RECURSO ESPECIAL Nº 1.537.863 - SC (2015/0136615-0)

RELATOR	**:**	**MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
RECORRENTE	:	INGO KANNENBERG
ADVOGADO	:	DIEGO VINICÍUS DE OLIVEIRA E OUTRO(S) - SC021273
RECORRIDO	:	MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
AGRAVANTE	:	ENGELBERTO NAATZ
ADVOGADA	:	DAISY CRISTINE NEITZKE HEUER E OUTRO(S) - SC014909
AGRAVADO	:	MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

DECISÃO

Trata-se de recurso especial interposto por **INGO KANNENBERG**, fundado no art. 105, III, "a" e "c", da Constituição Federal, de acórdão do Tribunal Federal da 4ª Região, que deu parcial provimento ao apelo defensivo para "alterar a capitulação legal da primeira conduta para o tipo penal inscrito no art. 12, § 2º, II, da Lei 6.368/76 e afastar a majorante prevista no art. 18, I, da mesma lei em relação ao delito do art. 14", fixada a pena final pelos mencionados delitos em 14 anos e 4 meses de reclusão mais 175 dias-multa.

O recorrente alega "negativa de vigência ao Decreto 5015/2004 e conseqüente afronta ao art. 567 do CPP, visto que o Tribunal fundamentou que tão somente com o advento da Lei 11.343/06 é que a competência absoluta passou a ser da justiça federal, e não com a sua ratificação, a qual ocorreu em 2002. Alegou-se ainda que o enquadramento dos fatos ao então Decreto 5015/2004 não ocorreu justamente porque somente quando a citada norma sobreveio é que teria eficácia tal dispositivo."

Sustenta contrariedade aos arts. 38 e 40 da Lei n. 10.409/2002 e 400 do CPP, uma vez que "não foi oportunizado o duplo interrogatório do réu, mas especificamente a inquirição ao final da instrução".

Afirma que "houve também inobservância ao teor do art. 155 do Código de Processual Penal, uma vez que a sentença de primeiro grau usou como razões de decidir e de condenação apenas elementos indiciários, sem corroborá-los com prova judicializada. O recorrente combateu tal situação, entretanto, o Tribunal entendeu que a sentença fora minimamente fundamentada".

Ressalta "inobstante a sentença ter se baseado exclusivamente em elementos do inquérito policial, de igual forma houve transgressão a norma insculpida no art. 381, incisos II e III do Código de Processo Penal, uma vez que a decisão sequer indicou a elementar do tipo penal que o recorrente teria infringido, ou seja, não foi indicado qual seria o verbo nuclear do tipo incriminador que Ingo teria praticado."

Aduz a ocorrência de indevida *mutatio libelli* em segundo grau, situação expressamente vedada pela Súmula 453 do STF. Isso porque "na oportunidade do julgamento do acórdão, a relatoria reconheceu a carência de fundamentação da sentença, entretanto, ao invés de cassar a decisão, entendeu que os fatos davam conta de que o réu na realidade não tinha ligação direta com a produção do químico mas sim havia consentido para que utilizassem imóvel de sua propriedade para fins ilícitos, o que tipificaria então o inciso II, do § 2º do art. 12 da Lei 6.368/76." Destaca que "em nenhum momento o magistrado federal indicou qual seria a elementar do tipo incriminador que o réu teria incidido, muito embora o tipo penal pelo qual foi condenado, 12 da Lei 6.368/76, traga uma gama de verbos que tipificam o ilícito penal".

Ressalta afronta: a) ao art. 59 do Código Penal, pois foram considerados argumentos genéricos e próprios do tipo penal para exacerbar a pena-base, b) "ao art. 29, § 1º, do Código Penal, uma vez que não foi reconhecida a participação de menor importância do réu, muito embora os fatos e o direito tenham demonstrado que sua atuação para a perfectibilização do crime foi flagrantemente menor do que a dos demais corréus, circunstancia esta inclusive indicada pela relatoria do acórdão atacado"; c) "ao art. 65, I, do CP, na medida em que negou-se a atenuante prevista para os que tem 70 anos completos ou mais na data da prolação da sentença condenatória".

Afirma que "Compulsando os autos pode observar que entre o recebimento da denúncia em 14/04/2000 e a sentença, lançada em 13/08/2010, transcorreram mais de 10 anos, determinando assim a extinção da punibilidade dos dois delitos."

Requer, preliminarmente, a nulidade do processo por incompetência do juiz estadual, por violação aos arts. 155, 381 e 400 do CPP, bem como à Súmula 453/STF.

Subsidiariamente, pugna pela redução da pena, aplicação da minorante do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, seja reconhecida sua menor participação e a extinção da punibilidade pelo advento da prescrição da pretensão punitiva estatal, tendo em vista a contagem do prazo prescricional em metade, nos termos do art. 115 do CP.

Contrarrazões apresentadas às fls. 2.487-2.531 (e-STJ).

O Ministério Público Federal opinou pelo não conhecimento do recurso especial (e-STJ, fls. 2.675-2.678).

É o relatório.

Decido.

Quanto ao primeiro ponto - a incompetência da Justiça estadual para o exame do feito após a expedição do Decreto n. 5.015/2004, o Tribunal de origem assim consignou:

> "1.1. Incompetência
> A defesa de Ingo argúi que a competência delegada da Justiça Estadual para o processamento teria cessado com a promulgação do Decreto 5.015/04, que ratificou a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizada, dita Convenção de Palermo, sendo, de conseqüência, nulos todos os atos subsequentes.
> Sem razão, contudo.
> De fato, o réu foi denunciado e condenado por associação para fins de tráfico e não por integrar organização criminosa nos estritos termos do citado Decreto. Além disso, como os fatos imputados são anteriores à edição da dita norma, não poderia retroagir, como já decidido pelos Tribunais Superiores.
> "a) Nulidade por incompetência do Juízo:
> 2.87. A defesa sustenta que há nulidade absoluta, por incompetência do Juízo. Neste sentido, dispõe que a incompetência deu-se não pelo advento da Lei n° 11.343/06, mas pelo Decreto n° 5.015/2004, que em 15.03.2004, promulgou a ratificação à Convenção de Palermo, determinando a incidência do art. 109, V, da CF. Sustenta que os atos praticados pelo Juízo Estadual, após a publicação do retro mencionado Decreto, são inexistentes, havendo o Juízo Federal, apenas continuado o processamento do feito, sem declarar os vícios existentes.

2.88. Não assiste razão à defesa, quando sustenta que a incompetência deu-se em razão do Decreto n° 5.015/2004, que promulgou a ratificação à Convenção de Palermo, determinando a incidência do art. 109, V, da CF.
2.89. Cabe lembrar, que os fatos objeto da denúncia 'aconteceram entre 1990 e 1993, quando não estava em vigor o Decreto n° 5.015/2004, que promulgou a ratificação à Convenção de Palermo.
2.90 Também deve ser ressaltado, que o apelante foi condenado pela prática do art. 14 da Lei n° 6368/76 (Associação para fins de tráfico de drogas e não por fazer parte de uma organização criminosa, nos termos definido pelo Decreto n° 5.015/2004.
2.91. Assim, não há como retroagir o Decreto, para considerar que o apelante fazia parte de uma organização criminosa, não imputada ao mesmo nem conceituada legalmente na época dos fatos de modo a justificar a competência da Justiça Federal.
2.92. A respeito do tema destaco o seguinte precedente do STF, na sua composição plenária, no sentido da impossibilidade da retroatividade do Decreto 5.015/2004, para abranger organizações criminosas, constituídas antes de 12/03/2004:
[...]
2.93. Ademais, ainda que assim não fosse, como já referido nos itens 2.9 a 2.17 deste parecer, não há nulidade há ser decretada em razão da anterior incompetência do Juízo Estadual, tanto em razão da ratificação dos atos decisórios, ainda que implícita, pelo Juízo Federal, bem como em razão da ausência demonstração de prejuízo.
2.94. Por fim cumpre mencionar, que o próprio STJ, quando examinou o Conflito de Competência n° 92.357/SC, afeto ao presente caso, reafirmou a competência da Justiça Federal, somente após a edição da Lei n° 11.343/06, quanto às ações relativas ao crime de tráfico de drogas:
TRAFICO INTERNACIONAL DE ENTORPECENTES COMETIDO ANTES DA VIGÊNCIA DA NOVEL LEI DE TÓXICOS (LEI 11.343/06). AÇÃO PENAL ORIGINARIAMENTE AJUIZADA PERANTE A JUSTIÇA ESTADUAL (ART. 27 DA LEI 6.368/76). ART. 70 DA NOVA LEI DE DROGAS. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL. IN APLICABILIDADE DO PRINCÍPIO DA *PERPETUATIO JURISDICTIONIS.*
1. Após a edição da Lei 11.343/06, as ações relativas ao crime de tráfico internacional de entorpecentes devem ser processadas e julgadas na Justiça Federal, não se aplicando o principio da perpetuatio jurisdictionis àquelas ajuizadas perante o Juízo Estadual, antes do advento da Novel Lei de Drogas, por se tratar de hipótese de competência em razão da matéria.
2. Conflito de competência conhecido para declarar-se competente o Juízo Federal da la Vara de Execuções Fiscais e Criminal e Juizado Especial Adjunto de Blumenau - Seção Judiciária de Santa Catarina, o suscitante. CONFLITO DE COMPETÊNCIA 92.357 - SC (2007/0278544-3) RELATOR: MINISTRO JORGE MUSSI
2.95. Nestes termos deve ser rejeitada a preliminar de nulidade".

