SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1408524 - MG (2018/0319804-5)

RELATOR	**:**	**MINISTRO SEBASTIÃO REIS JÚNIOR**
AGRAVANTE	:	MARLON GOMES DE ALMEIDA (PRESO)
ADVOGADO	:	MARCO AURÉLIO VELOSO PINTO - MG106392
AGRAVADO	:	MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS
CORRÉU	:	JORDAN DE FREITAS ARRUDA

EMENTA

AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. 30 G DE COCAÍNA. CONDENAÇÃO. PLEITO DE DESCLASSIFICAÇÃO PARA USO DE ENTORPECENTES. INVIABILIDADE. SÚMULA 7/STJ. MINORANTE DO TRÁFICO PRIVILEGIADO AFASTADA COM BASE NOS ELEMENTOS CONCRETOS CONSTANTES DOS AUTOS DANDO CONTA DO ENVOLVIMENTO EM ATIVIDADES ILÍCITAS. ALTERAÇÃO. PLEITO QUE EXIGE REVOLVIMENTO FÁTICO. REGIME FECHADO. IMPOSIÇÃO COM BASE NA HEDIONDEZ DO DELITO. INCONSTITUCIONALIDADE. EXTENSÃO DOS EFEITOS NESSE PONTO AO CORRÉU. IDENTIDADE OBJETIVA DE SITUAÇÕES. PREVISÃO DO ART. 580 DO CPP.
Agravo conhecido para conhecer, em parte, do recurso especial e, nessa extensão, dar-lhe provimento para estabelecer o regime semiaberto de cumprimento de pena ao agravante Marlon Gomes de Almeida, nos termos da presente decisão, com extensão de seus efeitos ao corréu Jordan de Freitas Arruda, conforme previsão contida no art. 580 do Código de Processo Penal.

DECISÃO

Trata-se de agravo interposto por **Marlon Gomes de Almeida** contra a decisão proferida pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais, que inadmitiu o recurso especial por ele apresentado, com fundamento no art. 105, III, *a*, da Constituição Federal, contra o acórdão prolatado na Apelação Criminal n. 1.0672.15.020490-31001, assim ementado (fl. 415):

> APELAÇÃO CRIMINAL - TRÁFICO DE DROGAS E DELITO PREVISTO NO ART. 29. § 1º, III, DA LEI 9.605/98 - AUTORIA E MATERIALIDADE DEVIDAMENTE COMPROVADAS - DEPOIMENTO DE POLICIAIS - VALIDADE - CONTEXTO PROBATÓRIO SUFICIENTE PARA A MANUTENÇÃO DA CONDENAÇÃO - ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO - ABSOLVIÇÃO - IMPOSSIBILIDADE - MATERIALIDADES E AUTORIAS COMPROVADAS - RECURSOS DESPROVIDOS - RECONHECIMENTO DA MINORANTE PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/06 - INADMISSIBILIDADE - SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE

Edição nº 2883 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 02 de Abril de 2020 Publicação: Sexta-feira, 03 de Abril de 2020
Documento eletrônico VDA25002222 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): MINISTRO Sebastião Reis Júnior Assinado em: 01/04/2020 20:08:30
Publicação no DJe/STJ nº 2883 de 03/04/2020 (Aguardando confirmação da publicação). Código de Controle do Documento: 86d732ae-1567-4a9f-9bf2-c5af64d257c4

DIREITOS - IMPOSSIBILIDADE - AUSÊNCIA DOS REQUISITOS LEGAIS - ABRANDAMENTO DO REGIME PRISIONAL - IMPOSSIBILIDADE - RECURSOS CONHECIDOS E PARCIALMENTE PROVIDOS.

- Se a prova dos autos, em seu conjunto, aponta para a materialidade e autoria do crime de tráfico de drogas e aquele previsto na legislação ambiental em desfavor dos réus, ainda que haja negativa de autoria, é de se manter a sentença condenatória recorrida.

- Os depoimentos testemunhais dos policiais envolvidos na prisão dos réus. desde que harmônicos com o contexto probatório e não maculados por interesses particulares, são idôneos para embasar a condenação.

- Não havendo dúvida de que os acusados, além de praticar o tráfico de drogas, se associaram, de forma estável e permanente, para a prática reiterada deste delito, de rigor a manutenção das condenações empreendidas em primeira instância.

- Restando comprovado nos autos que os acusados se dedicam ás atividades criminosas, não há falar-se em aplicação da causa de diminuição de pena provista no art. 33, § 4°, da Lei 11343/06.

- Incabível a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, tendo em vista o quantum da pena aplicada.

- A hediondez do delito impõe a manutenção do regime fechado para o inicio do cumprimento da pona.

V.V.P- ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO DE DROGAS - AUSÊNCIA DE PROVA DA ESTABILIDADE E DO ÂNIMO ASSOCIATIVO - ABSOLVIÇÃO - NECESSIDADE

- Para a configuração do tipo penal previsto no art. 35 da Lei 11.343/06, são indispensáveis a estabilidade, permanência ou habitualidade dos envolvidos na prática do tráfico de drogas, o que não restou comprovado no presente caso.

Opostos embargos infringentes (fls. 438/447), estes foram acolhidos para absolver os acusados do delito de associação para o tráfico (fls. 458/468). Eis a ementa respectiva (fl. 461):

EMBARGOS INFRINGENTES - APELAÇÃO CRIMINAL - ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO DE DROGAS - VÍNCULO ASSOCIATIVO ANTERIOR NÃO COMPROVADO - ABSOLVIÇÃO - NECESSIDADE. Diante da não comprovação da existência de vinculo associativo anterior aos fatos apurados neste processo, sendo insuficiente o mero concurso de agentes, a absolvição pelo delito do art. 35, da Lei 11343/06 é medida necessária.

Nas razões do recurso especial (fls. 471/489), a defesa aponta como violados os arts. 386, VII, do Código de Processo Penal, 59, do Código Penal e 42 e 33, § 4°, da Lei n. 11.343/2006, e ainda a Súmula 440/STJ. Segundo entende, *as provas amealhadas aos autos constata-se claramente que o recorrente é usuário de drogas e não tendo sido comprovada a prática do delito de tráfico de drogas* (fl. 478). Subsidiariamente, pleiteia o reconhecimento da minorante do tráfico privilegiado, em seu grau máximo, bem ainda, o fixação de regime aberto.

Apresentadas contrarrazões (fls. 494/496), o recurso especial foi inadmitido pela Corte de origem por incidência da Súmula 7/STJ (fls. 498/503). Contra tal decisão foi interposto o agravo em análise (fls. 506/525), com contraminuta ofertada às fls.

Edição nº 2883 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 02 de Abril de 2020 Publicação: Sexta-feira, 03 de Abril de 2020
Documento eletrônico VDA25002222 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): MINISTRO Sebastião Reis Júnior Assinado em: 01/04/2020 20:08:30
Publicação no DJe/STJ nº 2883 de 03/04/2020 (Aguardando confirmação da publicação). Código de Controle do Documento: 86d732ae-1567-4a9f-9bf2-c5af64d257c4

527/529.

O Ministério Público Federal opinou pelo conhecimento do agravo para não conhecer do recurso especial e, se conhecido, pelo seu parcial provimento, para aplicar a causa de diminuição da pena do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, e fixar o regime inicial de cumprimento de pena semiaberto (fls. 539/546).

É o relatório.

Pretende o agravante a desclassificação para o delito de uso de entorpecente, alegando que *não resta dúvida quanto à destinação da droga apreendida, ou seja, para consumo próprio do recorrente e, jamais para o comércio ilícito* (fl. 479). Caso a condenação seja mantida, entende ter direito à incidência da minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, em seu patamar máximo, bem como ao regime aberto.

