



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no AGRADO EM RECURSO ESPECIAL Nº 2457549 - SP (2023/0303643-5)

RELATOR : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
AGRAVANTE : **GUILHERME HENRIQUE OLIVEIRA MOGENTALE**
ADVOGADOS : **VALTER DIAS PRADO - SP236505**
 MARCELO MARIN - SP264984
 MARCEL LELIS MOREIRA - SP268103
 ELENIR APARECIDA BARRIENTOS SILVEIRA PRADO -
 SP342178
AGRAVADO : **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO**

EMENTA

PENAL E PROCESSO PENAL. AGRADO REGIMENTAL NO AGRADO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. BUSCA PESSOAL. FLAGRANTE EM VIA PÚBLICA. EXERCÍCIO REGULAR DA ATIVIDADE INVESTIGATIVA. ALEGADA NULIDADE DA PROVA POR INVASÃO DE DOMICÍLIO. INOCORRÊNCIA. FUNDADAS RAZÕES PARA O INGRESSO DOS POLICIAIS. APLICAÇÃO DA MINORANTE PREVISTA NO ART. 33, §4º, DA LEI N. 11.343/2006. INVIABILIDADE. DEDICAÇÃO A ATIVIDADES CRIMINOSAS. REEXAME DE FATOS E PROVAS. PROVIDÊNCIA VEDADA EM SEDE ESPECIAL. SÚMULA 7/STJ. AGRADO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

1. A revista pessoal sem autorização judicial prévia somente pode ser realizada diante de fundadas suspeitas de que alguém oculte consigo arma proibida, coisas achadas ou obtidas por meios criminosos, instrumentos de falsificação ou de contrafação e objetos falsificados ou contrafeitos; ou objetos necessários à prova de infração, na forma do disposto no § 2º do art. 240 e no art. 244, ambos do CPP.

2. No caso, o Tribunal de origem reconheceu a legalidade dos procedimentos afirmando que a abordagem policial ocorreu em razão de ter sido o réu Guilherme avistado entregando algo a um motociclista e, ao perceber a aproximação policial, ter tentado ingressar num imóvel próximo, observado que nesse mesmo instante o motociclista se evadia do local, o que configurou um cenário que revelava fundada suspeita estivesse ele a ocultar material ilícito (e-STJ fl. 516). No contexto, o acórdão recorrido ao reconhecer legítima a busca pessoal precedida de fundadas suspeitas de ocorrência de ilícito (justa causa) alinha-se à jurisprudência desta Corte Superior.

3. O Supremo Tribunal Federal, apreciando o Tema n. 280 da sistemática da repercussão geral, à oportunidade do julgamento do RE n. 603.616/RO, decidiu que, para a adoção da medida de busca e

apreensão sem mandado judicial, faz-se necessária a presença da caracterização de justa causa, consubstanciada em razões as quais indiquem a situação de flagrante delito.

4. Existindo elementos indicativos da prática de crime no local a autorizarem a violação domiciliar, mostra-se desnecessário o prévio mandado de busca e apreensão, como no presente caso, em que a entrada no imóvel ocorreu após a apreensão de drogas com o recorrente ainda em via pública.

5. No caso, para se alterar as premissas fáticas consideradas pelo Tribunal *a quo* que fundaram a conclusão acerca da presença de justa causa para a revista pessoal e a invasão de domicílio, não se prescinde de revolvimento de matéria fático-probatória, vedado em recurso especial, segundo o óbice da Súmula 7/STJ.

6. 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 integrarem organização criminosa. Para que o agente possa ser beneficiado, é preciso preencher cumulativamente os requisitos.

7. As instâncias ordinárias concluíram, com base no acervo probatório, pela inviabilidade do reconhecimento do tráfico privilegiado, asseverando que "as circunstâncias que envolveram os fatos e as mensagens trocadas pelos réus (laudo pericial fls. 227/248) revelam, de forma clara e segura, se dedicarem eles com habitualidade à atividade criminosa do tráfico de entorpecentes, não só em função da expressiva quantidade de drogas encontrada em poder deles, mas também por terem sido apreendidos duas balanças de precisão e um rolo do tipo papel filme, petrechos comumente utilizados para pesagem e embalagem de droga em pequenas porções destinadas ao fornecimento a terceiros" (e-STJ fl. 527).

