

RECURSO ESPECIAL Nº 1.796.167 - MG (2019/0042927-6)

RELATOR : MINISTRO SEBASTIÃO REIS JÚNIOR
RECORRENTE : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS
RECORRIDO : SAMUEL WASHINGTON MOREIRA
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MINAS GERAIS

EMENTA

RECURSO ESPECIAL. PENAL. TRÁFICO DE DROGAS (29,5 G DE CRACK; 30,5 G DE MACONHA; E 38,1 G DE COCAÍNA). VIOLAÇÃO DOS ARTS. 155, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CPP E 40, VI, DA LEI N. 11.343/2006. CAUSA DE AUMENTO DE PENA PREVISTA NO INCISO VI DO ART. 40 DA LEI DE DROGAS. COMPROVAÇÃO DA MENORIDADE. AUTO DE APREENSÃO EM FLAGRANTE DE ATO INFRACIONAL E BOLETIM DE OCORRÊNCIA. DOCUMENTOS IDÔNEOS. CERTIDÃO DE NASCIMENTO. PRESCINDIBILIDADE. ACÓRDÃO DO TRIBUNAL DE ORIGEM EM DISSONÂNCIA COM A ORIENTAÇÃO JURISPRUDENCIAL DESTA CORTE SUPERIOR. SÚMULA 74/STJ. RESTABELECIMENTO DA DOSIMETRIA DA PENA, CONFORME DISCIPLINADA NO VOTO VENCIDO DO ACÓRDÃO DA APELAÇÃO CRIMINAL.

Recurso especial provido nos termos do dispositivo.

DECISÃO

Trata-se de recurso especial interposto pelo **Ministério Público de Minas Gerais**, com fundamento na alínea *a* do permissivo constitucional, contra o acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça local na Apelação Criminal n. 1.0024.17.012224-6/001.

Na sentença de fls. 258/276, o recorrido Samuel Washington Moreira foi condenado às penas de 6 anos de reclusão, em regime inicial fechado, mais pagamento de 600 dias-multa, como incurso nas sanções do art. 33, c/c o art. 40, VI, ambos da Lei n. 11.343/2006.

Inconformada com os termos do édito condenatório singular, a defesa interpôs recurso de apelação (fls. 298/312).

O Tribunal *a quo*, por maioria, deu parcial provimento ao recurso defensivo, decotando a causa de aumento de pena prevista no art. 40, VI, da Lei n. 11.343/2006 (fls. 287/301), redimensionando as penas do recorrente a 5 anos de reclusão, em regime inicial semiaberto, mais pagamento de 500 dias-multa (fls. 360/377):

APELAÇÃO CRIMINAL - TRÁFICO DE DROGAS - APLICAÇÃO DO PRIVILEGIO NO *QUANTUM* MÁXIMO DE 2/3 (DOIS TERÇOS) - IMPOSSIBILIDADE - GRANDE QUANTIDADE DE DROGAS - DECOTE DA CAUSA DE AUMENTO DA PENA (ART. 40, VI, 11.343/06) - NECESSIDADE - ABRANDAMENTO DO REGIME PRISIONAL - NECESSIDADE - SUBSTITUIÇÃO DA PENA - REQUISITOS NÃO PREENCHIDOS - REVOGAÇÃO DA SUSPENSÃO DE DIREITOS POLÍTICOS - IMPOSSIBILIDADE - JUSTIÇA GRATUITA - SOBRESTAMENTO DO PAGAMENTO DAS CUSTAS. 1. A grande quantidade e a diversidade da natureza das drogas apreendidas demonstram a que o réu se dedicava à atividade criminoso, motivo pelo qual não há que se falar na concessão da minorante do prevista no § 4º do artigo 33 da Lei n.º 11.343/06. 2. Não demonstrada a menoridade do adolescente por documento público idôneo, impõe-se o decote da causa especial de aumento de pena prevista no art. 40, inc. VI, da Lei nº 11.343/06. 3. Reduzida a pena do réu e preenchido o requisito do art. 33, § 2º, "b", do CP, se mostra possível o abrandamento do regime para o semiaberto. 4. Não preenchidos os requisitos previstos art. 44, I, do CP, não há que se falar na substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos. 5. Havendo limitações que impliquem horários de recolhimento ao cárcere, os direitos políticos devem ser suspensos. 6. Para a concessão do benefício da assistência judiciária basta que a parte firme a declaração de próprio punho ou através de advogado, devendo, assim, ser sobrestado o pagamento das custas pelo quinquídio legal (ad. 98, §3º, do Novo Código de Processo Civil).

V.V.