Segundo se infere, a Corte federal considerou ser incabível a aplicação do

mencionado Decreto aos fatos objeto da denúncia, ocorridos entre 1990 e 1993: **1)** porque anteriores à edição da referida norma, sendo, desse modo, vedada sua retroatividade e **2)** porque o recorrente foi condenado pelo delito de associação para fins de tráfico de drogas, e não por fazer parte de organização criminosa, nos termos definido pelo Decreto n. 5.015/2004.

Entretanto, observa-se que o recorrente deixou de refutar tais alegações e apenas insistiu em afirmar a incompetência da justiça delegada estadual após a entrada em vigor do Decreto n. 5.015/2004, que promulgou a ratificação à Convenção de Palermo.

Tem-se, no ponto, desse modo, a incidência da Súmula 283/STF, segundo a qual é inadmissível o recurso quando a decisão recorrida está apoiada em mais de um fundamento suficiente, por si só, para mantê-la e o recurso não ataca todos eles.

Ilustrativamente:

> "[...] 1. A ausência de impugnação específica de fundamento suficiente para manter o acórdão local impede o conhecimento do recurso especial.
> Incidência das Súmulas n. 283 e 284 do STF.
> [...]
> 3. Agravo regimental desprovido."
> (AgRg no REsp 1.664.978/MS, de minha relatoria, QUINTA TURMA, julgado em 26/09/2017, DJe 06/10/2017.)
>
> "[...] 1. Em observância ao princípio da dialeticidade recursal, é dever do recorrente impugnar todos os fundamentos que sejam, por si sós, suficientes para manter a decisão recorrida, sob pena de incidência da Súmula 283 do STF. [...]"
> (AgRg no REsp 1.675.268/MG, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 14/09/2017, DJe 22/09/2017).

No que concerne ao alegado cerceamento de defesa por ausência de realização do duplo interrogatório do réu, também não assiste razão à defesa.

Como bem posto no acórdão impugnado, os atos processuais devem observar as leis vigentes ao tempo de sua realização (princípio do *tempus regit actum*), nos termos do disposto no art. 2º do CPP. Logo, correta a decisão que afastou a tese de nulidade, "porquanto a denúncia foi recebida em 24/4/2000, e os interrogatórios realizados no mês de julho do mesmo ano, anteriormente, por óbvio, à edição da Lei 10.409/02 e previsão de interrogatório prévio".