8. A aplicação do benefício do tráfico privilegiado foi descartada na origem por se constatar a presença de elementos outros, além da quantidade e natureza da droga apreendida, indicativos de inserção na cadeia criminosa. Entendimento em sentido contrário demandaria, necessariamente, o revolvimento do conjunto fático-probatório, inviável em sede de recurso especial. Incidência da Súmula 7/STJ.

9. Agravo regimental a que se nega provimento.

ACÓRDÃO

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

Os Srs. Ministros Ribeiro Dantas, Joel Ilan Paciornik, Messod Azulay Neto e Daniela Teixeira votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília, 12 de dezembro de 2023.

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no AGRADO EM RECURSO ESPECIAL Nº 2457549 - SP (2023/0303643-5)

RELATOR : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
AGRAVANTE : **GUILHERME HENRIQUE OLIVEIRA MOGENTALE**
ADVOGADOS : **VALTER DIAS PRADO - SP236505**
 MARCELO MARIN - SP264984
 MARCEL LELIS MOREIRA - SP268103
 ELENIR APARECIDA BARRIENTOS SILVEIRA PRADO -
 SP342178
AGRAVADO : **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO**

EMENTA

PENAL E PROCESSO PENAL. AGRADO REGIMENTAL NO AGRADO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. BUSCA PESSOAL. FLAGRANTE EM VIA PÚBLICA. EXERCÍCIO REGULAR DA ATIVIDADE INVESTIGATIVA. ALEGADA NULIDADE DA PROVA POR INVASÃO DE DOMICÍLIO. INOCORRÊNCIA. FUNDADAS RAZÕES PARA O INGRESSO DOS POLICIAIS. APLICAÇÃO DA MINORANTE PREVISTA NO ART. 33, §4º, DA LEI N. 11.343/2006. INVIABILIDADE. DEDICAÇÃO A ATIVIDADES CRIMINOSAS. REEXAME DE FATOS E PROVAS. PROVIDÊNCIA VEDADA EM SEDE ESPECIAL. SÚMULA 7/STJ. AGRADO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

1. A revista pessoal sem autorização judicial prévia somente pode ser realizada diante de fundadas suspeitas de que alguém oculte consigo arma proibida, coisas achadas ou obtidas por meios criminosos, instrumentos de falsificação ou de contrafação e objetos falsificados ou contrafeitos; ou objetos necessários à prova de infração, na forma do disposto no § 2º do art. 240 e no art. 244, ambos do CPP.

2. No caso, o Tribunal de origem reconheceu a legalidade dos procedimentos afirmando que a abordagem policial ocorreu em razão de ter sido o réu Guilherme avistado entregando algo a um motociclista e, ao perceber a aproximação policial, ter tentado ingressar num imóvel próximo, observado que nesse mesmo instante o motociclista se evadia do local, o que configurou um cenário que revelava fundada suspeita estivesse ele a ocultar material ilícito (e-STJ fl. 516). No contexto, o acórdão recorrido ao reconhecer legítima a busca pessoal precedida de fundadas suspeitas de ocorrência de ilícito (justa causa) alinha-se à jurisprudência desta Corte Superior.

3. O Supremo Tribunal Federal, apreciando o Tema n. 280 da sistemática da repercussão geral, à oportunidade do julgamento do RE n. 603.616/RO, decidiu que, para a adoção da medida de busca e

apreensão sem mandado judicial, faz-se necessária a presença da caracterização de justa causa, consubstanciada em razões as quais indiquem a situação de flagrante delito.

4. Existindo elementos indicativos da prática de crime no local a autorizarem a violação domiciliar, mostra-se desnecessário o prévio mandado de busca e apreensão, como no presente caso, em que a entrada no imóvel ocorreu após a apreensão de drogas com o recorrente ainda em via pública.

5. No caso, para se alterar as premissas fáticas consideradas pelo Tribunal *a quo* que fundaram a conclusão acerca da presença de justa causa para a revista pessoal e a invasão de domicílio, não se prescinde de revolvimento de matéria fático-probatória, vedado em recurso especial, segundo o óbice da Súmula 7/STJ.

6. 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 integrarem organização criminosa. Para que o agente possa ser beneficiado, é preciso preencher cumulativamente os requisitos.

7. As instâncias ordinárias concluíram, com base no acervo probatório, pela inviabilidade do reconhecimento do tráfico privilegiado, asseverando que "as circunstâncias que envolveram os fatos e as mensagens trocadas pelos réus (laudo pericial fls. 227/248) revelam, de forma clara e segura, se dedicarem eles com habitualidade à atividade criminosa do tráfico de entorpecentes, não só em função da expressiva quantidade de drogas encontrada em poder deles, mas também por terem sido apreendidos duas balanças de precisão e um rolo do tipo papel filme, petrechos comumente utilizados para pesagem e embalagem de droga em pequenas porções destinadas ao fornecimento a terceiros" (e-STJ fl. 527).

8. A aplicação do benefício do tráfico privilegiado foi descartada na origem por se constatar a presença de elementos outros, além da quantidade e natureza da droga apreendida, indicativos de inserção na cadeia criminosa. Entendimento em sentido contrário demandaria, necessariamente, o revolvimento do conjunto fático-probatório, inviável em sede de recurso especial. Incidência da Súmula 7/STJ.

9. Agravo regimental a que se nega provimento.

RELATÓRIO

Trata-se de agravo regimental interposto por GUILHERME HENRIQUE OLIVEIRA MOGENTALE, contra decisão de minha relatoria que conheceu do agravo para não conhecer do recurso especial (e-STJ fls. 604/614).

No regimental, insiste a defesa na tese de ilicitude das provas derivadas de busca pessoal e invasão de domicílio sem fundadas razões anteriores à abordagem policial.

Reitera que as provas dos autos não indicam que o recorrente se dedique a

atividades criminosas, de modo que faz jus ao reconhecimento do tráfico privilegiado.

Requer, ao final, seja dado provimento ao agravo regimental.

É o relatório.

VOTO

O agravo regimental não comporta provimento, uma vez que, apesar conscienciosos argumentos da parte agravante, não foram apresentados elementos hábeis a infirmar os fundamentos expendidos na decisão agravada.

De início, cabe lembrar que, consoante à jurisprudência desta Corte e nos termos do art. 240, § 2º, do Código de Processo Penal, a busca pessoal não necessita de prévia autorização judicial quando houver fundadas suspeitas de possível delito.

A revista pessoal sem autorização judicial prévia somente pode ser realizada diante de fundadas suspeitas de que alguém oculte consigo arma proibida, coisas achadas ou obtidas por meios criminosos, instrumentos de falsificação ou de contrafação e objetos falsificados ou contrafeitos; ou objetos necessários à prova de infração, na forma do disposto no § 2º do art. 240 e no art. 244, ambos do CPP.

No caso dos autos a Corte local afastou tese de eventual ilegalidade na busca pessoal realizada com esteio nos seguintes fundamentos (e-STJ fls. 516/517):

No caso concreto, verte dos autos que policiais militares faziam patrulhamento de rotina ao avistarem o réu Guilherme entregando algo a um motociclista. Assim que perceberam a aproximação dos agentes públicos, o motociclista se evadiu do local e Guilherme tentou ingressar numa residência próxima, o que gerou evidente suspeita e motivou a abordagem policial. Durante a busca pessoal, em poder de Guilherme foram localizados uma porção de maconha, um celular e dinheiro. Indagado, ele confessou que venderia o entorpecente ao motociclista e disse que no interior da casa haveria mais entorpecente. Diante dessa informação, os policiais ingressaram no imóvel, ali surpreendendo os corréus Hiago e Nathan, e apreenderam mais droga, celulares, dinheiro, duas balanças de precisão, um rolo do tipo de papel filme e facas com sujidades, que aparentavam ser maconha.

