

AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.398.657 - MG (2018/0305057-4)

RELATOR : MINISTRO JORGE MUSSI
AGRAVANTE : VALDENIR GOMES SCHULTZ
AGRAVANTE : DOUGLAS ALEXANDRE PEREIRA DOS SANTOS
AGRAVANTE : TAILYNNE DE PAULA RAFAEL
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MINAS GERAIS
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS

DECISÃO

Trata-se de agravo em recurso especial interposto por VALDENIR GOMES SCHULTZ, DOUGLAS ALEXANDRE PEREIRA DOS SANTOS e TAILYNNE DE PAULA RAFAEL contra decisão proferida pelo Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, que não admitiu seu apelo nobre.

Consta dos autos que o primeiro e a terceira agravantes foram condenados às penas de 8 anos e 6 meses de reclusão e pagamento de 560 dias-multa e o segundo agravante à pena de 12 anos de reclusão e pagamento de 775 dias-multa, todos em regime inicial fechado, como incursos nos delitos previstos no artigo 33, *caput*, da Lei n. 11.343/06 e artigo 16, parágrafo único, da Lei n. 10.826/03.

Inconformada, a defesa dos acusados interpôs recurso de apelação perante a Corte de origem, a qual deu parcial provimento à irresignação, a fim de redimensionar as penas do primeiro e da terceira agravantes para 8 anos de reclusão e pagamento de 510 dias-multa e do segundo agravante para 10 anos de reclusão e pagamento de 620 dias-multa, mantendo os demais termos do édito condenatório.

Os embargos de declaração opostos não foram acolhidos.

Contra a decisão foi apresentado o apelo nobre, com fulcro na alínea "a", do inciso III, do art. 105 da Constituição Federal, o qual não foi admitido na origem, com fundamento nas Súmulas n. 7 e 83/STJ.

No presente recurso, alega o agravante que os óbices indicados na decisão de admissibilidade não incidiriam *in casu*.

Requer o acolhimento do agravo, a fim de que seja admitido e provido o Recurso Especial.

O Ministério Público Federal manifestou-se pelo conhecimento da insurgência e parcial provimento do apelo nobre.

É o relatório.

A par dos fundamentos declinados pelo Tribunal de origem por ocasião do juízo de admissibilidade ali realizado, constata-se que o Recurso Especial interposto merece parcial provimento.

Inicialmente, quanto à alegação de nulidade do processo por violação ao artigo 8º, *caput*, da Lei n. 9.296/96, ante a ausência de apensamento dos autos relativos à medida cautelar que autorizou as interceptações telefônicas, cumpre verificar as razões do Colegiado Estadual para afastar o pleito defensivo, a saber:

"Embora o procedimento referente à quebra de sigilo telefônico não tenha sido apensado a estes autos, o certo é que não se verifica qualquer prejuízo à defesa. Isso porque conforme demonstrado pelo Parquet à fl. 252, a defesa

teve amplo acesso aos autos das cautelares em que foi deflagrada a respectiva interceptação telefônica.

Ademais, em momento algum no curso da ação penal em apreço, a defesa requereu que os autos das interceptações fossem incorporados à ação penal, mesmo havendo no processo documentos que fizessem referência à medida cautelar, notadamente as prisões cautelares decretadas que tiveram por fundamento tais escutas e durante os depoimentos judiciais, em que as testemunhas a mencionaram claramente.

Como cediço, para o reconhecimento de nulidade processual, é necessário que se demonstre efetivamente o prejuízo sofrido pela parte. Atualmente, mesmo em se tratando de nulidade absoluta, doutrina e jurisprudência reclamam a comprovação do prejuízo para que a mácula seja reconhecida.

Dessa forma, verifico que a defesa não comprovou qualquer prejuízo sofrido e, em observância ao brocardo pas de nullité sans grief, previsto no art. 563 do Código de Processo Penal, entendo não configurado cerceamento de defesa." (e-STJ fls. 308/309)

Da análise dos autos, observa-se que a Corte de origem reconhece a ausência, neste processo, dos autos da medida cautelar que autorizou as interceptações telefônicas, no entanto, assevera que a defesa em momento algum requereu sua juntada, assim como teve amplo acesso ao conteúdo da referida cautelar, não havendo que se falar em cerceamento de defesa.

Por conseguinte, verifica-se que o acórdão impugnado se encontra em harmonia com a jurisprudência deste Sodalício, segundo a qual, uma vez garantido às partes do processo o acesso à medida cautelar que autorizou a interceptação telefônica, como ocorreu no caso, não há que se falar em cerceamento de defesa e, consequentemente, em nulidade.

