



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no AGRADO EM RECURSO ESPECIAL Nº 2435116 - SP (2023/0294654-7)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
AGRAVANTE : **DIEGO ALVES DOS SANTOS**
ADVOGADOS : **DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO**
TALES PATAIAS RAMOS - DEFENSOR PÚBLICO
AGRAVADO : **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO**

EMENTA

PROCESSO PENAL. AGRADO REGIMENTAL NO AGRADO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. PLEITO DE DESCLASSIFICAÇÃO. REVOLVIMENTO FÁTICO E PROBATÓRIO. SÚMULA 7 DO STJ. APLICAÇÃO DA MINORANTE PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. IMPOSSIBILIDADE. REGISTRO DE ATO INFRACIONAL DE IGUAL GRAVIDADE. AGRADO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. A prova testemunhal, somada ao conjunto probatório trazido como fundamento no acórdão impugnado, demonstra que o recorrente praticava o tráfico ilícito de entorpecentes, notadamente ante as circunstâncias da prisão, que envolveram a fuga do agente em local conhecido como ponto de traficância e apreensão de relevante quantidade de entorpecentes. Dessa forma, para desconstituir o entendimento firmado pelo Tribunal de origem e concluir pela desclassificação do crime de tráfico de drogas para o do artigo 28 da Lei n. 11.343/2006 seria necessário o revolvimento do conjunto fático-probatório, o que é vedado pela Súmula 7/STJ.

2. A Terceira Seção, por ocasião do julgamento do EREsp 1.916.596/SP, fixou o entendimento de que "o histórico infracional pode ser considerado para afastar a minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, por meio de fundamentação idônea que aponte a existência de circunstâncias excepcionais, nas quais se verifique a gravidade de atos pretéritos, devidamente documentados nos autos, bem como a razoável proximidade temporal de tais atos com o crime em apuração" (Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, Rel. p/ Acórdão Ministra LAURITA VAZ, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 8/9/2021, DJe 4/10/2021).

3. Considerando que o agravante já respondeu por ato infracional de igual gravidade em 2021 (ato infracional análogo a tráfico de drogas), tendo sido neste feito condenado por fato praticado em agosto de 2022, está justificado o afastamento da minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006.

4. Agrado regimental desprovido.

ACÓRDÃO

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

Os Srs. Ministros Joel Ilan Paciornik, Messod Azulay Neto, Daniela Teixeira e Reynaldo Soares da Fonseca votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília, 06 de fevereiro de 2024.

Ministro Ribeiro Dantas

Relator

Superior Tribunal de Justiça

AgRg no AGRADO EM RECURSO ESPECIAL Nº 2.435.116 - SP (2023/0294654-7)

RELATOR : MINISTRO RIBEIRO DANTAS
AGRAVANTE : DIEGO ALVES DOS SANTOS
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
TALES PATAIAS RAMOS - DEFENSOR PÚBLICO
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO RIBEIRO DANTAS (Relator):

Trata-se de agravo regimental interposto por **DIEGO ALVES DOS SANTOS** (e-STJ, fls. 384-394) contra decisão, de minha relatoria, que conheceu do agravo em recurso especial para dar parcial provimento ao recurso especial (e-STJ, fls. 368-376).

Em suas razões, o agravante reitera as razões anteriormente aduzidas, argumentando ser possível a desclassificação da conduta, ante a ínfima quantidade de entorpecente apreendido e a ausência de provas quanto à prática do tráfico.

No mais, reitera também o pedido para reconhecimento da minorante relativa ao tráfico privilegiado.

Requer, assim, a reconsideração da decisão agravada ou a submissão do agravo ao crivo deste órgão colegiado.

É o relatório.

