



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no AGRADO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.029.926 - BA (2016/0329057-9)

RELATOR : **MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK**
AGRAVANTE : AFONSO HENRIQUE DE JESUS SANTOS
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA

EMENTA

PENAL. AGRADO REGIMENTAL NO AGRADO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. NÃO APLICAÇÃO DA MINORANTE PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. RÉU QUE RESPONDE A OUTRO CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS. CONDENAÇÃO SEM TRÂNSITO EM JULGADO. POSSIBILIDADE. REQUISITOS NÃO PREENCHIDOS. REEXAME DAS PROVAS. INCIDÊNCIA DO VERBETE N. 7 DESTA CORTE. AGRADO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. *A existência de outro processo criminal, pendente de definitividade, embora não sirva para a negativa valoração da reincidência e dos antecedentes (Súmula n. 444 do STJ), pode afastar a incidência da causa de diminuição do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, quando permite concluir que o agente se dedica a atividades criminosas ou integra organização criminosa. Precedentes (HC 359.884/RS, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, DJe 23.11.2016).*

2. Demanda revolvimento fático-probatório dos autos a análise da aplicação da minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, o que encontra vedação no enunciado n. 7 da Súmula desta Corte.

Agravo regimental desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, negar provimento ao agravo regimental.

Os Srs. Ministros Felix Fischer, Jorge Mussi, Reynaldo Soares da Fonseca e Ribeiro Dantas votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 07 de março de 2017(Data do Julgamento).

MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no AGRADO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.029.926 - BA (2016/0329057-9)

RELATOR : **MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK**
AGRAVANTE : AFONSO HENRIQUE DE JESUS SANTOS
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK:

Trata-se de agravo regimental interposto contra decisão por mim proferida (fls. 380-385), que negou provimento ao agravo em recurso especial.

O agravante sustenta que a análise da matéria controvertida não exige revolvimento do material probatório dos autos, e sim análise jurídica dos fatos.

Sustenta que a incidência da minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 deve ser reconhecida, pois preenche os requisitos legais.

Alega que foi aliciado por organização criminosa e que para se comprovar a dedicação a atividades criminosas, exige-se o registro de condenação transitada em julgado. Assim, busca o reconhecimento da causa de diminuição no seu patamar máximo.

Requer a reconsideração do *decisum* ou a sua reforma no colegiado, para conhecimento e provimento do recurso especial.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.029.926 - BA (2016/0329057-9)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK (Relator):

Nada obstante o empenho do agravante, mantenho o *decisum* por seus próprios fundamentos.

Quanto à minorante da Lei Antidrogas, reitero que as instâncias ordinárias consideraram que restou demonstrada a dedicação à atividade criminosa porquanto o réu responde a outra ação penal, em razão do envolvimento com o tráfico de drogas, de modo que o ora agravante não preenche os requisitos para a aplicação da referida minorante. A propósito:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. DIREITO AO SILÊNCIO. NÃO INFRINGÊNCIA. CONDENAÇÃO FUNDAMENTADA EM DEPOIMENTO POLICIAL. PROVA IDÔNEA. DESCONSTITUIÇÃO DO ACÓRDÃO. REEXAME DE FATOS. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. INAPLICABILIDADE. RÉU QUE RESPONDE A OUTRA AÇÃO PENAL. DEDICAÇÃO À ATIVIDADE CRIMINOSA. REGIME PRISIONAL SEMIABERTO. PENA SUPERIOR A 4 (QUATRO) ANOS DE RECLUSÃO. QUANTIDADE DE DROGA NÃO SIGNIFICATIVA. MANIFESTA ILEGALIDADE VERIFICADA. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. FALTA DO PREENCHIMENTO DO REQUISITO OBJETIVO. INVIABILIDADE. WRIT NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

[...]

2. A valoração negativa do silêncio do acusado, por constituir meio inidôneo para fundamentar a condenação, acarreta a nulidade absoluta da decisão impugnada, pois afronta preceitos legais e constitucionais, previstos no art. 186, parágrafo único, do CPP, e art. 5º, LXII, da CF/88, o que não é o caso dos autos, visto que o Tribunal de origem utilizou-se de outros elementos probatórios para se concluir pela prática do crime de tráfico de drogas.

3. Na hipótese, o édito condenatório tem como base as declarações do policial militar responsável pela efetivação da prisão em flagrante, o que, segundo entendimento reiterado desta Corte, constitui meio válido de prova, sobretudo quando colhidas no âmbito do devido processo legal e sob o crivo do contraditório.