CAUSA DE AUMENTO DE PENA DO ARTIGO 40, VI, DA LEI 11.343/2006 - MANUTENÇÃO. Existindo nos autos documento hábil, dotado de fé pública, capaz de comprovar a menoridade dos adolescentes, não há que se falar em ausência de prova da menoridade, devendo ser mantido o reconhecimento da causa de aumento de pena prevista no artigo 40, VI, da Lei 11.343/2006.

Opostos embargos de declaração (fls. 381/397), esses foram rejeitados (fls. 412/415):

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO - CONTRADIÇÃO - VÍCIO INEXISTENTE - REEXAME DA CAUSA - REDISCUSSÃO DO MÉRITO - INVIABILIDADE. Os embargos de declaração visam sanar contradição, ambiguidade, obscuridade ou omissão, sendo impossível a rediscussão do que já fora tratado quando do julgamento da apelação.

No presente recurso, alega o recorrente a violação dos arts. 155, parágrafo único, do Código de Processo Penal, e 40, VI, da Lei n. 11.343/2006.

Assevera que a Terceira Câmara do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, por maioria, deu parcial provimento ao recurso defensivo para afastar a causa de aumento de pena prevista no artigo 40, inciso VI da Lei 11.343/06, sob o fundamento da

insuficiência de documentos idôneos para comprovar a menoridade dos envolvidos, alterando, por conseguinte, o regime para o semiaberto (fl. 427).

Ressalta que, em assim procedendo, a Câmara Julgadora violou o disposto no artigo 40, inciso VI, da Lei 11.343/06, porquanto inequívoca a participação dos inimputáveis no delito de tráfico de drogas praticado pelo acusado, assim como violou o disposto no parágrafo único do art. 155 do CPP, pois a qualificação do menor, por meio do termo de declarações prestadas perante a autoridade policial (APFD) e do boletim de ocorrência, é, sim, suficiente à prova da inimputabilidade de terceiro envolvido na empreitada criminosa. [...] Porquanto embora reconheça que há nos autos documentos firmados por agentes públicos (oficiais, portanto) que atestam a menoridade dos adolescentes D.G.O. e D.J.S.S., na contramão da jurisprudência do STJ, entendeu que a certidão de nascimento ou a cédula de identidade são os únicos documentos válidos para fins de comprovação da menoridade, desconsiderando que esta pode ser demonstrada por meio de outro documento firmado por agente público dotado de fé pública atestando a idade do adolescente. [...] Assim, tais documentos oficiais são produzidos por um agente público e, portanto, usufruem da presunção de legitimidade intrínseca aos atos administrativos em geral. Logo, constituem prova hábil à demonstração da menoridade do terceiro envolvido na prática delitiva. (fl. 428).

Destaca que, ao contrário do consignado pela maioria do Tribunal mineiro, o boletim de ocorrência, o auto de prisão em flagrante, o termo de declaração em que os adolescentes foram ouvidos (fls. 7, 8 e 12/12v), comprova que os adolescentes D G de O nasceu em 14/1/2002 e D J S da S nasceu em 26/4/1999, sendo certo que o crime descrito nestes autos foi praticado em 5/1/2016. Portanto, à época possuíam 13 e 16 anos respectivamente, impondo-se o esclarecimento da contradição apontada no aresto e o reconhecimento da majorante do art. 40, inciso VI, da Lei de Tóxicos (fl. 441).

Pede o conhecimento e o provimento do recurso para que seja restabelecida a vigência dos dispositivos legais apontados como violados, incidindo-se a majorante prevista no art. 40, VI, da Lei n. 11.343/2006, nos termos da decisão de primeiro grau.

Oferecidas contrarrazões (fls. 449/455), o recurso especial foi admitido na origem (fls. 457/460).

O Ministério Público Federal opina pelo provimento da insurgência (fls. 470/475).

PENAL. RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. INCIDÊNCIA DA CAUSA ESPECIAL DE AUMENTO DO ART. 40, VI, DA LEI N. 11.343/2006. DOCUMENTOS OFICIAIS DOTADOS DE FÉ PÚBLICA. IDADE DOS MENORES COMPROVADA. VIOLAÇÃO LEGAL E DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL. CONFIGURAÇÃO.

1. A jurisprudência desse Superior Tribunal firmou-se no sentido de que o documento para a comprovação da menoridade não se restringe à certidão de nascimento. Segundo entendimento dessa Corte, o "documento hábil" para comprovação da materialidade do crime, mencionado no enunciado sumular nº 74/STJ, pode ser qualquer um que possua fé pública, requisito satisfeito pela documentação acostada aos presentes autos.

2. Na espécie, a instância de origem decidiu pelo decote da causa especial de aumento do art. 40, VI, da Lei n. 11.343/2006, sob o fundamento de que não haveria nos autos documento oficial que comprovasse a idade dos menores envolvidos na empreitada criminosa, desconsiderando o termo de declarações lavrado perante a autoridade policial e o boletim de ocorrência.

3. Parecer pelo provimento do recurso especial.

É o relatório.

Extrai-se do combatido aresto o seguinte trecho (fls. 328/331 – grifo nosso):

[...]

- Causa de aumento do art. 40, VI, da Lei 11.343/06.

Quanto à causa especial de aumento de pena disposta no art. 40, inciso VI, da Lei 11.343/06, entendo que ela deve ser decotada. É que o processo penal não é instrumento de arbítrio do Estado, cabendo ao Ministério Público comprovar, de forma inequívoca, a culpabilidade do acusado.

In casu, a meu ver, o estado civil das pessoas, em juízo penal, segue as restrições probatórias estabelecidas na lei civil.

Na hipótese em análise, inexistente documento oficial comprobatório da idade dos menores à época dos fatos, circunstância que fere as disposições estatuídas pelo parágrafo único do artigo 155 do Código de Processo Penal, verbis: "somente quanto ao estado das pessoas serão observadas as restrições estabelecidas na lei civil".

De acordo com o Código Civil, a data do nascimento deve ser demonstrada pela certidão do respectivo registro.

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é no sentido de que o reconhecimento da menoridade, para efeitos penais, supõe prova hábil (certidão de nascimento), conforme se verifica dos seguintes precedentes: [...]

Não se pode olvidar que os supostas menores D. G. e D. J. foram identificados e qualificados perante a autoridade policial, contudo, a partir de elementos fornecidos por eles próprios ou por suposições das testemunhas.

Desta forma, deve ser decotada a incidência da majorante prevista no inciso VI do art. 40 da Lei Antidrogas.

[...]

Por sua vez, constam os seguintes fundamentos da sentença condenatória, concernentes ao reconhecimento da causa de aumento prevista no art. 40, VI, da Lei n. 11.343/2006 (fls. 270/272 – grifo nosso):

[...]

Passo a apreciar a aplicação da causa de aumento de pena prevista no artigo 40, inciso VI, da Lei em comento:

Quanto à aplicação da causa especial de aumento de pena prevista no art. 40, inc. VI, da Lei 11.343/06, entendo que é cabível neste caso, uma vez que o réu SAMUEL e o codenunciado DAVID foram presos em flagrante delito em companhia dos inimputáveis por menoridade D G de O e D J S da S, à época dos fatos, com 13 e 16 anos de idade, respectivamente.

***In casu*, o envolvimento dos menores é incontestado, haja vista a confissão do réu SAMUEL no sentido de que praticava o tráfico de drogas em conjunto com o menor D J, a arrecadação das drogas e demais materiais, o depoimento uníssono dos milicianos no sentido de que abordaram os quatro indivíduos juntos em atitudes suspeitas e as declarações dos militares afirmando serem os menores conhecidos no meio policial pelo envolvimento com a mercancia espúria da região.**

Outrossim, entendo que é necessária a proteção da criança e do adolescente que, em virtude de terem o discernimento e o caráter em formação tornam-se alvo de traficantes que, aproveitando-se de tais vulnerabilidades e de sua inimputabilidade criminal, os aliciam para o tráfico, utilizando-os como "mulas" para ocultarem o verdadeiro proprietário das drogas e furtarem-se da aplicação da lei penal. Sob este enfoque, dúvidas inexistem no sentido de que ambos os adolescentes estavam envolvidos na prática do tráfico perpetrado pelo réu e o codenunciado.

Registre-se que o simples envolvimento de menor, a qualquer pretexto, é motivo para incidência da causa de aumento esculpida no inciso VI do art. 40 da Lei nº 11.343/2006, sendo irrelevante discussão acerca de o menor já ser ou não corrompido, o que deveria ser considerado apenas se estivesse atribuindo ao acusado o crime de corrupção de menores; o que não é o caso.

[...]

Insta salientar que, para a comprovação da idade dos menores, não é imprescindível a apresentação da sua certidão de nascimento ou cédula de identidade, bastando que seja trazido aos autos qualquer documento oficial como ova, desde que, por óbvio, seja dotado de fé pública.