Nesse contexto, em que pese o esforço da combativa defesa dos acusados, é inquestionável que a abordagem policial foi legítima, tanto que resultou exitosa, por ter sido o réu Guilherme avistado entregando algo a um motociclista e, ao perceber a aproximação policial, ter tentado ingressar num imóvel próximo, observado que nesse mesmo instante o motociclista se evadia do local, o que configurou um cenário que revelava fundada suspeita estivesse ele a ocultar material ilícito, a conferir legitimidade à atuação dos policiais, no pleno exercício de suas funções de policiamento ostensivo e preventivo, fundada suspeita essa que se converteu em realidade com o sucesso da diligência, sendo impossível entrever qualquer vício que pudesse comprometer a validade das provas amealhadas no processo.

Verifica-se, portanto, que o Tribunal de origem reconheceu a legalidade dos procedimentos afirmando que a abordagem policial ocorreu em razão de *ter sido o réu Guilherme avistado entregando algo a um motociclista e, ao perceber a aproximação policial, ter tentado ingressar num imóvel próximo, observado que nesse mesmo instante o motociclista se evadia do local, o que configurou um cenário que revelava fundada suspeita estivesse ele a ocultar material ilícito* (e-STJ fl. 516).

Nessa esteira, não destoa o aresto recorrido da orientação jurisprudencial desta Corte, o que atrai a aplicação do óbice da súmula 83/STJ. Confirmam-se:

PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. BUSCA PESSOAL/VEICULAR. FLAGRANTE EM VIA PÚBLICA. DENÚNCIA ANÔNIMA ESPECIFICADA. EXERCÍCIO REGULAR DA ATIVIDADE INVESTIGATIVA. JUSTA CAUSA CONFIGURADA. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

1. A teor do art. 244 do CPP, a busca pessoal independe de mandado quando houver prisão ou fundada suspeita de que a pessoa esteja na posse de arma proibida, de objetos ou papéis que constituam corpo de delito, ou ainda quando a medida for determinada no curso de busca domiciliar. A busca pessoal/veicular é legítima se amparada em fundadas razões, se devidamente justificada pelas circunstâncias do caso concreto.

2. No caso, a busca pessoal/veicular está fundada em "denúncia anônima especificada" que corresponde a verificação detalhada das características descritas do paciente e de seu veículo (motocicleta). Desse modo a denúncia anônima foi minimamente confirmada, sendo que a busca pessoal/veicular (revista) traduziu em exercício regular da atividade investigativa promovida pela autoridade policial, o que justificou a abordagem após a confirmação das características pessoais relatadas na denúncia apócrifa.

3. Por fim, Afastada qualquer flagrante ilegalidade, importante esclarecer a impossibilidade de se percorrer todo o acervo fático/probatório nesta via estreita do writ, como forma de desconstruir as conclusões das instâncias ordinárias, soberanas na análise dos fatos e provas, providência inviável de ser realizada dentro dos estreitos limites do habeas corpus, que não admite dilação probatória e o aprofundado exame do acervo da ação penal (HC 693.758/MT, Rel. Ministro JESUÍNO RISSATO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJDF), Quinta Turma, julgado em 7/12/2021, DJe de 15/12/2021).

4. Agravo regimental a que se nega provimento.

(AgRg no HC n. 814.902/SP, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 23/5/2023, DJe de 29/5/2023).

PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO. BUSCA PESSOAL. FUNDADA SUSPEITA. FUGA. LOCAL CONHECIDO PELO TRÁFICO. CIRCUNSTÂNCIAS DA PRISÃO. LICITUDE DAS PROVAS OBTIDAS. AGRAVO DESPROVIDO.

1. "Nos termos do art. 244 do CPP, a busca pessoal independe de mandado quando houver prisão ou fundada suspeita de que a pessoa esteja na posse de arma proibida, objetos ou papéis que constituam corpo de delito, ou ainda quando a medida for determinada no curso de busca domiciliar." (AgRg no AREsp 1.403.409/RS, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 26/3/2019, DJe 4/4/2019).

2. Na hipótese, os policiais mencionaram que estavam em patrulhamento de rotina em local já conhecido pelo crime de tráfico de drogas, viram o recorrente segurando uma sacola e este, ao perceber a presença da viatura, empreendeu fuga e dispensou esta sacola. Assim, estas circunstâncias são suficientes para configurar a "fundada suspeita", apta a justificar a abordagem policial em via pública. O local da abordagem, associado ao fato de o recorrente tentar dispensar uma sacola, são elementos indicativos de que ele estava na posse de droga, arma proibida, objetos ou papéis que constituam corpo de delito.

3. Devidamente demonstrada a justa causa, não se vislumbra qualquer ilegalidade na atuação dos policiais, amparados que estão pelo Código de Processo Penal para abordar quem quer que esteja atuando de modo suspeito ou furtivo, não havendo razão para manietar a atividade policial sem indícios de que a abordagem ocorreu por perseguição pessoal ou por qualquer outro elemento subjetivo.

4. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no REsp n. 2.053.392/SP, relator Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 22/5/2023, DJe de 26/5/2023).

Prosseguindo, cumpre registrar que o Supremo Tribunal Federal definiu, em repercussão geral, que o ingresso forçado em domicílio sem mandado judicial apenas se revela legítimo – a qualquer hora do dia, inclusive durante o período noturno – quando amparado em fundadas razões, devidamente justificadas pelas circunstâncias do caso concreto, que indiquem estar ocorrendo, no interior da casa, situação de flagrante delito (RE n. 603.616/RO, Relator Ministro GILMAR MENDES, DJe 8/10/2010).

Nessa linha de raciocínio, o ingresso regular em domicílio alheio depende, para sua validade e regularidade, da existência de fundadas razões (justa causa) que sinalizem para a possibilidade de mitigação do direito fundamental em questão. É dizer, somente quando o contexto fático anterior à invasão permitir a conclusão acerca da ocorrência de crime no interior da residência é que se mostra possível sacrificar o direito à inviolabilidade do domicílio.

O crime imputado ao ora recorrente (tráfico de drogas) possui natureza permanente. Tal fato torna legítima a entrada de policiais em domicílio para fazer cessar a prática do delito, independentemente de mandado judicial, desde que existam elementos suficientes de probabilidade delitiva capazes de demonstrar a ocorrência de situação flagrancial.

Por certo, embora do policial que realiza a busca sem mandado judicial não se exige certeza quanto ao sucesso da medida, a proteção contra a busca arbitrária exige que a diligência seja avaliada com base no que se sabia antes de sua realização, não depois (RE 603.616, Rel. Ministro GILMAR MENDES, TRIBUNAL Pleno, julgado em 5/11/2015, DJe-093 9/5/2016).

Observa-se que, *in casu*, as instâncias ordinárias concluíram pela licitude das provas **destacando que a entrada no imóvel ocorreu após a apreensão de drogas com o recorrente ainda em via pública. Assim, assentaram que as circunstâncias anteriores ao ingresso dos policiais evidenciaram de maneira suficiente a ocorrência de crime permanente de modo a excepcionar a garantia constitucional de inviolabilidade do domicílio.**

Desta forma, considerando a natureza permanente do delito em questão e a presença da justa causa para ensejar o ingresso dos agentes de polícia no imóvel, não há que falar em ilegalidade na atitude dos militares.

Outrossim, revela-se despiciendo o consentimento do morador ou o prévio mandado de busca e apreensão, para a realização de busca domiciliar, se existem fundadas razões aptas a levar a crer que dentro do imóvel ocorre um delito, o que ficou evidenciado, na hipótese em exame, em virtude dos elementos supramencionados.