AgRg no AGRADO EM RECURSO ESPECIAL Nº 2.435.116 - SP (2023/0294654-7)

RELATOR : MINISTRO RIBEIRO DANTAS
AGRAVANTE : DIEGO ALVES DOS SANTOS
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
TALES PATAIAS RAMOS - DEFENSOR PÚBLICO
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

EMENTA

PROCESSO PENAL. AGRADO REGIMENTAL NO AGRADO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. PLEITO DE DESCLASSIFICAÇÃO. REVOLVIMENTO FÁTICO E PROBATÓRIO. SÚMULA 7 DO STJ. APLICAÇÃO DA MINORANTE PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. IMPOSSIBILIDADE. REGISTRO DE ATO INFRACIONAL DE IGUAL GRAVIDADE. AGRADO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. A prova testemunhal, somada ao conjunto probatório trazido como fundamento no acórdão impugnado, demonstra que o recorrente praticava o tráfico ilícito de entorpecentes, notadamente ante as circunstâncias da prisão, que envolveram a fuga do agente em local conhecido como ponto de traficância e apreensão de relevante quantidade de entorpecentes. Dessa forma, para desconstituir o entendimento firmado pelo Tribunal de origem e concluir pela desclassificação do crime de tráfico de drogas para o do artigo 28 da Lei n. 11.343/2006 seria necessário o revolvimento do conjunto fático-probatório, o que é vedado pela Súmula 7/STJ.

2. A Terceira Seção, por ocasião do julgamento do EREsp 1.916.596/SP, fixou o entendimento de que "o histórico infracional pode ser considerado para afastar a minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, por meio de fundamentação idônea que aponte a existência de circunstâncias excepcionais, nas quais se verifique a gravidade de atos pretéritos, devidamente documentados nos autos, bem como a razoável proximidade temporal de tais atos com o crime em apuração" (Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, Rel. p/ Acórdão Ministra LAURITA VAZ, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 8/9/2021, DJe 4/10/2021).

3. Considerando que o agravante já respondeu por ato infracional de igual gravidade em 2021 (ato infracional análogo a tráfico de drogas), tendo sido neste feito condenado por fato praticado em agosto de 2022, está justificado o afastamento da minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006.

4. Agrado regimental desprovido.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO RIBEIRO DANTAS (Relator):

Não obstante os argumentos expendidos pelo agravante, estes não possuem o condão de infirmar os fundamentos da decisão agravada.

Consoante anteriormente explicitado, verifica-se que a prova testemunhal, somada ao conjunto probatório trazido como fundamento no acórdão impugnado, demonstra que o recorrente praticava o tráfico ilícito de entorpecentes, notadamente ante as circunstâncias da prisão, que envolveram a fuga do agente em local conhecido como ponto de traficância e apreensão de relevante quantidade de entorpecentes.

Confira-se o seguinte trecho do acórdão recorrido (e-STJ, fls. 237-238, grifou-se):

"Assim as narrativas dos diligentes e competentes Policiais Militares (i) Renato e (ii) Kauê, f. 9, 10 e SAJ, que descrevem com abundância de detalhes como se deu a abordagem do acusado.

Relatam que, em patrulhamento, avistaram o acusado em conhecido ponto de vendas de drogas, e o réu demonstrou comportamento furtivo ao perceber a aproximação da guarnição, correndo na direção de uma viela.

Afirmam que a reação do acusado despertou fundada suspeita, motivo pelo qual decidiram abordá-lo.

Esclarecem que alcançaram o acusado, apreendendo dois estojos que estavam em seu poder, no interior do qual encontraram as porções de cocaína e maconha, além dos frascos de lança-perfumes e dinheiro.

Por fim, dizem que o acusado admitiu informalmente a prática do tráfico ilícito de entorpecentes.

Evidentemente autênticos os relatos. Enfim e fugir de realidade tamanha é querer não enxergar o que os autos mostram com cristalinidade pura.

E nada se alegue contra as palavras daqueles agentes da lei.

Porquanto não há suspeita sobre elas, mormente quando, exatamente como aqui, estão coerentes e consonantes ao demais do contexto probatório.