Quanto ao pleito desclassificatório, observo que o acórdão recorrido mencionou expressamente que, *analisando detidamente a prova produzida, conclui-se que não obstante os apelantes tenham negado a traficância, confessando a propriedade da droga apenas para uso próprio, as circunstâncias que envolveram as prisões demonstram que o entorpecente, de fato, tinha destinação mercantil* (fl. 425). A Corte estadual justificou tal conclusão nos seguintes termos (fls. 425/426 - grifo nosso):

> [...]
> Cumpre destacar, primeiramente, que **a alegação do apelante Marlon de que a balança de precisão apreendida no mesmo local da droga era para pesar ouro e prata, não merece acolhida, na medida em que o próprio apelante, assim como as suas testemunhas de defesa, informaram que ele trabalhava em um lava-jato,** de onde, aliás, afirmou ser proveniente do dinheiro arrecadado em seu poder.
> Além disso, não é crível que um usuário mantenha a droga destinada a seu consumo na residência da genitora, local diverso de onde reside.
> A alegação do apelante Jordan, por sua vez, também não procede, sendo de conhecimento dos policiais, assim como do vizinho do seu vizinho, Alex Ribeiro da Silva, de que Jordan tinha envolvimento com o tráfico de drogas, tendo a testemunha informado que era grande a movimentação de usuários na residência do réu, principalmente á noite.
> Não é comum, ainda, que considerável quanta de dinheiro seja encontrada espalhada pela residência, e, ainda, dentro do veículo, como no caso em tela.
> **Além disso, importante destacar que a prisão dos apelantes ocorreu após monitoramento realizado pelo serviço de inteligência da Policia Militar, a qual constatou a prática do tráfico de drogas pelos apelantes, o que gerou a expedição dos mandados de busca e apreensão, com consequente apreensão da droga e prisão dos réus.**
> Do mesmo modo, **os investigadores da Polícia Civil designados para realizar levantamento acerca do envolvimento dos apelantes com o tráfico de**

Edição nº 2883 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 02 de Abril de 2020 Publicação: Sexta-feira, 03 de Abril de 2020
Documento eletrônico VDA25002222 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): MINISTRO Sebastião Reis Júnior Assinado em: 01/04/2020 20:08:30
Publicação no DJe/STJ nº 2883 de 03/04/2020 (Aguardando confirmação da publicação). Código de Controle do Documento: 86d732ae-1567-4a9f-9bf2-c5af64d257c4

> **drogas, também confirmaram a traficância por parte deles, conforme consta da Comunicação de serviço de f. 36.**
>
> **A destinação mercantil do entorpecente restou, portanto, perfeitamente comprovada, tendo inicio com o monitoramento o realizado pela Polícia Militar e posterior êxito no cumprimento dos mandados de busca e apreensão, com a consequente apreensão da droga.**
>
> **Ademais, a condição de usuários não foi sequer minimamente comprovada pelos apelantes, não se desincumbindo a defea do ônus de provar sua alegação nos. termos do ad. 156, do CPP**. De toda forma, a condição de usuário não impossibilita que o réu seja também traficante, sendo muito comum, aliás, a conduta daquele que trafica como forma de sustentar seu vício.
>
> [...]

Nesse contexto, é evidente que a pretensão de analisar se o agravante se dedicava à traficância ou apenas era usuário de drogas é pleito que escapa da via do especial, por exigir a incursão no aspecto fático-probatório dos autos, o que encontra óbice no teor da Súmula 7/STJ.

A propósito: AgRg no AREsp n. 801.167/BA, Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, DJe 17/2/2016; AgRg no AREsp n. 595.878/SC, Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, DJe 27/5/2015; e AgRg no REsp n. 1.252.048/MG, de minha relatoria, Sexta Turma, DJe 20/2/2014.

Do mesmo modo, inviabilizada a análise do inconformismo do agravante acerca da não incidência da minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, uma vez que a minorante foi afastada porque *o tráfico praticado pelos apelantes não foi ocasional ou episódico* (fl. 430). Considerou a Corte que, *ainda que não se possa enquadrá-los como membro de organização criminosa, a prova evidencia a dedicação reiterada deles à atividade ilícita* (idem).

Logo, a insurgência recursal, nos moldes em que se encontra delineada, almeja que esta Corte de Justiça substitua as instâncias ordinárias, desconstituindo a conclusão apresentada pelo Magistrado e confirmada pelo Tribunal *a quo*, e emita um novo pronunciamento jurisdicional, o que se mostra incabível por meio da via eleita.

Nesse sentido: AgRg no AREsp n. 780.366/SP, de minha relatoria, Sexta Turma, DJe 24/11/2015; e AgRg no REsp n. 1.496.289/SP, Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, DJe 11/9/2015.

No tocante ao regime prisional, observo que a manutenção do regime fechado pelo Tribunal de origem ocorreu *em virtude de se tratar de crime equiparado a*

hediondo, havendo expressa imposição legal para a fixação do regime fechado (fl. 430). Contudo, o a*rt. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/90 foi declarado inconstitucional, incidenter tantum, pelo Plenário do STF no julgamento do HC n. 111.840/ES (Rel. Min. Dias Toffoli), sendo, a partir de então, afastada a obrigatoriedade de imposição de regime inicial fechado, aos condenados por crimes hediondos ou equiparados, tendo lá ficado consignado que as regras do art. 33 do CP deveriam ser utilizadas também na fixação do regime prisional inicial dos crimes hediondos e equiparados* (AgRg no HC n. 539.292/SP, Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma, DJe 3/2/2020).

Na presente hipótese, a pena-base foi fixada no mínimo legal. Assim, nos termos da Súmula 719/STF, a imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea. Todavia, no caso, como se observa, o Tribunal de origem fundamentou o regime fechado com base na hediondez e na gravidade abstrata do delito, em dissonância, ainda, com o entendimento firmado nas Súmulas 718/STF e 440/STJ.

Dessa forma, deve ser imposto o regime inicial semiaberto. Confiram-se: AgRg no REsp n. 1.479.875/SP, Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma, DJe 12/2/2015; AgRg no REsp n. 1.395.041/SP, Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, DJe 14/4/2014; e AgRg no REsp n. 1.580.498/SP, Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, DJe 8/6/2016.

Observo, por fim, que os efeitos da presente decisão no tocante ao regime inicial de cumprimento de pena devem ser estendidos ao corréu Jordan de Freitas Arruda, por força do art. 580 do Código de Processo Penal, uma vez que, ao fixar a pena, o Tribunal de origem utilizou a mesma fundamentação para estabelecer o regime fechado a ambos os réus, havendo, portanto, identidade objetiva de situações.

Ante o exposto, com fundamento no art. 253, II, *a* e *c*, do RISTJ, **conheço** do agravo para **conhecer parcialmente** do recurso especial e, nessa extensão, **dar**-lhe **provimento** para estabelecer o **regime semiaberto** de cumprimento de pena ao agravante **Marlon Gomes de Almeida**, nos termos da presente decisão, **com extensão de seus efeitos ao corréu Jordan de Freitas Arruda**, conforme previsão contida no art. 580 do Código de Processo Penal.

Publique-se.

Edição nº 2883 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 02 de Abril de 2020 Publicação: Sexta-feira, 03 de Abril de 2020
Documento eletrônico VDA25002222 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): MINISTRO Sebastião Reis Júnior Assinado em: 01/04/2020 20:08:30
Publicação no DJe/STJ nº 2883 de 03/04/2020 (Aguardando confirmação da publicação). Código de Controle do Documento: 86d732ae-1567-4a9f-9bf2-c5af64d257c4

Brasília, 01 de abril de 2020.

Ministro Sebastião Reis Júnior
Relator

Edição nº 2883 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 02 de Abril de 2020 Publicação: Sexta-feira, 03 de Abril de 2020
Documento eletrônico VDA25002222 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): MINISTRO Sebastião Reis Júnior Assinado em: 01/04/2020 20:08:30
Publicação no DJe/STJ nº 2883 de 03/04/2020 (Aguardando confirmação da publicação). Código de Controle do Documento: 86d732ae-1567-4a9f-9bf2-c5af64d257c4