Nesse sentido:

HABEAS CORPUS. CRIMES CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. ART. 3º, INCISOS II E III, DA LEI N. 8.137/1990. ACESSO À INTEGRALIDADE DAS MÍDIAS CUJO CONTEÚDO DAS INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS TERIA SIDO DISPONIBILIZADO APENAS PARCIALMENTE À DEFESA. NULIDADE NÃO CONFIGURADA. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. HABEAS CORPUS DENEGADO.

1. Tendo sido consignado pela Corte de origem que "todo o material obtido foi colocado à disposição dos réus e seus defensores na Secretaria do Juízo" e que "a disponibilidade, tanto para a defesa quanto para a acusação, da integralidade das gravações, afasta qualquer alegação de cerceamento de defesa", não há falar em nulidade a ser acolhida por ausência de acesso da defesa à integralidade das mídias referentes às interceptações telefônicas.

2. "A pretensão de reconhecimento de nulidade no presente caso, em que as instâncias ordinárias expressamente consignaram que foram

entregues cópias das mídias contendo os áudios das interceptações telefônicas referentes à ação penal, demandaria indispensável incursão nas premissas fáticas estabelecidas na origem, bem como revolvimento da prova dos autos, providências incabíveis em sede de habeas corpus" (AgRg no RHC 44.458/BA, Rel. Ministra REGINA HELENA COSTA, QUINTA TURMA, julgado em 3/6/2014, DJe 6/6/2014).

3. Ademais, nos termos do art. 563 do Código de Processo Penal, consubstanciado pela máxima do pas de nullité sans grief, não há que ser declarado um ato como nulo se da nulidade não resultar prejuízo. Sob esse viés, considerando que "não restou comprovada a ocorrência de prejuízo, diante da possibilidade de amplo acesso ao teor das gravações, ainda que em autos apartados", conforme descrito pela Corte de origem, não há que se falar em nulidade.

4. Ordem denegada.

(HC 356913/DF, Rel. Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 05/12/2017, DJe 19/12/2017)

PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA, CORRUPÇÃO, DISPENSA E FRAUDE À LICITAÇÃO. ACESSO AO CONTEÚDO INTEGRAL DAS INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS. GARANTIDO. NÃO DEMONSTRAÇÃO DE ILEGALIDADE. NULIDADES. ALEGAÇÕES NÃO ANALISADAS PELO EG. TRIBUNAL A QUO. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. OITIVA DOS CORRÉUS COMO TESTEMUNHAS. IMPOSSIBILIDADE. ORDEM DENEGADA.

I - A jurisprudência desta Corte de Justiça, há muito já se firmou no sentido de que a declaração de nulidade exige a comprovação de prejuízo, em consonância com o princípio pas de nullite sans grief, consagrado no art. 563 do CPP. No mesmo sentido é o entendimento do col. STF, nos termos consolidados no enunciado n. 23 de sua Súmula.

II - Extrai-se dos autos que o conteúdo integral das interceptações telefônicas, que consta no denominado "Sistema Guardião", foi disponibilizado para a Defesa, não havendo que se falar, portanto, em cerceamento do seu direito.

[...]

Ordem denegada.

(HC 376728/SC, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 10/10/2017, DJe 17/10/2017)

Assim, por se encontrar o acórdão recorrido em consonância com jurisprudência firmada nesta Corte, a pretensão dos agravantes esbarra no óbice previsto no Enunciado n. 83 da Súmula deste Superior Tribunal de Justiça, também aplicável ao Recurso Especial interposto com fundamento na alínea "a" do permissivo constitucional.

No que tange ao pleito de aplicação da causa especial de redução de pena prevista no artigo 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06 ao primeiro e à terceira agravantes, o Juízo sentenciante asseverou, *in verbis*:

"A defesa pleiteia o reconhecimento do privilégio trazido no art. 33. § 4º. da Lei 11.343/06 para todos os acusados. No entanto, não há espaço para acolhida da pretensão.

Isto porque o referido dispositivo legal é bem claro ao impor que somente fará jus à redução de pena o agente que for primário, tiver bons antecedentes, não se dedicar a atividades criminosas nem integrar organização desta natureza.

No caso em tela, há fortíssimos elementos de prova de que os acusados integravam organização criminosa de complexo organograma, voltada para a prática do tráfico de drogas na cidade de Uberlândia e região, a qual é tratada nos autos nº 0702.15.079795-0.