A jurisprudência pátria, a esta altura, tem constantemente acolhido a palavra policial como prova segura, firme e convincente, notadamente quando, como aqui, esteja coerente ao mais probatório colacionado e não discrepe do mais produzido, em sua essência."

Destaca-se que o Superior Tribunal de Justiça já se manifestou que, "para a ocorrência do elemento subjetivo do tipo descrito no art. 33, caput, da Lei n. 11.343/2006, é suficiente a existência do dolo, assim compreendido como a vontade consciente de realizar o ilícito penal, o qual apresenta 18 (dezoito) condutas que podem ser praticadas, isoladas ou conjuntamente" (REsp 1.361.484/MG, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 10/6/2014, DJe 13/6/2014).

Vale anotar, ainda, que os depoimentos dos agentes públicos responsáveis pela prisão em flagrante são meio idôneo e suficiente para a formação do édito condenatório, quando em harmonia com as demais provas dos autos, e colhidos sob o crivo do contraditório e da ampla defesa, como ocorreu na hipótese.

Corroboram:

Superior Tribunal de Justiça

"AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. ABSOLVIÇÃO. NECESSIDADE DE REVOLVIMENTO DO ACERVO FÁTICO-PROBATÓRIO. INCIDÊNCIA DA SÚMULA N. 7 DO STJ. DEPOIMENTO DE AGENTE POLICIAL COLHIDO NA FASE JUDICIAL. CONSONÂNCIA COM AS DEMAIS PROVAS. VALIDADE. RECURSO NÃO PROVIDO.

1. As instâncias ordinárias, após toda a análise do conjunto fático-probatório amealhado aos autos, concluíram pela existência de elementos concretos e coesos a ensejar a condenação do ora agravante pelo crime de associação para o tráfico, de modo que, para se concluir pela insuficiência de provas para a condenação, seria necessário o revolvimento do suporte fático-probatório delineado nos autos, procedimento vedado em recurso especial, a teor do Enunciado Sumular n. 7 do Superior Tribunal de Justiça.

2. São válidas como elemento probatório, desde que em consonância com as demais provas dos autos, as declarações dos agentes policiais ou de qualquer outra testemunha. Precedentes.

3. Agravo regimental não provido."

(AgRg no AREsp 875.769/ES, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 7/3/2017, DJe 14/3/2017).

"HABEAS CORPUS SUBSTITUTO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO INTERESTADUAL DE ENTORPECENTES. ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. ALEGAÇÃO DE INIDONEIDADE DAS PROVAS QUE ENSEJARAM A CONDENAÇÃO. TESTEMUNHAS POLICIAIS CORROBORADAS POR OUTROS ELEMENTOS DE PROVA. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DO ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/06. INCOMPATIBILIDADE. CONDENAÇÃO POR ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. DEDICAÇÃO A ATIVIDADES CRIMINOSAS. DIREITO DE RECORRER EM LIBERDADE. INSTRUÇÃO DEFICIENTE. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

[...] 2. Não obstante as provas testemunhais advirem de agentes de polícia, a palavra dos investigadores não pode ser afastada de plano por sua simples condição, caso não demonstrados indícios mínimos de interesse em prejudicar o acusado, mormente em hipótese como a dos autos, em que os depoimentos foram corroborados pelo conteúdo das interceptações telefônicas, pela apreensão dos entorpecentes - 175g de maconha e aproximadamente 100g de cocaína -, bem como pelas versões consideradas pelo acórdão como inverossímeis e permeadas por várias contradições e incoerências apresentadas pelo paciente e demais corréus.

3. É assente nesta Corte o entendimento no sentido de que o depoimento dos policiais prestado em juízo constitui meio de prova idôneo a resultar na condenação do paciente, notadamente quando ausente qualquer dúvida sobre a imparcialidade das testemunhas, cabendo à defesa o ônus de demonstrar a imprestabilidade da prova, fato que não ocorreu no presente caso (HC 165.561/AM, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, DJe 15/02/2016). Súmula nº 568/STJ.

[...] 8. Habeas corpus não conhecido."

