

**RECURSO ESPECIAL Nº 1.376.390 - PR (2013/0117829-2)**

**RELATOR** : **MINISTRO MARCO AURÉLIO BELLIZZE**  
**RECORRENTE** : PEDRO LEMES  
**ADVOGADO** : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO  
**RECORRIDO** : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

**EMENTA**

RECURSO ESPECIAL. CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS. ALEGADA OMISSÃO CONTIDA NO ARESTO IMPUGNADO. NÃO OCORRÊNCIA. PRETENSÃO DE REDISCUSSÃO DA CAUSA DECIDIDA. MAUS ANTECEDENTES. CONFIGURAÇÃO. RAZOABILIDADE DA ADOÇÃO DA FRAÇÃO DE AUMENTO EM 1/6 A TÍTULO DE REINCIDÊNCIA.

1. Estando devidamente caracterizada a autoria delitiva, a pretensão ora manifestada, consistente em determinar ao Tribunal de origem que se pronuncie acerca da necessidade da produção de prova pericial, não tem outro objetivo que não o de rediscutir a decisão à luz de outros fundamentos, o que não é cabível em sede de embargos de declaração.

2. "O decurso de lapso temporal superior a 5 (cinco) anos entre a data do término da pena da condenação anterior e a data da infração posterior, embora afaste os efeitos da reincidência, não impede o reconhecimento de maus antecedentes, ensejando, assim, o aumento da pena-base acima do mínimo legal. Precedentes." (HC 206.292/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 25/06/2013, DJe 01/08/2013)

3. Não há constrangimento ilegal na adoção da fração de 1/6 a título de reincidência. Precedentes.

4. Recurso especial a que se nega seguimento.

**DECISÃO**

Trata-se de recurso especial interposto por Pedro Lemes, com fundamento no artigo 105, inciso III, alínea "a", da Constituição da República, contra a acórdão do Tribunal Regional Federal da 4ª Região.

Consta dos autos que o juízo de primeiro grau (processo n. 5009142-51.2011.404.7002) condenou o ora recorrente à pena de 7 anos e 8 meses de reclusão, além do pagamento de 770 dias-multa, pela prática do fato típico descrito nos artigos 33 e 40, I, da Lei n. 11.343/06.

Irresignada, a Defesa interpôs recurso de apelação, pleiteando a absolvição do réu e, subsidiariamente, a redução da pena aplicada. O TRF da 4ª Região deu parcial provimento ao recurso para estabelecer a pena em 7 anos, 5 meses e 25 dias de reclusão, além do pagamento de 748 dias-multa. Eis o teor da

ementa do julgado:

PENAL E PROCESSUAL PENAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. ARTIGO 33, CAPUT, DA LEI 11.343/2006. MATERIALIDADE, AUTORIA E DOLO COMPROVADOS. DOSIMETRIA. ANTECEDENTES. MAJORANTE DO ARTIGO 40, INCISO I, DA LEI DE DROGAS. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO. INAPLICÁVEL. REGIME INICIAL. FECHADO. SUBSTITUIÇÃO DA SANÇÃO CARCERÁRIA POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. CUMPRIMENTO DA PENA DE MULTA. JUÍZO DA EXECUÇÃO.

1. Materialidade, autoria e dolo do delito previsto no artigo 33, caput, da Lei 11.343/2006 comprovados pela prisão em flagrante, laudos de exames em substância entorpecentes e testemunhos.
2. No tocante aos antecedentes, devem ser valoradas as ações penais já transitadas em julgado e que não constituam tecnicamente reincidência, podendo ser considerados os apontamentos referentes a delitos cometidos anteriormente aos fatos em exame.
3. Comprovada a transnacionalidade do delito, é de se fazer incidir a majorante do artigo 40, inciso I, da Lei de drogas, no patamar de 1/6 (um sexto), tendo em vista que a internacionalidade do narcotráfico se resumiria a dois países - Paraguai e Brasil.
4. Desatendidos, in casu, os requisitos previstos no artigo 33, §4º, da Lei 11.343/2006, incabível a incidência da referida minorante.
5. Mantido o regime inicial fechado para cumprimento da pena privativa de liberdade.
6. No tocante à substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, esta não se mostra incabível, tendo em vista que a reprimenda definitiva restou fixada em mais de 04 (quatro) anos de reclusão.
7. Não apreciação do pedido de isenção do pagamento de custas processuais, eis que deve ser formulado perante o juízo da execução. Precedentes.

Os embargos de declaração opostos foram rejeitados (fls. 454/455).

Interposto então o presente recurso especial, alega o recorrente violação dos artigos 535 do CPC e 59 e 64, I, do CP, ao fundamento de que (fl. 466):

[...]

A decisão referente aos Embargos de Declaração não corrigiu a omissão alegada, qual seja, a ausência de perícia, realizado em sede de apelação criminal, afrontando assim o art. 535 do CPC.

Na referida omissão alegada foi devidamente apontado o prejuízo pelo não enfrentamento da tese, máxime pela negativa de autoria por parte do ora recorrente, cuja perícia poderia atestar (ou não) da existência de droga em suas mãos.

Houve, ainda, violação do art. 59 do Código Penal, uma vez que foi valorada negativamente a circunstância judicial dos maus antecedentes, ainda que tenha havido mais de 5 anos do cumprimento da pena, o que afrontou também, por analogia, o art. 64, inciso I do Código Penal.

Violou, também, a regra pertinente a valoração da agravante da reincidência, pois ter sido estabelecido o patamar máximo de 1/6 (um

# Superior Tribunal de Justiça

sexto), cujo aumento, segundo interpretação doutrinária, é para o máximo de aumento para todas as agravantes.  
[...]