A seguir os julgados que respaldam esse entendimento:

> "[...] III - Portanto, não há que se falar em cerceamento de defesa na espécie por ausência de realização de novo interrogatório dos ora agravantes ao final da audiência de instrução e julgamento, pois o referido ato processual foi validamente realizado pelo Juízo processante antes do advento da novel legislação em observância ao rito procedimental vigente à época, não possuindo a lei processual penal efeito retroativo.
> [...]
> (AgRg no REsp 1.493.887/AM, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 20/06/2017, DJe 01/08/2017).

> "[...] 8. Todavia, se o interrogatório já se realizou - como na espécie dos autos -, ocorre a preclusão, não sendo possível a renovação do ato.
> Ademais, o réu foi interrogado em 10/10/2006, ou seja, antes da vigência da Lei n. 11.719/2008, que alterou o disposto no art. 400 do CPP. Sobre a matéria, a jurisprudência desta Corte Superior de Justiça, bem como a do Supremo Tribunal Federal, é firme no sentido de que "a Lei n. 11.719/2008, que deu nova redação ao art. 400 do CPP, porquanto lei processual penal, aplica-se desde logo, conforme os ditames do princípio tempus regit actum, sem prejudicar, contudo, a validade dos atos realizados sob a vigência da lei anterior, razão pela qual, já realizado o interrogatório do réu, não há obrigação de o ato ser renovado para cumprir as balizas da nova lei" (AgRg no AREsp 681.940/SP, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, DJe 29/6/2016). [...]"
> (REsp 1.659.662/CE, de minha relatoria, QUINTA TURMA, julgado em 06/04/2017, DJe 19/04/2017)

Por sua vez, a tese de nulidade da sentença por falta de motivação e por estar fundada em prova exclusivamente inquisitorial foi refutada nos seguintes termos:

> "Ressalto que o art. 155 do CPP vede apenas a fundamentação exclusiva em prova inquisitorial, o que não ocorreu na hipótese.
> De outra parte, não há confundir fundamentação sucinta, em que há análise dos elementos contidos nos autos è exposição breve das razões do convencimento, com ausência de fundamentação.
> Segundo Ada Pelligrini Grinover, a falta de motivação pode consistir: "a) na omissão das razões do convencimento; b) em erro lógico-jurídico, de modo que as premissas de que se extraiu a decisão possam ser consideradas sicut non essent, ou as conclusões não decorram logicamente das premissas (carência de motivação intrínseca); c) na omissão de fato decisivo para o juízo (carência de motivação extrínseca)" (As Nulidades no Processo Penal. 10ª ed. São Paulo: RT, 2008).
> Entretanto, nenhuma dessas circunstâncias se evidencia no caso, pois, em que pese não ter elencar os dados sobre a situação financeira de cada acusado, a sentença encontra-se fundamentada.!
> Corroborando o entendimento, a manifestação da Procuradoria Regional da República (fls. 1561-verso).
> "c) Nulidade da sentença por fundamentação em prova indiciária e ausência de fundamentação quanto aos arts. 12 je 14 da Lei n° 6.368/76.
> 2.102. A alegação de suposta nulidade atinente ao fato de a sentença ter-se baseado em mera prova indiciária ou por ausência de fundamentação não subsiste. Para tanto, reporto-me ao examinado nos itens 2.24 e 2.97 deste parecer, que trata da autoria e da materialidade, 'onde resta claro, que além das provas colhidas durante o inquérito policial subsidiaram a condenação, devidamente fundamentada, as provas, colhidas durante a instrução judicial. Após, adentrar-se-à novamente nestes temas, porque afetos também à questão do mérito.
> 2.103.Não deve ser olvidado, que o art 155 do CPP, somente veda que o juiz fundamente "sua decisão exclusivamente nos elementos

> informativos colhidos na investigação", não proibindo a utilização de elementos colhidos nos inquérito policial, quando corroborados por elementos probatórios produzidos em juízo, sob o crivo do contraditório.
> 2.104.Neste norte é a pacífica jurisprudência do',STF, como se evidencia a partir da análise das ementas dos seguintes julgados:
> [...]"

A decisão impugnada está em consonância com a jurisprudência desta Corte e não merece reparo.