4. Nos termos do disposto no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, os condenados pelo crime de tráfico de drogas terão a pena reduzida, de um sexto a dois terços, quando forem reconhecidamente



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

primários, possuírem bons antecedentes e não se dedicarem a atividades criminosas ou integrarem organizações criminosas.

5. *A existência de outro processo criminal, pendente de definitividade, embora não sirva para a negativa valoração da reincidência e dos antecedentes (Súmula n. 444 do STJ), pode afastar a incidência da causa de diminuição do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, quando permite concluir que o agente se dedica a atividades criminosas ou integra organização criminosa. Precedentes.*

6. *Segundo reiterada jurisprudência desta Corte, é manifestamente ilegal a imposição do regime prisional mais severo com base, exclusivamente, no disposto no art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/1990, cuja inconstitucionalidade foi declarada pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC 111.840/ES.*

7. *Fixada a pena definitiva em patamar superior a quatro e inferior a oito anos de reclusão, reconhecida a primariedade do agente e não sendo expressiva a quantidade de droga – 18 pedras de crack (4,06g), o regime semiaberto é o adequado para o cumprimento da pena privativa de liberdade, nos termos do art. 33, § 2º, "b", do CP.*

8. *É inviável a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, diante do quantum de pena aplicada, nos termos do art. 44, I, do Código Penal.*

9. *Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício, para fixar o regime semiaberto como inicial para cumprimento da pena (HC 359.884/RS, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, DJe 23.11.2016).*

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. DEDICAÇÃO A ATIVIDADES CRIMINOSAS. EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE. NÃO APLICAÇÃO DO MÍNIMO LEGAL. AFASTAMENTO DA MINORANTE PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/06. REEXAME DAS PROVAS. INCIDÊNCIA DOS VERBETES N. 7 E N. 83 DESTA CORTE. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. *Demanda revolvimento fático-probatório dos autos a análise da aplicação da minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/06, o que encontra vedação no enunciado n. 7 da Súmula desta Corte.*

2. *A dedicação a atividades criminosas é argumento hábil a embasar o não reconhecimento da minorante do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/06. Precedentes que atraem a aplicação do enunciado n. 83 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça.*

3. *Agravo regimental desprovido (AgRg no AgRg no AREsp 684.297/MG, desta relatoria, QUINTA TURMA, DJe 30.9.2016).*

Assim, verifica-se que o Tribunal *a quo* justificadamente afastou o benefício, concluindo que o agravante não preenche os requisitos para a diminuição da pena.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Ademais, entender de forma diversa, como pretendido, demandaria o reexame do conjunto fático-probatório dos autos. Desse modo, inafastável a aplicação do enunciado n. 7 da Súmula desta Corte.

Nesse mesmo sentido, os seguintes julgados:

AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PENAL E PROCESSO PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. APLICAÇÃO DA CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DA PENA (ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006). INVIABILIDADE. DEDICAÇÃO À ATIVIDADE CRIMINOSA RECONHECIDA PELO TRIBUNAL A QUO. REVISÃO. PROVIDÊNCIA QUE DEMANDARIA O REEXAME DE PROVAS. SÚMULA 7/STJ. REGIME INICIAL FECHADO. POSSIBILIDADE. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. GRAVIDADE CONCRETA DO DELITO.

1. Não trazendo o agravante tese jurídica capaz de modificar o posicionamento anteriormente firmado, é de se manter a decisão agravada por seus próprios fundamentos.

2. Na hipótese dos autos, as circunstâncias em que ocorreram o delito levaram o Tribunal de origem a concluir que o agravante vinha se dedicando ao tráfico de drogas. A alteração dessa premissa demandaria o reexame do conjunto fático-probatório, providência inviável na via eleita. Incidência da Súmula 7/STJ.

3. Embora estabelecida a pena em 5 anos e 10 meses de reclusão, a gravidade concreta do delito, evidenciada pelas circunstâncias em que ocorreu - quantidade de droga apreendida, com envolvimento de adolescentes na empreitada delitiva -, justificam a imposição do regime inicial fechado.

