



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

**AgRg no AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 2216776 - MG
(2022/0302106-5)**

RELATOR : MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ
AGRAVANTE : RODRIGO FRANCISCO DE MELO
ADVOGADO : RAPHAEL HENRIQUE DUTRA RIGUEIRA - MG136725
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS

DECISÃO

RODRIGO FRANCISCO DE MELO agrava da decisão de fls. 788-789, proferida pela Presidência deste Tribunal Superior, que não conheceu do agravo em recurso especial.

Assevera o agravante, em síntese, que "a Defesa apontou todas as suas teses ancoradas em notório desrespeito à Lei Federal, bem como aos arestos desse egrégio Tribunal da Cidadania" (fl. 794).

Requer, assim, a reconsideração da decisão agravada, para que sejam acolhidas as teses devolvidas a esta Corte Superior, em recurso especial.

Decido.

I. Juízo de retratação

Verifico que o Tribunal de origem não admitiu o apelo defensivo em razão dos óbices das Súmulas n. 7 e 83, ambas do STJ. Em seguida, a Presidente desta Corte Superior não conheceu do agravo em recurso especial ante a falta de impugnação específica dos argumentos apontados anteriormente, o que ensejou esta interposição.

Contudo, após detida análise do recurso de fls. 759-765, verifico que as

causas de inadmissão do especial foram devidamente impugnadas pelo agravante. Por essa razão, reconsidero a decisão de fls. 788-789, para conhecer do seu agravo em recurso especial e prosseguir no exame das teses defensivas.

II. Contextualização

Em seu recurso especial, interposto com fundamento no art. 105, III, "a", da Constituição Federal, a defesa apontou a violação dos arts. 386, V, do CPP; 28 e 33, *caput*, e § 4º, ambos da Lei n. 11.343/2006.

Argumentou que "Na medida em que a sentença penal condenatória revela-se frágil e impotente para secundar, o enredo acusatório, assoma-se impreterível a absolvição com a respectiva cassação dos efeitos do aludido édito constrictivo, visto que a incriminação de ordem ministerial convaleceu defendida em prova franzina, sendo inoperante para sedimentar uma reprimenda penal tão severa, não obstante tenha esta vingado, contrariando todas as expectativas!" (fl. 669).

Ainda, assentou que "A quantidade de entorpecentes, por si só, não afasta a plausibilidade do pleito desclassificatório, objetivando desclassificar a conduta delituosa imputada em desfavor do recorrente na peça preambular, para o tipo penal previsto no artigo 28 da Lei 11.343/2006" (fl. 678).

Requeru, ao fim, o provimento do recurso especial, para que: a) seja absolvido do crime de tráfico de drogas e, caso não ocorra, b) seja a conduta desclassificada para aquela prevista no art. 28 da Lei de Drogas, e c) subsidiariamente, a aplicação da minorante do art. 33, § 4º, do mesmo diploma legal.

III. Absolvição do réu ou desclassificação de sua conduta

O Tribunal de origem, ao manter a condenação do acusado pela prática do crime de tráfico de drogas, salientou o que segue (fls. 640-643, grifei):

Da análise detida da prova, verifica-se que os policiais militares envolvidos na operação relataram, com a firmeza necessária, os fatos trazidos na denúncia, afirmando que todos os denunciados

estavam no local no momento da abordagem, tendo a droga sido dispensada ao solo quando perceberam a aproximação policial. Relataram, ainda, que Rodrigo e Dione confirmaram ter ido ao local adquirir drogas de Genilson e Henrique, no intuito de revendê-las em uma festa.

[...].

Logo, depois de analisar com acuidade a prova dos autos, afere-se que o juízo condenatório firmado pelo douto Julgador a quo se apresenta absolutamente correto, coerente com a prova produzida durante a persecução penal, não sendo crível falar em absolvição ou em desclassificação da conduta.

