

V - Lado outro, no que pertine à aplicação da causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, o mesmo entendimento acima deve ser



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

aplicado. É que o eg. Tribunal **a quo** estabeleceu que os requisitos para a incidência do benefício não estão presentes, pois o réu foi apontado como líder e financiador da empreitada criminosa e estava associado, de maneira estável a mais três pessoas. A desconstituição de tais conclusões, como se percebe, depende de nova incursão no acervo probatório, providência inviável nesta via, haja vista o óbice da **Súmula 7/STJ**.

VI - o art. 42 da Lei n. 11.343/2006 determina que, na fixação da reprimenda, além das circunstâncias previstas no art. 59 do Código Penal, sejam também consideradas, com preponderância, a natureza e a quantidade da substância ou do produto, haja vista que, no tráfico de entorpecentes, tais fatores são relevantes, tendo a finalidade de conferir isonomia aos infratores, dando tratamentos desiguais para os que são diferentes. Além disso, a circunstância judicial do art. 59 do Código Penal que sopesou a elevação da pena-base (consequências do crime) demonstra a gravidade concreta dos delitos perpetrados, servindo, assim, para justificar o estabelecimento das sanções, na primeira fase da dosimetria, acima do mínimo legal.

Agravo regimental desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, negar provimento ao agravo regimental.

Os Srs. Ministros Jorge Mussi, Reynaldo Soares da Fonseca, Ribeiro Dantas e Joel Ilan Paciornik votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 19 de junho de 2018 (Data do Julgamento).

Ministro Felix Fischer

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no AGRADO EM RECURSO ESPECIAL Nº 877.224 - RJ (2016/0071292-7)

AGRAVANTE : THAUSER MITIDIERI FERNANDES
ADVOGADOS : MÁRCIO DELAMBERT MIRANDA FERREIRA - RJ106809
ARTHUR FUKS - RJ105448
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO FELIX FISCHER: Trata-se de agravo regimental interposto por **THAUSER MITIDIERI FERNANDES**, contra a decisão de fls. 1.203-1.212, que conheceu do agravo para negar provimento ao recurso especial.

Consta dos autos que o ora agravante foi condenado pelo juízo de primeiro grau como incurso no delito previsto nos artigos 33 e 35, ambos da Lei n. 11.343/2006, à pena de **17 (dezessete) anos, 7 (sete) meses e 6 (seis) dias de reclusão, no regime inicial fechado, e 2.100 (dois mil e cem) dias-multa** (fls. 651-677).

Irresignada, a defesa interpôs apelação, com vistas à reforma da sentença condenatória. No Tribunal de origem, por maioria, o recurso teve negado o provimento (fls. 827-861).

Os embargos de declaração opostos pela defesa foram rejeitados (fls. 874-881).

Os embargos de infringentes foram parcialmente providos, para redimensionar a pena do ora agravante ao patamar de **13 (treze) anos, 10 (dez) meses e 12 (doze) dias de reclusão e 1.890 (mil oitocentos e noventa) dias-multa** (fls. 934-960). Confira-se, oportunamente, a ementa do julgado:

"PROCESSUAL PENAL E PENAL. EMBARGOS INFRINGENTES E DE NULIDADE. VOTO VENCIDO FIXANDO A PENA-BASE NO MÍNIMO LEGAL, ACÓRDÃO, POR MAIORIA, MANTENDO A SENTENÇA DE PRIMEIRO GRAU. DOSIMETRIA DA PENA PARCIALMENTE MODIFICADA, PARA CONSIDERAR COMO DESFAVORÁVEIS AO RÉU A NATUREZA DA SUBSTÂNCIA E QUANTIDADE DA DROGA E AS CONSEQUÊNCIAS DO CRIME. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

1. Embargos infringentes e de nulidade opostos contra acórdão não unânime exarado pela Segunda Turma Especializada deste



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Tribunal, que, por maioria, negou provimento à apelação do ora embargante, para manter a sentença de primeiro grau que o condenou pelos crimes de tráfico de drogas e associação, inclusive no que toca à dosimetria da pena imposta ao réu.

2. Voto vencido fixando a pena-base no mínimo legal, por considerar que as circunstâncias do art. 42 da Lei 11.343/06 e art. 59 do CP foram desproporcionalmente valoradas.

3. Nos termos do art. 42 da Lei nº 11.343/2006, a natureza e a quantidade de droga preponderam sobre as demais circunstâncias do art. 59 do Código Penal. A cocaína, substância entorpecente apreendida com as 'mulas' possui elevado grau de nocividade para a saúde pública, pois tem alta capacidade de gerar dependência, tanto física quanto psíquica, sendo que a quantidade transportada, cuja massa bruta total pesava cerca mais de 3 quilos, justifica a exasperação da pena-base, dado o valor comercial que esta droga alcança em território europeu e sul-americano, onde seria entregue. Pena-base acima do mínimo legal justificada.

4. As consequências do crime são graves, uma vez que a espécie de crime em questão fomenta a violência e traz imensos prejuízos à saúde Pública, merecendo tal conduta ser apenada com mais rigor.

5. As demais circunstâncias previstas no art. 59 não devem ser valoradas de forma desfavorável ao réu, na esteira dos fundamentos do voto vencido.

6. Parcial provimento dos embargos infringentes para alterar a dosimetria da pena” (fls. 959-960).

No **recurso especial**, interposto com fulcro na alínea **a** do permissivo constitucional, a defesa alega ofensa aos artigos 80, 157, 404, todos do Código de Processo Penal; artigo 535, do Código de Processo Civil; artigos 33, § 4º, 35 e 42, todos da Lei n. 11.343/2006; e artigo 59, do Código Penal, aos argumentos de que:

a) artigo 535 do CPP: “a despeito da defesa ter interposto oportunamente embargos de declaração para que o acórdão fosse devidamente esclarecido, notadamente no particular da rejeição das preliminares, tal omissão deixou de ser sanada, impedido dessa maneira o exercício da ampla defesa, além de contrariar o inciso II do artigo 535 do CPC, cuja aplicação é autorizada pelo disposto no artigo 3º do Código de Processo Penal” (fl. 1.005);

b) artigo 157 do CPP: “[a] condenação se baseou, com exclusividade, no



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

depoimento colhido em sede policial pelos réus, Leonardo e Frank. A esse respeito, verifica-se totalmente ilegal tal prova, uma vez que colhidas à margem da legislação federal e em franca lesão à Constituição da República” (fl. 1.006);

c) artigo 80 do CPP: *“[t]rata-se de inexplicável decisão de desmembramento do processo, fora dos expressos termos legais e em franco prejuízo ao recorrente, que sequer pode contraditar, questionar e demonstrar a mentira forjada nas palavras do corréu delator” (fl. 1.010).*

d) artigo 404 do CPP: *“a apresentação das alegações finais não é peça facultativa da defesa, como fez crer o acórdão. É imprescindível e atende tanto à ampla defesa quanto ao contraditório. No caso, o magistrado nunca poderia ter julgado o processo sem apresentação das alegações finais pela defesa do corréu Leonardo. Destaca-se, a condenação do recorrente se escora nas palavras de tal corréu” (fl. 1.012);*

e) artigo 33 da Lei n. 11.343/2006: *“diferentemente do entendimento no acórdão, o mero ajuntamento eventual não basta para qualificar-se a prática do delito, autônomo, de associação para o tráfico (...) há necessidade do revelador animus associativo, isto é, um ajuste prévio no sentido da formação de um vínculo permanente, a celebração de verdadeira societas sceleris, em que a vontade de associar seja separada da vontade necessária à prática do crime” (fl. 1.014);*

f) artigo 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006: *“o recorrente primário, ostentando bons antecedentes, não se dedicando às atividades criminosas nem integrante de organização criminosa faz jus. No caso, restou clara sua condição de comerciante, sócio de empreendimento comercial. O simples fato de existir notícias do apelante responder em outro estado a ação penal, sem trânsito em julgado, não o afasta do direito a redução de sua pena, notadamente ante o teor da súmula 444/STJ” (fl. 1.016);*

g) artigo 59 do CP e artigo 42 da Lei n. 11.343/2006: *“a qualidade da droga, se é cocaína, maconha, crack ou qualquer outra ostenta por si só o grande potencial para causar dependência, é a própria essência das substâncias entorpecentes*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

de uso proibido, sendo equivocado tratar essa condição como mais gravosa de modo a aumentar a pena-base” (fl. 1.019).