Importa notar que Douglas confirmou a distribuição para outros traficantes do centro da cidade, denotando habitualidade na conduta.

Ressalte-se que em relação ao acusado Douglas, trata-se de pessoa reincidente (CAC de fls. 201/202), restando rechaçada, com mais razão ainda, a hipótese de incidência do privilégio em comento.

Assim sendo, inviável o reconhecimento do benefício para todos os acusados, por ausência de preenchimento dos requisitos objetivos e subjetivos para tanto." (e-STJ fl. 121/122)

A Corte de revisão, por sua vez, manteve o afastamento da benesse com os seguintes fundamentos, *in verbis*:

"No caso dos autos, embora os denunciados V.G.S. e T.P.R sejam primários e possuidores de bons antecedentes, verifica-se que diante do conteúdo das interceptações telefônicas realizadas em face dos réus, bem como da confissão do acusado V.G.S. e demais circunstâncias expostas nos autos, de fato, os acusados se dedicavam às atividades criminosas, estando envolvidos em associação criminosa organizada e estruturada para prática de tráfico de entorpecentes, motivo pelo qual não se aplica ao crime em apreço a benesse prevista no §4º do art. 33 da Lei 11.343/06.

Ante o exposto, os réus V.G.S. e T.P.R, não preenchem os requisitos legais para a aplicação do tráfico privilegiado, motivo pelo qual não deve ser aplicada a minorante conforme requer a defesa." (e-STJ fl. 325)

Pela leitura análise dos autos, observa-se que as instâncias de origem justificaram a não concessão da benesse em razão da existência de fortes indícios de que os acusados integravam organização voltada para o tráfico ilícito de entorpecentes, fato tratado em outra ação, e ainda, tendo em vista a declaração de um dos corréus no sentido de que havia distribuição do produto para outros traficantes.

Sobre o assunto, esta Corte Superior de Justiça assentou entendimento no sentido de que *"para a aplicação da causa especial de diminuição de pena prevista no*

art. 33, § 4.º, da Lei n.º 11.343/06, é necessário que se trate de réu primário, de bons antecedentes, que **não se dedique a atividades criminosas** e nem integre organização criminosa. Se a Corte de origem, soberana na análise de provas, **concluiu que o acusado se dedicava, com habitualidade**, ao tráfico de drogas, a pretensão de revisão da recusa do benefício necessariamente esbarra no óbice da Súmula n.º 7 deste Superior Tribunal de Justiça" (AgRg no AREsp 395.152/PB, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 06/05/2014, DJe 13/05/2014 - g.n.).

Portanto, desconstituir o julgado, no intuito de abrigar o pleito defensivo de aplicação do redutor especial, sob a alegação de que os acusados não se dedicavam à consecução de atividades criminosas, não encontra espaço na via eleita, porquanto seria necessário a este Sodalício aprofundado revolvimento do contexto fático-probatório, providência exclusiva das instâncias ordinárias, incabível em sede de Recurso Especial, conforme já assentado no Enunciado n. 7 da Súmula desta Corte.

Nesse sentido:

PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. VIOLAÇÃO DO ART. 2.º DA LEI N. 9.296/96. NULIDADE DAS INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO DA MATÉRIA. SÚMULA 211/STJ. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006. INAPLICABILIDADE. RÉU QUE SE DEDICA A ATIVIDADE CRIMINOSA. ALTERAÇÃO DO JULGADO. SÚMULA 7/STJ. MANUTENÇÃO DO REGIME PRISIONAL INICIAL FECHADO. POSSIBILIDADE. QUANTIDADE DE DROGA VALORADA NA TERCEIRA FASE. BIS IN IDEM. INEXISTÊNCIA. PEDIDO DE SUSTENTAÇÃO ORAL. ART. 159 DO RISTJ. INVIABILIDADE. AGRAVO NÃO PROVIDO.

1. No tocante à apontada violação do art. 2.º da Lei n. 9.296/96, observa-se que a referida tese não foi decidida pela Corte recorrida, circunstância que atrai a incidência do Verbete Sumular n. 211 do STJ, o qual dispõe ser inadmissível recurso especial quanto à questão que, a despeito da oposição de embargos declaratórios, não foi apreciada pelo Tribunal a quo.

2. Nos termos do disposto no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, os condenados pelo crime de tráfico de drogas terão a pena diminuída, de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços), quando forem reconhecidamente primários, possuírem bons antecedentes e não se dedicarem a atividades criminosas ou integrarem organização criminosa.