A propósito:

PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TESE DE ILEGALIDADE NA ABORDAGEM PESSOAL DO AGRAVANTE. INOVAÇÃO RECURSAL. VIOLAÇÃO DE DOMICÍLIO. INOCORRÊNCIA. JUSTA CAUSA CONFIGURADA. EXACERBAÇÃO DA PENA-BASE. FUNDAMENTAÇÃO VÁLIDA. PROPORCIONALIDADE. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. RÉU QUE SE DEDICA À ATIVIDADE CRIMINOSA. ALTERAÇÃO DESSE ENTENDIMENTO. REEXAME DE FATOS. REGIME PRISIONAL. EXPRESSIVA QUANTIDADE DE ENTORPECENTES. FECHADO. AGRAVO NÃO PROVIDO.

1. Conforme jurisprudência desta Corte Superior "é vedado, em sede de agravo regimental ou embargos de declaração, ampliar a quaestio veiculada no recurso, inovando questões não suscitadas anteriormente" (AgRg no REsp 1.592.657/AM, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 13/9/2016, DJe 21/9/2016).

2. In casu, a tese defensiva de que a abordagem prévia do veículo do agravante Marcelo já estaria eivada de nulidade - porque baseada em suspeição genérica - constitui inovação recursal, pois, no recurso especial, a defesa não apresentou teses sobre o tema.

3. O ingresso forçado em domicílio, sem mandado judicial e a qualquer horário, é legítimo quando circunstâncias fáticas indicarem a ocorrência, no interior da residência, de situação de flagrante delito, como no caso em análise, em que os policiais militares, em diligência para averiguar informação oriunda de flagrante anterior, abordaram o veículo do recorrente Marcelo, confirmando-se a informação de que referido veículo seria utilizado para transporte de entorpecentes. O recorrente Marcelo, por sua vez, quando da sua abordagem, indicou que estava realizando o tráfico a mando do ora recorrente Rodrigo, delatando, ainda, o endereço de sua residência. Ressalta-se que a indicação do imóvel realizada pelo recorrente Marcelo foi ainda confirmada pelo fato de que, ao chegarem na residência em questão, os policiais puderam visualizar a tentativa de Rodrigo de dispensar entorpecentes pela janela do imóvel.

4. A individualização da pena é uma atividade vinculada a parâmetros

abstratamente cominados na lei, sendo, contudo, permitido ao julgador atuar discricionariamente na escolha da sanção penal aplicável ao caso concreto, após o exame percuente dos elementos do delito, e em decisão motivada. Dessarte, às Cortes Superiores é possível, apenas, o controle da legalidade e da constitucionalidade na dosimetria.

5. No caso, observa-se que as instâncias ordinárias, atentas ao disposto no art. 42 da Lei de Drogas, sopesaram a expressiva quantidade de droga apreendida (quase 6Kg de maconha) para aumentar a pena-base dos recorrentes em 10 meses de reclusão acima do mínimo legal. Tendo sido apresentados elementos válidos para a majoração da reprimenda básica, não se identifica a alegada contrariedade do art. 59 do CP, sobretudo quando presente circunstância elencada legalmente como preponderante, e as penas máxima e mínima abstratamente cominadas ao delito de tráfico de drogas são de 5 a 15 anos de reclusão.

6. A teor 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 primários, possuírem bons antecedentes e não se dedicarem a atividades criminosas ou integrem organizações criminosas.

7. Os fundamentos utilizados pelas instâncias ordinárias para não aplicá-la ao caso concreto estão em consonância com a jurisprudência desta Corte Superior, na medida em que dizem respeito à dedicação do recorrente à atividade criminosa - tráfico de drogas -, evidenciado sobretudo pela própria confissão do recorrente Marcelo no sentido que de realizava o transporte do entorpecente a mando de Rodrigo e que recebia por entrega realizada. Desse modo, para modificar o entendimento adotado nas instâncias inferiores de que a prática do tráfico de drogas e a dedicação em atividade criminosa estão configuradas e aplicar a minorante prevista na Lei de Drogas, seria necessário reexaminar o conteúdo probatório dos autos, o que é inadmissível, a teor da mencionada Súmula 7 do STJ.