(HC 393.516/MG, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 20/6/2017, DJe 30/6/2017).

Superior Tribunal de Justiça

Dessa forma, para desconstituir o entendimento firmado pelo Tribunal de origem e concluir pela desclassificação do crime de tráfico de drogas para o do artigo 28 da Lei n. 11.343/2006 seria necessário o revolvimento do conjunto fático-probatório, o que é vedado pela Súmula 7/STJ.

Ilustrativamente:

"AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. PLEITO DE DESCLASSIFICAÇÃO. SÚMULA 7/STJ. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE. IMPOSSIBILIDADE. NOVO ENTENDIMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO. INDEFERIDA A EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA.

1. Concluindo o Tribunal de origem, soberano na análise probatória, pela efetiva participação do recorrente na prática do delito de tráfico de drogas, a alteração do julgado, para fins de desclassificação, demandaria revolvimento de provas, o que não se admite a teor da Súmula 7/STJ.

2. Em recente julgado, o Pleno do Supremo Tribunal Federal, apreciando as ADCs 43, 44 e 54, firmou compreensão quanto à constitucionalidade do art. 283 do Código de Processo Penal, estando a citada regra em consonância com o princípio da presunção de inocência.

3. Agravo regimental improvido e indeferida a execução provisória da pena."

(AgRg no AREsp 1502199/SE, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 26/11/2019, DJe 03/12/2019).

"PENAL. RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. CONDENAÇÃO. ABSOLVIÇÃO OU DESCLASSIFICAÇÃO PARA USO. SÚMULA 7/STJ. VIOLAÇÃO DO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA PARA O AFASTAMENTO. APLICAÇÃO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO DA PENA. QUANTIDADE E VARIEDADE DE DROGA. REGIME ABERTO E POSSIBILIDADE DE SUBSTITUIÇÃO. DESPROPORCIONALIDADE DO REGIME MAIS GRAVOSO. RECURSO ESPECIAL PARCIALMENTE CONHECIDO E, NESSA PARTE, PROVIDO.

1. O Tribunal a quo manteve a condenação do acusado pelo crime de tráfico de entorpecentes. Rever tal conclusão, como requer a parte recorrente, no sentido da absolvição ou desclassificação da conduta para o crime do art. 28 da Lei n. 11.343/2006, demandaria o revolvimento de matéria fático-probatória, o que é inviável em sede de recurso especial, por força da incidência da Súmula n. 7/STJ.

[...] 5. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, provido para aplicar o redutor previsto no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, no patamar de 2/3, redimensionando a pena do envolvido para 1 ano e 8 meses de reclusão e 166 dias multa, a ser cumprida em regime aberto, substituída a pena privativa de liberdade por duas restritivas de direitos, a serem fixadas pelo juízo da execução."

(REsp 1838235/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 05/11/2019, DJe 18/11/2019).

"[...] DESCLASSIFICAÇÃO DA CONDUTA. ARTIGO 33 DA LEI N. 11.343/2006 PARA O ART. 28. IMPOSSIBILIDADE NO ÂMBITO RECURSAL. EMENTATIO LIBELLI. AUSÊNCIA DE

Superior Tribunal de Justiça

PREQUESTIONAMENTO. NECESSIDADE DE REVOLVIMENTO DE FATOS E PROVAS. SÚMULA N. 7/STJ.

[...] 2. A apreciação do pleito de desclassificação do delito de tráfico de drogas para o previsto no art. 28, caput, da Lei n. 11.343/2006 demanda, conforme a jurisprudência do STJ, o revolvimento do acervo fático-probatório delineado nos autos, providência inviável no âmbito do recurso especial, ut Súmula n. 7/STJ.

3. Agravo regimental não provido."

(AgRg no REsp 1826640/RS, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 24/09/2019, DJe 25/10/2019).

No mais, verifica-se que o Tribunal de origem, por sua vez, deu provimento ao recurso ministerial para afastar o redutor do tráfico privilegiado sob os seguintes fundamentos (e-STJ, fls. 240-241):

"Nada obstante tenha a Lei de Tóxicos criado aparente situação mais favorável aos traficantes primários (art. 33, § 4º), não é o caso de aqui considerá-la em favor do réu, porque meramente facultativa a situação ("... as penas poderão ser reduzidas..." g. doa.), o que desabilita sua aplicabilidade para o caso concreto, mais aqui, evidentemente, face às circunstâncias em que surpreendido o acusado, que, embora tecnicamente primário, possui histórico de atos infracionais equiparados ao tráfico de entorpecentes.

De forma que, embora não seja possível considerar tais registros para perscrutar os antecedentes criminais do agente, ou caracterizar a agravante da reincidência, a comprovação da prática de atos infracionais demonstra a habitualidade da prática delitiva e constitui óbice ao reconhecimento da forma dita "privilegiada" do tráfico de entorpecentes."

De acordo com o § 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 primários, possuírem bons antecedentes e não se dedicarem a atividades criminosas ou integrarem organizações criminosas.

Vale anotar que a Terceira Seção desta Corte Superior de Justiça, ao se debruçar sobre o tema, inferiu ser possível a consideração de atos infracionais como indicativo de dedicação a atividades criminosas, desde que de forma fundamentada, mediante a análise da gravidade de tais atos, os quais devem estar devidamente documentados nos autos, observando-se, ainda, o lapso temporal entre eles e o delito ao qual responde.

Transcrevo, por oportuno, a ementa do referido julgado:

"EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. RECONHECIMENTO DA MINORANTE PREVISTA NO ART. 33, § 4.º, DA LEI N. 11.343/2006. PLEITO DE AFASTAMENTO COM BASE EM ATOS INFRACIONAIS. PREVALECIMENTO DE ENTENDIMENTO INTERMEDIÁRIO. POSSIBILIDADE EM CIRCUNSTÂNCIAS EXCEPCIONAIS, DEVIDAMENTE FUNDAMENTADAS. RESSALVA DO ENTENDIMENTO DA RELATORA DESIGNADA PARA REDIGIR O ACÓRDÃO. TESE NÃO APLICADA AO CASO CONCRETO. AUSÊNCIA DE CONTEMPORANEIDADE DOS ATOS INFRACIONAIS PRETÉRITOS. CIRCUNSTÂNCIAS FÁTICAS HÁBEIS A RECOMENDAR A INCIDÊNCIA DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA RECONHECIDA PELA CORTE DE

ORIGEM, NO CASO. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA CONHECIDOS E DESPROVIDOS.

1. Consoante o § 4.º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, os condenados pelo crime de tráfico de drogas terão a pena diminuída, de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços), quando forem reconhecidamente primários, possuírem bons antecedentes e não se dedicarem a atividades criminosas ou integrem organização criminosa. Para que o agente possa ser beneficiado, é preciso preencher cumulativamente os requisitos.

2. Na esfera da Lei n. 8.069/1990, as medidas socioeducativas aplicadas em resposta a ato infracional cometido por adolescente possuem o objetivo de responsabilização quanto às consequências lesivas do ato, a integração social e garantia de seus direitos individuais e sociais, bem como a desaprovação da conduta infracional (art. 1.º, § 2.º, incisos I, II e III, da Lei n. 12.594/2012 - SINASE).

3. No entanto, apesar de a medida socioeducativa, impositiva e preponderantemente pedagógica, possuir certa carga punitiva, certo é que não configura pena e, portanto, não induz reincidência nem maus antecedentes. Nessa medida, é incompatível considerar o registro de anterior ato infracional, na terceira fase da dosimetria da pena do crime de tráfico de drogas, como elemento caracterizador da dedicação do agente a atividades delituosas, obstando a minorante, equiparando a conduta a crime hediondo e recrudescendo a execução penal.

