

RECURSO ESPECIAL Nº 1.314.727 - SP (2012/0056081-7)

RELATOR : MINISTRO ANTONIO SALDANHA PALHEIRO
RECORRENTE : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
RECORRIDO : MARCELO ANDERY DE ALMEIDA (PRESO)
ADVOGADO : BENEDITO PEREIRA LEITE - SP039881

DECISÃO

Trata-se de recurso especial interposto pelo MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO, com fundamento nas alíneas "a" e "c" do permissivo constitucional, contra acórdão do Tribunal de Justiça local.

Consta dos autos que o ora recorrido foi condenado, em primeiro grau de jurisdição, à pena total de 8 anos e 4 meses de reclusão, em regime inicial fechado, além do pagamento de 832 dias-multa, como incurso nos arts. 33, *caput*, e 33, § 1º, II, ambos da Lei n. 11.343/2006, pois *"tinha em depósito e guardava, com a finalidade de entrega a consumo de terceiros 16 tijolos de 'Cannabis Sativa L', pesando aproximadamente 12 kg, bem como cultivava plantas que se constituem em matéria prima para a preparação de drogas, o que fazia sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar"* (e-STJ fl. 107).

Inconformada, apelou a defesa. O Tribunal de origem, por maioria, deu parcial provimento ao recurso para aplicar a minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 em seu grau máximo, redimensionando a pena do acusado para o total de 3 anos e 4 meses de reclusão, além de 332 dias-multa, conforme a seguinte ementa (e-STJ fl. 165):

TÓXICO Tráfico Autoria e materialidade delitivas comprovadas, perfeitamente aperfeiçoadas ao tipo penal - Admissibilidade de aplicação do redutor máximo previsto no § 4º, do artigo 33 da Lei nº 11.343/06 para ambos os delitos - Readequação das penas aplicadas - Recurso provido em parte.

Nas razões do recurso especial, o recorrente apontou, além de divergência jurisprudencial, violação do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006.

Alegou que *"a causa especial de diminuição de pena [...] não foi*

prevista para ser aplicada para quem é surpreendido com grande quantidade de entorpecente, mas apenas para aquele que exerce a atividade de forma ocasional" (e-STJ fl. 181).

Defendeu, assim, que, "*ao aplicar a causa de diminuição da pena a quem estava se dedicando a uma atividade prevista no caput desse dispositivo, a Egrégia Corte Bandeirante contrariou o disposto no § 4º do artigo 33 da Lei nº 11.343, de 2006*" (e-STJ fl. 187).

Contrarrazões às e-STJ fls. 238/242.

O Ministério Público Federal manifestou-se pelo provimento do recurso (e-STJ fls. 225/231).

É o relatório.

Decido.

De início, quanto ao alegado dissídio jurisprudencial, o apelo raro não merece conhecimento.

Isso porque o recorrente trouxe como paradigma apenas acórdão proferido no julgamento de *habeas corpus*.

Tal procedimento, entretanto, destoa da jurisprudência sedimentada nesta Corte de que não servem à demonstração do dissídio jurisprudencial julgados proferidos em *habeas corpus*, recurso ordinário em *habeas corpus*, recurso ordinário em mandado de segurança e/ou conflito de competência, "*eis que os remédios constitucionais não guardam o mesmo objeto/natureza e a mesma extensão material almejados no recurso especial*" (AgRg no EREsp n. 998.249/RS, relator Ministro Sebastião Reis Júnior, Terceira Seção, DJe 21/9/2012).

Ainda, a propósito:

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO. REMIÇÃO. ART. 126 DA LEP. ATIVIDADES DE ARTESANATO. HORAS TRABALHADAS. FISCALIZAÇÃO E REGISTRO DE RETRIBUIÇÃO ECONÔMICA. REEXAME DE PROVAS. SÚMULA N. 7 DO STJ. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL. ACÓRDÃO PROFERIDO EM HABEAS CORPUS. IMPOSSIBILIDADE. AGRAVO NÃO PROVIDO.

[...]

3. A jurisprudência deste Superior Tribunal é pacífica quanto à impossibilidade de acórdão proferido em habeas corpus servir de paradigma para fins de comprovação de alegado dissídio jurisprudencial. Ressalva deste relator.

4. Agravo regimental não provido. (AgRg no AREsp 509.311/GO, relator Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 07/02/2017, DJe 16/02/2017)

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PENAL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. CONTINUIDADE DELITIVA. FRAÇÃO DE AUMENTO. SÚMULA 7/STJ. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL. ACÓRDÃO PARADIGMA PROFERIDO EM HABEAS CORPUS. DIVERGÊNCIA NÃO DEMONSTRADA. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

[...]

2. Ademais, é pertinente acrescentar aos fundamentos da decisão agravada o entendimento pacífico deste Superior Tribunal de Justiça, no sentido de que acórdãos proferidos em sede de habeas corpus, recurso ordinário em habeas corpus, recurso ordinário em mandado de segurança e/ou conflito de competência são fontes inadequadas para demonstração de divergência jurisprudencial, não servindo, pois, como referenciais paradigmáticos. Precedente.

3. Agravo regimental desprovido. (AgRg no AREsp 993.565/SP, relator Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 15/12/2016, DJe 01/02/2017)

No mais, conforme relatado, o recorrente sustentou que, "ao aplicar a causa de diminuição da pena a quem estava se dedicando a uma atividade prevista no caput desse dispositivo, a Egrégia Corte Bandeirante contrariou o disposto no § 4º do artigo 33 da Lei nº 11.343, de 2006)" (e-STJ fl. 187).

Vê-se, contudo, que o reconhecimento da aplicação da referida minorante foi feito na sentença de primeiro grau, da qual não houve recurso pelo *Parquet*, tendo o Tribunal de origem apenas alterado sua fração de 1/6 para 2/3, sob o seguinte fundamento (e-STJ fl. 169):

Analizando-se os autos e ausentes provas de que o réu se dedicava a atividades criminosas habitualmente ou não integrasse organização criminosa, além disso, é primário e não ostenta antecedentes, justificável a aplicação do redutor previsto no § 4º, do artigo 33 da Lei nº 11.343/06, em seu percentual máximo, ou seja, dois terços.

Desse modo, o inconformismo apresenta fundamentação dissociada das

razões expostas nas instâncias ordinárias, impedindo, assim, a exata compreensão da controvérsia (Súmula n. 284/STF).

A propósito:

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TESE DE VIOLAÇÃO DO ART. 59 DO CP. RAZÕES DE PEDIR DO RECURSO ESPECIAL QUE NÃO IMPUGNAM, DE MANEIRA ESPECÍFICA, AS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS ANALISADAS DE FORMA DESFAVORÁVEL. SÚMULA N. 284 DO STF. INOVAÇÃO RECURSAL INADMISSÍVEL EM AGRAVO REGIMENTAL. DOSIMETRIA DA PENA. PROPORCIONALIDADE. IMPOSSIBILIDADE DE REVISÃO NA VIA ESPECIAL. RECURSO NÃO PROVIDO.

1. Se, no recurso especial, a parte alega violação do art. 59 do CP, mas as razões de pedir estão dissociadas do aresto estadual e deixam de impugnar, especificamente, as circunstâncias judiciais sopesadas de forma negativa pelo Tribunal a quo, fica caracterizada a deficiência do recurso que impossibilita seu conhecimento, por incidência da Súmula n. 284 do STF.

2. É inviável, em agravo regimental, discutir tese que nem sequer foi deduzida no recurso especial, por se tratar de indevida inovação recursal.

3. A exasperação relacionada a cada circunstância judicial poderá, entre outros critérios, ser calculada com base no termo médio entre o mínimo e o máximo da pena cominada em abstrato ao crime, dividido pelo número de circunstâncias judiciais do art. 59 do CP. Na hipótese, ela foi manifestamente proporcional.

