AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.451.038 - SP (2019/0050695-6)

RELATOR	**:**	**MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
AGRAVANTE	:	RAFAEL DE SOUZA FONTOURA
ADVOGADO	:	DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO
AGRAVADO	:	MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

DECISÃO

Trata-se de agravo interposto por RAFAEL DE SOUZA FONTOURA contra decisão que inadmitiu o recurso especial, fundamentado na alínea "a" do permissivo constitucional, contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Consta nos autos que o agravante foi denunciado como incurso nas sanções do art. 33, § 1º, inciso I, c/c art. 40, inciso I, ambos da Lei n. 11.343/2006, por ter encomendado da Holanda, via correios, 103 comprimidos de *Ecstasy*. Sobreveio sentença que julgou extinta a punibilidade do acusado, fundamentando ter ocorrido a prescrição da pretensão punitiva estatal, com fulcro no art. 30 da Lei n. 11.343/2006 e art. 107 e seguintes do CP, por ter considerado a ocorrência do delito tipificado no art. 28 da Lei n. 11.343/2006.

Irresignado, o *Parquet* interpôs recurso em sentido estrito, pleiteando a reforma da sentença de primeiro grau para considerar que o agravante praticou o delito tipificado no art. 33, § 1º, inciso I, c/c, art. 40, inciso I, ambos da Lei 11.343/2006.

Em grau de apelação, o Tribunal *a quo* deu parcial provimento ao recurso em sentido estrito do Ministério Púbico para alterar a capitulação do crime, conforme os termos da seguinte ementa (e-STJ fl. 238):

> *PENAL E PROCESSUAL PENAL. RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. ART. 28, 33 E 40 DA LEI N° 11.343/2006. TRÁFICO DE DROGAS. CONSUMO PESSOAL. IMPORTAÇÃO. MERCANCIA DA SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE. ALTERAÇÃO DA CAPITULAÇÃO JURÍDICA.*
>
> *1. O réu, tanto na fase inquisitiva quanto em juízo, afirmou*

> *categoricamente que adquirira os comprimidos de ecstasy, provenientes da Holanda, através do site Deepweb. Em sede policial, aduziu ter efetuado o pagamento através do sistema de bitcoins. Em juízo, modificou a sua versão, informando que pagou cerca de R$ 2.500,00 (dois mil e quinhentos reais) pela droga.*
>
> *2. Conclui-se que o acusado praticou o crime de tráfico na modalidade importar, tendo em vista que o art. 28 da Lei n° 11.343/2006 não descreve tal conduta e que a mercancia da substância entorpecente é irrelevante para a caracterização do crime de tráfico. Precedentes.*
>
> *3.* ***Efetuada a alteração da capitulação jurídica atribuída pelo juízo de origem, pois os fatos narrados na denúncia amoldam-se ao tipo penal previsto no art. 33, caput, c.c. art. 40, ambos da Lei n° 11.343/2006.***
>
> *4. Não é possível condenar o réu, como requer o Parquet, tendo em vista que a sentença proferida pelo juízo de origem não absolveu o acusado, mas declarou extinta a punibilidade em razão do reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva.*
>
> *5. Recurso parcialmente provido.*

Nas razões do presente apelo nobre, a defesa alega violação do artigo 28, *caput*, da Lei n. 11.343/2006, sustentando que a encomenda dos entorpecentes, feita no exterior, seria para consumo próprio.

Aponta que "não há qualquer contradição nos depoimentos do acusado, uma vez que em sede policial ele disse que adquiriu a droga através de *bitcoins* e em juízo ele apenas efetuou a conversão do valor em *bitcoins* dispendido para o equivalente em reais." (e-STJ fl. 248).

Aduz, ainda, que "aduziu o v. acórdão que a modalidade "importar" não está elencada dentro dos núcleos contidos no artigo 28 da Lei de Drogas, enquanto que o artigo 33 da mesma Lei, prevê tal conduta. Tal situação, portanto, estaria a atrair a incidência do artigo 33, referente ao tráfico. Todavia, o artigo 28 contempla modalidade que se encaixa perfeitamente ao caso em tela, consubstanciada no núcleo "adquirir". Adquirir consiste em "tornar-se proprietário", "passar a ter ou obter", enquanto "importar" consiste em "trazer de outro país, estado ou município". Note-se, portanto, que, em

última análise, o conteúdo dos núcleos são similares, chegando até a se confundir. Sendo, assim, plenamente aplicável o artigo 28 ao caso em tela, vez que o recorrente adquiriu a droga." (e-STJ fl. 248).

Sustenta que a grande quantidade de ECSTASY adquirida no exterior seria para estoque e para que o agravante não dependesse das drogas vendidas no Brasil.

Requer o provimento do recurso especial para a reforma do acórdão a fim de que os autos não sejam devolvidos ao juízo de primeiro grau para reforma da sentença.

Apresentadas as contrarrazões, (e-STJ, fls. 254/270), o recurso foi inadmitido, alegando o Tribunal *a quo* encontrar óbice no enunciado n. 7 da Súmula do STJ (e-STJ, fls. 272/274).

No presente agravo, assevera a defesa que não se trata de reexame, mas de revaloração de provas. No mais, repetiu os termos trazidos no recurso especial.

O Ministério Público Federal, instado a se manifestar, opinou pelo não provimento do inconformismo, conforme ementa transcrita a seguir (e-STJ, fls.314):

> *PENAL. PROCESSO PENAL. AGRAVO CONTRA DECISÃO QUE NÃO ADMITIU RECURSO ESPECIAL FUNDADO NA ALÍNEA ''A'' DO PERMISSIVO CONTITUCIONAL. TRÁFICO DE DROGAS. PLEITO PELA MANUTENÇÃO DA SENTENÇA DE PRIMEIRO GRAU QUE CONSIDEROU A APLICAÇÃO DO ARTIGO 28, DA LEI 11.343/2006. IMPOSSIBILIDADE. IMPORTAÇÃO DE GRANDE QUANTIDADE DE "ECSTASY" QUE TRANSPASSAM O MERO CONSUMO. REANÁLISE FÁTICO PROBATÓRIA. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 07/STJ. PELO NÃO CONHECIMENTO E DESPROVIMENTO DO AGRAVO.*
>
> *1.O agravante pretende, em suma, a cassação do acórdão recorrido, por considerar que houve negativa de vigência de lei federal pelo Tribunal da Origem, ao dar parcial provimento ao recurso em sentido estrito da acusação, quanto ao afastamento do art. 28, da Lei n.° 11.343/06.*

> *2.Verifica-se dos autos que, foram apreendidos o total de 103 comprimidos de substância conhecida como ecstasy, assim como, demonstrado o caráter mercantil da droga, que ultrapassa o uso pessoal, pois, no caso em análise, o ora agravante, encontrava-se desempregado e, mesmo dependente dos irmão e da madrasta, arcou com a despesas de aproximadamente R$ 2.500,00 (dois mil e quinhentos reais), além, é claro, do tipo penal previsto no art. 28, da Lei de Antitóxicos, não comportar a modalidade de importar.*
>
> *3. Hipótese que o Tribunal de origem indeferiu a desclassificação do crime de tráfico de drogas para o de uso pessoal em virtude das circunstâncias do caso, sendo que a pretendida revisão do julgado implicaria o reexame do material cognitivo produzido nos autos, insuscetível de ser realizada na estreita via do especial, nos termos da Súmula 7/STJ 4. O Ministério Público Federal manifesta-se pelo não conhecimento do agravo em recurso especial e, caso conhecido, pelo seu desprovimento.*

É o relatório. **Decido.**

O recurso é cabível, tempestivo e foram devidamente impugnados os fundamentos da decisão agravada, motivo pelo qual conheço do agravo em recurso especial.

No mérito, verifico que a irresignação não merece prosperar.

Acerca do tema trazido à discussão no apelo nobre, assim restou assentado pela Corte *a quo* (e-STJ fls. 236/):

> *Da análise dos autos, no entanto, concluo de modo diferente. O réu, tanto na fase inquisitiva quanto em juízo (fls. 68 e 118, respectivamente), afirmou categoricamente que adquirira os comprimidos de ecstasy, provenientes da Holanda, através do site Deepweb. Em sede policial, aduziu ter efetuado o pagamento através do sistema de bitcoins. Em juízo, modificou a sua versão, informando que pagara cerca de R$ 2.500,00 (dois mil e quinhentos reais) pela droga.* ***Conclui-se daí que o acusado praticou sim o crime de tráfico na modalidade importar, tendo em vista que o art. 28 da Lei n° 11.343/2006 não descreve tal conduta e que a mercancia da substância entorpecente é irrelevante para a caracterização do crime de tráfico.***
>
> *(...)*

> ***Desse modo, altero a capitulação jurídica atribuída pelo juízo a quo, pois os fatos narrados na denúncia amoldam-se ao tipo penal previsto no art. 33, caput, c.c. art. 40, ambos da Lei n° 11.343/2006. Não é possível condenar o réu, como requer o Parquet, tendo em vista que a sentença proferida pelo juízo de origem não absolveu o acusado, mas declarou extinta a punibilidade em razão do reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva.*** *Pelo exposto, DOU PARCIAL PROVIMENTO ao recurso em sentido estrito para reformar a sentença, determinando o retorno dos autos à Vara de origem para que seja proferida nova sentença, observando-se o quanto ora decidido.*

Ora, concluindo o Tribunal de origem, soberano na análise das circunstâncias fáticas da causa, que a conduta imputada ao agravante melhor se adequada ao tipo penal do art. 33, *caput*, c.c. art. 40, ambos da Lei n° 11.343/2006, chegar a entendimento diverso, implica em exame aprofundado do material fático-probatório, inviável em recurso especial a teor da Súm. n. 7 do STJ.

Nesse sentido:

> *AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS (ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/06). PLEITO ABSOLUTÓRIO. INSUFICIÊNCIA PROBATÓRIA. PROVAS COLHIDAS EM INQUÉRITO POLICIAL EM COTEJO COM OUTRAS ANGARIADAS EM SEDE JUDICIAL. POSSIBILIDADE. REEXAME DE PROVAS. NÃO CABIMENTO.*
>
> *1. Conforme jurisprudência desta Corte, é possível a condenação baseada em provas colhidas em sede de inquérito policial, desde que ratificada pela prova judicializada.*
>
> *2. Na hipótese, as instâncias de origem rejeitaram o pleito absolutório com base em provas colhidas durante o inquérito policial em conjunto com outras provas orais produzidas em sede judicial, não havendo que se falar em ilegalidade a ser sanada por esta via.*
>
> ***3. As instâncias de origem, a partir da análise do arcabouço probatório existente nos autos, concluíram pela suficiência de elementos para atestar a autoria delitiva assestada ao denunciado, de modo que a desconstituição do julgado, no intuito de abrigar o pleito defensivo absolutório, ou a desclassificação do delito, não encontra espaço na via eleita,***

porquanto seria necessário a este Tribunal Superior de Justiça aprofundado revolvimento do contexto fático-probatório, providência incabível em Recurso Especial, tendo em vista o óbice da Súmula 7 desta Corte.

CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006. FIXADA EM 1/6 (UM SEXTO). FUNDAMENTAÇÃO SUFICIENTE. IMPOSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO NO PATAMAR MÁXIMO. ELEVADA QUANTIDADE DE DROGA APREENDIDA. MITIGAÇÃO INFERIOR AO MÁXIMO ACERTADA. RECURSO NÃO PROVIDO

1. Para a incidência do redutor previsto no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/06, é necessário o preenchimento dos requisitos legais: a) o agente seja primário; b) com bons antecedentes; c) não se dedique às atividades delituosas; e d) não integre organização criminosa.

2. Não há ilegalidade na aplicação do redutor mínimo de 1/6 (um sexto), de acordo com o previsto nos arts. 42 da Lei 11.343/06, em razão da considerável quantidade da substância entorpecente apreendida - 1.070 gramas de maconha.

3. Agravo regimental desprovido. (AgRg no AREsp 933.853/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 25/09/2018, DJe 03/10/2018)

PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. CRIMES DE POSSE DE ARTEFATO EXPLOSIVO E TRÁFICO DE DROGAS. DESCLASSIFICAÇÃO PARA O DELITO DO ART. 28 DA LEI N. 11.343/2006. REEXAME DO ACERVO FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7 DO STJ. PREQUESTIONAMENTO. AUSÊNCIA. POSSIBILIDADE DE EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA. AGRAVO NÃO PROVIDO.

1. Para alterar a conclusão a que chegaram as instâncias ordinárias e decidir pela desclassificação do crime de tráfico de drogas para o do artigo 28 da Lei n. 11.343/2006 demandaria, necessariamente, revolvimento do acervo fático-probatório delineado nos autos, procedimento que encontra óbice na Súmula 7/STJ, que dispõe: "A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial."

2. A tese de preliminar de nulidade da sentença no tópico em que o Juízo sentenciante condenou o recorrente pelo delito do do art. 16, parágrafo único, III, da Lei n. 10.826/03, não foi enfrentada pelo Tribunal a quo. Assim, a matéria que não foi ventilada no acórdão recorrido e não foi objeto de embargos de

> *declaração carece do necessário prequestionamento, recaindo à espécie a Súmula 282 do STF, que transcrevo: "É inadmissível o recurso extraordinário, quando não ventilada, na decisão recorrida, a questão federal suscitada."*
>
> *3. Diante da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal, nos autos do HC 126.292/SP, ficou assente que, esgotadas as instâncias ordinárias, a interposição de recurso especial não obsta a execução da decisão penal condenatória.*
>
> *4. Agravo regimental não provido.* (AgRg no AREsp 1201009/DF, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 03/05/2018, DJe 11/05/2018)

Ante o exposto, com fundamento no art. 253, II, "c" do RISTJ, **conheço do agravo, para negar provimento** ao recurso especial.

Intimem-se.

Brasília (DF), 03 de junho de 2019.

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator