

AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.420.749 - MG (2018/0335238-0)

RELATOR : MINISTRO JORGE MUSSI
AGRAVANTE : WHITER MARROQUES REZENDE
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MINAS GERAIS
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS

DECISÃO

Trata-se de agravo em recurso especial interposto por WHITER MARROQUES REZENDE contra decisão proferida pela Vice-Presidência do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais que não admitiu seu apelo nobre.

Depreende-se dos autos que, no julgamento da apelação, o tribunal de origem deu provimento ao recurso ministerial para condenar o agravante à pena de 5 (cinco) anos de reclusão, em regime inicial semiaberto, como incurso nas sanções do artigo 33, *caput*, da Lei n. 11.343/06.

Interposto recurso especial, este não foi admitido pela Instância de origem, ensejando a presente insurgência, na qual o agravante sustenta que o óbice indicado na decisão objurgada não incidiu *in casu*.

Requer o acolhimento do agravo a fim de que seja admitido e provido o apelo raro.

O Ministério Público Federal, às fls. 236-237, manifestou-se pelo desprovimento do recurso.

É o relatório.

No recurso, pretende o recorrente, em síntese, a incidência da minorante prevista no artigo 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06.

Quanto ao tema, a insurgência não prospera. No ponto, a Corte de origem decidiu, *verbis*: (e-STJ fls. 181-182):

[...]

Na terceira etapa, não há margem para a incidência da causa de diminuição prevista no artigo 33, §4º, da Lei nº 11.343/06.

Pela leitura do referido dispositivo, nota-se que não se confundem a "primariedade" e os "bons antecedentes" com o requisito relativo a "não se dedicar às atividades criminosas", o que pode ser aferido por todos os meios probatórios, e não apenas pela certidão de antecedentes criminais do agente.

A benesse em questão é voltada apenas para quem adere ao tráfico de drogas esporadicamente, movido, por exemplo, pela ocasional necessidade de ganhar dinheiro ou para sustentar o vício, e não ao traficante contumaz, que exerce, permanentemente, a atividade ilícita.

[...]

De fato, não se pode confundir um traficante habitual, que, após muito custo, é preso pela primeira vez, com a figura de um traficante eventual "de primeira viagem", que

ocasionalmente é flagrado durante a traficância. Apenas este, e não aquele, faz jus à causa de diminuição.

Entendimento contrário, data venia, serviria apenas para estender o benefício a pessoas não visadas pelo Legislador e poderia levar à equivocada conclusão de que, automaticamente, até um megatraficante, em sua primeira condenação, teria direito subjetivo à minorante do §4º, do artigo 33, da Lei Antidrogas, o que é um contrassenso.

No presente caso, o acusado adquiriu significativa quantidade de crack (103 gramas) com a finalidade de quitar dívida contraída na prisão, enquanto cumpria pena pelo mesmo delito de tráfico. Pretendia, ainda, repassar a droga para terceiros, que, se fracionada, renderia 600 porções.

Além disso, vale ressaltar que W. foi solto em junho, vindo a delinquir novamente - pelo mesmo delito - em setembro, o que demonstra, indubitavelmente, sua insistência em optar pelo mundo do crime.

Essas circunstâncias indicam que o acusado se dedica habitualmente à prática da traficância ilícita de drogas, inviabilizando a aplicação da causa de diminuição de pena do artigo 33, §4º, da Lei nº 11.343/06.

Como visto, a Corte *a quo* não acolheu a pretensão de incidência da causa especial de diminuição de pena do artigo 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06, por entender que estaria ausente um dos requisitos para a acatamento da benesse, qual seja, não se dedicar à prática de atividades criminosas, uma vez que faz do tráfico seu meio habitual de vida.

Desse modo, "A alteração do entendimento firmado pelo Tribunal de origem, de que o réu se dedicava à atividade criminosa, implicaria necessariamente no reexame de provas, o que não se admite na via do recurso especial, tendo em vista o óbice da Súmula 7 desta Corte." (AgRg no AREsp 904.152/MG, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 06/12/2016, DJe 16/12/2016).

Nesse sentido:

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. APLICAÇÃO DO REDUTOR DA PENA. DEDICAÇÃO A ATIVIDADES CRIMINOSAS. SÚMULA 7 DESTA CORTE. POSSE OU PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO DE USO RESTRITO. CONCURSO MATERIAL. DELITOS AUTÔNOMOS. AGRAVO DESPROVIDO.

1. A decisão agravada está em absoluta conformidade com a jurisprudência desta Corte, assentada no sentido de que aferir a dedicação a atividades criminosas, para o fim de negar ou deferir o redutor da pena previsto no art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, demanda o revolvimento de fatos e provas o que é, terminantemente, vedado pela Súmula 7.

2. Embora a primariedade e os bons antecedentes exijam sentença condenatória com trânsito em julgado, a aferição da dedicação a atividade criminosa pode ser extraída pelo julgador a partir de

outros elementos de prova constantes dos autos.

(...)

3. Agravo regimental improvido. (g.n.) (AgRg no AREsp 624.608/AL, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 24/11/2015, DJe 01/12/2015)

Ademais, na mesma linha do acórdão recorrido, este Sodalício alberga o entendimento no sentido de que *"Fatos criminais pendentes de definitividade, embora não sirvam para a negativa valoração da reincidência e dos antecedentes (Súmula n. 444 do STJ), podem embasar o afastamento da minorante do tráfico privilegiado quando permitem concluir que o agente se dedica a atividades criminosas."* (HC 353.742/RS, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 05/05/2016, DJe 16/05/2016), o que no entender do Tribunal *a quo* restou configurado.

No mesmo sentido:

AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. LEGISLAÇÃO EXTRAVAGANTE. TRÁFICO DE DROGAS. ACÓRDÃO RECORRIDO. CAUSA DE DIMINUIÇÃO. ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. EXCLUSÃO PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. AÇÃO PENAL EM CURSO. DEDICAÇÃO A ATIVIDADES CRIMINOSAS. ERESP N. 1.431.091/SP, TERCEIRA SEÇÃO, DJE 1º/2/2017.

1. A Terceira Seção desta Corte de Justiça tem entendido que é possível a utilização de inquéritos policiais e/ou ações penais em curso para formação da convicção de que o réu se dedica a atividades criminosas, de modo a afastar o benefício legal previsto no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006.

2. Em que pese o recorrente não ostentar condenação apta a caracterizar a reincidência, a constatação de que o mesmo está respondendo a outro processo criminal já é fundamento idôneo e suficiente para obstar a concessão do redutor previsto no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006.

3. Consoante entendimento perfilhado pela Sexta Turma Corte nos autos do HC n. 358.417/RS, fatos criminais pendentes de definitividade, embora não sirvam para a negativa valoração da reincidência e dos antecedentes (Súmula 444 do STJ), podem, salvo hipóteses excepcionais, embasar o afastamento da minorante do tráfico privilegiado quando permitam concluir a vivência delitiva do agente, evidenciando a dedicação a atividades criminosas (HC n. 416.587/SP, Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, DJe 13/11/2017).

4. Agravo regimental improvido.

(AgRg no REsp 1691916/AM, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 20/02/2018, DJe 26/02/2018, grifou-se).

PENAL E PROCESSUAL. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI DE DROGAS. FATOS CRIMINAIS PENDENTES DE DEFINITIVIDADE. DEDICAÇÃO A ATIVIDADES CRIMINOSAS.

1. Consoante entendimento desta Corte, inquéritos policiais e ações

penais em curso não podem ser utilizados para valoração negativa dos antecedentes e da reincidência (Súmula 444). Todavia, é possível que esses fatos criminais sejam utilizados para justificar o afastamento da causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, quando possibilitarem a conclusão de que o agente participa de organização criminosa ou se dedica a atividades ilícitas.

2. Agravo regimental desprovido. (g.n.) (AgRg no AREsp 701.543/ES, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, QUINTA TURMA, julgado em 23/02/2016, DJe 14/03/2016, grifou-se).

Assim, por se encontrar o acórdão recorrido em consonância com jurisprudência firmada nesta Corte, a pretensão do agravante esbarra, mais uma vez, no óbice previsto no Enunciado n.º 83 da Súmula deste Superior Tribunal de Justiça.

Por tais razões, afigurando-se inadmissível o recurso especial, **conhece-se do agravo para não conhecer o recurso especial**, nos termos do artigo 34, VII, combinado com o artigo 253, parágrafo único, inciso II, alínea *a*, ambos do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça.

Publique-se e intime-se.

Brasília (DF), 1º de fevereiro de 2019.

Ministro Jorge Mussi
Relator