RE nos EDcl no AgRg no AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.224.088 - PR (2017/0329038-2)

RELATORA	**:**	**MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA**
RECORRENTE	:	LUCIANO PRANDO TUPAN
ADVOGADO	:	DÉBORA MARIA CÉSAR DE ALBUQUERQUE - PR012403
RECORRIDO	:	MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
INTERES.	:	MIGUEL JORGE AZZI LOPES ESPIRITO
ADVOGADO	:	CAMILA PEREIRA DA SIQUEIRA - PR065927
INTERES.	:	SILVONEI HENRIQUE
ADVOGADO	:	JOSÉ AMARO - PR017311
INTERES.	:	RODRIGO MUNHOZ CARLOS DIAS
ADVOGADO	:	VALDEMIR ANSELMO PONTES - PR040511
INTERES.	:	REINALDO DE SOUZA OLIVEIRA
ADVOGADOS	:	ROBERTO BRZEZINSKI NETO - PR025777
		RICARDO MATHIAS LAMERS - PR050740
INTERES.	:	MARILU DE FATIMA SANDI
INTERES.	:	ANTONIO LAERTES LAZZARI
ADVOGADO	:	MARCELO GUERRA - SC011734

EMENTA

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. MATÉRIA CONSTITUCIONAL SURGIDA NO JULGAMENTO EM SEGUNDO GRAU. PRECLUSÃO DA QUESTÃO CONSTITUCIONAL. RECURSO NÃO ADMITIDO.

DECISÃO

Trata-se de recurso extraordinário, interposto por **LUCIANO PRANDO TUPAN**, com fundamento no art. 102, inciso III, alínea "a", da Constituição Federal, contra acórdão da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, assim ementado (fls. 3.321):

> PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. CIRCUNSTÂNCIAS DO DELITO. QUANTIDADE DE DROGA. INTEGRANTE DE ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. REEXAME DE PROVAS. IMPOSSIBILIDADE. INCIDÊNCIA DO VERBETE N. 7 DA SÚMULA DO STJ. REGIME INICIAL FECHADO. BIS IN IDEM. INOCORRÊNCIA. AGRAVO DESPROVIDO.
>
> 1. O Tribunal a quo não reconheceu a incidência da causa de diminuição de pena, concluindo que a quantidade de droga apreendida indica que o agravante integra organização criminosa, de modo que entender de forma diversa, como pretendido, demandaria o revolvimento das provas carreadas aos autos, procedimento sabidamente inviável na instância especial. Inafastável, assim, a aplicação do enunciado n. 7 da Súmula desta Corte.
>
> 2. Firme nesta Corte o entendimento de inexistência de bis in idem

> "quando a quantidade e a natureza da droga são consideradas para afastar a minorante ou modulá-la e, logo depois, no momento da fixação do regime inicial do cumprimento da reprimenda" (AgRg no AREsp 466.013/PE, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, DJe 9/6//2017).
>
> 3. Agravo regimental desprovido.

Os embargos de declaração opostos foram rejeitados (fls. 3.370/3.374).

Nas razões do recurso extraordinário (fls. 3.401/3.415), sustenta a parte recorrente, em síntese, que está presente a repercussão geral da questão tratada e que foi violado o art. 5º, LIV e LVI, da Constituição Federal.

Alega que "como proprietário de farmácia, auferindo renda lícita, qual comprova que o Réu não se dedicava à atividade, data vênia, imperiosa se faz a redução do citado artigo, sob pena de respeitar o devido processo legal para cumprimento de pena, além de ferir a dignidade do Réu, infrações Constitucionais que não podem ser aceitas pelo Direito" (fl. 3.410).

Defende que "já se verifica um claro bis in idem, isto porque o Réu supostamente seria um dos principais fornecedores de drogas, no entanto não atingiria tal condição sem fornecer, em tese, grandes quantidades de drogas, logo a dupla valoração de um mesmo aspecto torna-se evidente" (fl. 3.412).

Reclama que "pela análise do caso específico, pela própria justiça, data vênia, não haveria sentido em fixar uma pena tão gravosa ante as condições subjetivas do senhor Luciano, tornando o regime fechado desproporcional à culpabilidade, em especial havendo a redução do tráfico privilegiado" (fl. 3.415).

As contrarrazões não foram apresentadas (fls. 3.433/3.441).

É o relatório.

O recurso extraordinário não deve ser admitido.

Da análise dos autos, verifica-se que o acórdão combatido, ao manter a decisão que negara provimento ao agravo em recurso especial por estar o acórdão do Tribunal *a quo* no mesmo sentido em que se firmou a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, manteve **incólume** a decisão proferida pelo Tribunal de origem.

Nesse descortino, a questão constitucional aventada no apelo extremo teria surgido não a partir da decisão proferida no recurso especial, mas na prolação do acórdão pelo Tribunal de origem, abrindo-se, naquela oportunidade, a via para a interposição do recurso extraordinário.

Assim, houve preclusão da questão constitucional não surgida no Superior Tribunal de Justiça.

Nesse sentido, cumpre trazer à baila os seguintes julgados da Corte Suprema:

> AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. MATÉRIA CRIMINAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. INTERPOSIÇÃO DE ACÓRDÃO DO STJ. QUESTÃO CONSTITUCIONAL ORIGINADA NO ACÓRDÃO DE SEGUNDO GRAU. PRECLUSÃO. **1. Somente se admite recurso extraordinário em face de acórdão do STJ se a questão constitucional suscitada tiver surgido, originariamente, no julgamento do recurso especial, o que não ocorre nesses autos. Precedentes**. 2. Agravo regimental a que se nega provimento. (ARE

985300 AgR, Relator(a): Min. EDSON FACHIN, Primeira Turma, julgado em 06/12/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-041 DIVULG 03-03-2017 PUBLIC 06-03-2017)

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. PENAL. QUESTÃO CONSTITUCIONAL SURGIDA NO TRIBUNAL LOCAL. PRECLUSÃO. RECURSO EXTRAORDINÁRIO INTERPOSTO APENAS NO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. INADMISSIBILIDADE. AGRAVO A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

I - A violação constitucional ocorrida no julgamento efetuado pelo tribunal local deve ser impugnada mediante recurso extraordinário interposto simultaneamente ao recurso especial, sob pena de preclusão.

II - É inadmissível o recurso extraordinário interposto em face de acórdão do Superior Tribunal de Justiça – STJ quando a questão constitucional haja surgido no julgamento do acórdão de segundo grau, e não do próprio STJ. Precedentes.

III - Agravo regimental a que se nega provimento. (ARE 1.141.132 AgR, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, julgado em 24/08/2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-181 DIVULG 31-08-2018 PUBLIC 03-09-2018)

Dessarte, é inadmissível o recurso extraordinário interposto perante o Superior Tribunal de Justiça quando a questão constitucional surgiu no julgamento realizado pelo Tribunal de origem.

Ante o exposto, nos termos do art. 1.030, inciso V, do Código de Processo Civil, **não admito o recurso extraordinário**.

Publique-se.

Intimem-se.

Brasília, 27 de março de 2019.

Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
Vice-Presidente