4. Agravo regimental não provido. (AgRg no AREsp 785.834/SP, relator Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 03/08/2017, DJe 10/08/2017)

PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. OFENSA AO ART. 157, § 1º, DO CPP. (I) - ACÓRDÃO RECORRIDO ASSENTADO EM FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL. AUSÊNCIA DE INTERPOSIÇÃO DE RECURSO EXTRAORDINÁRIO. SÚMULA 126/STJ. (II) - FUNDAMENTAÇÃO DO ACÓRDÃO NÃO REFUTADA. RAZÕES RECURSAIS DISSOCIADAS DO ARESTO IMPUGNADO. APELO ESPECIAL COM FUNDAMENTAÇÃO DEFICIENTE. SÚMULA 284/STF. VIOLAÇÃO AO ART. 184, § 1º, DO CP. DOLO DA CONDUTA. REEXAME FÁTICO E PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

1. "É inadmissível recurso especial, quando o acórdão recorrido assenta em fundamentos constitucional e infraconstitucional, qualquer deles suficiente, por si só, para mantê-lo, e a parte vencida não manifesta recurso extraordinário" (Súmula 126/STJ).

2. Incide a Súmula 284 do STF nos pontos em que a deficiência da

fundamentação recursal inviabiliza a exata compreensão da controvérsia.

3. *"A desconstituição do entendimento firmado pelo Tribunal Regional diante de suposta contrariedade a lei federal, buscando a reforma da condenação, ante a alegação de ausência do elemento subjetivo do tipo penal (dolo), não encontra campo na via eleita, dada a necessidade de revolvimento do material probante, procedimento de análise exclusivo das instâncias ordinárias - soberanas no exame do conjunto fático-probatório -, e vedado ao Superior Tribunal de Justiça, a teor da Súmula 7/STJ". (AgRg no AREsp 401.199/RJ, Rel. Min. JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, DJe 12/06/2014)*

4. *Agravo regimental a que se nega provimento. (AgRg no AREsp 1.074.808/PE, relatora Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 23/05/2017, DJe 30/05/2017)*

Ademais, a tese de que *"a causa especial de diminuição de pena [...]* não foi prevista para ser aplicada para quem é surpreendido com grande quantidade de entorpecente" (e-STJ fl. 181) **não foi debatida de forma específica na origem** e não houve a oportuna provocação do exame da *quaestio* por meio de embargos de declaração, sendo patente a falta de prequestionamento. Destarte, no ponto, tem incidência a vedação prescrita nas Súmulas n. 282 e 356/STF.

A propósito:

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO INTERNACIONAL DE DROGAS. FIXAÇÃO DA PENA. ERRO MATERIAL NO ACÓRDÃO RECORRIDO. SÚMULAS 282 E 356 DO STF. ART. 33, § 4º, DA LEI 11.343/2006. INAPLICABILIDADE. SÚMULA 7/STJ. REGIME SEMIABERTO. ART. 33, § 2º, "b", e § 3º, DO CP. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE. IMPOSSIBILIDADE. AGRAVO NÃO PROVIDO.

1. A suposta existência de erro material na fixação da reprimenda não foi tratada pelo acórdão recorrido e tampouco foram opostos embargos de declaração para sanar o suposto defeito. Aplica-se, por analogia, as Súmulas 282 e 356 do STF.

[...]

5. *Agravo regimental a que se nega provimento. (AgRg no AREsp 980.386/SP, relator Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 09/03/2017, DJe 17/03/2017)*

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO INTERNACIONAL DE DROGAS. 256 KG DE MACONHA E 145 G DE HAXIXE. DOSIMETRIA. ILEGALIDADE NA PENA-BASE. PRECLUSÃO. MATÉRIA QUE

NÃO FOI OBJETO DA APELAÇÃO. INADMISSIBILIDADE. QUESTÃO QUE NÃO FOI DEBATIDA SOB O ENFOQUE PRETENDIDO PELA DEFESA. FALTA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULAS 282 E 356/STF. INEXISTÊNCIA DE ILEGALIDADE FLAGRANTE. QUANTIDADE QUE JUSTIFICA O AUMENTO FIXADO. (Agravamento regimental improvido. (AgRg no AREsp 769.272/MS, relator Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 01/12/2015, DJe 17/12/2015)

Ante o exposto, **não conheço do recurso especial.**

Publique-se. Intimem-se.

Brasília, 04 de abril de 2019.

Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO
Relator