O art. 155 do Código de Processo Penal preconiza estar vedada a condenação do réu fundada exclusivamente em elementos de informação colhidos durante o inquérito e não submetidos ao crivo do contraditório e da ampla defesa, ressalvadas as provas cautelares e não repetíveis. Entretanto, segundo reiterada jurisprudência desta Corte, em atendimento ao princípio da livre persuasão motivada, tais provas, desde que corroboradas por elementos de convicção produzidos na fase judicial, podem ser valoradas na formação do juízo condenatório, **como ocorreu no caso concreto**.

Da leitura do acórdão impugnado, constata-se que, embora os fatos apurados nestes autos sejam oriundos "de investigação levada a cabo pela polícia norte-americana para desbaratar associação criminosa, formada originariamente por indivíduos seus nacionais, [...] voltada à produção de 3,4METILENODIOXIMETANFETAMINA, ou MDMA, inicialmente em solo americano, posteriormente no México, com passagem no Panamá, até iniciar atividades no Brasil", há outras **provas documentais** e **testemunhais** colhidas judicialmente, que comprovam o envolvimento do recorrente na associação criminosa e na prática do tráfico de entorpecentes.

Segundo consta, o recorrente consentia na utilização das empresas Capita e, posteriormente, Indufina para a produção de MDMA, conhecido como ecstasy, "através de processo dividido em fases, com vínculo estável e permanente entre os agentes para tal fim, entre estes incluídos os denunciados estrangeiros".

O acórdão destaca, ainda, a apreensão de expressiva quantidade de matéria prima utilizada para a produção da droga nas empresas referidas, assim como de certa quantidade de droga encontrada na posse de um funcionário.

Vejamos:

> Ressalto que, em 11/02/93, foram apreendidos nas instalações da Indufina 4 tonéis de 180 litros de óleo de sassafrás, 1 tonel de 180 litros de óleo fase 2, 2 galões de 15 litros de óleo fase 4, 1 galão de 15 litros de óleo fase 5 e 1 garrafão de vidro de 5 litros com substância inominada (fl. 19).
> As fls. 509/512, foi juntado o laudo pericial respectivo, que explicita que o óleo de sassafrás é a principal matéria-prima na produção de MDMA e de outros compostos análogos, por conter de 75% a 80% de safrol, substância que fornece o esqueleto básico de carbono da molécula do alucinógeno; que os óleos 2 e 4 são produtos intermediários no processo de síntese utilizado; e que os testes no óleo 5 revelaram tratar-se de 3,4METILENODIOXIMETANFETAMINA, sob a forma de solução

> oleosa concentrada, substância alucinógena de uso proscrito no Brasil.
> Mais um elemento a comprovar a atividade criminosa na empresa é o fato de, no dia anterior à apreensão em Indaial/SC' - 10/02/93, Benedito Queiroz e Orlando Farias, funcionários da Indufina, terem sido presos em flagrante, em chácara localizada em Pedreiras/SP, mantendo em depósito 800g de MDMA na forma de pó e 10,5 litros como solução oleosa (fase óleo 5 - fls. 120 e 402/406).

Relata, também, que "as testemunhas de acusação, na quase totalidade funcionários da Capita/Indufina, também deixam claro que a Capita fabricava o mesmo tipo de produto que a Indufina, que houve apenas mudança de nome na empresa, e revelam que o cheiro de produto químico exalado era enorme, tendo, inclusive, uma delas, Pedro Rucoski, pedido demissão em vista disso. Ainda, fazem referência à presença constante de Carina (Kelly), Franz, Timothy (Tim), David e Carlo (Daniel) no laboratório da empresa e ao fato de haver apenas entrada de produtos e equipamentos e nenhuma saída."

Concluiu:

> Com efeito, não é crível que uma associação criminosa, como a noticiada pelos relatórios da Interpol e da polícia norte-americana, fosse instalar uma fábrica no Brasil, investindo alto em equipamentos e matéria-prima, com animus duradouro, e arriscasse tudo constituindo a empresa de fachada com terceiros que desconhecessem inteiramente o negócio, correndo o risco de a qualquer momento perderam a produção e/ou serem denunciados às autoridades locais.
> Ressalto que, embora inexistam elementos implicando diretamente Ingo e Engelberto no processo de síntese da droga ou na sua exportação, não podendo ser responsabilizados pela prática do ilícito inscrito no art. 12, caput, da Lei 6.368/76, há elementos bastantes demonstrando que, conscientemente, consentiram que a empresa por eles constituída e administrada fosse utilizada para o tráfico internacional de entorpecentes, enquadrando sua conduta no inciso II do § 2º do art. 12.

Nessa diapasão, é "Incabível o reconhecimento da violação do art. 155 do CPP se a condenação dos agravantes não está lastreada, com exclusividade, em elementos de informação colhidos em inquérito policial de natureza inquisitorial" (AgRg nos EDcl no REsp 1759923/RS, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 07/02/2019, DJe 20/02/2019).

Em relação à suposta ocorrência de *mutatio libelli*, observa-se que tal tema não foi objeto de debate no acórdão recorrido, explícita ou implicitamente, nem a parte interessada opôs embargos de declaração a fim de suprir tal omissão. Desse modo, neste ponto, incidem à espécie às Súmulas 282 e 356 do Supremo Tribunal Federal, abaixo transcritas:

> Súmula 282/STF: "É inadmissível o recurso extraordinário, quando não ventilada, na decisão recorrida, a questão federal suscitada."
>
> Súmula 356/STF: "O ponto omisso da decisão, sobre o qual não

> foram opostos embargos declaratórios, não pode ser objeto de recurso extraordinário, por faltar o requisito do prequestionamento."

No que concerne à suposta contrariedade do art. 59 do CP, não cabe prosperar o inconformismo do recorrente.

O Tribunal de origem manteve a pena-base acima do mínimo legal em decisão suficientemente motivada:

> "Os réu se insurgem conta a valoração negativa da culpabilidade, das circunstâncias do crime e das consequências do crime.
> Em relação à culpabilidade (vetorial de caráter subjetivo), a sentença examinou a situação pessoal de cada um dos réus, considerando que Engelberto é advogado e Ingo é advogado e contador, revelando culpabilidade acentuada que ensejou a valoração dessa vetorial.
> Com efeito, os réus são profissionais com formação superior, ambos advogados, e Ingo também é contador.
> [...]
> O envolvimento dos advogados na criminalidade organizada para a produção e tráfico internacional de substâncias entorpecentes é circunstância extremamente grave que justifica a exasperação das penas nos termos da sentença.
> Quanto às circunstâncias do crime, vetorial de caráter eminentemente objetivo comum a ambos os sentenciados, mantenho igualmente o julgamento de desfavorabilidade, em face de todo o conjunto de ações e de planejamento da empreitada criminosa, ousada e pioneira no Brasil, inclusive mediante a constituição de empresa de fachada para ocultar as atividades ilícitas.
> As consequências são gravíssimas, nada havendo a acrescentar aos fundamentos da sentença, que consignou "...embora não se possa auferir com precisão a quantidade de droga produzida, decerto, esta foi de grande monta , à vista da quantidade de insumos que adentrava na empresa e o considerável período em que esta funcionou (só para se ter uma idéia, na época da prisão dos comparsas nos Estados Unidos, já estavam prontos 40 quilos de MDMA no Brasil e 30 quilos no México para distribuição nos Estados Unidos (destaquei) conforme se observa no documento das fls. 327-352, à fl. 352) e, se a quantidade de droga produzida e colocada no mercado foi vultosa, as consequências daí resultantes foram, inegavelmente, de imensurável malefício, eis que em detrimento de infindável número de pessoas vulneráveis à droga (criança, adictos, etc) e de famílias brasileiras e estrangeiras, enfim, de toda a sociedade que sente os nefastos consectários oriundos da mercancia e do tráfico de drogas, tais quais, as produzidas pelos acusados".
> Com relação ao *quantum* de aumento da pena-base, prevalece neste Tribunal um critério de proporcionalidade matemática, segundo o qual, em regra, cada judicial considerada negativa implica no aumento de um oitavo da diferença entre o mínimo da pena em abstrato e o termo médio. Tal critério leva em conta a previsão de oito circunstâncias judiciais no art. 59 do CP, aliado ao entendimento de que, em casos de predomínio de judiciais desfavoráveis, a pena-base deve se situar no termo médio, apurado mediante a soma do mínimo e do máximo em abstrato.
> [...]