8. Embora a pena tenha sido estabelecida em patamar inferior a 8 anos, revela-se adequada a escolha do regime inicial fechado para o cumprimento da pena reclusiva, diante da aferição negativa de circunstância judicial - quantidade e variedade da droga apreendida (cerca de 6Kg de maconha), nos termos do art. 33, §2º e 3º, III, "a", do CP.

9. Agravo regimental não provido.

(AgRg no AREsp n. 2.075.781/SP, relator Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 10/5/2022, DJe de 16/5/2022).

Deste modo, as conclusões assentadas na origem não destoam da orientação jurisprudencial desta Corte, atraindo a vedação da Súmula 83/STJ. Ademais, para se alterar as premissas fáticas consideradas pelas instâncias ordinárias que fundaram a conclusão pela litude das provas, não se prescinde de revolvimento de matéria fático-probatória, vedado em recurso especial, segundo o óbice da Súmula 7/STJ.

Por fim, no que concerne à minorante do art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006 vale transcrever os fundamentos do acórdão recorrido sobre a matéria, *in verbis* (e-STJ fls. 527/529):

Como anotado na respeitável sentença apelada, inviável o reconhecimento do tráfico privilegiado, pois as circunstâncias que envolveram os fatos e as mensagens trocadas pelos réus (laudo pericial fls. 227/248) revelam, de forma clara e segura, se dedicarem eles com habitualidade à atividade

criminosa do tráfico de entorpecentes, não só em função da expressiva quantidade de drogas encontrada em poder deles, mas também por terem sido apreendidos duas balanças de precisão e um rolo do tipo papel filme, petrechos comumente utilizados para pesagem e embalagem de droga em pequenas porções destinadas ao fornecimento a terceiros.

[...].

Ora, verte claramente dos autos haver elementos concretos a indicar que os réus não se enquadram na hipótese de “pequeno traficante” ou de “traficante de menor potencial ofensivo”, que exerce eventualmente o comércio espúrio de entorpecentes, haja vista a apreensão em poder deles de cerca de 1.412g de maconha, que permitiriam a confecção de mais de mil porções individuais, com enormes danos à saúde pública pela sua disseminação, além de duas balanças de precisão e um rolo do tipo papel filme, e, ainda, a captação de conversas por eles mantidas demonstrando que traficavam tóxicos em escala expressiva, tudo isso a deixar indubitável que fazem desse nefasto comércio seu meio de vida e que a hipótese retrata serem os réus traficantes de certa expressão, que não merecem o beneplácito da lei, a qual nessa situação deve ser imposta com o rigor necessário, até mesmo para desestimular condutas dessa natureza e reprimir, na exata medida da culpabilidade dos agentes, tal atividade que tantos malefícios causam à nossa sociedade.

Como se pode ver, a aplicação do benefício foi descartada na origem por constatar a presença de elementos outros, além da quantidade e natureza da droga apreendida, indicativos de inserção na cadeia criminosa, em especial a as mensagens trocadas pelos réus e a apreensão de petrechos típicos do tráfico.

Em hipóteses análogas, decidiu esta Corte:

AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. MINORANTE DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. NÃO APLICAÇÃO. DEDICAÇÃO DO RÉU A ATIVIDADES CRIMINOSAS. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. REVOLVIMENTO DAS PROVAS. INVIABILIDADE. INCIDÊNCIA DA SÚMULA N. 7/STJ. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. De acordo com o disposto no art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, o agente poderá ser beneficiado com a redução de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços) da pena, desde que seja, cumulativamente, primário e portador de bons antecedentes e não se dedique a atividades criminosas nem integre organização criminosa.