Contrarrazões às fls. 999-1.023.

O recurso especial foi inadmitido pelo Tribunal de origem em razão do óbice da **Súmula 7 do STJ** (fls. 1.089-1.090).

Nas razões do presente agravo, a parte alega que não incide o referido óbice (fls. 1.094-1.097).

O Ministério Público Federal opinou pelo **não provimento do recurso** (fls. 1.185-1.201).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no AGRADO EM RECURSO ESPECIAL Nº 877.224 - RJ (2016/0071292-7)

RELATOR : **MINISTRO FELIX FISCHER**
AGRAVANTE : **THAUSER MITIDIERI FERNANDES**
ADVOGADOS : **MÁRCIO DELAMBERT MIRANDA FERREIRA - RJ106809**
: **ARTHUR FUKS - RJ105448**
AGRAVADO : **MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL**

EMENTA

PENAL E PROCESSO PENAL. AGRADO REGIMENTAL NO AGRADO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO DE DROGAS. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. NÃO OCORRÊNCIA. APLICAÇÃO DA MINORANTE NO GRAU MÁXIMO. IMPOSSIBILIDADE. **SÚMULA 7/STJ**. DOSIMETRIA. PENA-BASE. EXASPERAÇÃO FUNDAMENTADA NA QUANTIDADE E NATUREZA DAS DROGAS APREENDIDAS. POSSIBILIDADE.

I - Nos termos da jurisprudência consolidada nesta Corte, o órgão julgador não está obrigado a se manifestar sobre todos os pontos alegados pela parte, mas somente sobre os que entender necessários ao deslinde da questão, de acordo com o livre convencimento fundamentado, não caracterizando omissão ou ofensa à legislação infraconstitucional. Ademais, *"é também firme o entendimento no sentido de que, dada sua natureza pré-processual, eventuais nulidades ocorridas na fase inquisitorial não maculam a ação penal"* (RHC n. 66.450/MG, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Reynaldo Soares da Fonseca**, DJe de 30/9/2016).

II - Quanto ao desmembramento (art. 80 do Código de Processo Penal), esta Corte tem se posicionado no sentido de que *"constitui faculdade do Juízo processante determinar o desmembramento de processos, competindo-lhe avaliar a conveniência da separação nas hipóteses em que aplicável a regra prevista no art. 80 do Código de Processo Penal"* (HC n. 347.944/AP, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Reynaldo Soares da Fonseca**, DJe de 24/5/2016).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

III - Em relação à violação ao artigo 404 do Código de Processo Penal, o agravante não demonstrou de que modo a alegada nulidade teria resultado em prejuízo para a sua defesa e, como se sabe, o sistema de nulidades previsto no processo penal brasileiro pauta-se pelo princípio **pas de nullité sans grief**. Por isso, o reconhecimento de nulidade de ato praticado no curso do processo depende de efetiva demonstração de prejuízo, o que não ocorreu na hipótese destes autos.

IV - O eg. Tribunal de origem concluído pela existência de vínculo associativo com o fim de praticar o comércio ilícito de entorpecentes a partir da apreciação do conjunto de fatos e provas coletados ao longo da instrução criminal, não há como desconstituir tal entendimento sem nova incursão neste conjunto fático-probatório, providência que não se coaduna com os estreitos limites do recurso especial, a teor do enunciado sumular n. 7 do Superior Tribunal de Justiça.

