

Superior Tribunal de Justiça

AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.579.798 - PB (2019/0266439-2)

RELATOR : **MINISTRO JORGE MUSSI**
AGRAVANTE : IVAN SEBASTIAO DE BARROS
ADVOGADO : JOSE ALBERTO BATISTA MARTINS - PB015761
AGRAVANTE : DIEGO ERNESTO PEREIRA DE BARROS
ADVOGADO : EDSON JORGE BATISTA JUNIOR - PB015776
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA PARAÍBA

DECISÃO

Trata-se de agravo manejado por IVAN SEBASTIÃO DE BARROS de decisão do Tribunal de Justiça do Estado da Paraíba que não admitiu recurso especial interposto contra o acórdão da Apelação n. 0008119-73.2014.815.2003.

Consta dos autos que o Juízo da 3ª Vara Regional de Mangabeira, na Comarca de João Pessoa, condenou IVAN SEBASTIÃO DE BARROS, DIEGO ERNESTO PEREIRA DE BARROS e RICARDO BAROBSA DE SOUSA, pela prática da conduta tipificada no art. 158, § 1º (primeira parte), do Código Penal. Os dois primeiros, a 6 anos e 8 meses de reclusão e ao pagamento de 40 dias-multa. O último, a 6 anos, 2 meses e 20 dias de reclusão e ao pagamento de 30 dias-multa (e-STJ fls. 786-809). A sentença fixou o regime semiaberto para início de cumprimento da pena.

O TJPB deu parcial provimento à apelação de IVAN SEBASTIÃO DE BARROS, para reduzir a reprimenda para 2 anos e 8 meses de reclusão, em regime inicial aberto, e ao pagamento de 6 dias-multa, em acórdão assim ementado (e-STJ fls. 959-962 e 978-1.006):

APELAÇÃO CRIMINAL. EXTORSÃO. CONCURSO DE PESSOAS. CRIME FORMAL E INSTANTÂNEO. AUTORIA E MATERIALIDADE INCONTROVERSAS. CONDENAÇÃO. ABSOLVIÇÃO DO MESMO DELITO REFERENTE A OUTRA VÍTIMA. RECURSOS DISTINTOS. FLAGRANTE PREPARADO. INOCORRÊNCIA. NULIDADE REJEITADA. PLEITOS ABSOLUTÓRIOS. DESCABIMENTO. RECONHECIMENTO DA FORMA TENTADA. POSSIBILIDADE. ITER CRIMINIS REDUZIDO. MANUTENÇÃO DE UM DOS RÉUS NO CARGO PÚBLICO E APLICAÇÃO DE SURSIS. PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS LEGAIS. PROVIMENTO PARCIAL DO PRIMEIRO E SEGUNDO APELO.

- A campana realizada por policiais a espera do flagrante não configura o flagrante preparado, por inexistir instigação, tampouco preparação do ato, mas apenas o exercício pelos milicianos de vigilância na conduta do agente criminoso, à espera da prática da infração penal.

- STJ: "Hipótese em que a vítima não se submeteu à vontade do criminoso, procurando a Delegacia de Polícia tão logo recebeu a mensagem encaminhada, via celular, pelo autor do crime, impondo-se o reconhecimento da forma tentada, em sua fração

Superior Tribunal de Justiça

máxima, ante o reduzido iter criminis." (Habeas Corpus nº 410.220/PB (2017/0187747-1), 5ª Turma do STJ, Rel. Reynaldo Soares da Fonseca. DJe 23.02.2018).

- O caso em deslinde trata-se de crime contra o patrimônio, e não contra a administração pública, de que modo descabe a decretação da perda do cargo. Além do mais, o fato narrado nos autos constitui um fato isolado na vida do réu.

- Preenchidos os requisitos estatuídos no art. 77 do CP, concede-se ao recorrente o benefício do sursis, ficando suspensa a execução da pena pelo prazo de 02 (dois) anos, em condições a serem fixadas oportunamente pelo Juízo da Execução.