4. Agravo regimental improvido. (AgRg no AREsp 860.371/SP, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, DJe de 13/6/2016)

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO INTERNACIONAL DE DROGAS. JULGAMENTO MONOCRÁTICO PELO RELATOR. INEXISTÊNCIA DE OFENSA AO PRINCÍPIO DA COLEGIALIDADE. QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA CONSIDERADAS PARA EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE. REQUISITOS DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006 NÃO PREENCHIDOS. DEDICAÇÃO À ATIVIDADE CRIMINOSA. IMPOSSIBILIDADE DE REEXAME DE FATOS E PROVAS. SÚMULA 7/STJ. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

[...]

2. A majoração da pena-base, considerando a quantidade (2.953 gramas) e a qualidade (cocaína - massa líquida) da droga apreendida, nos termos do art. 42 da Lei 11.343/2006, não destoa da orientação jurisprudencial desta Corte.

3. Nas instâncias ordinárias, soberanas na análise do acervo fático-probatório, ficou afastada a aplicação da causa de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei de Tóxicos, por haver indicativos de que o recorrente se dedicava a atividades criminosas. Inviável a revisão da referida conclusão em recurso especial, por a pretensão esbarrar no óbice prescrito pela Súmula 7/STJ.

4. Ademais, o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça possuem precedentes no sentido de que o acusado, enquanto no exercício da função de 'mula', integra organização criminosa e, portanto, não preenche os requisitos exigidos para a aplicação da causa de diminuição de pena descrita no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 (AgRg no HC 275.228/AC, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, Sexta Turma, julgado em 18/6/2014, DJe 4/8/2014).

5. Agravo regimental desprovido (AgRg no AREsp 729.160/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, DJe de 25/11/2015).

HABEAS CORPUS. IMPETRAÇÃO COMO SUCEDÂNEO RECURSAL. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA. NÃO INCIDÊNCIA. DEDICAÇÃO ÀS ATIVIDADES CRIMINOSAS. AFERIÇÃO. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. INVIABILIDADE. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. PENA SUPERIOR A 4 ANOS. REGIME INICIAL FECHADO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. CIRCUNSTÂNCIAS DO CASO CONCRETO. ILEGALIDADE. AUSÊNCIA. NÃO CONHECIMENTO.

[...]

2. Concluído pelo Tribunal a quo, com arrimo nos fatos da causa, que o paciente se dedicava às atividades criminosas, não incide a causa especial de diminuição de pena, porquanto não preenchidos os requisitos previstos no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06. Para concluir em sentido diverso, há necessidade de revolvimento do acervo fático-probatório, providência incabível na via estreita do habeas corpus.

3. A substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos submete-se à regência do art. 44 do Código Penal, segundo o qual só faz jus ao benefício legal o condenado a pena inferior a 4 anos. Na espécie, tendo a reprimenda final alcançado 5 anos de reclusão, não é possível a pretendida substituição.

4. Devidamente fundamentada a manutenção do regime inicial fechado pelo Tribunal de origem, com base nas circunstâncias do caso concreto, considerando-se a quantidade e a natureza das drogas apreendidas - 153,12 g (cento e cinquenta e três gramas e doze centigramas) de maconha e 1.050g (um quilo e cinquenta gramas) de cocaína (art. 42 da Lei n.º 11.343/2006), não há constrangimento ilegal a ser sanado.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

5. Habeas corpus *não conhecido* (HC 347.398/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, DJe de 2/3/2016).

Ante o exposto, voto pelo desprovimento do agravo regimental.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2016/0329057-9

AgRg no
AREsp 1.029.926 /
BA
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 03236520420138050001 03420838620138050001 3236520420138050001
3420838620138050001

EM MESA

JULGADO: 07/03/2017

Relator

Exmo. Sr. Ministro **JOEL ILAN PACIORNIK**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **FRANCISCO DE ASSIS VIEIRA SANSEVERINO**

Secretário

Me. **MARCELO PEREIRA CRUVINEL**

AUTUAÇÃO

AGRAVANTE : AFONSO HENRIQUE DE JESUS SANTOS
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO
DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DA BAHIA
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes Previstos na Legislação Extravagante - Crimes de Tráfico Ilícito e
Uso Indevido de Drogas - Tráfico de Drogas e Condutas Afins

AGRAVO REGIMENTAL

AGRAVANTE : AFONSO HENRIQUE DE JESUS SANTOS
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia QUINTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

"A Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo regimental."

Os Srs. Ministros Felix Fischer, Jorge Mussi, Reynaldo Soares da Fonseca e Ribeiro Dantas votaram com o Sr. Ministro Relator.