



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no AGRADO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.422.314 - ES (2018/0344519-3)

RELATOR : **MINISTRO JORGE MUSSI**
AGRAVANTE : RAFAEL SERRA COUTINHO
ADVOGADO : LEANDRO ATAYDE TRISTAO DE OLIVEIRA - ES015364
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO

EMENTA

AGRAVO REGIMENTAL. AGRADO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NA LEI DE DROGAS. PRETENDIDA APLICAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. ELEVADA QUANTIDADE DE ENTORPECENTE. AÇÃO PENAL EM ANDAMENTO. DEDICAÇÃO À ATIVIDADE CRIMINOSA. AFASTAMENTO DA MINORANTE JUSTIFICADO. AGRADO IMPROVIDO.

1. É cediço que para a aplicação da causa especial de diminuição prevista no artigo 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06, o sentenciado deve preencher, cumulativamente, os requisitos legais, quais sejam, ser primário, de bons antecedentes, não se dedicar às atividades criminosas nem integrar organização criminosa, podendo a reprimenda ser reduzida de 1/6 a 2/3, a depender das circunstâncias do caso concreto.

2. Nos termos da jurisprudência deste Tribunal Superior de Justiça, a gravidade concreta do crime autoriza a não incidência da causa especial de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei n.º 11.343/06.

3. Na hipótese, o Tribunal *a quo* concluiu, de forma fundamentada, quanto a não aplicação do redutor, haja vista a grande quantidade de droga apreendida, aliada à existência de ação penal em andamento em desfavor do réu, indicando sua dedicação à atividade criminosa, circunstâncias que justificam o afastamento da benesse.

4. Agravo regimental a que se nega provimento.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, negar provimento ao agravo regimental. Os Srs. Ministros Reynaldo Soares da Fonseca, Ribeiro Dantas e Joel Ilan Paciornik votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Felix Fischer.

Brasília (DF), 04 de abril de 2019(Data do Julgamento)

MINISTRO JORGE MUSSI
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.422.314 - ES (2018/0344519-3)

RELATOR : **MINISTRO JORGE MUSSI**
AGRAVANTE : RAFAEL SERRA COUTINHO
ADVOGADO : LEANDRO ATAYDE TRISTAO DE OLIVEIRA - ES015364
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO JORGE MUSSI (Relator): Trata-se de agravo regimental interposto por RAFAEL SERRA COUTINHO contra decisão desta Relatoria, que conheceu do agravo para não conhecer do apelo nobre defensivo.

Sustenta o agravante que a decisão agravada deveria ser reconsiderada, porquanto careceria de fundamentação.

Alega que não seria aplicável a Súmula n. 83/STJ à hipótese dos autos, porquanto o paradigma apresentado pelo agravante se amoldaria perfeitamente à sua situação, o que afastaria a incidência do enunciado.

Entende que a utilização de ações penais em trâmite não podem, isoladamente, levar a conclusão de que o réu se dedica à atividades criminosas, devendo a análise ser feita caso a caso.

Reclama que faria jus à aplicação da causa especial de diminuição prevista na Lei de Drogas, de forma que sua pena deveria ser redimensionada.

Requer a reconsideração da decisão agravada ou o encaminhamento dos autos ao colegiado para que conheça e dê provimento ao recurso especial apresentado.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.422.314 - ES (2018/0344519-3)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO JORGE MUSSI (Relator): Analisados os requisitos de admissibilidade do agravo regimental, passa-se à apreciação do mérito da insurgência.

Consta dos autos que o agravante foi condenado à pena de 5 anos de reclusão e pagamento de 500 dias-multa, em regime inicial fechado, pela prática do delito descrito no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/06, porque nos termos da inicial acusatória:

"[...] no dia 07 de maio de 2017, por volta das 23h35min, no Bairro Santos Dumont, nas proximidades do Parque Barão de Monjardim, no município de Vitória/ES, equipes da Força Tática da Polícia Militar lograram êxito em localizar e apreender, na posse do denunciado RAFAEL 151 (cento e cinquenta e um) papéletes de substância similar à cocaína, 57 (cinquenta e sete) pedras de substância similar ao crack, 100 (cem) pinos de substância similar à cocaína, 41 (quarenta e uma) buchas de substância similar à maconha, além de 259,75 (duzentos e cinquenta e nove reais e setenta e cinco centavos) em espécie." (e-STJ fls. 1/5)

Inconformada, a defesa interpôs recurso de apelação perante a Corte estadual, a qual negou provimento à insurgência, mantendo inalterado o édito condenatório.

Contra a decisão foram opostos embargos declaratórios, que foram conhecidos e improvidos.

Apresentado o recurso especial, este não foi admitido pela instância de origem, ensejando a presente insurgência, na qual o recorrente sustenta que o óbice indicado na decisão objurgada não incidiriam *in casu*.

Instado a se manifestar, o Ministério Público Federal opinou pelo seu desprovimento.

Por decisão monocrática desta Relatoria, o agravo foi conhecido para não



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

conhecer do apelo nobre defensivo, não se podendo aplicar o benefício do § 4º do artigo 33 da Lei n. 11.343/06 por ter restado caracterizado nos autos, que o agravante se dedica à atividade criminosa.

Daí a apresentação deste regimental, que não merece prosperar.

Inicialmente deve ser destacado que para a aplicação da causa especial de diminuição prevista no artigo 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06, o condenado deve preencher, cumulativamente, os requisitos legais, quais sejam, ser primário, de bons antecedentes, não se dedicar a atividades criminosas nem integrar organização criminosa, podendo a reprimenda ser reduzida de 1/6 a 2/3, a depender das circunstâncias do caso concreto.

Quanto ao tema, a Corte estadual assim se manifestou:

"Na hipótese, o magistrado a quo afastou a causa de diminuição de pena sob o argumento de expressiva quantidade de drogas apreendidas, além do réu responder a outra ação penal pelo crime de homicídio.

De fato, o magistrado a quo valeu-se de dois fundamentos idôneos, respaldados pela jurisprudência do STJ para afastamento da benesse prevista no art. 33, § 4º da Lei 11.343/06.

O apelante foi apreendido com expressiva quantidade de substâncias entorpecentes e em natureza variada, sendo apreendidos 151 (cento e cinquenta e uma) papérolas de cocaína e 100 (cem) pinos da mesma substância entorpecente, droga de maior custo, além de 57 (cinquenta e sete) pedras de "crack" e 41 (quarenta e uma) buchas de maconha, de modo que teria que reiterar dias na conduta para findar com o material entorpecente. Ademais, um traficante eventual não daria confiança suficiente para portar tal quantidade de drogas, eis que representavam expressivo valor econômico.

Além disso, a Terceira Seção desta Corte Superior, ao julgar o EREsp n. 1.431.091/SP, em sessão realizada no dia 14/12/2016, firmou orientação no sentido de que inquérito policiais e ações penais em curso podem ser utilizados para afastar a causa especial de diminuição de pena prevista no art 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06, por indicarem que o agente se dedica a atividades criminosas.(HC 432.653/RS, Rei. Ministro FEUX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 19/04/2018, DJe 26/04/2018)." (e-STJ fls. 269/276)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Da análise dos autos, observa-se que, ao apreciar a viabilidade de aplicação da minorante prevista no § 4º do artigo 33 da Lei de Drogas, as instâncias de origem concluíram que o agente se dedica à traficância, considerando as peculiaridades da conduta criminosa, especialmente o fato de responder a outra ação penal, aliado à relevante quantidade e diversidade das drogas apreendidas - *151 papélotes de cocaína e 100 pinos da mesma substância entorpecente, além de 57 pedras de "crack" e 41 buchas de maconha* -, fundamentos que justificaram o afastamento da benesse.

Dessa forma, verifica-se que a Corte *a quo* alinhou-se à jurisprudência deste Sodalício, no sentido de que a quantidade de droga apreendida, aliada à existência de outros elementos concretos, na hipótese, a existência de ação penal em trâmite, são elementos idôneos para aferir a dedicação à atividade criminosa e, conseqüentemente, afastar o redutor previsto no art. 33, *caput*, da Lei n.º 11.343/06.

Nesse sentido:

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. REDUTOR. §4º DO ART. 33 DA LEI 11.343/2006. AFASTAMENTO. CONCLUSÃO DA INSTÂNCIA ORDINÁRIA FIRMADA A PARTIR DE ELEMENTOS FÁTICOS-PROBATÓRIOS. QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA TRAFICADA. EXISTÊNCIA DE OUTRA AÇÃO PENAL EM ANDAMENTO. REVISÃO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ. AGRAVO DESPROVIDO.

1. O afastamento do redutor previsto pelo §4º do art. 33 da Lei 11.343/2006, no caso concreto, está calcado na conclusão de que a quantidade e natureza da droga apreendida - 23 (vinte e três) tijolos de cocaína - somados à existência de outra ação penal em andamento, na qual o agravante figura como réu acusado da prática do crime de formação de quadrilha, revelam sua dedicação a atividades criminosas.

2. Prevalece nesta Corte Superior o entendimento de que, apesar de não poderem ser utilizados como fonte de desvalor no primeiro estágio dosimétrico, inquéritos policiais e ações penais em andamento justificam o afastamento da figura do tráfico privilegiado. Precedentes.

3. Modificar a decisão da instância ordinária, no ponto, dependeria do reexame de matéria fático-probatória, o que, em sede de recurso especial, constitui medida vedada pelo óbice da Súmula n. 7/STJ.

4. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no AREsp 1360674/TO, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 21/02/2019, DJe 01/03/2019)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. DESCLASSIFICAÇÃO DA CONDUTA. REEXAME FÁTICO-PROBATÓRIO. SÚMULA 7/STJ. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DA PENA. REQUISITOS DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006, NÃO PREENCHIDOS. ELEMENTOS INDICATIVOS DA HABITUALIDADE. ACÓRDÃO EM CONSONÂNCIA COM A JURISPRUDÊNCIA DESTA CORTE. REVISÃO. INVIABILIDADE. CONJUNTO PROBATÓRIO. SÚMULA 7/STJ. REGIME FECHADO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. EXISTÊNCIA DE CIRCUNSTÂNCIA DESFAVORÁVEL. ART. 33, § 3º, DO CP. INEXISTÊNCIA DE BIS IN IDEM. PRECEDENTES.

[...]

3. De acordo com a jurisprudência desta Corte, processos em andamento só não podem ser utilizados na primeira fase de dosimetria da pena para majorá-la, sendo possível utilizar esses fatos criminais para vedar a aplicação da causa redutora prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, quando se referirem à prática de tráfico de drogas, demonstrando a habitualidade na prática do delito, como na hipótese dos autos.

[...]

6. Agravo regimental improvido.

(AgRg no AREsp 1269154/SP, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 25/09/2018, DJe 11/10/2018)

Nessas circunstâncias, tendo a Corte recorrida afastado a benesse em apreço com esteio na elevada quantidade de droga apreendida, aliada à existência de ação penal em trâmite pela prática do crime de homicídio, verifica-se que concluiu em harmonia com o entendimento deste Sodalício, incidindo na espécie a Súmula n. 83/STJ, não havendo que se falar em aplicação do paradigma colacionado pelo agravante, o qual não guarda similitude fática com a hipótese dos autos, devendo ser ressaltado que sequer foi juntada sua íntegra ao apelo nobre apresentado.

No que se refere à alegação de que a quantidade de droga foi utilizada para majorar a sanção inicial e afastar a benesse pretendida verifica-se que a pretensão não pode ser analisada, tendo em vista que apresentada apenas no apelo raro defensivo, tratando-se de verdadeira inovação recursal, inviável na via especial e que não foi alvo de deliberação na origem.

Nesse sentido:

PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. NULIDADE. LEITURA DA DENÚNCIA ANTES DA OUVIDA DAS TESTEMUNHAS. IRREGULARIDADE. AUSÊNCIA DE PROIBIÇÃO LEGAL. INVERSÃO DA ORDEM DE INQUIRIRÃO DE TESTEMUNHA. ART. 212 DO CPP. NULIDADE RELATIVA. PAS DE



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

NULLITÉ SANS GRIEF. PREJUÍZO NÃO DEMONSTRADO. ACESSO A MENSAGENS DE CELULAR SEM AUTORIZAÇÃO JUDICIAL. PROVA ILÍCITA. IRRELEVÂNCIA. CONDENAÇÃO APOIADA EM OUTROS ELEMENTOS PROBATÓRIOS. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. INAPLICABILIDADE. RÉU QUE RESPONDE A OUTRA AÇÃO PENAL E POSSUI MAUS ANTECEDENTES. DEDICAÇÃO À ATIVIDADE CRIMINOSA EVIDENCIADA. BIS IN IDEM NA DOSIMETRIA PENAL. INOVAÇÃO RECURSAL. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

[...]

8. A tese relativa à ocorrência de bis in idem, por terem os maus antecedentes sido sopesados na primeira e na terceira fase da dosimetria, não foi suscitada oportunamente nas razões do recurso especial, configurando, pois, indevida inovação recursal.

9. Agravo regimental não provido.

(AgRg nos EDcl no REsp 1728794/PR, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 19/03/2019, DJe 25/03/2019)

Ante o exposto, nega-se provimento ao agravo regimental.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2018/0344519-3

AgRg no
AREsp 1.422.314 /
ES
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00115944720178080024 050170029180 050170029180201801622180 3852017
50170029180 50170029180201801622180

EM MESA

JULGADO: 04/04/2019

Relator

Exmo. Sr. Ministro **JORGE MUSSI**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. CÉLIA REGINA SOUZA DELGADO

Secretário

Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

AGRAVANTE : RAFAEL SERRA COUTINHO
ADVOGADO : LEANDRO ATAYDE TRISTAO DE OLIVEIRA - ES015364
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO

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 : RAFAEL SERRA COUTINHO
ADVOGADO : LEANDRO ATAYDE TRISTAO DE OLIVEIRA - ES015364
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO

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 Reynaldo Soares da Fonseca, Ribeiro Dantas e Joel Ilan Paciornik votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Felix Fischer.