V - Lado outro, no que pertine à aplicação da causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, o mesmo entendimento acima deve ser aplicado. É que o eg. Tribunal **a quo** estabeleceu que os requisitos para a incidência do benefício não estão presentes, pois o réu foi apontado como líder e financiador da empreitada criminosa e estava associado, de maneira estável a mais três pessoas. A desconstituição de tais conclusões, como se percebe, depende de nova incursão no acervo probatório, providência inviável nesta via, haja vista o óbice da **Súmula 7/STJ**.

VI - o art. 42 da Lei n. 11.343/2006 determina que, na fixação da reprimenda, além das circunstâncias previstas no art. 59 do Código Penal, sejam também consideradas, com preponderância, a natureza e a quantidade da substância ou do produto, haja vista que, no tráfico de entorpecentes, tais fatores são relevantes, tendo a finalidade de conferir isonomia aos infratores, dando tratamentos desiguais para os que são diferentes. Além disso, a circunstância judicial do art. 59 do Código Penal que sopesou a elevação da pena-base (consequências do crime) demonstra a gravidade concreta dos delitos perpetrados, servindo, assim, para justificar o estabelecimento das sanções, na primeira



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

fase da dosimetria, acima do mínimo legal.
Agravamento regimental desprovido.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO FELIX FISCHER: O presente agravo não merece prosperar, devendo ser mantida a decisão recorrida por seus próprios fundamentos.

De início, deve ser afastada a alegada negativa de prestação jurisdicional, porquanto, embora de forma diversa da pretendida pelo recorrente, o eg. Tribunal de origem rebateu a tese impugnada, conforme se vê pela leitura do excerto a seguir:

"Ora, todas as alegações sobre supostas ilegalidades não procedem. Vejamos: nas formalidades das prisões dos corréus, o apelante é terceiro ao ato impugnado, o qual não influi na verdade dos fatos e além do mais, não lhe trouxe qualquer prejuízo. Não cabem argumentos de nulidade da fase inquisitorial posto que os atos desta fase não contaminam a ação penal. LEONARDO e FRANK não foram monitorados em sua cela, simplesmente, decidiram colaborar com a investigação policial. A doutrina e jurisprudência são unânimes em relação à desnecessidade de constituição de advogado na fase inquisitorial. Ora, não houve memoriais de defesa de LEONARDO porque sua punibilidade foi extinta pelo perdão judicial. O desmembramento do processo é uma faculdade processual para facilitar o processamento do feito e neste caso concreto, a decisão se deve ao fato de THAUSER estar ameaçando os corréus" (fl. 840).

Desse modo, não há como se admitir o apelo excepcional com base na infringência ao art. 535, inciso II, do Código de Processo Civil de 1973 (art. 619 do Código de Processo Penal), consoante vem asseverando a iterativa jurisprudência desta Corte Superior, **verbis**:

"EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO EM "HABEAS CORPUS". TRÁFICO DE DROGAS. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. DECRETO PREVENTIVO REVOGADO. OMISSÕES NÃO VERIFICADAS. PRECEDENTES.

1. Os embargos de declaração objetivam apontar vícios de ambiguidade, omissão, contradição ou obscuridade do "decisum" como preconizado nos arts. 619 e 620, do CPP.

2. O Superior Tribunal de Justiça entende que o acórdão



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

proferido nos limites do pedido, com a devida motivação, não incide em vício passível de saneamento por embargos declaratórios.

3. *Estando os fatos enfrentados e a decisão embargada adequadamente fundamentada, não há confundir omissão com decisão contrária aos interesses do embargante.*

4. *Consoante disposto no art. 105, da Carta Magna, o Superior Tribunal de Justiça não é competente para se manifestar sobre suposta violação de dispositivo constitucional, nem sequer a título de prequestionamento.*

5. *Embargos de declaração rejeitados"* (EDcl no HC n. 276.456/SP, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Moura Ribeiro**, DJe de 3/2/2014).

Além disso, nos termos da jurisprudência consolidada nesta Corte, o órgão julgador não está obrigado a se manifestar sobre todos os pontos alegados pela parte, mas somente sobre os que entender necessários ao deslinde da questão, de acordo com o livre convencimento fundamentado, não caracterizando omissão ou ofensa à legislação infraconstitucional.

Pela leitura do trecho acima, também se verifica que a pretensão do agravante em reformar o v. acórdão recorrido sob o argumento de que este teria violado os arts. 80, 157 e 404 do Código de Processo Penal também não merece acolhida.

A alegação de que os depoimentos dos corréus seriam imprestáveis para sustentar a condenação, malferindo o art. 157 do Código de Processo Penal, não prospera.

Conforme narra o v. acórdão, os depoentes não foram monitorados, mas *"simplesmente, decidiram colaborar com a investigação policial"* (fl. 840). Ademais, *"é também firme o entendimento no sentido de que, dada sua natureza pré-processual, eventuais nulidades ocorridas na fase inquisitorial não maculam a ação penal"* (RHC n. 66.450/MG, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Reynaldo Soares da Fonseca**, DJe de 30/9/2016).

Quanto ao desmembramento (art. 80 do Código de Processo Penal), esta Corte tem se posicionado no sentido de que *"constitui faculdade do Juízo processante determinar o desmembramento de processos, competindo-lhe avaliar a conveniência da separação nas hipóteses em que aplicável a regra prevista no art. 80 do Código de Processo Penal"* (HC n. 347.944/AP, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Reynaldo Soares da Fonseca**, DJe de 24/5/2016).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Quanto à ausência de apresentação de memoriais pela defesa de um dos corréus, argumento que sustenta o pedido de anulação do feito por violação ao art. 404 do Código de Processo Penal, melhor sorte não assiste ao agravante.

Conforme se extrai da leitura da própria peça de interposição do recurso especial, antes da abertura do prazo contido no dispositivo citado ocorreu a extinção da punibilidade pela concessão de perdão judicial ao corréu, encerrando-se o processo contra ele.

Ademais, nesse caso, o agravante não demonstrou de que modo a alegada nulidade teria resultado em prejuízo para a sua defesa e, como se sabe, o sistema de nulidades previsto no processo penal brasileiro pauta-se pelo princípio **pas de nullité sans grief**.

Por isso, o reconhecimento de nulidade de ato praticado no curso do processo depende de efetiva demonstração de prejuízo, o que não ocorreu na hipótese destes autos.

Ainda que assim não fosse, verifica-se que a deficiência da fundamentação do recurso não permite a compreensão da controvérsia justamente porque os argumentos apontados não guardam pertinência com o que foi decidido pelo eg. Tribunal de origem.

O apelo especial, dessa forma, em tais tópicos, esbarra na **Súmula 284 do STF, verbis**: *"É inadmissível o recurso extraordinário, quando a deficiência na sua fundamentação não permitir a exata compreensão da controvérsia"*.

A propósito:

"AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. CORRUPÇÃO ATIVA E LAVAGEM DE DINHEIRO. ASSERTIVA DE OMISSÃO. SEDE IMPRÓPRIA. NULIDADES. INEXISTÊNCIA. INÉPCIA DA DENÚNCIA NÃO VERIFICADA. INVESTIGAÇÃO. MINISTÉRIO PÚBLICO. POSSIBILIDADE. PROVA ILÍCITA NÃO CARACTERIZADA. QUEBRA DE SIGILO AUTORIZADA JUDICIALMENTE. PRETENSÃO ABSOLUTÓRIA. SÚMULA 7/STJ. DISSÍDIO NÃO DEMONSTRADO. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

[...]

2. Ausente plausibilidade jurídica na tese de falta de ajuizamento da ação penal no prazo legal. O art. 4º, § 1º da Lei 9.613/1998, dito malferido no recurso especial, determinava o



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

levantamento de eventuais medidas assecuratórias, nada dispondo sobre eventual prazo para o ajuizamento da ação penal pelo Ministério Público, razão pela qual não tem pertinência com o tema. Incide, no ponto, a Súmula 284/STF.