4. Vale dizer, o registro da prática de fato típico e antijurídico por adolescente (inimputável), que não comete crime nem recebe pena, atingida a maioridade penal, não pode ser utilizado como fundamento para se deduzir a dedicação a atividades criminosas, e produzir amplos efeitos desfavoráveis na dosimetria e execução da pena.

5. No caso concreto, foi tida por inidônea a fundamentação que fez alusão genérica ao histórico infracional para concluir pela comprovação da dedicação às atividades criminosas, sobretudo porque nenhum outro dado foi extraído do conjunto probatório para respaldar a conclusão de que os agentes vinham se dedicando à atividade criminosa, o que tampouco foi possível identificar a partir da quantidade não expressiva de entorpecente.

6. No entanto, prevaleceu, no âmbito da Terceira Seção, para fins de consolidação jurisprudencial e ressalvado o entendimento desta Relatora para o acórdão, entendimento intermediário no sentido de que o histórico infracional pode ser considerado para afastar a minorante prevista no art. 33, § 4.º, da Lei n. 11.343/2006, por meio de fundamentação idônea que aponte a existência de circunstâncias excepcionais, nas quais se verifique a gravidade de atos pretéritos, devidamente documentados nos autos, bem como a razoável proximidade temporal de tais atos com o crime em apuração.

7. Embargos de divergência conhecidos e desprovidos."

(EResp n. 1.916.596/SP, relator Ministro Joel Ilan Paciornik, relatora para acórdão Ministra Laurita Vaz, Terceira Seção, julgado em 8/9/2021, DJe de 4/10/2021.)

No mesmo sentido, os seguintes precedentes:

"AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. MINORANTE PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. ATOS INFRACIONAIS. DEDICAÇÃO A ATIVIDADES CRIMINOSAS. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

1. Para a aplicação da minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei n.

11.343/2006, é exigido, além da primariedade e dos bons antecedentes do acusado, que este não integre organização criminosa nem se dedique a atividades delituosas. Isso porque a razão de ser dessa causa especial de diminuição de pena é justamente punir com menor rigor o pequeno traficante.

2. No caso, as instâncias ordinárias - dentro do seu livre convencimento motivado - apontaram elementos concretos dos autos a evidenciar que as circunstâncias em que perpetrado o delito em questão não se compatibilizariam com a posição de um pequeno traficante ou de quem não se dedica, com certa frequência e anterioridade, a atividades criminosas, notadamente ao tráfico de drogas.

3. Em sessão ocorrida no dia 8/9/2021, a Terceira Seção desta Corte Superior de Justiça, por ocasião do julgamento dos EREsp n. 1.916.596/SP (Rel. Ministro Joel Ilan Paciornik, Rel. p/ acórdão Ministra Laurita Vaz), pacificou o entendimento de que, embora adolescentes não cometam crime nem recebam pena, não há óbice a que o registro de ato(s) infracional(is) possa ser utilizado como elemento caracterizador de dedicação do agente a atividades criminosas e, por conseguinte, como fundamento idôneo para afastar a incidência da minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas.

4. Tendo em vista que, no caso: a) os atos infracionais praticados pelo ora agravante, enquanto ainda adolescente, foram graves; b) os registros infracionais estavam devidamente documentados nos autos principais (de sorte a não pairar dúvidas sobre o reconhecimento judicial de suas ocorrências); c) foi pequena a distância temporal entre os atos infracionais e os crimes objetos deste habeas corpus (os quais foram perpetrados quando o réu tinha apenas 18 anos de idade); d) todas as ocorrências de atos infracionais dizem respeito "à circulação indevida de drogas", não há como se reconhecer a incidência do redutor previsto no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 em favor do acusado, por estar evidente a ausência de preenchimento do requisito de "não se dedicar a atividades criminosas".

5. Diante do insucesso da tese defensiva que poderia levar à redução da reprimenda, não há nenhum ajuste a ser feito no regime inicial de cumprimento da pena estabelecido ao réu.

