RECURSO ESPECIAL Nº 1.812.711 - MG (2019/0132229-1)

RELATOR	**:**	**MINISTRO JORGE MUSSI**
RECORRENTE	:	MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS
RECORRIDO	:	MADSON HUGO SILVA FERREIRA (PRESO)
RECORRIDO	:	LEONARDO MARCIO DOS ANJOS RODRIGUES (PRESO)
ADVOGADO	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MINAS GERAIS

DECISÃO

Trata-se de recurso especial interposto pelo MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS, fundamentado na alínea *a* do permissivo constitucional, contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça local, na parte em que deu parcial provimento à apelação da defesa para decotar a causa de aumento prevista no artigo 40, VI, da Lei n. 11.343/2006 da condenação dos recorridos, diante da ausência de documento formal para comprovar a menoridade do adolescente supostamente envolvido na prática delitiva.

Os elementos existentes nos autos informam que os recorridos LEONARDO MÁRCIO DOS ANJOS RODRIGUES e MASON HUGO SILVA FERREIRA foram denunciados (e-STJ fls. 1-5) como incurso nas sanções dos artigos 33 e 35 c/c o artigo 40, VI, todos da Lei n. 11.343/2006 e dos artigos 12 e 16 da Lei 10.826/2003, por terem se associado, de forma estável e permanente, utilizando-se do adolescente P V B D, para praticarem o comércio ilegal de substâncias entorpecentes no Município de Sete Lagoas-MG.

Consta, ainda, terem sido acusados da efetiva prática de tráfico de drogas, posse irregular e de arma de fogo e munições de uso permitido e posse ilegal munições de uso restrito, pois, associados ao menor P V B D, mantiveram em depósito, para fins de comércio, 29 (vinte e nove) porções de *crack*, 1 (uma) porção de maconha, além de 1 (um) cartucho calibre .380, 46 (quarenta e seis) munições calibre 12, 3 (três) cartuchos calibre .38 e, ainda, um revolver .32, municiado com 6 (seis) munições intactas.

A ação penal foi julgada parcialmente procedente para condenar o réu MADSON HUGO SILVA FERREIRA como incurso nas penas dos artigos 33 e 35 c/c o artigo 40, VI, todos da Lei n. 11.343/2006 e dos artigos 12 e 16 da Lei 10.826/2003, tendo-lhe sido cominada reprimenda global de 18 (dezoito) anos e 8 (oito) meses de reclusão e 1 (um) ano, 5 (cinco) meses e 15 (quinze) dias de detenção, além de 1.934 (um mil, novecentos e trinta e quatro) dias-multa.

O réu LEONARDO MÁRCIO DOS SANTOS RODRIGUES, por sua vez, foi condenado pela prática dos crimes dos artigos 33 e 35 c/c o artigo 40, VI, todos da Lei Antidrogas, tendo-lhe sido cominada pena total de 22 (vinte e dois) anos, 4 (quatro) meses e 24 (vinte e quatro) dias de reclusão e 2.460 (dois mil, quatrocentos e sessenta) dias-multa.

Em grau de apelação, o Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais deu parcial provimento ao recurso da acusação para também responsabilizar LEONARDO MÁRCIO DOS ANJOS RODRIGUES pela posse de armas e munições, aplicando a ambos aos réus a causa de aumento do inc. IV do art. 40 da Lei 11.343/2006, no lugar dos tipos autônomos dos artigos 12 e 16 do Estatuto do Desarmamento. Por outro lado, acolheu em

parte o recurso defensivo para decotar da dosimetria penal a causa de aumento do inciso VI do art. 40 da Lei Antidrogas, por considerar não provada a menoridade do adolescente envolvido na atividade de tráfico de drogas.

Com isso, a reprimenda de LEONARDO MÁRCIO, pela prática dos crimes dispostos nos artigos 33 e 35 c/c o art. 40, IV e VI, todos da Lei Antidrogas, foi reduzida para 13 (treze) anos, 9 (nove) meses e 3 (três) dias de reclusão e 2.060 (dois mil e sessenta) dias-multa, enquanto que a pena de MADSON HUGO caiu para 10 (dez) anos, 7 (sete) meses e 5 (cinco) dias de reclusão e 1.693 (um mil, seiscentos e noventa e três) dias-multa (e-STJ fls. 414-448).

Opostos embargos de declaração pela acusação (e-STJ fls. 452-465), estes foram rejeitados (e-STJ fls. 467-471).

Nas razões do presente recurso especial, o Ministério Público Estadual reputa contrariado o art. 40, VI, da Lei n. 11.343/2006, e o art. 155, parágrafo único, do Código de Processo Penal (e-STJ fls. 475-490).

Sustenta que, no caso concreto, restou inequívoca a participação do inimputável no delito de tráfico de drogas, sendo que o auto de apreensão em flagrante de ato infracional e o boletim de ocorrência, onde constam dados relativos à qualificação do adolescente, com informações sobre data de nascimento, número da carteira de identidade e do registro junto ao Cadastro de Pessoas Físicas – CPF, é prova suficiente da menoridade do agente.

Afirma que tais documentos oficiais são produzidos por um agente público e, portanto, usufruem da presunção de legitimidade intrínseca aos atos administrativos em geral, constituindo-se prova hábil à demonstração da menoridade do terceiro envolvido na prática delitiva.

Requer, ao final, o provimento do recurso especial para fazer incidir a majorante prevista no inciso VI do artigo 40 da Lei de Drogas em desfavor dos recorridos.

Contrarrazoada a insurgência (e-STJ fls. 494-501), após o juízo prévio de admissibilidade (e-STJ fls. 503-506), os autos ascenderam ao Superior Tribunal de Justiça.

Instado a se manifestar, o Ministério Público Federal, na condição de *custos legis*, ofertou parecer pelo parcial provimento do inconformismo (e-STJ fls. 517-522).

É o relatório.

Satisfeitos os pressupostos de admissibilidade, passa-se ao exame recursal.

Acerca do tema trazido à discussão no recurso especial, o Tribunal de origem se manifestou da seguinte forma (e-STJ fls. 435-438):

> *Melhor sorte socorre a defesa quando pugna pelo decote da causa de aumento de pena descrita no inciso VI do art. 40 da Lei n° 11.343/06 referente à prática do tráfico ilícito de drogas envolvendo adolescente.*
>
> ***É que não obstante tenha restado cabalmente comprovado que a associação criminosa de fato envolveu P.V.B.D. na mercancia ilícita de drogas, o que foi confessado por ele próprio às fls. 05, quando afirmou ser o proprietário das armas e drogas dispensadas por Madson na residência vizinha, tendo asseverado, ainda,***

> ***que estava comercializando drogas no local, verifico que a menoridade de P.V.B.D. não foi comprovada in casu por documento oficial, mas apenas foi mencionada sua data de nascimento em Auto de Apreensão em Flagrante de Ato Infracional (fls. 05) e Boletim de Ocorrência (fls. 32). Não há nos autos um documento sequer que comprove efetivamente sua idade.***
> ***Consoante norma insculpida no art. 155, p. único do Código de Processo Penal, "quanto ao estado das pessoas serão observadas as restrições estabelecidas na lei civil".***
> ***A lei civil não permite que certos fatos sejam comprovados por qualquer meio de prova, incluindo nesses o estado das pessoas (casamento, idade, filiação, cidadania e etc).***
> ***Assim, para se comprovar a idade da pessoa, imprescindível a juntada de prova documental específica e idônea (certidão de nascimento ou cédula de identidade), não tendo se desincumbido o Ministério Público do seu mister.***
> *Discorrendo sobre o assunto, Fernando da Costa Tourinho Filho leciona:*
> *[...]*
> *Também não discrepa a jurisprudência sobre a matéria, inclusive firmada pelas duas Turmas do e. Supremo Tribunal Federal:*
> *[...]*
> *Dessa forma, é mesmo imperativo o decote da causa de aumento de pena prevista no inciso VI do art. 40 da Lei n° 11.343/06, por falta de documento idôneo a comprovar a menoridade do suposto adolescente. (Original sem destaques)*

Verifica-se, pois, que a instância de origem decidiu que a ausência de documento de identificação civil não pode ser suprida pela qualificação do suposto adolescente perante a autoridade policial.

Sobre o assunto, este Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento no sentido de que, embora a comprovação da menoridade requeira prova por documento hábil, nos termos da Súmula n. 74 do STJ, certo é que a certidão de nascimento ou a cédula de identidade não são os únicos documentos válidos para fins de comprovação da menoridade, podendo esta ser demonstrada por meio de outro documento firmado por agente público dotado de fé pública atestando a idade do adolescente (AgRg no REsp n. 1.591.682/SP, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, DJe 27/6/2016).

Assim, ao contrário do consignado pelo Tribunal mineiro, o auto de apreensão em flagrante de ato infracional (e-STJ fl. 11) comprova que o menor envolvido

nasceu em 17/2/2000, sendo certo que o crime descrito nestes autos foi praticado em 1º/8/2016. Portanto o adolescente à época possuía 16 (dezesseis) anos.

Nesse sentido, destacam-se os seguintes precedentes:

> *AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. CAUSA DE AUMENTO DE PENA PREVISTA NO ART. 40, VI, DA LEI N. 11.343/2006. AFASTAMENTO. IMPOSSIBILIDADE. NECESSIDADE DE REEXAME DO CONJUNTO FÁTICO PROBATÓRIO. APRESENTAÇÃO DE DOCUMENTO HÁBIL À COMPROVAÇÃO DA MENORIDADE.*
> ***1. A jurisprudência desta Corte Superior de Justiça é firme no sentido de que o documento hábil para se comprovar a idade do menor envolvido no crime de tráfico não se restringe ao registro civil, sendo outros documentos dotados de fé pública igualmente suficientes para a demonstração da idade.***
> *2. De mais a mais, é "inviável, na via restrita do remédio constitucional, o afastamento da causa especial de aumento em questão, quando as instâncias ordinárias concluíram, com base na prova dos autos, que a prática do delito imputado ao paciente envolveu adolescente e a impetrante deixou de comprovar documentalmente a sustentada ausência de menoridade, limitando-se a alegá-la. O habeas corpus não é o instrumento próprio para reavaliar o conjunto fático-probatório que levou à fixação da pena, sendo instrumento inadequado para rever as conclusões das instâncias inferiores, soberanas na análise dos fatos e provas" (HC n. 234.387/SP, relator Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, DJe 21/9/2012).*
> *3. Agravo regimental a que se nega provimento.*
> *(AgRg no HC 469.421/MG, Rel. Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 07/02/2019, DJe 27/02/2019)*
>
> *HABEAS CORPUS IMPETRADO EM SUBSTITUIÇÃO A RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006. APLICAÇÃO DO REDUTOR PREVISTO NO § 4.º, DO ART. 33, DA LEI N. 11.343/2006. IMPOSSIBILIDADE. DEDICAÇÃO DO AGENTE À ATIVIDADE CRIMINOSA. CONDENAÇÃO ANTERIOR POR TRÁFICO DE DROGAS. INQUÉRITOS POLICIAIS E AÇÕES PENAIS EM CURSO PODEM SER UTILIZADOS PARA AFASTAR A CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO TRÁFICO PRIVILEGIADO. CAUSA DE AUMENTO DO ARTIGO 40, INCISO VI, DA LEI N.º 11.343/2006. PROVA DA MENORIDADE DOS SUPOSTOS ADOLESCENTES ENVOLVIDOS NO TRÁFICO. AUSÊNCIA DE CERTIDÃO DE NASCIMENTO. IDONEIDADE DE OUTROS DOCUMENTOS PARA A COMPROVAÇÃO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.*
> *- O Superior Tribunal de Justiça, seguindo o entendimento firmado pela Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, não*

> *tem admitido a impetração de habeas corpus em substituição ao recurso próprio, prestigiando o sistema recursal ao tempo que preserva a importância e a utilidade do writ, visto permitir a concessão da ordem, de ofício, nos casos de flagrante ilegalidade.*
> *- Nos termos do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, 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 organização criminosa.*
> *- A teor do entendimento firmado na Terceira Seção desta Corte Superior, ao julgar o EREsp n. 1.431.091/SP, em sessão realizada no dia 14/12/2016, 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. 11.343/06, por indicarem que o agente se dedica a atividades criminosas.*
> *- No caso, a aplicação do benefício foi afastada, nos termos da jurisprudência desta Corte Superior, porque o agente contava com anotação anterior de condenação por tráfico de drogas.*
> ***- No tocante à menoridade, a jurisprudência desta Corte Superior de Justiça consolidou-se no sentido de que o documento hábil para se comprovar a idade do menor envolvido no tráfico não se restringe ao registro civil, sendo outros documentos dotados de fé pública igualmente hábeis para a comprovação da idade.***
> *Habeas corpus não conhecido.*
> *(HC 453.370/MG, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 14/08/2018, DJe 24/08/2018)*

Dessarte, constata-se que o Tribunal local, ao decidir pelo afastamento da causa de aumento de pena do artigo 40, VI, da Lei de Drogas, sob o entendimento de que a ausência de documento de identificação civil não pode ser suprida pela qualificação do suposto adolescente perante a autoridade policial, dissentiu da jurisprudência desta Corte Superior de Justiça sobre o tema.

Nada obstante, como bem observado pela Procuradoria Geral da República no parecer ofertado aos autos, "*impõe-se o retorno dos autos ao Tribunal de origem para que, adequada a tipificação do delito de tráfico, com a incidência de ambas as majorantes - dos incs. IV e VI do art. 40 da Lei n° 11.363/2006 - [...] redimensione a pena na terceira fase, ocasião em que poderá, à vista do acervo probatório, quantificar devidamente o aumento em tal fase dosimétrica*" (e-STJ fl. 522).

Com efeito, prevalece nesta Corte Superior o entendimento de que "*a aplicação das majorantes previstas no art. 40 da Lei de Drogas exige motivação concreta, quando estabelecida acima da fração mínima, não sendo suficiente a mera indicação do número de causas de aumento, em analogia ao disposto na Súmula 443 do STJ*" (HC 436.168/RJ, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 22/03/2018, DJe 02/04/2018).

Por isso, cabível mesmo o retorno do feito à origem para efeito de

redimensionamento da pena, haja vista a necessidade de revistar aspectos fático-probatórios a fim de justificar a devida modulação do aumento pela incidência das duas majorantes reconhecidas no caso concreto.

Ante o exposto, com fundamento no artigo 255, § 4º, inciso III, do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça, **dá-se provimento ao recurso especial** para se reconhecer a incidência da causa de aumento prevista no inciso VI do art. 40 da Lei 11.343/2006, ao caso concreto, e, com isso, determinar o retorno dos autos ao Tribunal de origem para que lá seja realizado o pertinente redimensionamento das penas cominadas aos recorridos.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília (DF), 10 de junho de 2019.

Ministro JORGE MUSSI
Relator