3ª APELAÇÃO CRIMINAL. EXTORSÃO. ARGUIÇÃO DE NULIDADE. ABSOLVIÇÃO E CONDENAÇÃO POR FATOS NÃO DESCRITOS NA DENÚNCIA. PRINCÍPIO DA CORRELAÇÃO. PRELIMINAR ACOLHIDA. PROCEDÊNCIA DO PEDIDO. PROVIMENTO DO RECURSO.

- Uma vez que o recorrente foi denunciado, apenas, pelo crime de extorsão referente a uma das vítimas e, como na sentença, todos os acusados foram absolvidos por este delito, nula encontra-se a sentença que o condena, também, pelo delito em face da outra vítima, por inexistir na peça acusatória os fatos usados na sentença para condená-lo.

- É nula a sentença, apenas, quanto a condenação do recorrente, por ter sido condenado em razão de fatos diversos dos descritos na peça acusatória.

Os embargos de declaração foram rejeitados (e-STJ fls. 1.009-1.012 e 1.024-1.030).

No recurso especial (e-STJ fls. 1.050-1.062), IVAN SEBASTIÃO aponta violação dos arts. 29 e 77, § 2º, do CP, em resumo, porque a fração de redução pela tentativa (art. 14, II, do CP) deveria ter sido a de um dos corréus, tendo em vista o mesmo iter criminis percorrido. Acrescenta, subsidiariamente, que lhe deveria ter sido concedido sursis humanitário, em razão de seu precário estado de saúde.

Em juízo prévio de admissibilidade (e-STJ fls. 1.125-1.126), o TJPB não admitiu o recurso especial pela Súmula n. 7/STJ.

Neste agravo (e-STJ fls. 1.164.1.176), o recorrente sustenta que o óbice de admissibilidade não se aplicaria ao caso.

Requer o acolhimento do agravo, a fim de que seja admitido e provido o recurso especial.

Contraminuta às e-STJ fls. 1.192-1.199.

Em parecer (e-STJ fls. 1.228-1.230), o Ministério Público Federal opinou pelo desprovimento da insurgência.

É o relatório.

Devidamente impugnada a decisão, o recurso especial merece análise.

Verifica-se que o TJPB se manifestou com os seguintes fundamentos (e-STJ fls. 985-997):

[...]

Superior Tribunal de Justiça

Discorre dos autos que os acusados foram denunciados pela prática de extorsão à vítima Maria Madalena Linhares Alves, visando receber a quantia de R\$10.000,00 (dez mil reais), sob o pretexto de não lhe atribuir conduta crimino relativa ao tráfico de drogas.

No curso da presente ação penal foram carreadas diversas provas, as quais serviram de base para impor a condenação dos ora recorrentes, restando incontroversa a consumação da prática delitiva atribuída aos mesmos.

Agora, considerando haverem três réus, tendo cada um interposto recurso através de advogados distintos, passo a analisar cada um, separadamente.

1. APELO DE IVAN SEBASTIÃO DE BARROS

[...]

Considerando que todas as circunstâncias judiciais são positivas, fixo a pena base em 4 anos de reclusão, e 10 (dez) dias-multa. Na segunda e terceira fase, mantenho as considerações feitas na sentença, de modo que aplico a causa de aumento inerente ao concurso de pessoas (art. 158, § 1º, primeira parte do CP) em 1/3 (um terço), totalizando 5 (cinco) anos e 4 (quatro) meses, e 13(treze) dias-multa.

E, em razão do reconhecimento da tentativa e, por ter a vítima sido constrangida, mediante violência ou grave ameaça, o que não se efetivou porque ela comunicou os fatos à autoridade policial, reduzo a sanção de 1/2 (metade) e, assim, a pena definitiva passa a ser de 2 (dois) anos, 8 (oito) meses de reclusão, e 06 (seis) dias-multa.

Fixo o regime inicial aberto, com base no art. 33, §2º, 'c' do Código Penal.

Deixo de aplicar os termos dos arts. 44 e 77 em razão do não preenchimento dos requisitos legais.

[...]

3. APELO DE DIEGO ERNESTO PEREIRA DE BARROS

[...]

fixo a pena base em 4 (quatro) anos de reclusão, e 10 (dez) dias -multa. Na segunda e terceira fase, mantenho as considerações feitas na sentença, de modo que aplico a causa de aumento inerente ao concurso de pessoas (art. 158, § 1º, primeira parte do CP) em 1/3 (um terço). totalizando 5 (cinco) anos e 4 (quatro) meses, e 13(treze) dias- multa.

*E, em razão do reconhecimento da tentativa e, por ter a vítima sido constrangida, mediante grave ameaça, o que não se efetivou porque ela comunicou os fatos à autoridade policial e, ainda, levando em consideração que **Diego Ernesto Pereira de Barros sequer foi ao local combinado para pegar o dinheiro, reduzo a sanção de 2/3 (dois terços) e, assim, a pena definitiva passa a ser de 1(um) ano, 9 (nove) meses e 10 (dez) dias, e 4 (quatro)***

Superior Tribunal de Justiça

dias-multa.

Fixo o regime inicial aberto, com base no art. 33, §2º, 'c' do Código Penal.

Deixo de aplicar os termos dos arts. 44 em razão do não preenchimento dos requisitos legais. Preenchidos os requisitos estatuídos no art. 77 do CP, concede-se ao recorrente o benefício do sursis, ficando suspensa a execução da pena pelo prazo de 02 (dois) anos, em condições a serem fixadas oportunamente pelo Juízo da Execução.

Em seguida, rejeitou os embargos de declaração fundamentando-se em que (e-STJ fls. 1.027-1.028):

[...]

Pretende o embargante, aplicar efeitos modificativos aos presentes Embargos Declaratórios, para modificar o Acórdão de fls. 838/852, ante a suposta omissão diante da falta de menção a hipótese de SURSIS humanitário, previsto no §2º do art. 77 do CP, restando silente ao seu pedido.

Em seus argumentos, o embargante aduz enquadrar-se na última situação descrita no art. 77 do CP, qual seja, por motivos de saúde, os quais justificam a suspensão da execução da pena, estando acometido de diversas enfermidades descritas em atestados médicos, além de considerar-se idoso, mesmo tendo idade inferior a 70 (setenta) anos.

Na verdade, o pedido de suspensão da execução, a meu ver, é inócuo, pois o Estado já deu a resposta pretendida, quando condenou o embargante, nas sanções da lei específica e tal decisão, embora reformada por esta Corte de Justiça, deixou de conceder esse benefício, pelas razões ali expostas.

Inexiste qualquer das hipóteses previstas no Código de Processo Penal, em seu artigo 619 e 620, não havendo nenhuma omissão a ser sanada, quer na parte decisória, quer na fundamentação do venerando acórdão.

Ressalta-se que a matéria enfrentada foi amplamente discutida pela Câmara Criminal deste Tribunal de Justiça, sendo minuciosa a análise acerca do pleito e, apesar de a pena restar fixada abaixo do prazo estipulado para concessão do benefício previsto no art. 77, § 2º, do CP, não faz jus a tal, como já decidido.

[...]

Da leitura dos excertos, constata-se que o TJPB reduziu a pena dos corréus IVAN SEBASTIÃO DE BARROS e DIEGO ERNESTO PEREIRA DE BARROS em quantidades diferentes pela tentativa (art. 14, II, do CP), levando em consideração o *iter*

Superior Tribunal de Justiça

criminis percorrido por cada um deles.

Para desconstituir a conclusão (ante a constatação de que o iter *criminis* percorrido pelos corréus seria idêntico), seria necessário revolvimento do conjunto fático-probatório do processo, o que é vedado em recurso especial, pela Súmula n. 7/STJ.

