AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 2330285 - SP (2023/0099759-0)

RELATORA	**:**	**MINISTRA DANIELA TEIXEIRA**
AGRAVANTE	:	DONNILSON WILDER ROSSI JUNIOR
ADVOGADO	:	EDSON TEIXEIRA - SP213164
AGRAVADO	:	MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

EMENTA

DIREITO PENAL. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA. DEDICAÇÃO À ATIVIDADES CRIMINOSAS. INVIABILIDADE. PRECEDENTES. RECURSO DESPROVIDO.

I. CASO EM EXAME

1. Agravo em recurso especial interposto pelo recorrente contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que negou provimento ao recurso de apelação criminal, mantendo a negativa de aplicação da causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006. O recorrente sustenta que, sendo primário e possuindo bons antecedentes, não haveria justificativa para o afastamento da minorante.

II. QUESTÃO EM DISCUSSÃO

2. Há duas questões em discussão: (i) definir se há elementos que justifiquem o afastamento da minorante do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, em razão da alegada dedicação a atividades criminosas; (ii) determinar se a análise do contexto fático-probatório pelas instâncias ordinárias se revela suficiente para embasar a decisão, vedando o reexame de provas na instância especial.

III. RAZÕES DE DECIDIR

3. A aplicação da minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 depende do cumprimento cumulativo dos requisitos de ser primário, ter bons antecedentes, não se dedicar a atividades criminosas e não integrar organização criminosa.

4. As instâncias ordinárias consideram que, apesar do recorrente ser primário e possuir bons antecedentes, as circunstâncias da apreensão (grande quantidade e variedade de drogas, apreensão de balança de precisão e valores em espécie) indicam sua dedicação habitual ao tráfico, justificando o afastamento da minorante.

5. O reexame do contexto fático-probatório já apreciado pelas instâncias inferiores é vedado em sede de recurso especial, conforme Súmula 7 do STJ, não sendo possível revisar as conclusões a respeito da dedicação do recorrente a atividades

Documento eletrônico VDA44367435 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): DANIELA RODRIGUES TEIXEIRA Assinado em: 07/11/2024 15:20:18
Código de Controle do Documento: 980d308d-1256-4cc9-a8bd-80e36f47b3c1

ilícitas.
IV. AGRAVO CONHECIDO PARA NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO ESPECIAL.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Turma, por unanimidade, negar provimento ao recurso.

Os Srs. Ministros Reynaldo Soares da Fonseca, Ribeiro Dantas, Joel Ilan Paciornik e Messod Azulay Neto votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Messod Azulay Neto.

Brasília, 07 de novembro de 2024.

Ministra Daniela Teixeira
Relatora

Documento eletrônico VDA44367435 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): DANIELA RODRIGUES TEIXEIRA Assinado em: 07/11/2024 15:20:18
Código de Controle do Documento: 980d308d-1256-4cc9-a8bd-80e36f47b3c1

AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 2330285 - SP (2023/0099759-0)

RELATORA	**:**	**MINISTRA DANIELA TEIXEIRA**
AGRAVANTE	:	DONNILSON WILDER ROSSI JUNIOR
ADVOGADO	:	EDSON TEIXEIRA - SP213164
AGRAVADO	:	MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

EMENTA

DIREITO PENAL. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA. DEDICAÇÃO À ATIVIDADES CRIMINOSAS. INVIABILIDADE. PRECEDENTES. RECURSO DESPROVIDO.

I. CASO EM EXAME

1. Agravo em recurso especial interposto pelo recorrente contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que negou provimento ao recurso de apelação criminal, mantendo a negativa de aplicação da causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006. O recorrente sustenta que, sendo primário e possuindo bons antecedentes, não haveria justificativa para o afastamento da minorante.

II. QUESTÃO EM DISCUSSÃO

2. Há duas questões em discussão: (i) definir se há elementos que justifiquem o afastamento da minorante do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, em razão da alegada dedicação a atividades criminosas; (ii) determinar se a análise do contexto fático-probatório pelas instâncias ordinárias se revela suficiente para embasar a decisão, vedando o reexame de provas na instância especial.

III. RAZÕES DE DECIDIR

3. A aplicação da minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 depende do cumprimento cumulativo dos requisitos de ser primário, ter bons antecedentes, não se dedicar a atividades criminosas e não integrar organização criminosa.

4. As instâncias ordinárias consideram que, apesar do recorrente ser primário e possuir bons antecedentes, as circunstâncias da apreensão (grande quantidade e variedade de drogas, apreensão de balança de precisão e valores em espécie) indicam sua dedicação habitual ao tráfico, justificando o afastamento da minorante.

5. O reexame do contexto fático-probatório já apreciado pelas instâncias inferiores é vedado em sede de recurso especial, conforme Súmula 7 do STJ, não sendo possível revisar as conclusões a respeito da dedicação do recorrente a atividades

Documento eletrônico VDA44367087 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): DANIELA RODRIGUES TEIXEIRA Assinado em: 07/11/2024 15:22:54
Código de Controle do Documento: 11bdcb13-a8cb-426b-8103-7d1c12f1eadc

ilícitas.
IV. AGRAVO CONHECIDO PARA NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO ESPECIAL.

RELATÓRIO

Trata-se de agravo interposto contra decisão que inadmitiu o recurso especial manejado pelo ora agravante.

Contraminuta apresentada, onde a parte recorrida postula o não conhecimento do recurso ou o seu não provimento.

É o relatório.

VOTO

O agravo em recurso especial é tempestivo e infirmou os argumentos da decisão do Tribunal a quo, razão pela qual, nos termos do art. 253, parágrafo único, inc. II, do RISTJ, conheço do agravo e passo ao exame do recurso especial.

O recurso especial é tempestivo e está com a representação processual correta. O recorrente indicou os permissivos constitucionais que embasam o recurso e o dispositivo de lei federal supostamente violado, demonstrando pertinência na fundamentação (não incidência da súmula nº 284 do STF).

Observa-se, ainda, que o acórdão recorrido examinou expressamente a matéria arguida no recurso, cumprindo com a exigência do prequestionamento (não incidência da súmula 282 do STF).

Ademais, o acórdão apresentou fundamentos de cunho infraconstitucional (não incidência da súmula 126 do STJ), todos rebatidos nas razões recursais (não incidência da súmula 283 do STF).

Adiante, observo que a parte recorrente aponta como violados o art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, sob o argumento de que "nada justifica o afastamento da minorante do artigo 33, § 4º, da Lei 11.343/06, porquanto o recorrente é primário e ausente maus antecedentes e a suposta dedicação a atividade criminosa não está apoiada em fundamentação válida para demover a incidência de minorante prevista na lei federal" (e-STJ, fl. 388).

O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, ao negar provimento ao recurso de apelação criminal ali interposto pela Defesa, assim se manifestou (e-STJ, fls. 383/392):

Documento eletrônico VDA44367087 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): DANIELA RODRIGUES TEIXEIRA Assinado em: 07/11/2024 15:22:54
Código de Controle do Documento: 11bdcb13-a8cb-426b-8103-7d1c12f1eadc

Com efeito, o tráfico privilegiado previsto no art. 33, § 4º, da Lei 11.,343/2006, prevê que "a diminuição de pena pode ser aplicada, desde que sejam preenchidos os requisitos exigidos em lei, quais sejam: ser primário, ter bons antecedentes, não se dedicar a atividades criminosas, nem integrar organização criminosa".

No caso em análise, apesar de Donnilson ostentar bons antecedentes e ser primário, depreende-se não ser possível reconhecer a figura privilegiada, tendo em vista que as provas acostadas aos autos demonstram que o tráfico não se configurou como situação isolada em sua vida, havendo indícios de habitualidade no tocante às atividades criminosas.

Neste contexto, colaciona-se a fundamentação trazida em sentença, para afastar o privilégio:

(...)

Respeitado entendimento contrário, mantenho a negativa da aplicação da benesse do redutor, visto não ser possível, de fato, a incidência da diminuição prevista no § 4º, do artigo 33, da Lei de Drogas.

Acerca dos citados requisitos, também já se manifestou o Superior Tribunal de Justiça:

(...)

No presente caso, não é porque o acusado é primário, tem bons antecedentes e não pertença à organização criminosa, que o julgador automaticamente tenha de aplicar o redutor previsto no § 4º, do artigo 33, da Lei de Tóxicos, há elementos a comprovar que praticava o ilícito de forma habitual, como meio de vida, levando-se em conta ainda, o montante de quantidade e variedade de entorpecentes apreendidos, além de balança de precisão, bem como o contido nas degravações do celular do apelante, resultou clara a atuação estável no crime de tráfico de drogas pelo mesmo, ao menos desde o final de 2019, exercendo o comércio de entorpecentes de maneira habitual, portanto, impede a aplicação da minorante do § 4º do artigo 33, da Lei no 11.343/06/06.

Á propósito:

(...)

Da análise dos autos, constata-se que não merece acolhimento a pretensão da Defesa, pois, consta que "Considerando a grande quantidade e variedade de substâncias entorpecentes apreendidas, a sua forma de acondicionamento, a apreensão de valores em espécie e de balança de precisão, as circunstâncias pela qual se deu a prisão em flagrante e, por fim, a confissão do denunciado, não há dúvidas de que ele se dedicava à traficância ilícita de drogas".

Consta, ademais, que "o agente exercia o tráfico de droga de modo habitual e permanente, dedicando-se à atividade criminosa ao menos desde 2019, data da primeira conversa identificada no laudo pericial juntado às págs.187/244", e que "há elementos a comprovar que praticava o ilícito de forma habitual, como meio de vida, levando-se em conta ainda, o montante de quantidade e variedade de

Documento eletrônico VDA44367087 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): DANIELA RODRIGUES TEIXEIRA Assinado em: 07/11/2024 15:22:54
Código de Controle do Documento: 11bdcb13-a8cb-426b-8103-7d1c12f1eadc

entorpecentes apreendidos, além de balança de precisão" (e-STJ, fl. 372), pelo que se concluiu que o ora recorrente se dedica a atividades criminosas, a ensejar a não aplicação da pleiteada causa especial de diminuição de pena.

A análise das razões motivadas na origem indica que se encontram em linha com o entendimento desta Corte. Nesse sentido, cite-se o seguinte precedente da Quinta Turma:

> *AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. PROVAS PARA A CONDENAÇÃO E DESCLASSIFICAÇÃO DA CONDUTA. NECESSIDADE DE REEXAME FÁTICO-PROBATÓRIO. SÚMULA N. 7 DO STJ. ART. 59 DO CP. PENA-BASE. EXASPERAÇÃO EM RAZÃO DA QUANTIDADE, NATUREZA E VARIEDADE DOS ENTORPECENTES. FUNDAMENTO IDÔNEO.* ***ART. 33, § 4º DA LEI N. 11.343/2006. REQUISITOS NÃO PREENCHIDOS. ATIVIDADE ILÍCITA.*** *REEXAME PROBATÓRIO. NECESSIDADE. SÚMULA N. 7 DO STJ. REGIME FECHADO. PRESENÇA DE CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL. ADEQUAÇÃO. PARECER DO MINISTÉRIO PÚBLICO. AUSÊNCIA DE VINCULAÇÃO. INDEPENDÊNCIA DO PODER JUDICIÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.*
> *1. É assente que cabe ao aplicador da lei, em instância ordinária, fazer um cotejo fático e probatório a fim de analisar a existência de provas suficientes a absolver, condenar ou desclassificar a imputação feita ao acusado. Óbice do enunciado n. 7 da Súmula deste STJ (ut, AgInt no AREsp n. 1.265.017/DF, Relatora Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, , DJe de 24/5/2018).*
> *2. A teor do art. 42 da Lei n. 11.343/2006, a quantidade e a natureza da droga apreendida são preponderantes sobre as demais circunstâncias do art. 59 do Código Penal e podem justificar a fixação da pena-base acima do mínimo legal, cabendo a atuação desta Corte apenas quando demonstrada flagrante ilegalidade no quantum aplicado.*
> *3. No caso concreto, o TJSP considerou como desfavoráveis a quantidade, a natureza e a variedade dos entorpecentes apreendidos - 644,93 gramas de maconha e 5,89 gramas de tenanfetamina (ecstasy) - para exasperar a pena-base do crime de tráfico em 10 meses acima do mínimo legal, o que não se mostra desproporcional, tendo em vista as penas mínima e máxima do referido delito (5 a 15 anos) 4. A incidência da minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 pressupõe que o agente preencha os seguintes requisitos: a)*

Documento eletrônico VDA44367087 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): DANIELA RODRIGUES TEIXEIRA Assinado em: 07/11/2024 15:22:54
Código de Controle do Documento: 11bdcb13-a8cb-426b-8103-7d1c12f1eadc

seja primário; b) de bons antecedentes; c) não se dedique às atividades criminosas; e d) nem integre organização criminosa.
5. No presente caso, o TJSP, considerando as circunstâncias da prisão e as provas obtidas do aparelho celular do recorrente, concluiu pela sua dedicação à atividade ilícita. Desconstituir tal assertiva, como pretendido, demandaria, necessariamente, a imersão vertical na moldura fática e probatória delineada nos autos, inviável na via do recurso especial.
6. ***A apreensão de materiais relativos ao tráfico de entorpecentes balança de precisão e embalagens para o acondicionamento da droga fracionada evidencia a dedicação do agravante a atividades criminosas e fundamenta o afastamento da causa de diminuição do art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006.***
7. Embora a pena fixada seja inferior a 8 (oito) anos, a existência de circunstância judicial desfavorável, com a consequente fixação da pena-base acima do mínimo legal, justifica o estabelecimento do regime prisional mais severo no caso, o fechado , conforme a interpretação conjunta dos arts. 59 e 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal e 42 da Lei n. 11.343/2006 (AgRg no REsp n. 1.918.894/SP, Relatora Ministra Laurita Vaz, Sexta Turma, DJe de 16/6/2021).
8. De acordo com o pacífico entendimento deste Superior Tribunal de Justiça, "a manifestação do Ministério Público constitui peça opinativa, sem qualquer carga vinculativa, motivo pelo qual não há falar em obrigatoriedade de acolhimento do parecer ministerial" (AgRg no HC n. 640.178/SC, Sexta Turma, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, DJe de 27/5/2021).
9. Agravo Regimental não provido.

(AgRg no AgRg no AREsp n. 2.695.009/SP, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 3/9/2024, DJe de 20/9/2024.) (grifos acrescidos)

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. ***CAUSA ESPECIAL DE REDUÇÃO DE PENA. ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. AFASTAMENTO DEVIDO. DEDICAÇÃO A ATIVIDADES CRIMINOSAS.*** *REEXAME DE PROVAS. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.*
1. ***No caso em análise, o Tribunal de origem concluiu pela dedicação do paciente à atividade criminosa a partir de circunstâncias concretas evidenciadas nos autos.*** *No ponto, além da elevada quantidade e variedade de drogas - 1.465 porções, sendo 595 de cocaína, 145 de maconha e 725 de canabinoide sintético - destacou-se a forma de acondicionamento e local de apreensão dos entorpecentes, bem como a apreensão de balança de precisão. A reforma das*

Documento eletrônico VDA44367087 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): DANIELA RODRIGUES TEIXEIRA Assinado em: 07/11/2024 15:22:54
Código de Controle do Documento: 11bdcb13-a8cb-426b-8103-7d1c12f1eadc

conclusões a que chegaram as instâncias ordinárias constitui matéria que refoge ao restrito escopo do habeas corpus, porquanto demanda percuciente reexame de fatos e provas, inviável no rito eleito.
2. Agravo regimental desprovido. (AgRg no HC n. 903.566/SP, relator Ministro Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, julgado em 10/6/2024, DJe de 12/6/2024) (grifos acrescidos).

Ante o exposto, conheço do agravo para **negar provimento ao recurso especial**.

É o voto.

Documento eletrônico VDA44367087 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): DANIELA RODRIGUES TEIXEIRA Assinado em: 07/11/2024 15:22:54
Código de Controle do Documento: 11bdcb13-a8cb-426b-8103-7d1c12f1eadc

CERTIDÃO DE JULGAMENTO
QUINTA TURMA

Número Registro: 2023/0099759-0

AREsp 2.330.285 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 15005381320218260537 150053813202182605379382021 20220000571391

EM MESA JULGADO: 05/11/2024

Relatora
Exma. Sra. Ministra **DANIELA TEIXEIRA**

Presidente da Sessão
Exmo. Sr. Ministro MESSOD AZULAY NETO

Subprocurador-Geral da República
Exmo. Sr. Dr. FRANCISCO DE ASSIS VIEIRA SANSEVERINO

Secretário
Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

AGRAVANTE : DONNILSON WILDER ROSSI JUNIOR
ADVOGADO : EDSON TEIXEIRA - SP213164
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

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

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 recurso."

Os Srs. Ministros Reynaldo Soares da Fonseca, Ribeiro Dantas, Joel Ilan Paciornik e Messod Azulay Neto votaram com a Sra. Ministra Relatora.Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Messod Azulay Neto.

Documento eletrônico VDA44346651 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): MARCELO PEREIRA CRUVINEL, QUINTA TURMA Assinado em: 06/11/2024 17:22:26
Código de Controle do Documento: 5E000624-171C-476E-9374-95B1030F8C29