Petição de contrarrazões às fls. 488/498.

O Ministério Público opinou pelo não provimento do recurso (fls. 517/520).

É o relatório.

Primeiramente, quanto à apontada omissão em que teria incorrido o Tribunal de origem, relativa à necessidade da realização do exame pericial nas mãos do réu como forma de comprovação de que a droga apreendida lhe pertencia, verifico que o Tribunal de origem entendeu que as provas constantes nos autos seriam suficientes para a demonstração da autoria delitiva, sendo desnecessária a realização da referida prova (fls. 431/432):

[...]

Como se vê, pesam em desfavor do réu: (a) os depoimentos dos policiais que participaram da apreensão no sentido de que a caixa em que localizada a droga foi encontrada sob o assento em que estava o acusado; (b) as informações constantes nos autos de que o ajudante da Van teria dito que antes de o denunciado entrar no veículo, o objeto não se encontrava lá; (c) a sua afirmação de atuar como 'laranja', mas não ter sido encontrada com ele qualquer mercadoria; (d) os depoimentos prestados pelo motorista e pelo ajudante da Van relatando que PEDRO estava com uma sacola, que não foi encontrada; e, por fim, (e) o fato de o cão farejador, após passar por todos os passageiros, ter indicado apenas o acusado como quem teve contato com tóxicos.

Calha referir, também, que o apelante não trouxe ao feito qualquer prova a demonstrar a veracidade da versão apresentada em interrogatório.

De mais a mais, não há nos autos notícia de que encontrada no veículo qualquer outra espécie de droga ou de que outrem também estivesse na posse de uma sacola ao entrar na Van; tampouco que de outro passageiro tivesse sentado no banco na mesma posição em que localizada a caixa.

Assim, como bem destacado pelo órgão ministerial em parecer, *o exame de detecção de odor feito pelo cão farejador por ocasião do flagrante serviu apenas como elemento de convicção pelo Juízo sentenciante, porque, aliado às demais provas angariadas nos autos, fortalecia ainda mais os indícios que pendiam contra o réu. À evidência, tal exame não é o único elemento de prova que relaciona o acusado com a droga apreendida, como afirma a DPU, tampouco se reveste de caráter de prova pericial, a ensejar a necessidade de participação da defesa por ocasião da sua realização. Logo, não prosperam as alegações defensivas de falta de objetividade científica na detecção da droga, de violação à ampla defesa e ao contraditório, e de violação aos*

# *Superior Tribunal de Justiça*

arts. 155, 159 e 160 do CPP. '

Sendo assim, é de ser mantido o decreto condenatório.

[...]

Dessa forma, estando devidamente caracterizada a autoria delitiva, a pretensão ora manifestada, consistente em determinar ao Tribunal de origem que se pronuncie acerca da necessidade da produção de prova pericial, não tem outro objetivo que não o de rediscutir a decisão à luz de outros fundamentos, o que não é cabível em sede de embargos de declaração.

A propósito:

Nos termos do art. 619 do Código de Processo Penal, os embargos de declaração são cabíveis quando houver, na sentença ou no acórdão, "ambiguidade, obscuridade, contradição ou omissão", não sendo possível o seu manejo para rediscutir questões anteriormente decididas.

(EDcl no HC 165.124/RS, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEXTA TURMA, DJe 01/08/2013)

Quanto à violação do artigo 59 do CP, sob a alegação de que as condenações transitadas em julgado há mais de 5 anos não serviriam para fundamentar a valoração negativa dos maus antecedentes, entendo que a pretensão não merece prosperar.

Com efeito, a jurisprudência firmou entendimento no sentido de que "o decurso de lapso temporal superior a 5 (cinco) anos entre a data do término da pena da condenação anterior e a data da infração posterior, embora afaste os efeitos da reincidência, não impede o reconhecimento de maus antecedentes, ensejando, assim, o aumento da pena-base acima do mínimo legal. Precedentes." (HC 206.292/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 25/06/2013, DJe 01/08/2013)

Por fim, no tocante à majoração relativa à reincidência, a jurisprudência desta Corte possui firme entendimento no sentido de que a adoção da fração de 1/6 revela-se consentânea com os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, inexistindo, no caso, qualquer constrangimento ilegal.

A propósito:

Consoante jurisprudência desta Corte, o aumento da pena em fração superior a 1/6, pela aplicação da agravante de reincidência, deve estar fundamentado concretamente, o que não ocorreu no caso.

(HC 242.152/SP, Rel. Ministra MARILZA MAYNARD (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/SE), QUINTA TURMA,

# *Superior Tribunal de Justiça*

DJe 22/05/2013)

A majoração da reprimenda, por força de circunstância agravante, deve respeitar o limite de 1/6, sob pena de conferir maior importância à esta, em detrimento das causas ou circunstâncias de aumento de pena.

(HC 215.126/MS, Rel. Ministro CAMPOS MARQUES (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/PR), QUINTA TURMA, DJe 24/4/2013)

Por opção do Legislador, o critério de acréscimo e de diminuição utilizado na segunda fase de aplicação da pena é discricionário, cabendo ao magistrado estabelecer um valor que seja proporcional e razoável, observadas as circunstâncias do caso concreto. Ressalte-se que o patamar de 1/6, embora erigido pela jurisprudência e doutrina como fração média razoável e proporcional, não é necessariamente o máximo a ser acrescido em razão da reincidência e do cometimento de crime contra idoso.

(HC 179.964/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, DJe 21/5/2012)

Ante o exposto, nego seguimento ao recurso especial.

Publique-se.

Intimem-se.

Brasília, 20 de agosto de 2013.

MINISTRO MARCO AURÉLIO BELLIZZE, Relator