6. Agravo regimental não provido."

(AgRg no HC n. 691.281/SP, relator Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 21/9/2021, DJe de 29/9/2021.)

"PENAL. PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. CONDENAÇÃO POR TRÁFICO DE ENTORPECENTES. PRISÃO EM FLAGRANTE. GUARDAS MUNICIPAIS. ILEGALIDADE. DESVIO DE FUNÇÃO. PROVAS ILÍCITAS. INOCORRÊNCIA. CRIME PERMANENTE. PRISÃO AUTORIZADA. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA. TRÁFICO PRIVILEGIADO. IMPOSSIBILIDADE DE INCIDÊNCIA. DEDICAÇÃO ÀS ATIVIDADES CRIMINOSAS. ATOS INFRACIONAIS ANÁLOGOS AO TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. REGIME INICIAL FECHADO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. QUANTIDADE DE ENTORPECENTES. NÃO ENFRENTAMENTO DE TODOS OS FUNDAMENTOS DA DECISÃO AGRAVADA. ENUNCIADO SUMULAR N. 182/STJ. NOVOS ARGUMENTOS APTOS A ALTERAR A DECISÃO AGRAVADAS. AUSÊNCIA.

I - É assente nesta Corte Superior a orientação de que os integrantes da

Superior Tribunal de Justiça

guarda municipal não desempenham a função de policiamento ostensivo. Contudo, também é firme o entendimento jurisprudencial deste Superior Tribunal de Justiça no sentido de que, "nos termos do artigo 301 do Código de Processo Penal, qualquer pessoa pode prender quem esteja em flagrante delito, razão pela qual não há qualquer óbice à sua realização por guardas municipais. Precedentes" (HC n. 357.725/SP, Quinta Turma, Rel. Min. Jorge Mussi, DJe de 12/05/2017).

II - O v. aresto vergastado afastou motivadamente a alegada nulidade da busca e apreensão, sob o fundamento de que a inviolabilidade de domicílio encontra exceção em caso de flagrante delito. De fato, afere-se dos autos que o paciente fora condenado pela prática do crime de tráfico ilícito de entorpecentes, o qual configura delito permanente, ou seja, o momento consumativo protraí-se no tempo, permitindo a conclusão de que o agente estará em flagrante delito enquanto não cessar a permanência (precedentes).

III - In casu, os guardas civis, durante patrulhamento de rotina, avistaram o ora agravante em local já conhecido como ponto utilizado para o tráfico ilícito de entorpecentes e, por ter o acusado apresentado nervosismo ao deparar-se com a viatura, decidiram os agentes por abordá-lo, momento em que localizaram em sua posse 15 (quinze) porções de maconha (fls. 204-205). Indagado a respeito de todo o contexto, o então suspeito admitiu que estava realizando o comércio espúrio, bem como que detinha entorpecentes em sua residência para fins de comercialização (fl. 205), eventos por si só suficientes para configurar as "fundadas razões" para se concluir que havia flagrante delito em andamento, bem como a autorizar o ingresso em domicílio sem autorização judicial ou consentimento. Nesse compasso, compreende-se igualmente que não há nulidade nas provas obtidas em decorrência da situação de flagrância.

IV - O parágrafo 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 dispõe que as penas do crime de tráfico de drogas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, vedada a conversão em penas restritivas de direitos, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa. Na ausência de indicação pelo legislador das balizas para o percentual de redução previsto no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, a natureza e a quantidade de droga apreendida, assim como as demais circunstâncias do art. 59 do Código Penal, podem ser utilizadas na definição de tal índice ou, até mesmo, no impedimento da incidência da minorante, quando evidenciarem a dedicação do agente ao tráfico de entorpecentes.

V - Na espécie, consoante depreende-se do v. acórdão fustigado, ao contrário do que aduz a combativa Defesa, houve fundamentação idônea para a não adoção da minorante referente ao tráfico privilegiado, com base na conclusão de que o paciente se dedicava a atividades criminosas, visto que possui registros de atos infracionais análogos ao tráfico de entorpecentes, não se tratando, portanto, de traficante eventual, elementos aptos a justificar a não aplicação da causa especial de diminuição de pena, nos termos do atual entendimento do col. Pretório Excelso, bem como desta eg. Corte Superior de Justiça. (precedentes).