Quando da apreensão, os adolescentes D G e D J prestaram declarações perante a Autoridade Policial no Auto de Apreensão em Flagrante de Ato Infracional - AAFAI - e ali declararam terem nascido em 14/01/2002 e 26/04/1999, respectivamente, e, em se tratando de documento oficial, se presta a comprovação da condição de menoridade dos adolescentes. Nesta esteira, os precedentes do E. STJ, no sentido de que "o "documento hábil" ao qual o verbete sumular n.º 74/STJ faz alusão não se restringe à certidão de nascimento:

"(...) Outros documentos dotados de fé pública e, por conseguinte, igualmente aptos para comprovar a menoridade, também podem atestar tal situação jurídica" (HC 287349/SP, Relator(a) Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA (1131) Órgão Julgador T6 - SEXTA TURMA Data do

Julgamento 05/08/2014).

Assim, tendo em vista que o réu, SAMUEL WASHINGTON MOREIRA, envolveu dois adolescentes em sua prática delitiva, a aplicação da causa especial de aumento de pena prevista no art. 40, VI da Lei 11.343/06 é medida de rigor.

[...]

Razão assiste ao recorrente.

É certo que a comprovação da menoridade do réu requer demonstração por documento hábil, nos termos da Súmula 74/STJ.

Não é menos certo, todavia, que a certidão de nascimento ou documento de identidade não são os únicos documentos válidos para fins de comprovação da menoridade, sendo apto a demonstrar a menoridade o documento firmado por agente público atestando a idade do inimputável.

Com efeito, observa-se que a menoridade foi comprovada, dentre outros documentos hábeis, notadamente, pelo **Auto de Prisão em Flagrante Delito e Auto de Apreensão em Flagrante de Ato Infracional (APFD/AAFAI)** às fls. 87/88; e pelo **Boletim de Ocorrência**, às fls. 92/100, em que se constata a qualificação dos menores **D G de O e D J S da S**, inclusive com a informação dos números dos seus documentos de identidade, não havendo, portanto, falar em ausência de prova da conduta praticada pelo recorrido.

A propósito:

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CAUSA DE AUMENTO DE PENA PREVISTA NO INCISO VI DO ARTIGO 40 DA LEI DE DROGAS. COMPROVAÇÃO DA MENORIDADE. **BOLETIM DE OCORRÊNCIA, OFÍCIO DA POLÍCIA CIVIL E FOLHA DE ANTECEDENTES. DOCUMENTOS IDÔNEOS. CERTIDÃO DE NASCIMENTO. PRESCINDIBILIDADE.** ACÓRDÃO DO TRIBUNAL DE ORIGEM EM CONSONÂNCIA COM A ORIENTAÇÃO JURISPRUDENCIAL DESTA CORTE SUPERIOR. INCIDÊNCIA DO ENUNCIADO N.º 83 DA SÚMULA DO STJ. INSURGÊNCIA DESPROVIDA.

1. Hipótese na qual, além do Boletim de Ocorrência e do Ofício da Polícia Civil, através do qual o Delegado apresenta ao Promotor de justiça o menor em razão da lavratura de auto de apreensão, consta a sua certidão de antecedentes, emitida pelo Instituto de Identificação da Polícia Civil do estado de Minas Gerais, na qual há menção à data de seu nascimento.

2. O aresto objurgado alinha-se a entendimento pacificado neste Sodalício no

sentido de que o documento hábil a que se refere o Verbete Sumular n.º 74/STJ ("Para efeitos penais, o reconhecimento da menoridade do réu requer prova por documento hábil") não se restringe à certidão de nascimento ou carteira de identidade, sendo outros documentos dotados de fé pública igualmente idôneos para tal fim.

3. Incidência do óbice do Enunciado n.º 83 da Súmula do STJ, também aplicável ao recurso especial interposto com fundamento na alínea a do permissivo constitucional.

4. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no AREsp n. 876.705/MG, Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, DJe 1º/8/2016 – grifo nosso).

Dessa forma, com razão o recorrente, pois firmada a existência de prova de materialidade e de autoria, é o caso de se aplicar ao recorrido também a causa de aumento de pena prevista no art. 40, VI, da Lei n. 11.343/2006, haja vista a idoneidade dos documentos de fls. 87/88 e 92/100, notadamente em observância ao princípio da veracidade dos atos administrativos, bem como da fé pública de seus subscritores.

Ante o exposto, com fundamento no art. 255, § 4º, III, do RISTJ, **dou provimento** ao recurso especial para reconhecer a aplicação da causa de aumento prevista no art. 40, VI, da Lei n. 11.343/2006, fazendo prevalecer a dosimetria da pena imposta ao recorrido constante do voto revisor da apelação (fls. 373/374).

Publique-se.

Brasília, 03 de abril de 2019.

Ministro Sebastião Reis Júnior
Relator