> No caso, três das oito circunstâncias são extremamente negativas, conforme a fundamentação exposta, justificando a exasperação em patamar superior ao usualmente aplicado em casos em que não se revestem de tamanha gravidade.
> Portanto, mantenho a fixação da pena-base de ambos os réus, para o crime de **tráfico** em **7 anos de reclusão** [...] e para o crime de **associação para o tráfico**, em **6 anos de reclusão** [...].

Como é cediço, a individualização da pena é uma atividade vinculada a parâmetros abstratamente cominados na lei, sendo, contudo, permitido ao julgador atuar discricionariamente na escolha da sanção penal aplicável ao caso concreto, após o exame percuciente dos elementos do delito, e em decisão motivada. Dessarte, às Cortes Superiores é possível, apenas, **o controle da legalidade e da constitucionalidade na dosimetria**.

Adotado o sistema trifásico pelo legislador pátrio, na primeira etapa do cálculo, a pena-base será fixada conforme a análise das circunstâncias do art. 59 do Código Penal. Tratando-se de condenado por delitos previstos na Lei de Drogas, o art. 42 da referida norma estabelece a preponderância dos vetores referentes a quantidade e a natureza da droga, assim como a personalidade e a conduta social do agente sobre as demais elencadas no art. 59 do Código Penal.

No caso, o Tribunal de origem considerou a maior culpabilidade do recorrente, decorrente do seu alto grau de instrução e da facilidade propiciada pela sua profissão para o cometimento dos delitos, assim como o *modus operandi*, o grau de sofisticação e de produtividade do grupo criminoso no comércio ilícito de entorpecentes, o que são fundamentos válidos para o agravamento da pena.

Confira-se:

> "PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. LATROCÍNIO NA FORMA TENTADA. DOSIMETRIA DA PENA. REPRIMENDA BÁSICA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. QUANTUM DE AUMENTO DA PENA-BASE. ALEGADA DESPROPORCIONALIDADE. PREQUESTIONAMENTO. AUSÊNCIA. FRAÇÃO DE 1/6 (UM SEXTO) DE AUMENTO POR CADA VETOR JUDICIAL DESFAVORÁVEL. PROPORCIONALIDADE E RAZOABILIDADE. REVISÃO DA FRAÇÃO APLICADA PELA TENTATIVA. IMPOSSIBILIDADE. INCIDÊNCIA DA SÚMULA N. 7/STJ.
> 1. A dosimetria da pena está inserida no âmbito de discricionariedade regrada do julgador, estando atrelada às particularidades fáticas do caso concreto e subjetivas dos agentes, elementos que somente podem ser revistos por esta Corte em situações excepcionais, quando malferida alguma regra de direito.
> 2. No caso, o acórdão recorrido se firmou em fundamentos suficientes e idôneos para exasperar a pena-base, valorando negativamente a culpabilidade e as circunstâncias do delito. Com efeito, a Corte estadual apontou elementos concretos aptos a justificar a exasperação da pena-base em razão dessas circunstâncias judiciais, sobretudo diante do alto desvalor de sua conduta e de uma maior gravidade, pois "a vítima foi atingida por, pelo menos, três golpes de arma branca (faca), o que, à evidência,