VI - O Plenário do col. Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC 111.840/ES (em 27/7/2012), declarou inconstitucional o art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/90, de modo que a obrigatoriedade do regime inicial fechado aos sentenciados por crimes hediondos e aos a eles equiparados não mais subsiste. Destarte, na identificação do modo inicial de cumprimento de pena, necessário à prevenção e à reparação da infração penal, o magistrado

Superior Tribunal de Justiça

deve expor motivadamente sua escolha, atento às diretrizes do art. 33 do Código Penal, e, na hipótese de condenação por crime de tráfico de drogas, ao disposto no art. 42 da Lei n. 11.343/2006, segundo o qual serão consideradas com preponderância a natureza e a quantidade de substância entorpecente, a personalidade e a conduta social do agente sobre as demais circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal.

VII - A esse respeito, restou consignado no édito condenatório primevo que o ora paciente detinha em depósito na sua residência, preparadas para comercialização, 277 (duzentos e setenta e sete) porções de maconha (fl. 205). Como visto, portanto, o regime adequado à hipótese é o inicial fechado, uma vez que, não obstante o montante final da pena conduza ao regime semiaberto, depreende-se do acórdão impugnado que houve fundamentação idônea a lastrear a aplicação do regime mais gravoso, em razão da aferição desfavorável de circunstâncias judiciais (quantidade e natureza do entorpecente), nos termos dos art. 33 do Código Penal, c.c art. 42 da Lei n. 11.343/2006.

VIII - No mais, a d. Defesa se limitou a reprisar os argumentos da impetração inicial, o que atrai o verbete do Enunciado Sumular n. 182 desta eg. Corte Superior de Justiça, segundo a qual é inviável o agravo regimental que não impugna especificamente os fundamentos da decisão agravada.

Agravo regimental desprovido."

(AgRg no HC n. 678.534/SP, relator Ministro Jesuíno Rissato (Desembargador Convocado do Tjdft), Quinta Turma, julgado em 28/9/2021, DJe de 5/10/2021.)

Na hipótese dos autos, consta na certidão de antecedentes do menor (e-STJ, fl. 36), o registro do cumprimento de medidas socioeducativas em 2021 que, conforme consignado no acórdão impugnado, refere-se à prática de ato infracional equiparado ao tráfico de entorpecentes.

Como se vê, o acórdão recorrido está em consonância com a jurisprudência desta Corte Superior, na medida em que o agravante respondeu por ato infracional de igual gravidade, em 2021, tendo sido neste feito condenado por fato praticado em agosto de 2022.

Ante o exposto, **nego provimento** ao agravo regimental.

É o voto.

**CERTIDÃO DE JULGAMENTO
QUINTA TURMA**

Número Registro: 2023/0294654-7

AgRg no
AREsp 2.435.116 /
SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 15028383620218260540 1502838362021826054040262021
1502838362021826054050000 20220001055596 20230000088634 40262021

EM MESA

JULGADO: 06/02/2024

Relator

Exmo. Sr. Ministro **RIBEIRO DANTAS**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro MESSOD AZULAY NETO

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. ELIZETA MARIA DE PAIVA RAMOS

Secretário

Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

AGRAVANTE : DIEGO ALVES DOS SANTOS
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
TALES PATAIAS RAMOS - DEFENSOR PÚBLICO
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

AGRAVO REGIMENTAL

AGRAVANTE : DIEGO ALVES DOS SANTOS
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
TALES PATAIAS RAMOS - DEFENSOR PÚBLICO
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

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 Joel Ilan Paciornik, Messod Azulay Neto, Daniela Teixeira e Reynaldo Soares da Fonseca votaram com o Sr. Ministro Relator.