Nesse sentido:

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. ALEGADA AUSÊNCIA DE MATERIALIDADE DELITIVA. PLEITO DE ABSOLVIÇÃO. REEXAME DO MATERIAL FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. INCIDÊNCIA DA SÚMULA N. 7/STJ. QUANTIDADE E NATUREZA DOS ENTORPECENTES APREENDIDOS. EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE. POSSIBILIDADE. APLICAÇÃO DA CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA (ART. 33, § 4º, DA LEI DE TÓXICOS). IMPOSSIBILIDADE. CONDENAÇÃO PELO CRIME DE ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. Para que fosse possível a análise da pretensão recursal, segundo a qual não haveria prova suficiente para embasar a condenação do agravante, no caso, seria 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. Nos termos da jurisprudência firmada neste Tribunal Superior, a natureza e a quantidade da droga apreendida constituem fundamentos idôneos para justificar a exasperação da pena-base. 3. "Não se aplica a causa especial de diminuição de pena prevista no parágrafo 4º do artigo 33 da Lei n.º 11.343/2006 ao réu também condenado pelo crime de associação para o tráfico de drogas, tipificado no artigo 35 da mesma lei" (HC n. 342.317/SP, relatora Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 17/12/2015, DJe 2/2/2016).

4. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no AREsp n. 1.327.778/SP, Rel. Min. ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 14/5/2019, DJe 24/5/2019)

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. ABSOLVIÇÃO. FALTA DE COMPROVAÇÃO DO VÍNCULO SUBJETIVO ENTRE OS AGENTES. REEXAME DO ACERVO FÁTICO-PROBATÓRIO. SÚMULA 7 DO STJ. CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS. EXACERBAÇÃO DA PENA-BASE. FUNDAMENTAÇÃO VÁLIDA. CRIME DE ASSOCIAÇÃO. INCIDÊNCIA DA CAUSA DE AUMENTO DO ART. 40, III, DA LEI N. 11.343/06. MAJORANTE DEVIDAMENTE CARACTERIZADA. RECURSO NÃO PROVIDO.

Superior Tribunal de Justiça

1. A pretensão de absolvição pelo delito de associação para o tráfico, sob a alegação de falta de comprovação da estabilidade e permanência entre a recorrente e os corréus, demanda, necessariamente, o revolvimento do conteúdo fático probatório dos autos, providência inviável em recurso especial (Súm. 7/STJ).
2. No tocante à alegada violação do art. 59 do CP, observa-se que o aumento da pena-base, pelo delito de tráfico de drogas, em 4 meses de reclusão está devidamente fundamentado no fato de que "a maconha apreendida destinar-se a distribuição no interior de casa prisional merece maior reprovabilidade". Não há se falar em bis in idem, pois a causa de aumento do art. 40, III, da Lei n. 11.343/2006 não incidiu na pena fixada pelo delito do art. 33 da referida norma legal.
3. A aplicação da majorante do art. 40, III, da Lei 11.343/2006, ao crime do art. 35 da Lei n. 11.343/2006, é devida tendo em vista a comprovação de que a recorrente e os corréus estavam associados para a distribuição de drogas no interior do Presídio Industrial de Caxias do Sul - PICS.
4. Agravo regimental não provido.
(AgRg no AREsp n. 1.254.909/RS, Rel. Min. RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 2/4/2019, DJe 8/4/2019)

A mesma conclusão aplica-se ao pleito subsidiário para concessão do sursis humanitário, pois para desconstituir a conclusão de não preenchimento dos requisitos legais (pela aferição do precário estado de saúde do agravante) seria necessário reexame probatório, o que, como dito, é vedado pela Súmula n. 7/STJ.

Ante o exposto, **conhece-se do agravo para não conhecer do recurso especial**, nos termos do art. 34, VII, c/c o art. 253, parágrafo único, II, *a*, ambos do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça.

Publique-se. Intime-se.

Cientifique-se o Ministério Público Federal.

Após o trânsito em julgado, remetam-se os autos ao arquivo.

Brasília (DF), 28 de novembro de 2019.

MINISTRO JORGE MUSSI

Relator