[...] maneira a evidenciar a similitude fática entre os casos confrontados.

*7. Agravo Regimental desprovido" (AgRg no AgRg no AREsp n. 582.241/DF, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Reynaldo Soares da Fonseca**, DJe de 1º/9/2015).*

"AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. DIREITOS DO CONSUMIDOR. CONTRATOS. PLANO DE SAÚDE. APONTADA OFENSA AO ART. 135-A DO CP. AUSÊNCIA DE PERTINÊNCIA TEMÁTICA COM AS QUESTÕES DEBATIDAS NOS AUTOS. FUNDAMENTAÇÃO DEFICIENTE. SÚMULA 284/STF. ALEGAÇÃO DE ESTADO DE PERIGO. REEXAME DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. SÚMULA 7/STJ. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL. NÃO CONFIGURAÇÃO. PROVIMENTO NEGADO.

1. O conteúdo do art. 135-A do Código Penal não guarda pertinência temática com as questões debatidas no processo, demonstrando a deficiência, no ponto, da fundamentação do apelo especial, circunstância que atrai a incidência da Súmula 284 do Supremo Tribunal Federal.

[...]

*4. Agravo regimental a que se nega provimento" (AgRg no AREsp n. 298.187/MG, **Quarta Turma**, Rel. Min. **Raul Araújo**, DJe de 8/4/2015).*

Em relação ao crime de associação para o tráfico (art. 35 da Lei n. 11.343/2006), o agravante sustenta que não estão presentes nos autos elementos que demonstrem a prática do crime imputado, argumentando que não está configurada a estabilidade associativa.

O eg. Tribunal de origem, no entanto, repetiu os fundamentos empregados pela r. sentença, afirmando que o agravante protagonizou papel primordial não só pela aquisição da droga, mas também pelo agenciamento de pessoas para transportar a substância entorpecente para o exterior, sendo ele o responsável pelo envio (fl. 842).

Desse modo, tendo o eg. Tribunal de origem concluído pela existência de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

vínculo associativo com o fim de praticar o comércio ilícito de entorpecentes a partir da apreciação do conjunto de fatos e provas coletados ao longo da instrução criminal, não há como desconstituir tal entendimento sem nova incursão neste conjunto fático-probatório, providência que não se coaduna com os estreitos limites do recurso especial, a teor do enunciado sumular n. 7 do Superior Tribunal de Justiça.

Nesse sentido:

"HABEAS CORPUS. PENAL. TRÁFICO E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. GRANDE QUANTIDADE DE DROGAS. POSSIBILIDADE. ART. 33, § 4.º, DA NOVA LEI DE TÓXICOS. ALEGADA INEXISTÊNCIA DE ANIMUS ASSOCIATIVO. PLEITO DE ABSOLVIÇÃO. REAPRECIAÇÃO DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. IMPOSSIBILIDADE. PRETENDIDA APLICAÇÃO DA CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4.º, DA NOVA LEI DE TÓXICOS. INVIABILIDADE. DIREITO DE RECORRER EM LIBERDADE. HABEAS CORPUS DENEGADO.

[...]

2. As instâncias ordinárias, após exame do conjunto fático-probatório dos autos, concluíram pela existência de elementos coerentes e válidos a ensejar a condenação dos Pacientes pelo delito de associação para o tráfico ilícito de drogas, ressaltando a existência do vínculo associativo, bem como a estabilidade e a permanência da associação. Assim, para se acolher a pretendida absolvição, seria necessário reapreciar todo o conjunto fático-probatório dos autos, o que se mostra incabível na via do habeas corpus.

3. A teor do entendimento desta Corte, a condenação pelo delito de associação para o tráfico ilícito de drogas evidencia a dedicação dos Pacientes à atividade criminosa, inviabilizando, portanto, a aplicação da causa de diminuição de pena inserta no § 4.º do art. 33 da Lei 11.343/2006. Precedentes.

4. Tendo sido rejeitadas as pretensões de redução da pena-base e absolvição pelo crime de associação para o tráfico, fica prejudicada a análise dos pedidos sucessivos (aplicação da causa de diminuição prevista no art., § 4.º, da Lei de Tóxicos; substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos; suspensão da pena; abrandamento do regime carcerário).

*5. Habeas corpus denegado" (HC n. 200.207/MG, **Quinta Turma**, Rel.^a Min.^a **Laurita Vaz**, DJe de 24/10/2012).*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Em relação à aplicação da causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, o mesmo entendimento acima deve ser aplicado. É que o eg. Tribunal **a quo** estabeleceu que os requisitos para a incidência do benefício não estão presentes, pois o réu foi apontado como líder e financiador da empreitada criminosa e estava associado, de maneira estável a mais três pessoas (fl. 859).

A desconstituição de tais conclusões, como se percebe, depende de nova incursão no acervo probatório, providência inviável nesta via, haja vista o óbice da **Súmula 7/STJ**.

Ilustrativamente:

"AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. INCIDÊNCIA DA CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA. IMPOSSIBILIDADE. DEDICAÇÃO À ATIVIDADE CRIMINOSA. SÚMULA N. 7 DO STJ. REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DE PENA. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. INOVAÇÃO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA POR RESTRITIVA DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE CUMPRIMENTO DO REQUISITO OBJETIVO. RECURSO NÃO PROVIDO.

1. Uma vez que foram apontados elementos concretos que indicam a dedicação da agravante a atividades criminosas, notadamente ao tráfico de drogas, entender de modo diverso, afastando-se a conclusão de que a acusada se dedicaria a atividades delituosas, demanda revolvimento do conjunto fático-probatório amealhado durante a instrução criminal, providência essa que é vedada em recurso especial, a teor da Súmula n. 7 do Superior Tribunal de Justiça.

2. A alegação de ausência de fundamentação idônea para a imposição de regime inicial fechado de cumprimento de pena não foi objeto de debate nas razões do recurso especial, o que configura inovação indevida em agravo regimental e inviabiliza sua análise.

3. Não há como determinar a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos quando o agente foi condenado a reprimenda acima de 4 anos de reclusão, superior, portanto, ao limite objetivo previsto no art. 44, I, do Código Penal.

4. Agravo regimental não provido" (AgRg no AREsp 225.426/SP, **Sexta Turma**, Rel. Min. **Rogério Schietti Cruz**, DJe de 14/11/2016).

"AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ESPECIAL. PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. PRETENSÃO DE ABSOLVIÇÃO DO DELITO DE ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO DE DROGAS. INOVAÇÃO RECURSAL. INADMISSIBILIDADE. APLICAÇÃO DO REDUTOR DA PENA. DEDICAÇÃO A ATIVIDADES CRIMINOSAS. SÚMULA 7 DESTA CORTE. AGRAVO DESPROVIDO.

1. Inviável a apreciação de tese (absolvição pelo delito do art. 35 da Lei 11.343/2006) sequer suscitada nas razões do recurso especial, por se tratar de inovação recursal inadmissível em agravo regimental.

2. A decisão agravada está em absoluta conformidade com a massiva jurisprudência desta Corte, assentada no sentido de que aferir a dedicação a atividades criminosas, para o fim de negar ou deferir o redutor da pena previsto no art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, demanda o revolvimento de fatos e provas o que é terminantemente vedado pela Súmula 7.

*3. Agravo regimental improvido" (AgRg no AREsp 644.360/MG, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Reynaldo Soares da Fonseca**, DJe de 17/11/2015).*

Além disso, esta Corte possui entendimento que se encaminha no sentido de que *"é inviável a aplicação da causa especial de diminuição da pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas quando o agente foi condenado também pela prática do crime previsto no art. 35 do mesmo diploma legal, por estar evidenciada a sua dedicação a atividades criminosas ou a sua participação em organização criminosa, especialmente voltada, no caso, para o cometimento do narcotráfico"* (AgRg no HC n. 131.053/MG, **Sexta Turma**, Rel. Min. **Rogério Schietti Cruz**, DJe de 16/8/2016).

Desse modo, mantido o entendimento relativo à autoria e a materialidade do crime previsto no art. 35 da Lei n. 11.343/2006, não há que se falar em aplicação do benefício, porquanto o réu não preenche os requisitos legais para a aplicação da redutora.

Por fim, o agravante sustenta que a elevação da pena acima do mínimo legal não encontra respaldo nos autos, já que não foram apresentados fundamentos jurídicos idôneos para amparar a exasperação.

Sobre o tema o eg. Supremo Tribunal Federal tem entendido que *"a dosimetria da pena é questão de mérito da ação penal, estando necessariamente vinculada ao conjunto fático probatório, não sendo possível às instâncias extraordinárias a análise de*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

dados fáticos da causa para redimensionar a pena finalmente aplicada" (HC n. 137.769/SP, Rel. Min. **Roberto Barroso**, julgado em 24/10/2016).

O Pretório Excelso também entende não ser possível para as instâncias superiores reexaminar o acervo probatório para a revisão da dosimetria, exceto em circunstâncias excepcionais, já que, ordinariamente, a atividade dos Tribunais Superiores, em geral, e do Supremo, em particular, deve circunscrever-se "*ao controle da legalidade dos critérios utilizados, com a correção de eventuais arbitrariedades*" (HC n. 128.446/PE, **Segunda Turma**, Rel. Min. **Teori Zavascki**, julgado em 15/9/2015).

Na mesma linha, tem sido assente nesta Corte o entendimento de que a dosimetria da pena, quando imposta com base em elementos concretos e observados os limites da discricionariedade vinculada atribuída ao magistrado sentenciante, impede a revisão da reprimenda por esta Corte Superior, exceto se for constatada evidente desproporcionalidade entre o delito e a pena imposta, hipótese em que caberá a reapreciação para a correção de eventual desacerto quanto ao cálculo das frações de aumento e de diminuição e a reavaliação das circunstâncias judiciais listadas no art. 59 do Código Penal.

De fato, o art. 42 da Lei n. 11.343/2006 determina que, na fixação da reprimenda, além das circunstâncias previstas no art. 59 do Código Penal, sejam também consideradas, com preponderância, a natureza e a quantidade da substância ou do produto, haja vista que, no tráfico de entorpecentes, tais fatores são relevantes, tendo a finalidade de conferir isonomia aos infratores, dando tratamentos desiguais para os que são diferentes.

Além disso, a circunstância judicial do art. 59 do Código Penal que sopesou a elevação da pena-base (consequências do crime) demonstra a gravidade concreta dos delitos perpetrados, servindo, assim, para justificar o estabelecimento das sanções, na primeira fase da dosimetria, acima do mínimo legal.

Assim, deve ser mantida a decisão ora agravada.

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

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2016/0071292-7

AgRg no
AREsp 877.224 / RJ
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00061628520134025101 0044209 004422009 11798 2009003215851 201351010061622
61628520134025101

EM MESA

JULGADO: 19/06/2018

Relator

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. CÉLIA REGINA SOUZA DELGADO

Secretário

Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

AGRAVANTE : THAUSER MITIDIERI FERNANDES
ADVOGADOS : MÁRCIO DELAMBERT MIRANDA FERREIRA - RJ106809
ARTHUR FUKS - RJ105448
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
CORRÉU : FRANK MENEZES MARTINS TEIXEIRA
CORRÉU : LEONARDO LAURINDO DA SILVA
CORRÉU : JANE PINHEIRO MICHILES

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

AGRAVO REGIMENTAL

AGRAVANTE : THAUSER MITIDIERI FERNANDES
ADVOGADOS : MÁRCIO DELAMBERT MIRANDA FERREIRA - RJ106809
ARTHUR FUKS - RJ105448
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

CERTIDÃO

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

"A Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo regimental."

Os Srs. Ministros Jorge Mussi, Reynaldo Soares da Fonseca, Ribeiro Dantas e Joel Ilan Paciornik votaram com o Sr. Ministro Relator.