AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.391.190 - RS (2018/0288460-2)

RELATOR	**:**	**MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
AGRAVANTE	:	ALLAN DA COSTA SOARES
AGRAVANTE	:	JONATHAN DOMINGUES MEDEIROS
ADVOGADOS	:	RAFAEL RAPHAELLI - DEFENSOR PÚBLICO - RS032676 DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
AGRAVADO	:	MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

DECISÃO

Trata-se de agravo em face de decisão que inadmitiu recurso especial manejado contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, mantendo a condenação de ALLAN DA COSTA SOARES e JONATHAN DOMINGUES MEDEIROS por infração aos arts. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006 e 16, *caput*, da Lei n. 10.826/2003, nos temos da seguinte ementa (e-STJ fl. 593):

> *TRÁFICO DE DROGAS. DECLARAÇÕES POLICIAIS. PROPÓSITO DE COMÉRCIO CONFIGURADO. APENAMENTO. MINORANTE. MULTA.*
>
> *A infração de que trata a regra contida no art. 33, caput, da Lei n. 11.343/2006, não é caracterizada pela venda, tão-somente, resultando incriminadas diversas outras condutas, como as de simplesmente levar consigo, guardar ou ter em depósito a substância entorpecente, desde que com o propósito de mercancia, desimportando tenham os agentes efetivado - ou não - o comércio, mostrando-se suficiente, para tanto, que a prova produzida evidencie tal intento, presente quando, em ação policial precedida de investigação que, apontando para a narcotraficância, determinou a judicial expedição de mandado de busca, resultou apreendida, na residência dos acusados, substância entorpecente (maconha), bem como importância em dinheiro, diversas munições, colete balístico e simulacro de arma de fogo, revelando-se induvidoso o propósito de mercancia.*
>
> *PORTE E POSSE ILEGAL DE MUNIÇÕES DE USO RESTRITO.*
>
> *O simples fato de portar e possuir munições de uso restrito configura a conduta prevista no artigo 16, caput, da Lei 10.826/2003, por se tratar de delito de mera conduta e de perigo abstrato, cujo objeto imediato é a segurança coletiva.*

> *Condenações mantidas. Sanção carcerária e pena de multa redimensionadas, com relação ao crime previsto na Lei n. 10.826/2003.*
>
> *APELOS PARCIALMENTE PROVIDOS.*

Nas razões do especial, fulcrado na alínea "a" do permissivo constitucional, alega a Defensoria Pública negativa de vigência ao art. 33, §4º, da Lei n. 11.343/2006.

Invocando a Súm. n. 444/STJ, aduz que inexiste registro que configure serem os recorrentes portadores de maus antecedentes a autorizar o afastamento da causa de diminuição prevista no art. 33, §4º, da Lei de Drogas.

Prossegue dizendo que "deve ser alterado o regime de cumprimento da pena para o mais brando, mesmo porque, ainda que não reconhecida a redutora acima em comento, o recorrente já faz jus ao semiaberto, tendo em vista o *quantum* da pena aplicada e sua primariedade" (e-STJ fl. 620).

Pugna, ao final, pelo provimento do recurso, a fim de que seja aplicada a fração máxima da minorante constante no art. 33, §4º, da Lei n. 11.343/2006, readequando-se o regime de cumprimento da pena.

Contra-arrazoado (e-STJ fls. 643/647), o recurso foi inadmitido (e-STJ fls. 649/658), motivando o presente agravo.

Contraminuta às e-STJ fls. 705/707 e manifestação ministerial às e-STJ fls. 719/728.

É o relatório. Decido.

O agravo é tempestivo e foi impugnado o fundamento do despacho de inadmissibilidade.

Passo, então, ao exame do recurso especial.

Para aplicação da causa de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, o condenado deve preencher, cumulativamente, todos

os requisitos legais, quais sejam, ser primário, de bons antecedentes, não se dedicar a atividades criminosas nem integrar organização criminosa, podendo a reprimenda ser reduzida de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços), a depender das circunstâncias do caso concreto.

