AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.454.670 - DF (2019/0035383-0)

RELATOR	**:**	**MINISTRO JORGE MUSSI**
AGRAVANTE	:	THIAGO SANTANA DA SILVA (PRESO)
ADVOGADO	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO DISTRITO FEDERAL
AGRAVADO	:	MINISTÉRIO PÚBLICO DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS

DECISÃO

Trata-se de agravo em recurso especial interposto por THIAGO SANTANA DA SILVA contra decisão do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, que inadmitiu o seu apelo nobre.

Consta dos autos que o agravante foi condenado à pena de 5 anos e 10 meses de reclusão, em regime inicial semiaberto, e pagamento de 583 dias-multa, pela prática do crime tipificado no artigo 33, *caput*, da Lei n. 11.343/06.

Inconformada, a defesa interpôs recurso de apelação perante a Corte Distrital, a qual negou provimento à irresignação, mantendo todos os termos do édito condenatório.

Contra a decisão foi apresentado o apelo nobre, com fulcro na alínea "a", do inciso III, do artigo 105 da Constituição Federal, o qual não foi admitido na origem, com fundamento na Súmula n. 7/STJ.

No presente recurso, alega o agravante que o óbice indicado na decisão de admissibilidade não incidiria *in casu*.

Requer o acolhimento do agravo, a fim de que seja admitido e provido o Recurso Especial.

O Ministério Público Federal manifestou-se pelo desprovimento da insurgência.

É o relatório.

A par dos fundamentos declinados pelo Tribunal de origem por ocasião do juízo de admissibilidade ali realizado, constata-se que o Recurso Especial interposto, de fato, não merece seguimento.

Nas razões do apelo nobre, a defesa alega violação ao artigo 40, inciso III da Lei n. 11.343/03, sob o argumento de que não restou comprovado que a atividade criminosa teria como destinatários os alunos do estabelecimento de ensino.

Aduz, ainda, violação ao artigo 33, § 4º da Lei de Drogas, porquanto o agravante atenderia a todos os requisitos para a aplicação da causa de diminuição de pena. Ademais, as anotações por atos infracionais não poderiam ser consideradas para concluir que o acusado se dedica a atividade criminosa.

No que se refere ao pleito de afastamento da majorante prevista no artigo 40, inciso III da Lei 11.343/06, o Colegiado *a quo* asseverou que *"conserva-se o aumento do artigo 40, inciso III, da Lei 11.343/2006, em um sexto, porque o réu vendia drogas em uma praça na frente de um educandário da Vila Areal. A incidência da causa de aumento ocorre em virtude da maior concentração de pessoas, o que acaba por facilitar a disseminação da droga, gerando um maior risco à saúde pública"* (e-STJ fl. 220).

Consoante se infere do excerto acima mencionado, o fundamento adotado pelo Tribunal Distrital está em harmonia com a jurisprudência deste Sodalício sobre o

tema, segundo a qual *"para a incidência da majorante prevista no art. 40, inciso III, da Lei n.º 11.343/2006 é desnecessária a efetiva comprovação de mercancia nos referidos locais, sendo suficiente que a prática ilícita tenha ocorrido em locais próximos, ou seja, nas imediações de tais estabelecimentos, diante da exposição de pessoas ao risco inerente à atividade criminosa da narcotraficância"* (HC 407.487/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 07/12/2017, DJe 15/12/2017).

No mesmo sentido:

> *PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. INDEVIDA EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE. MAUS ANTECEDENTES. INQUÉRITOS POLICIAIS E AÇÕES PENAIS EM CURSO. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA (ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/06). INAPLICABILIDADE. DEDICAÇÃO A ATIVIDADE CRIMINOSA UTILIZADA PARA AFASTAR A REDUTORA DO TRÁFICO PRIVILEGIADO. REEXAME MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. CAUSA DE AUMENTO DO ART. 40, INCISO III, DA LEI DE DROGAS. IMEDIAÇÕES DE ESTABELECIMENTO DE ENSINO. PRESCINDE DE PROVA DO PÚBLICO-ALVO. REGIME INICIAL FECHADO COM BASE NA HEDIONDEZ DO DELITO. ILEGALIDADE. REGIME SEMIABERTO. ADEQUADO. RÉU PRIMÁRIO. PENA-BASE NO MÍNIMO LEGAL. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS (ART. 33, § 2º, B, CP). SUBSTITUIÇÃO DA PENA. PREJUDICADO. WRIT NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.*
> *[…]*
> ***V - O crime praticado nas imediações de estabelecimento de ensino. Tal fundamento, por si só, justifica a imposição da majorante prevista no art. 40, inciso III, da Lei 11.343/2006, sendo prescindível a prova de que o acusado tinha como "público-alvo" os frequentadores desses locais.***
> *[…]*
> *Habeas Corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício para afastar os maus antecedentes, fundados em inquéritos policiais e ações penais em curso, com consequente fixação da pena-base no mínimo legal, bem como restabelecer o regime inicial semiaberto para resgate da pena, mantidos os demais termos da condenação.*
> *(HC 480.887/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 07/02/2019, DJe 19/02/2019)*
>
> *AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. DELITO COMETIDO NAS IMEDIAÇÕES DE ESTABELECIMENTO DE ENSINO. INCIDÊNCIA DA MAJORANTE PREVISTA NO ART. 40, III, DA LEI 11.343/06. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.*
> ***1. A prática do delito de tráfico de drogas nas proximidades de estabelecimentos de ensino (art. 40, III, da Lei 11.343/06) enseja a aplicação da majorante, sendo despicienda a prova de que o ilícito visava atingir os frequentadores desse local.***
> *2. Agravo regimental improvido*

> *(AgRg no REsp 1558551/MG, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 12/09/2017, DJe 19/09/2017)*

Quanto ao pleito de aplicação do redutor especial previsto no artigo 33, § 4º da Lei de Drogas, a Corte de piso consignou que *"afasta-se a causa especial de diminuição do artigo 33, § 4º, da Lei 11.343/2006, uma vez que as provas indicam que ele se dedica à atividade criminosa, haja vista as passagens na Vara da Infância e Juventude (folhas 38/39) por atos infracionais análogos a tráfico e uso"* (e-STJ fl. 220).

Como se sabe, o § 4º do artigo 33 da Lei de Drogas dispõe que, para o crime de tráfico de entorpecentes e suas figuras equiparadas, as penas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, desde que: a) o agente seja primário; b) com bons antecedentes; **c) não se dedique às atividades criminosas**; e d) não integre organização criminosa.

Nota-se, portanto que a decisão do Colegiado *a quo* está de acordo com a jurisprudência desta Corte Superior sobre o assunto, porquanto *"o registro de atos infracionais é elemento idôneo para afastar a figura do tráfico privilegiado, quando evidenciar a propensão do agente a práticas criminosas"* (HC 457.637/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 16/10/2018, DJe 23/10/2018).

Nessa direção:

> *AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. PLEITO DE APLICAÇÃO DA MINORANTE PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006. IMPOSSIBILIDADE. CONCLUSÃO DE QUE O RÉU SE DEDICA A ATIVIDADES CRIMINOSAS. AGRAVO NÃO PROVIDO.*
>
> *1. A aplicação da redutora do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 demanda o preenchimento de quatro requisitos cumulativos, quais sejam, primariedade, bons antecedentes, não se dedicar a atividades criminosas ou integrar organização criminosa.*
>
> *2. A Terceira Seção, no julgamento do EResp n. 1.413.091, da relatoria do Ministro Félix Fischer, assentou o entendimento de que "é possível a utilização de inquéritos policiais e/ou ações penais em curso para a formação da convicção de que o Réu se dedica às atividades criminosas, de modo a afastar o benefício legal previsto no artigo 33, § 4º, da Lei 11.343/2006".*
>
> ***3. Embora atos infracionais não configurem maus antecedentes ou reincidência, a prática reiterada pelo paciente de condutas relativas ao tráfico de drogas, inclusive com a procedência de uma representação (condenação), impede seja aplicada a causa especial de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, considerando que tais elementos demonstram que o agente se dedica às atividades criminosas. (HC 420.720, Rel. Ministro FÉLIX FISCHER, Quinta Turma, Julgado em 5/4/2018, DJe 10/4/2018).***
>
> *4. No caso, concluiu-se que o réu se dedica a atividades criminosas, tendo em vista que responde a outras ações penais e foi condenado a medida socioeducativa pela prática de ato infracional análogo ao tráfico de drogas. Assim, não há se falar em aplicação da redutora do tráfico.*
>
> *5. Agravo regimental não provido.*

(AgRg no HC 452.703/SC, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 16/08/2018, DJe 24/08/2018)

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. APLICAÇÃO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006. REQUISITOS NÃO PREENCHIDOS. REGISTRO DE ATO INFRACIONAL COMETIDO. EVIDENCIADA A DEDICAÇÃO À ATIVIDADE CRIMINOSA. INCIDÊNCIA DO VERBETE N. 7 DO STJ. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.
1. O fato do recorrente ter praticado ato infracional quando adolescente é elemento hábil a afastar o reconhecimento da minorante do § 4o do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, se evidenciada a dedicação a atividades criminosas. Precedentes da Quinta Turma.
2. Entender de forma diversa demandaria o reexame das provas, o que é vedado em recurso especial a teor do verbete n. 7 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça - STJ.
3. Agravo regimental desprovido.
(AgRg no REsp 1653501/SP, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 09/05/2017, DJe 17/05/2017)

Assim, por se encontrar o acórdão impugnado em consonância com a jurisprudência firmada nesta Corte, a pretensão do agravante esbarra no óbice previsto no Enunciado n. 83 da Súmula deste Superior Tribunal de Justiça, aplicável também aos recursos interpostos com fulcro na alínea "a" do permissivo constitucional.

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

Publique-se. Intime-se.

Cientifique-se o Ministério Público Federal.

Brasília (DF), 05 de abril de 2019.

MINISTRO JORGE MUSSI
Relator