Superior Tribunal de Justiça
DIÁRIO DA JUSTIÇA ELETRÔNICO
Edição nº 2643 - Brasília, Disponibilização: Quarta-feira, 03 de Abril de 2019 Publicação: Quinta-feira, 04 de Abril de 2019

AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.455.717 - BA (2019/0056665-7)

RELATOR : MINISTRO SEBASTIÃO REIS JÚNIOR
AGRAVANTE : JOSENILTON SOUZA SANTOS (PRESO)
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DA BAHIA
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA

EMENTA

AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS E PORTE DE ARMA DE FOGO. APREENSÃO DE 71 BUCHAS E 2 TABLETES DE MACONHA, 28 PEDRAS DE CRACK E BALANÇA DE PRECISÃO ENTRE OUTROS OBJETOS. MINORANTE DO ART. 33, § 4º, DA LEI 11.343/2006 AFASTADA EM VIRTUDE DA EXISTÊNCIA DE AÇÕES PENAIS EM ANDAMENTO. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES.
Agravo conhecido para negar provimento ao recurso especial.

DECISÃO

Trata-se de agravo interposto por **Josenilton Souza Santos** contra a decisão que inadmitiu o recurso especial apresentado, com fundamento na alínea *a* do permissivo constitucional, contra o acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça da Bahia na Apelação Criminal n. 0307551-07.2014.8.05.0113, assim ementado, no que interessa (fls. 240/243):

> APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO DE DROGAS E PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO. PLEITO ABSOLUTÓRIO. NÃO ACOLHIMENTO. AUTORIA E MATERIALIDADE DO CRIME COMPROVADAS, NA HIPÓTESE SOLVENDA. DESCLASSIFICAÇÃO PARA USO DE DROGAS. IMPOSSIBILIDADE. DESCLASSIFICAÇÃO DO ART. 14 PARA O ART. 12, DA LEI 10.826/03. NÃO CABIMENTO. REFORMA DA DOSIMETRIA. NÃO APLICAÇÃO DA MINORANTE, CATALOGADA, NO § 4°, DO ART. 33, DA LEI 11.343/06. AFASTADA A PRETENSÃO DE SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. DENEGADO O DIREITO DE O APELANTE RECORRER, EM LIBERDADE, ANTE A NECESSIDADE DE SALVAGUARDAR-SE A ORDEM PÚBLICA, DADO O *MODUS VIVENDI* DESTE. RECURSO PROVIDO, EM PARTE.
>
> [...]
>
> XIV. Alusivamente à causa de redução de pena, infere-se que não possui cabida o pleito do apelante, no particular, uma vez que ressai dos autos o fato incontraditável de ele
>
> dedicar-se à atividade criminosa, como bem sublinhou o juiz a quo, uma vez que responde a outras ações penais, sob a acusação da prática de tráfico de drogas e de roubo (processos n° 0307551-07.2014.805.0113 e 0305756-63.2014.805.0113).
>
> [...]

Nas razões do recurso especial (fls. 264/274), a defesa afirma que houve

violação do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006. Busca a aplicação da minorante do tráfico privilegiado, em seu patamar máximo, ao argumento de que as ações penais pelas quais responde ainda se encontram em curso, *não podendo o réu ser considerado culpado antes do trânsito em julgado de qualquer sentença condenatória* (fl. 269).

Apresentadas as contrarrazões (fls. 280/289), o recurso especial foi inadmitido pela Corte de origem por incidência da Súmula 7/STJ (fls. 291/292). Contra tal decisão foi interposto o agravo em análise (fls. 296/304), com contraminuta ofertada às fls. 308/314.

O Ministério Público Federal opina pelo desprovimento do recurso (fl. 330).

É o relatório.

A causa de diminuição ora perseguida foi afastada pela sentença singular nos seguintes termos (fl. 146 – grifo nosso):

> [...]
> Quanto ao pedido da defesa de aplicação da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, parágrafo 40 da Lei no 11.343/2006, mostra-se inaplicável o referido benefício, tendo em vista que **o acusado foi encontrado com uma balança de precisão e elevada quantidade de drogas** - 71 (setenta e uma) buchas e (02) tabletes de maconha, e 28 (vinte e oito) pedras de crack - **o que denota uma efetiva e contínua mercancia de drogas**. **Além disso, é acusado de tráfico de drogas na Ação Penal 0307551-07.2014.805.0113 e de roubo na Ação Penal 0305756-63.2014.805.0113.**
> Em reforço, a defesa não logrou êxito na tarefa de provar que o réu possui ocupação lícita, emprego definido ou local de trabalho fixo, o que também se mostra como fator impeditivo do mencionado benefício.
> [...]

O Tribunal manteve tal entendimento, considerando que o acusado, *ainda que seja réu primário nesta ação penal, ostenta outra condenação por tráfico de drogas e responde a diversos processos criminais, por fatos recentes, inclusive, restando evidente sua dedicação a atividades criminosas, de modo que não faz jus à concessão da privilegiadora* (fl. 399).

Nesse sentido, oportuno registrar que *a Terceira Seção desta Corte Superior, ao julgar o EREsp n. 1.431.091/SP, em sessão realizada no dia 14/12/2016, firmou orientação no sentido de que inquéritos policiais e ações penais em curso podem ser*

utilizados para afastar a causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, por indicarem que o agente se dedica a atividades criminosas (HC n. 379.026/SP, Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, DJe 3/5/2017).

Nesse mesmo sentido, cito: AgRg no REsp n. 1.678.417/GO, Ministro Antonio Saldanha Palheiro, Sexta Turma, DJe 30/4/2018; AgRg no AREsp n. 1.136.353/BA, da minha relatoria, Sexta Turma, DJe 4/12/2017; AgRg no REsp n. 1.780.993/RO, Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, DJe 19/2/2019; e AgRg no AREsp n. 1.069.917/BA, Jorge Mussi, Quinta Turma, DJe 21/6/2017.

Ademais, a modificação do entendimento do Tribunal de origem no sentido de reconhecer que o réu não se dedica à prática de atividades criminosas, preenchendo, portanto, os requisitos para a aplicação da causa especial de pena, tal como postulado, demandaria o reexame de todo o conjunto fático-probatório dos autos, medida vedada na via do especial.

Por fim, ainda a título de complementação, registro que, na *ausência de indicação pelo legislador das balizas para o percentual de redução previsto no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06, a natureza e a quantidade de droga apreendida, assim como as demais circunstâncias do art. 59 do CP, 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* (HC n. 493.541/SP, Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, DJe 1º/4/2019 – grifo nosso).

Ante o exposto, com fundamento no art. 253, II, *b*, do RISTJ, **conheço** do agravo para **negar provimento** ao recurso especial.

Publique-se.

Brasília, 02 de abril de 2019.

Ministro Sebastião Reis Júnior
Relator