

AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.483.634 - SP (2019/0111477-9)

RELATOR : MINISTRO SEBASTIÃO REIS JÚNIOR
AGRAVANTE : MAICON FELIPE VECHI SOARES (PRESO)
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ROSELY GALVÃO MOTA CHAVES - DEFENSOR PÚBLICO
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

EMENTA

AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. QUESTÃO JÁ DECIDIDA NO JULGAMENTO DO HC N. 471.629/SP. PERDA DO OBJETO.

Agravo em recurso especial prejudicado.

DECISÃO

Trata-se de agravo em recurso especial interposto por **Maicon Felipe Vechi Soares** contra a decisão do Tribunal de Justiça de São Paulo, que inadmitiu o recurso especial por ele apresentado, com fundamento no art. 105, III, *a*, da Constituição Federal, contra o acórdão proferido na Apelação Criminal n. 0000881-04.2017.8.26.0544, assim ementado (fl. 229):

TRÁFICO DE ENTORPECENTES e POSSE ILEGAL DE ARMA DE FOGO. Materialidade e autoria demonstradas. Depoimentos dos policiais militares em harmonia com o conjunto probatório. Negativa do réu isolada Apreensão de razoável quantidade de entorpecentes (758 porções de crack, pesando 114,67 gramas; e 02 invólucros plásticos contendo cocaína, com peso líquido de 0,79 gramas), além de arma de fogo com numeração suprimida e apta a realização de disparos. Condenação que se impõe.

PENAS e REGIME DE CUMPRIMENTO Bases nos mínimos. Incabível o redutor do § 4º do artigo 33 da Lei nº 11.343/06. Concurso material de infrações. Regime inicial fechado. Inviável a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos (CP, artigo 44, I e III). Apelo provido para condenar Maicon pelos crimes de tráfico de entorpecentes e posse ilegal de arma de fogo Expedição de mandado de prisão.

Opostos embargos de declaração (fls. 255/268 e 277/290), esses foram rejeitados (fls. 294/298).

Nas razões do especial (fls. 308/333), a defesa aponta como violado o art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006. Afirma, em suma, que *a alegação de que a quantidade de drogas e a variedade das drogas apreendidas indicariam a habitualidade da atividade criminosa, o que justificaria o afastamento do redutor do § 4º, do art. 33, da Lei de Drogas, é ilegal* (fl. 316). Sustenta que *a primariedade do paciente, não permite a presunção, intuição ou ficção sobre a habitualidade criminosa ou participação do*

paciente em organização criminosa somente pelo fato de ter sido apreendido em seu poder certa quantidade de drogas (fl. 316).

Apresentadas as contrarrazões (fls. 337/346), o recurso especial não foi admitido, por incidência das Súmulas 182, 7 e 83/STJ (fls. 349/351). Contra essa decisão foi interposto o presente agravo (fls. 358/365), com contraminuta ofertada às fls. 369/374.

O Ministério Público Federal opinou pelo não conhecimento do agravo (fls. 387/390).

É o relatório.

O agravo em recurso especial está prejudicado.

E assim o afirmo desde já, porque a questão aduzida no recurso especial já foi objeto do HC n. 471.629/SP – impetrado pela Defensoria Pública de São Paulo em benefício do ora agravante –, cujo mérito foi devidamente apreciado com consequente denegação liminar da ordem. É o que se verifica a partir do teor do mencionado *decisum*, que passo a transcrever:

[...]

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em benefício de **Maicon Felipe Vechi Soares**, em que se aponta como autoridade coatora o Tribunal de Justiça de São Paulo.

Narram os autos que o Juízo da 1ª Vara Criminal da Comarca de Jundiaí julgou improcedente a ação penal e absolveu o paciente da imputação dos arts. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006, e 16, parágrafo único, IV, do Estatuto do Desarmamento, com fundamento no art. 386, VII, do Código de Processo Penal (fls. 62/64 - Processo n. 0000881-04.2017.8.26.0544).

A acusação recorreu, tendo o Tribunal de Justiça dado provimento ao recurso para condenar Maicon Felipe Vechi Soares à pena de 8 anos de reclusão, em regime fechado, e 510 dias-multa, como incurso nos arts. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006, e 16, parágrafo único, IV, do Estatuto do Desarmamento (fls. 105/115 - Apelação criminal n. 0000881-04.2017.8.26.0544).

Daí a presente impetração, em que se requer a aplicação da redutora do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, em sua fração máxima, bem como a readequação do regime prisional e a substituição da pena corporal por pena restritiva de direitos.

Num primeiro momento, sustenta-se que *apesar de estar mencionado de forma expressa no acórdão que a quantidade e qualidade de entorpecentes não sejam fundamento para impedir a redução máxima da pena, esses requisitos foram utilizados para embasar a alegação errônea de que o paciente estava envolvido em organização criminosa, pois fora afirmado que o local em que as drogas foram encontradas é conhecido como “ponto de venda de drogas”. Ainda presumiu o*

acórdão que diante da quantidade de drogas, haveria a habitualidade (fl. 6).

Noutro ponto, insurge-se quanto à condenação pela posse ilegal de arma de fogo, defendendo, em apertada síntese, a ausência de tipicidade normativa, em razão do desmuniamento da arma (fl. 8).

Postula-se, então, a concessão liminar da ordem nos moldes propostos.

É o relatório.

Extrai-se do acórdão impugnado (fl. 113):

Nesta ação penal, com clareza solar, Maicon está **envolvido em “atividades criminosas”** porque **surpreendido em local conhecido como ponto de venda de drogas** (cf. depoimento do policial militar Wellington média) **trazendo consigo e mantendo em depósito 760 (setecentos e sessenta) porções de cocaína, duas delas em pó e outras 758 na forma de crack, com peso líquido total de 118,43 gramas (laudo de fls. 16), circunstância concreta que, no mínimo, leva à conclusão de que, com habitualidade, recebe os entorpecentes (mediante compra ou consignação) do grande traficante para, na sequência, comerciá-los no varejo em porções.** Afinal, 'ponto de tráfico' significa 'ponto de comércio ilícito' que entre suas medulares características estão o 'meio de vida à margem da legalidade', a 'organização e prevenção contra a atuação das autoridades de polícia', a 'disputa clandestina do sítio utilizado na atividade' e a 'freguesia viciada'

Note-se que o Tribunal de Justiça justificou o afastamento da redutora em razão do envolvimento do paciente em atividades criminosas, destacando, inclusive, a quantidade e qualidade das drogas apreendidas, bem como na circunstância onde ocorreu o flagrante - em local conhecido como ponto de tráfico -, indo, portanto, ao encontro da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça que, assim tem-se pronunciado:

PROCESSO PENAL. PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. INTERPOSIÇÃO SIMULTÂNEA DE DOIS RECURSOS. NÃO CONHECIMENTO DO SEGUNDO. PRECLUSÃO CONSUMATIVA. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. MINORANTE DO TRÁFICO. GRANDE QUANTIDADE DE DROGAS. DEDICAÇÃO À ATIVIDADE CRIMINOSA. SÚMULAS 83/STJ E 7/STJ. POSSIBILIDADE. REGIME PRISIONAL MAIS GRAVOSO. GRANDE QUANTIDADE DE DROGA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA.

1. Interpostos dois agravos regimentais pela defesa, não se conhece do segundo recurso, ante a preclusão consumativa.

2. Nos termos da jurisprudência desta Corte, a quantidade e/ou a natureza da droga podem justificar a não aplicação da minorante, prevista no art. 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006, quando evidenciada a dedicação à atividade criminosa, bem como constituem fundamento idôneo para a imposição do regime mais severo.

3. Agravo regimental de fls. 1.606/1.685 não conhecido e agravo regimental de fls. 1.526/1.605 improvido.

(AgRg no REsp n. 1.649.037/RO, Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma, DJe 25/9/2018)

De mais a mais, ao contrário do que defende o impetrante, para a tipificação da conduta do art. 16 da Lei do Desarmamento não se mostra necessário que a arma

esteja municiada.

Nesse sentido:

PENAL E PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CONHECIMENTO DO WRIT. CRIME DE PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO DE USO PERMITIDO E COM NUMERAÇÃO RASPADA. DOSIMETRIA. ARMA MUNICIADA. AUMENTO DA PENA-BASE. CIRCUNSTÂNCIA SOPESADA NEGATIVAMENTE. DESCABIMENTO. FATOR COMUM À ESPÉCIE. PENA DE MULTA. NECESSIDADE DE UTILIZAÇÃO DOS MESMOS PARÂMETROS UTILIZADOS PARA A FIXAÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE. REDIMENSIONAMENTO DAS PENAS. RÉU PRIMÁRIO. PENA-BASE REDUZIDA AO MÍNIMO LEGAL. FIXAÇÃO DO REGIME ABERTO. HC NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

[...]

2. Não se mostra necessário, para a tipificação do crime previsto no art. 16 da Lei 10.826/2003, que a arma esteja municiada. Contudo, o fato de assim se apresentar não pode constituir fundamento idôneo, e concreto, para aumento da pena-base, motivada na maior reprovabilidade da conduta, por se tratar de circunstância comum à espécie. Precedentes.

3. A definição do número de dias-multa deve variar entre os limites da pena cominada, com proporcionalidade. Precedentes.

4. Tratando-se de réu primário, cuja pena-base foi reduzida ao mínimo legal, é cabível a fixação do regime aberto para cumprimento da pena reclusiva.

5. *Habeas corpus* não conhecido, porém, concedida de ofício a ordem para reduzir a pena a 3 anos de reclusão e 10 dias-multa, bem como fixar o regime inicial aberto para o cumprimento da pena reclusiva.

(HC n. 194.046/SP, Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma, DJe 15/12/2015 – **grifo nosso**)

Por fim, considerando inalterados os termos da condenação do paciente, nada há o que se deferir quanto às insurgências do regime prisional e à substituição das penas.

Ante o exposto, **indefiro liminarmente** o writ.

[...]

A referida decisão, inclusive, transitou em julgado em 22/10/2018.

Sendo assim, já apreciado o pedido manifestado no presente agravo em recurso especial, por meio de pronunciamento definitivo acerca do tema suscitado nas razões recursais, torna-se prejudicado o seu julgamento, pela perda de objeto.

Ante o exposto, com fundamento no art. 34, XI, do RISTJ, **julgo prejudicado** o presente agravo em recurso especial.

Publique-se.

Superior Tribunal de Justiça

DIÁRIO DA JUSTIÇA ELETRÔNICO

Edição nº 2689 - Brasília, Disponibilização: Quarta-feira, 12 de Junho de 2019 Publicação: Quinta-feira, 13 de Junho de 2019

Brasília, 11 de junho de 2019.

Ministro Sebastião Reis Júnior
Relator