3. Na hipótese dos autos, verifica-se que o Tribunal de origem concluiu, motivadamente, pela dedicação do recorrente ao tráfico ilícito de entorpecentes, levando-se em conta a quantidade da droga apreendida em sua residência (520 gramas de maconha), além de apetrechos relacionados com o preparo de entorpecentes, após investigações/interceptações telefônicas que apuraram que o acusado e o corréu atuavam juntos na venda de drogas, o que reforça o seu envolvimento habitual comércio ilícito de entorpecentes.

4. Assim, uma vez concluído pelo Tribunal de origem, soberano na análise dos fatos, que o recorrente se dedicava ao tráfico de drogas, a modificação desse entendimento - a fim de fazer incidir a

minorante da Lei de Drogas - ensejaria o reexame do conteúdo probatório dos autos, inadmissível em recurso especial (Súmula 7/STJ).

[...]

8. Agravo regimental não provido.

(AgRg no AREsp 1319922/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 13/11/2018, DJe 22/11/2018)

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO. DOSIMETRIA. EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE. ART. 42 DA LEI N. 11.343/2006. QUANTIDADE DA DROGA E CIRCUNSTÂNCIAS DO DELITO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. PEDIDO DE INCIDÊNCIA. INVIABILIDADE. CIRCUNSTÂNCIAS DO FATO. CONVERGÊNCIA DE VONTADES NO TRANSPORTE DE ELEVADA QUANTIDADE DE ENTORPECENTE. DEDICAÇÃO A ATIVIDADES CRIMINOSAS. AUSÊNCIA DE OFENSA AO PRIMADO DO NE BIS IN IDEM. REVISÃO. DESCABIMENTO. SÚMULA 7/STJ.

1. Esta Corte Superior, em inúmeros julgados, já firmou o entendimento, de que, em se tratando de crime de tráfico de drogas, inexistente ilegalidade na fixação da pena-base acima do mínimo legal, quando demonstrado o alto grau de reprovabilidade da conduta, decorrente da significativa quantidade ou da natureza da substância apreendida, nos termos do mencionado art. 42 da Lei n. 11.343/2006.

2. Na hipótese, a reprimenda básica foi estabelecida acima do mínimo legal com a apresentação de fundamentação idônea - expressiva quantidade da substância apreendida (79,95 kg de maconha), além das circunstâncias em que ocorreu o delito (forma como a droga estava acondicionada, em partes ocultas do veículo) -, elementos suficientemente aptos a lastrear a exasperação na primeira fase, alinhando-se, assim, o julgado à jurisprudência desta Corte Superior acerca do tema.

3. Outrossim, o Superior Tribunal de Justiça tem decidido que a quantidade, a variedade e a nocividade da droga, bem como as circunstâncias nas quais foi apreendida, são elementos que permitem concluir pela dedicação do acusado a atividades criminosas e, em decorrência, embasar o não reconhecimento da minorante do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006. Precedentes.

4. Na espécie, não foi reconhecida a figura do tráfico privilegiado, dentre outras razões, ante à forma em que ocorreu o transporte da droga, com demonstração da convergência de vontades, esforços e divisão de tarefas na consecução da prática delitiva, o que denota a dedicação do acusado à atividade criminosa. Modificar tal conclusão requer o revolvimento fático-probatório, inviável na via do recurso especial (Súmula 7/STJ).

5. Agravo regimental improvido.

(AgInt no AREsp 1254604/MS, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 26/06/2018, DJe 02/08/2018)

No que tange ao pleito de mitigação do regime inicial de cumprimento de pena do primeiro e da terceira agravantes, o Tribunal de origem manteve o fechado mesmo após redimensionar as reprimendas básicas ao mínimo legal, sem justificar tal

medida, conforme se observa nas e-STJ fls. 329/332.

A matéria atinente ao regime inicial de cumprimento de pena está sumulada no âmbito desta Corte, no enunciado n. 440, a saber:

"Fixada a pena-base no mínimo legal, é vedado o estabelecimento de regime prisional mais gravoso do que o cabível em razão da sanção imposta, com base apenas na gravidade abstrata do delito."

O Supremo Tribunal Federal também possui orientação firmada acerca do tema, cristalizada nos verbetes ns. 718 e 719, respectivamente:

"A opinião do julgador sobre a gravidade em abstrato do crime não constitui motivação idônea para a imposição de regime mais severo do que o permitido segundo a pena aplicada."

"A imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea."

Dessa forma, fixada a reprimenda em 8 anos de reclusão e considerando-se a favorabilidade de todas as circunstâncias judiciais, verifica-se presente a ilegalidade arguida, mostrando-se viável o estabelecimento do regime semiaberto, nos termos do art. 33, §§ 2º e 3º, do CP.

Nesse sentido:

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. ROUBO CIRCUNSTANCIADO TENTADO. FRAÇÃO DAS CAUSAS DE AUMENTO FIXADA EM 3/8. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. CRITÉRIO MATEMÁTICO. REDUÇÃO A 1/3. INTELIGÊNCIA DA SÚMULA 443/STJ. REGIME INICIAL FECHADO. CONDENAÇÃO NÃO SUPERIOR A 8 ANOS DE RECLUSÃO. RÉU PRIMÁRIO. PENA-BASE NO MÍNIMO LEGAL. GRAVIDADE ABSTRATA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. CONCEDIDO O MODO SEMIABERTO. DECISÃO MANTIDA. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.

1. A decisão agravada deve ser mantida por seus próprios fundamentos, porquanto em sintonia com a jurisprudência pacífica do STJ.

2. Admite-se a fixação de fração superior a 1/3, referente às causas de aumento do roubo - art. 157, § 2º, do CP -, nos casos em que as instâncias de origem indiquem elementos concretos, vinculados às majorantes reconhecidas, que justifiquem a exasperação. Aplicação da Súmula 443/STJ.

3. Ademais, a utilização de arma de fogo é inerente à própria majorante do art. 157, § 2º, I, do CP, não sendo, portanto, idôneo a justificar o referido aumento.

4. O Tribunal de origem não logrou êxito em demonstrar a necessidade de manutenção do regime inicial fechado. Dessa forma, ao réu primário, condenado à pena reclusiva não superior a

8 anos, cuja pena-base foi estabelecida no mínimo legal, faz jus o paciente ao regime semiaberto, em coerência com a orientação firmada nas Súmulas 440/STJ e 718 e 719/STF e, conforme dispõe o art. 33, § 2º, alínea "b" e § 3º, do Código Penal.

5. Agravo regimental improvido.

(AgRg no HC 459.838/SP, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 04/10/2018, DJe 24/10/2018)

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/06. DEDICAÇÃO A ATIVIDADE CRIMINOSA. REGIME INICIAL FECHADO. FUNDAMENTO INIDÔNEO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

I - A Terceira Seção desta Corte, seguindo entendimento firmado pela Primeira Turma do col. Pretório Excelso, firmou orientação no sentido de não admitir a impetração de habeas corpus em substituição ao recurso adequado, situação que implica o não-conhecimento da impetração, ressalvados casos excepcionais em que, configurada flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, seja possível a concessão da ordem de ofício

II - Os requisitos necessários para a incidência do art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06 (primariedade, bons antecedentes, não dedicação à atividades criminosas ou não participação em organização criminosa) são de observância cumulativa. In casu, evidenciou-se a dedicação dos pacientes à atividades criminosas, uma vez que respondem a outros processos por envolvimento anterior com o tráfico de drogas, o que afasta a possibilidade aplicação da causa especial de diminuição da pena (precedentes).

III - A fixação do regime inicial de cumprimento de pena deve observar as previsões do art. 33, § 2º e § 3º, e do art. 59 do CP, uma vez que o col. Supremo Tribunal Federal declarou inconstitucional o art. 2º, § 1º, da Lei 8.072/90, não se admitindo, ainda, que a gravidade genérica do delito, por si só, justifique a imposição do regime inicial mais gravoso para o cumprimento de pena (Súmulas 718 e 719 do STF e Súmula 440/STJ).

IV - Impossível da substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos quando não atendidos os requisitos do inciso I do art. 44 do Código Penal.

Habeas corpus não conhecido. Contudo, concedo a ordem de ofício, para fixar o regime semiaberto para o início de cumprimento da pena.

(HC 405.526/RS, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 24/10/2017, DJe 30/10/2017)

Por tais razões, **conhece-se do agravo para dar parcial provimento ao Recurso Especial**, nos termos do artigo 34, inciso VII, combinado com o artigo 253, parágrafo único, inciso II, alínea "c", ambos do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça, a fim de modificar o regime inicial de cumprimento de pena dos agravantes VALDENIR GOMES SCHULTZ e TAILYNNE DE PAULA RAFAEL para o semiaberto, mantidos os demais termos do acórdão recorrido.

Publique-se. Intime-se.

Cientifique-se o Ministério Público Federal.

Brasília (DF), 1º de fevereiro de 2019.

MINISTRO JORGE MUSSI

Relator