> gera maior repulsa, ficando, segundo o laudo de exame de corpo de delitos, com lesões em diversas regiões do corpo (paraesternal direita, axilar média, região espondiléia, lombar alta direita, ombro esquerdo, joelho direito e região torácica lateral direita), gerando-lhe franco risco de morte, em razão de um pneumotórax, com necessidade de drenagem torácica, por conta da perda da função pulmonar, chegando, inclusive, a ficar sete dias hospitalizada" (e-STJ fl. 175), e, "para ter acesso ao interior da residência da vítima, o réu teve que escalar um muro, segundo laudo técnico pericial, de 2,30m de altura, o que, por si só, já demonstra um esforço incomum, além de arrombar a porta principal da residência. Além disso, os fatos ocorreram por volta das 5h00 da manhã, ou seja, ainda de madrugada, sendo o ofendido colhido enquanto ainda estava deitado na cama, fato que, sem dúvidas, reduziu consideravelmente sua capacidade defensiva" (e-STJ fl. 176).
> 3. No tocante à alegação de que "o Douto magistrado de piso utilizou-se do critério matemático no momento da fixação da pena-base do recorrente" (e-STJ fl. 203), verifica-se que essa tese não foi discutida pelo acórdão recorrido, inexistindo o requisito do prequestionamento. Incidência das Súmulas n. 282 e 356/STF.
> 4. Outrossim, anote-se que a jurisprudência desta Corte Superior de Justiça é firmada no sentido de que é proporcional a fração de 1/6 (um sexto) para cada vetorial negativa considerada no cálculo da pena-base. Precedentes.
> 5. Nos termos da jurisprudência deste Tribunal Superior, "a avaliação do iter criminis percorrido pelo agravante, para que seja aplicado o grau máximo da fração pela tentativa, enseja o revolvimento de fatos e provas, vedado no recurso especial, conforme Súmula n. 7 do STJ" (AgRg no REsp n. 1.480.639/DF, relator Ministro Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, DJe 13/6/2016).
> 6. Agravo regimental desprovido.
> (AgRg no AREsp 1.403.710/TO, Rel. Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 26/02/2019, DJe 13/03/2019)

Outrossim, quanto à alegada ofensa ao art. 29, § 1º, do Código Penal, o Tribunal de origem assentou que a participação do recorrente "na empreitada delituosa foi relevante nos termos de toda a fundamentação expendida no voto do Relator, incorrendo nas penas cominadas na medida de sua culpabilidade, bem dosada na sentença".

Portanto, "a análise acerca do reconhecimento da participação de menor importância demandaria novo exame das provas e fatos deste feito, o que não se admite no julgamento do recurso especial, a teor do disposto na Súmula 7 deste Superior Tribunal de Justiça" (AgRg no REsp 1.620.209/RS, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 09/03/2017, DJe 16/03/2017).

No mesmo sentido:

> "PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ROUBO MAJORADO. PLEITOS DE ABSOLVIÇÃO OU RECONHECIMENTO DE PARTICIPAÇÃO DE MENOR IMPORTÂNCIA. REEXAME DE PROVAS. IMPOSSIBILIDADE. INCIDÊNCIA DA SÚMULA N. 7/STJ. 1. Para a análise da tese recursal, de que o agravante não teria

> cometido o delito de roubo ou de que sua participação na ação criminosa foi de menor importância, mostra-se, no caso, imprescindível o reexame dos elementos fático-probatórios dos autos, o que é defeso em âmbito de recurso especial, em virtude do disposto na Súmula n. 7 desta Corte. Precedente.
> 2. Agravo regimental desprovido."
> (AgRg no AREsp 1.151.572/DF, Rel. Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 27/02/2018, DJe 08/03/2018)

Por fim, o reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva estatal foi negado sob o argumento de que "a atenuante etária, assim como a contagem diferenciada do prazo prescricional, somente se aplica ao réu que tiver 70 anos de idade na data da sentença (o que não é o caso do apelante, nascido em 5/11/41".

E, de fato, "a jurisprudência desta Casa se assenta na orientação de que a redução do prazo prescricional à metade, com base no art. 115 do Código Penal, aplica-se aos réus que atingirem a idade de 70 anos até a primeva condenação, tenha ela se dado na sentença ou no acórdão, situação que não ocorreu na hipótese" (AgRg nos EDcl no AREsp 491.258/TO, Rel. Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 07/02/2019, DJe 26/02/2019; AgInt no AREsp 1361717/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, SEXTA TURMA, julgado em 12/03/2019, DJe 29/03/2019).

Ante o exposto, nos termos do art. 34, XVIII, "a" e "b", do RISTJ **conheço em parte** do recurso especial e, nesta extensão, **nego-lhe** provimento.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília (DF), 15 de abril de 2019.

MINISTRO RIBEIRO DANTAS
Relator