No caso dos autos, colho do acórdão recorrido (e-STJ fls. 603/606):

> *Registre-se, ainda, que os denunciados estão a responder a feito outro: Allan - pela prática posterior de homicídio qualificado consumado e tentado, associação criminosa e porte ilegal de arma de fogo de uso restrito (n. 2.15.0069608-9), e Jonathan pelo cometimento posterior de roubo duplamente e triplamente majorado, em continuidade delitiva, e receptação, onde sobreveio sentença condenatória recorrível (n. 2.16.0000111-1).*
>
> *[...]*
>
> *E, quanto à minorante de que trata o art. 33, § 4º, da Lei Antidrogas, inviável sua observância, pois os acusados figuram como réus em processos outros, como visto, o que aponta para a dedicação às atividades criminosas, obstando, assim, a aplicação da causa de diminuição em exame, conforme registro feito, pela magistrada de primeiro grau, fazendo alusão a recente aresto proferido pela Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça.*

Como se pode observar, a causa de diminuição do art. 33, §4º, da Lei n. 11.343/2006 foi afastada em face da existência de ações penais em desfavor dos recorrentes, o que indica dedicação à atividade criminosa, independentemente do trânsito em julgado, nos termos da jurisprudência desta Corte Superior, conforme se depreende dos seguintes julgados:

> *AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. EXISTÊNCIA DE PROCESSOS CRIMINAIS EM CURSO. DEDICAÇÃO A ATIVIDADES CRIMINOSAS CONFIGURADA. NÃO INCIDÊNCIA DA MINORANTE IN CASU. GRANDE QUANTIDADE E DIVERSIDADE DE ENTORPECENTES APREENDIDOS. CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL QUE JUSTIFICA A IMPOSIÇÃO DO REGIME PRISIONAL MAIS SEVERO E A IMPOSSIBILIDADE DA SUBSTITUIÇÃO DE PENA.*

AGRAVO IMPROVIDO.

1. A existência de inquéritos policiais ou de ações penais em andamento não possui o condão de exasperar a reprimenda-base, consoante o enunciado na Súmula n. 444 deste Superior Tribunal. Contudo, esta Corte firmou entendimento de que a existência de outros processos criminais contra o acusado, ainda que sem condenação transitada em julgado, afasta a incidência da causa de diminuição do art. 33, § 4º, da Lei de Drogas. Precedentes.

2. "A decisão agravada deve ser mantida por seus próprios fundamentos, porquanto, nos termos da jurisprudência pacífica do STJ, a natureza, a variedade e a quantidade da substância entorpecente constituem fundamento idôneo para justificar a imposição do regime mais severo e para o indeferimento da substituição das penas. Precedentes" (AgRg no HC n. 340.902/SP, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 9/3/2017, DJe 16/3/2017).

3. Agravo regimental a que se nega provimento. (AgRg no REsp 1678417/GO, Rel. Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 17/04/2018, DJe 30/04/2018)

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. ABSOLVIÇÃO OU DESCLASSIFICAÇÃO PARA USO PRÓPRIO. IMPOSSIBILIDADE. EXAME DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. INAPLICABILIDADE. RÉU QUE RESPONDE A OUTRA AÇÃO PENAL. DEDICAÇÃO À ATIVIDADE CRIMINOSA EVIDENCIADA. REGIME PRISIONAL. CIRCUNSTÂNCIAS DESFAVORÁVEIS. MODO FECHADO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITO. FALTA DE PREENCHIMENTO DE REQUISITO OBJETIVO. AUSÊNCIA DE MANIFESTA ILEGALIDADE. ORDEM NÃO CONHECIDA.

[...]

2. A pretensão de desclassificação do crime de tráfico para o delito do art. 28 da Lei n. 11.340/2006 ou de absolvição não pode ser apreciada por esta Corte Superior de Justiça, na via estreita do habeas corpus, por demandar o exame aprofundado do conjunto fático-probatório dos autos (Precedente).

3. 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 (art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006).

4. O Superior Tribunal de Justiça firmou o entendimento de que existência de outros processos criminais, pendentes de definitividade, embora não sirvam para a negativa valoração da reincidência e dos antecedentes (Súmula 444 do STJ), podem afastar a incidência da minorante do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, quando permitem concluir que o agente é habitual na prática delitiva.

5. Hipótese em que as instâncias ordinárias afastaram, motivadamente, a aplicação do redutor diante da comprovada habitualidade delitiva do paciente, evidenciada pela quantidade e natureza das drogas apreendidas e pelo fato de responder a outro processo por crime de igual natureza. Logo, a modificação desse entendimento, a fim de fazer incidir a minorante da Lei de Drogas, enseja o reexame do conteúdo probatório dos autos, o que é inadmissível em sede de habeas corpus. Precedentes.

6. Embora o paciente seja primário e a pena tenha sido estabelecida em 6 anos e 2 meses de reclusão, o regime inicial fechado é o adequado para a reprovação do delito, tendo em vista a quantidade e a natureza de drogas apreendidas, nos exatos termos dos arts. 42 da Lei de Drogas c/c o 33 do Código Penal.

7. É inadmissível a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direito, pela falta do atendimento do requisito objetivo, nos termos do art. 44, I, do Código Penal.

8. Habeas corpus não conhecido. (HC 359.728/RS, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 13/03/2018, DJe 20/03/2018)

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA. TERCEIRA CONDENAÇÃO. DEDICAÇÃO A ATIVIDADES CRIMINOSAS. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

1. Embora o acusado fosse tecnicamente primário ao tempo do delito, as instâncias ordinárias entenderam incabível a aplicação da minorante descrita no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, com base em elementos concretos que indicam a sua dedicação a atividade criminosa, voltada especialmente para o tráfico de drogas.

2. Não há óbice a que a existência de processos em andamento ou mesmo de condenações ainda sem a certificação do trânsito em julgado possa, à luz das peculiaridades do caso concreto, ser

> *considerada elemento apto a demonstrar, cautelarmente, eventual receio concreto de reiteração delitiva (ensejando, por conseguinte, a necessidade de prisão preventiva para a garantia da ordem pública) ou mesmo a evidenciar a dedicação do acusado a atividades criminosas.*
>
> *3. Agravo regimental não provido.* (AgRg no HC 404.038/MS, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 05/10/2017, DJe 16/10/2017).

> *AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. INOVAÇÃO RECURSAL. INCABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. TRÁFICO PRIVILEGIADO. INQUÉRITOS E AÇÕES PENAIS EM CURSO. RÉU QUE SE DEDICA A ATIVIDADES CRIMINOSAS. NÃO APLICAÇÃO DA MINORANTE. MATÉRIA PACIFICA.*
>
> *1. É inviável a apreciação de matéria que não foi alegada no momento processual adequado, pois é vedado à parte inovar quando da interposição de agravo regimental ou de embargos de declaração.*
>
> *2. Este Superior Tribunal de Justiça tem entendido que a existência de processos em curso, conquanto não possa ser considerada para fins de reincidência ou maus antecedentes (Súmula 444/STJ), permite a conclusão de que o agente se dedica a atividades criminosas, constituindo fundamento idôneo para afastar a minorante do tráfico privilegiado.*
>
> *3. Agravo regimental improvido.* (AgRg no REsp 1664259/ES, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 13/06/2017, DJe 21/06/2017).

Finalmente, com relação ao pleito de abrandamento do regime prisional, observo que o tema não foi objeto de debate pelo Tribunal *a quo*, carecendo, assim, do indispensável prequestionamento, a atrair a incidência das Súmulas 282 e 356 do STF.

Diante do exposto, conheço do agravo para conhecer, em parte, do recurso especial e, nesta extensão, negar-lhe provimento.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília, 20 de fevereiro de 2019.

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator