



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO ESPECIAL Nº 2094736 - MG (2023/0315666-3)

RELATORA : **MINISTRA DANIELA TEIXEIRA**
RECORRENTE : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS
RECORRIDO : LUIZ GUSTAVO CRUZ VIEIRA
ADVOGADOS : RODRIGO INFANTE MAGALHÃES GOMES - MG031485
FELIPE CAULA INFANTE GOMES - MG133698
CORRÉU : MARCELO VARGAS DE ARAUJO CARREIRA
CORRÉU : FLAVIO ANTONIO DOS SANTOS
CORRÉU : STEPHANIE REGES CORDEIRO
CORRÉU : NAYARA SANT ANA FERNANDES

EMENTA

DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL. RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DO ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/2006. REQUISITOS NÃO PREENCHIDOS. DEDICAÇÃO À ATIVIDADE CRIMINOSA. ELEMENTOS EXTRAÍDOS DE DIÁLOGOS NO CELULAR DO RÉU. RECURSO ESPECIAL PROVIDO.

I. CASO EM EXAME

1. Recurso especial interposto pelo Ministério Público para afastar a aplicação da minorante do tráfico privilegiado (art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006) ao condenado Luiz Gustavo, alegando que as circunstâncias do caso indicam sua dedicação à atividade criminosa, evidenciada por diálogos extraídos de seu aparelho celular referentes à negociação e entrega de drogas.

II. QUESTÃO EM DISCUSSÃO

2. Há uma questão em discussão: determinar se os elementos probatórios constantes dos autos, notadamente os diálogos extraídos do celular do réu e as circunstâncias da prisão, são suficientes para afastar a aplicação da minorante do tráfico privilegiado, sob o fundamento de que o réu se dedica à atividade criminosa.

III. RAZÕES DE DECIDIR

3. A aplicação da causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006 exige o preenchimento cumulativo de quatro requisitos: (i) primariedade; (ii) bons antecedentes; (iii) não dedicação às atividades criminosas; e (iv) não integração a organização criminosa.

4. No caso concreto, embora o réu seja primário e tenha bons antecedentes, os diálogos obtidos no celular indicam que ele

negociava e realizava entrega de drogas com regularidade, além de possuir fotografias de entorpecentes, o que evidencia sua dedicação à atividade criminosa.

5. O tipo penal do tráfico de drogas (art. 33, caput, da Lei nº 11.343/2006) é de conteúdo múltiplo e se consuma com a prática de qualquer uma das condutas descritas, não sendo indispensável a comprovação do ato de mercancia para configuração do delito.

6. A jurisprudência consolidada do Superior Tribunal de Justiça afirma que a dedicação à atividade criminosa é incompatível com a aplicação da minorante, sendo suficiente que as circunstâncias do caso indiquem tal envolvimento.

6. Assim, o acórdão recorrido, ao aplicar a minorante, diverge do entendimento consolidado desta Corte, configurando patente erro ao desconsiderar os elementos probatórios que apontam para a dedicação do réu ao tráfico de drogas.

IV. RECURSO ESPECIAL PROVIDO.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Turma, por unanimidade, dar provimento ao recurso especial, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora.

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, 20 de fevereiro de 2025.

Ministra Daniela Teixeira
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO ESPECIAL Nº 2094736 - MG (2023/0315666-3)

RELATORA : MINISTRA DANIELA TEIXEIRA
RECORRENTE : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS
RECORRIDO : LUIZ GUSTAVO CRUZ VIEIRA
ADVOGADOS : RODRIGO INFANTE MAGALHÃES GOMES - MG031485
 FELIPE CAULA INFANTE GOMES - MG133698
CORRÉU : MARCELO VARGAS DE ARAUJO CARREIRA
CORRÉU : FLAVIO ANTONIO DOS SANTOS
CORRÉU : STEPHANIE REGES CORDEIRO
CORRÉU : NAYARA SANT ANA FERNANDES

EMENTA

DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL. RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DO ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/2006. REQUISITOS NÃO PREENCHIDOS. DEDICAÇÃO À ATIVIDADE CRIMINOSA. ELEMENTOS EXTRAÍDOS DE DIÁLOGOS NO CELULAR DO RÉU. RECURSO ESPECIAL PROVIDO.

I. CASO EM EXAME

1. Recurso especial interposto pelo Ministério Público para afastar a aplicação da minorante do tráfico privilegiado (art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006) ao condenado Luiz Gustavo, alegando que as circunstâncias do caso indicam sua dedicação à atividade criminosa, evidenciada por diálogos extraídos de seu aparelho celular referentes à negociação e entrega de drogas.

II. QUESTÃO EM DISCUSSÃO

2. Há uma questão em discussão: determinar se os elementos probatórios constantes dos autos, notadamente os diálogos extraídos do celular do réu e as circunstâncias da prisão, são suficientes para afastar a aplicação da minorante do tráfico privilegiado, sob o fundamento de que o réu se dedica à atividade criminosa.

III. RAZÕES DE DECIDIR

3. A aplicação da causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006 exige o preenchimento cumulativo de quatro requisitos: (i) primariedade; (ii) bons antecedentes; (iii) não dedicação às atividades criminosas; e (iv) não integração a organização criminosa.

4. No caso concreto, embora o réu seja primário e tenha bons antecedentes, os diálogos obtidos no celular indicam que ele

negociava e realizava entrega de drogas com regularidade, além de possuir fotografias de entorpecentes, o que evidencia sua dedicação à atividade criminosa.

5. O tipo penal do tráfico de drogas (art. 33, caput, da Lei nº 11.343/2006) é de conteúdo múltiplo e se consuma com a prática de qualquer uma das condutas descritas, não sendo indispensável a comprovação do ato de mercancia para configuração do delito.

6. A jurisprudência consolidada do Superior Tribunal de Justiça afirma que a dedicação à atividade criminosa é incompatível com a aplicação da minorante, sendo suficiente que as circunstâncias do caso indiquem tal envolvimento.

6. Assim, o acórdão recorrido, ao aplicar a minorante, diverge do entendimento consolidado desta Corte, configurando patente erro ao desconsiderar os elementos probatórios que apontam para a dedicação do réu ao tráfico de drogas.

IV. RECURSO ESPECIAL PROVIDO.

RELATÓRIO

Trata-se de recurso especial interposto contra acórdão do Tribunal de Justiça.

Consta dos autos que o recorrido foi condenado, em segundo grau, à pena de 2 anos e 6 meses de reclusão, em regime aberto, mais 250 dias-multa, substituindo a pena privativa de liberdade por 2 restritivas de direitos, pela prática do crime previsto no art. 33 da Lei 11.343/2006.

O Ministério Público Estadual, ora recorrente, sustenta que o recorrido não faz jus ao benefício do tráfico privilegiado, diante das provas de dedicação à atividade delitiva.

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

É o relatório.

VOTO

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 n. 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 violado o seguinte dispositivo: art. 33, §4º da Lei 11.343/2006, argumentando haver provas suficientes de dedicação do réu a atividades delitivas, circunstância esta apta a afastar a redutora do tráfico privilegiado.

A análise das razões suscitadas pela origem indica desconformidade com o entendimento desta corte, conforme se verifica da fundamentação adotada (e-STJ fls. 1359, 1365 e 1381-1382):

Com a apreensão e perícia no aparelho celular de Luiz Gustavo foram localizados diversos diálogos entre Luiz Gustavo e pessoas não identificadas, sendo possível constatar que as conversas se referiam à negociação de drogas. Em muitos diálogos é possível ver também que Luiz Gustavo realizava entrega de drogas para outras pessoas. Além disso, foram encontradas diversas fotos de drogas.

Frise-se que são diversos diálogos (link – doc. 54), sendo transcritos abaixo alguns a título exemplificativo:

[...].

Na espécie, os policiais, durante operação em local conhecido como ponto de venda de drogas, avistaram Luiz Gustavo conduzindo uma motocicleta em atitude suspeita, ao abordá-lo, encontraram vinte comprimidos de ecstasy e três de pontos de LSD na mochila carregada por Nayara, que estava garupa. Durante diálogo, Luiz Gustavo assumiu que estava transportando as drogas que seriam destinadas a outra pessoa.

Consigne-se que, conforme transcrito acima, no aparelho celular do réu foram encontrados vários diálogos com menção à negociação e transporte de drogas, o que reforça a prova de mercancia.

Frise-se que embora o réu Luiz Gustavo tenha alegado ser apenas usuário, afirmou que as drogas apreendidas não eram para seu uso e sim para um desconhecido que havia lhe pedido para comprar através de conversas de “whatsapp” e que estaria no local, justamente, para fazer a entrega dos entorpecentes, conduta que caracteriza o tráfico de drogas.

Ressalte-se, ainda, que, para a configuração do delito de tráfico, na forma consumada, não é indispensável que o agente seja preso no ato da mercancia ou após vender a droga. Isso, porque o tipo descrito no artigo 33 da Lei nº 11.343/06 é misto alternativo, de natureza múltipla ou de conteúdo variado, ou seja, todas as condutas ali descritas, separadas ou conjuntamente, enquadram-se na tipificação legal supramencionada. Em outras palavras, o crime se consuma com a prática de qualquer um dos núcleos trazidos pelo tipo, não se exigindo

efetivo ato de comercialização da droga.

[...].

In casu, consoante CAC (doc. 03 – f. 119 e 137), Flávio e Luiz Gustavo são primários e não registram maus antecedentes.

Do mesmo modo, não há nos autos prova de que eles se dediquem a atividades criminosas ou integrem organização criminosa.

Registro que não há nos autos relatório de vida pregressa dos acusados, no qual pudesse se aferir sobre a conduta deles e possível dedicação a atividades criminosas. Ademais, os policiais disseram que não os conheciam.

Em relação à quantidade de droga apreendida com cada um deles: Flávio (13 comprimidos de ecstasy (4,33g) e 02 porções de maconha) e com o réu Luiz Gustavo (20 comprimidos de ecstasy (10,36g) e 03 pontos de LSD) – embora constitua forte meio de prova da traficância, não é suficiente, por si só, para evidenciar a dedicação da acusada à mercancia ilícita de drogas, sobretudo porque não há outros elementos que apontem para essa dedicação.

Do que se pode extrair do acórdão transcrito, embora o Colegiado local afirme que a partir da "perícia no aparelho celular de Luiz Gustavo foram localizados diversos diálogos entre Luiz Gustavo e pessoas não identificadas, sendo possível constatar que as conversas se referiam à negociação de drogas", conclui o julgamento com a assertiva de não haver prova nos autos de que o réu Luiz Gustavo se dedique a atividade criminosa, o que se afigura como contrassenso passível de correção por esta via, sem que seja necessário revolvimento de fatos e provas.

Com efeito, " [o]s fundamentos utilizados pela Corte de origem para não aplicar o referido redutor 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) evidenciada nas circunstâncias do cometimento do delito, e, sobretudo, diálogos obtidos no aparelho celular do réu, tudo a indicar que não se trataria de traficante eventual" (AgRg no AREsp n. 2.438.748/SP, relator Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 21/11/2023, DJe de 28/11/2023).

Portanto há patente divergência do entendimento da instância pretérita com o que se vem entendendo neste STJ, veja-se também:

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) 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.

Necessário, pois, o refazimento da dosagem penal.

Nos termos estabelecidos à e-STJ fls. 1384-1385, fica mantida a pena-base em 5 anos e 10 meses de reclusão, mais 583 dias-multa, bem como a redução da reprimenda para 5 anos de reclusão mais 500 dias-multa em virtude da menoridade relativa. Entretanto, afasta-se, na terceira fase, a redutora do tráfico privilegiado, nos termos expostos, razão pela qual a pena resta definitivamente fixada em 5 anos de reclusão, mais o pagamento de 500 dias-multa, em regime semiaberto, nos termos do art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal.

Ante o exposto, **dou provimento** ao recurso especial para, afastando a incidência do art. 33, §4º, da Lei 11.343/2006, fixar a pena do recorrido em 5 anos de reclusão, em regime inicial semiaberto, mais o pagamento de 500 dias-multa, pela prática do crime previsto no art. 33, *caput*, da Lei de Drogas.

É o voto.

**CERTIDÃO DE JULGAMENTO
QUINTA TURMA**

Número Registro: 2023/0315666-3

REsp 2.094.736 / MG
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 10145203502144001 10145203502144002 10145203502144003 145203502144
35021445120208130145

PAUTA: 18/02/2025

JULGADO: 18/02/2025

Relatora

Exma. Sra. Ministra **DANIELA TEIXEIRA**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro MESSOD AZULAY NETO

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. JOAQUIM JOSÉ DE BARROS DIAS

Secretário

Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS
RECORRIDO : LUIZ GUSTAVO CRUZ VIEIRA
ADVOGADOS : RODRIGO INFANTE MAGALHÃES GOMES - MG031485
FELIPE CAULA INFANTE GOMES - MG133698
CORRÉU : MARCELO VARGAS DE ARAUJO CARREIRA
CORRÉU : FLAVIO ANTONIO DOS SANTOS
CORRÉU : STEPHANIE REGES CORDEIRO
CORRÉU : NAYARA SANT ANA FERNANDES

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, deu provimento ao recurso especial, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora."

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.