2. Na espécie, a suscitada minorante foi afastada mediante fundamentação idônea, baseada não só na elevada quantidade de entorpecente, mas também no contexto circunstancial analisado pelos magistrados com apoio no suporte fático-probatório dos autos. Nesse cenário, para que fosse possível o acolhimento da pretensão recursal, seria imprescindível o reexame dos elementos fático-probatórios dos autos, providência incompatível com a via eleita, conforme o disposto na Súmula n. 7/STJ.

3. Agravo regimental desprovido.

(AgRg nos EDcl no AREsp n. 2.364.751/SP, relator Ministro Antonio Saldanha Palheiro, Sexta Turma, julgado em 7/11/2023, DJe de 13/11/2023).

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. RECONHECIMENTO DA MINORANTE DO

TRÁFICO PRIVILEGIADO. IMPOSSIBILIDADE. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA PARA O AFASTAMENTO DO PRIVILÉGIO. SÚMULA N. 7 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA - STJ. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. Na hipótese dos autos, o Tribunal de origem afastou a incidência da minorante do tráfico privilegiado, porquanto os elementos concretos do caso conduziram à conclusão de que o agravante dedicava-se à atividade criminosa, em razão da elevada quantidade e variedade de drogas encontradas na posse do acusado, forma de acondicionamento e local de apreensão dos entorpecentes ("boca de fumo"), bem ainda, apreensão de petrechos para comercialização das substâncias ilícitas e cadernos de anotações a respeito.

2. Esse entendimento está em consonância com a orientação jurisprudencial desta Corte no sentido de que elementos tais quais petrechos e anotações típicos de tráfico, balança de precisão, ponto habitual de venda, forma de acondicionamento da droga, entre outros, somados à quantidade e à variedade de entorpecentes, são idôneos para afastar a benesse do tráfico privilegiado, pois indicam a dedicação do acusado a atividades ilícitas. Precedentes.

3. A modificação deste entendimento demandaria necessariamente revolvimento fático-probatório, vedado pela Súmula n. 7 do Superior Tribunal de Justiça - STJ.

4. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no AREsp n. 2.181.966/MS, relator Ministro Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, julgado em 7/3/2023, DJe de 10/3/2023).

Logo, considerando que as instâncias ordinárias afastaram o redutor com base em elementos concretos e idôneos extraídos dos autos, inviável a reversão do julgado em sede de recurso especial, dada a necessidade de reexame de elementos fático-probatórios, providência vedada nos termos da Súmula n. 7/STJ.

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

É como voto.

**CERTIDÃO DE JULGAMENTO
QUINTA TURMA**

Número Registro: 2023/0303643-5

AgRg no
AREsp 2.457.549 /
SP
MATÉRIA CRIMINAL

Número Origem: 15006048720228260559

EM MESA

JULGADO: 12/12/2023

Relator

Exmo. Sr. Ministro **REYNALDO SOARES DA FONSECA**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **MESSOD AZULAY NETO**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **LUCIANO MARIZ MAIA**

Secretário

Me. **MARCELO PEREIRA CRUVINEL**

AUTUAÇÃO

AGRAVANTE : GUILHERME HENRIQUE OLIVEIRA MOGENTALE
ADVOGADOS : VALTER DIAS PRADO - SP236505
MARCELO MARIN - SP264984
MARCEL LELIS MOREIRA - SP268103
ELENIR APARECIDA BARRIENTOS SILVEIRA PRADO - SP342178
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
CORRÉU : HIAGO RENNEN SOUZA DOS SANTOS
CORRÉU : NATHAN TEBOM DOS SANTOS CESARIO

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 : GUILHERME HENRIQUE OLIVEIRA MOGENTALE
ADVOGADOS : VALTER DIAS PRADO - SP236505
MARCELO MARIN - SP264984
MARCEL LELIS MOREIRA - SP268103
ELENIR APARECIDA BARRIENTOS SILVEIRA PRADO - SP342178
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 Ribeiro Dantas, Joel Ilan Paciornik, Messod Azulay Neto e Daniela Teixeira votaram com o Sr. Ministro Relator.