É forçoso reconhecer, ainda, que a imensa quantidade de drogas apreendidas - 304,65g (trezentos e quatro gramas e sessenta e cinco centigramas) de cocaína, acondicionadas em 12 (doze) porções, e 1 7,63g (dezessete gramas e sessenta e três centigramas) de maconha, acondicionada em 01 (uma) porção (laudo de f. 25126 e 311)-, aliada as demais circunstâncias da abordagem, bem como a informação dos policiais de que o acusado é envolvido com o comércio ilegal, não deixam dúvidas de que as substâncias apreendidas se destinavam à mercancia ilícita.

Evidente a conclusão da Corte estadual de que há provas suficientes da materialidade e da autoria do recorrente para sustentar sua condenação nas infrações penais ora imputadas.

Com isso, torna-se inviável se falar em absolvição do acusado por insuficiência probatória, sobretudo porque no processo penal vigora o princípio do livre convencimento motivado, em que é dado ao julgador decidir pela condenação do agente, contanto que o faça fundamentadamente, como verificado na hipótese.

Aliás, no tocante à valoração dos depoimentos prestados pelos policiais, é de salutar importância registrar o entendimento desta Corte Superior de que "a eficácia probatória do testemunho da autoridade policial **não pode ser desconsiderada tão somente pela sua condição profissional, sendo plenamente válida para fundamentar um juízo, inclusive, condenatório**" (HC n. 485.765/TO, Rel. Ministro Sebastião Reis Júnior, 6ª T., DJe 28/2/2019, grifei).

Mostra-se, da mesma forma, inviável o pleito de desclassificação da conduta imputada ao réu. Registro, no particular, que, nos termos do art. 28, § 2º, da Lei n. 11.343/2006, não é apenas a quantidade de drogas que constitui fator

determinante para a conclusão de que a substância se destinava a consumo pessoal/conjunto ou ao tráfico de drogas, mas também **o local e as condições em que se desenvolveu a ação, as circunstâncias sociais e pessoais, bem como a conduta e os antecedentes do agente.**

Ademais, esclareço que, para a configuração do delito de tráfico de drogas, não é necessário que haja prova da mercancia, tampouco que o agente seja surpreendido no ato da venda do entorpecente – até porque o próprio tipo penal aduz "ainda que gratuitamente"; basta as circunstâncias em que se desenvolveu a ação criminosa denotarem a traficância, tal como ocorreu no caso.

Desse modo, entendo que rever o posicionamento adotado pelas instancias ordinárias, como demonstrado acima, demanda imprescindível revolvimento do acervo fático-probatório delineado nos autos, o que é vedado em recurso especial, a teor da Súmula. n. 7 do Superior Tribunal de Justiça: “A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial”.

IV. Minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006

Exige-se, para a aplicação da minorante em comento, além da primariedade e dos bons antecedentes do acusado, que este não integre organização criminosa nem se dedique a atividades delituosas.

Isso porque a razão de ser da causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 é justamente punir com menor rigor o pequeno traficante, ou seja, aquele indivíduo que não faz do tráfico de drogas o seu meio de vida; antes, ao cometer um fato isolado, acaba incidindo na conduta típica prevista no art. 33 da mencionada lei federal.

A propósito, confira-se o seguinte trecho de voto deste Superior Tribunal:

A mens legis da causa de diminuição de pena seria alcançar os condenados neófitos na infausta prática delituosa, configurada pela pequena quantidade de droga apreendida, e serem eles possuidores dos requisitos necessários estabelecidos no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06

Na espécie, constato que, ao afastar a incidência da redutora prevista no art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, a instância ordinária salientou (fl. 649):

In casu, restou demonstrado nos autos que todos acusados, no mínimo, se dedicavam à atividade criminosa relacionada ao tráfico ilícito de entorpecentes. Vejamos.

Conquanto sejam os apelados Dione, Rodrigo e Genilson primários e de bons antecedentes (CAC de f. 67, 71 e 74), entendo que a imensa quantidade de droga apreendida [304,659 (trezentos e quatro gramas e sessenta e cinco centigramas) de cocaína e 17,63g (dezessete gramas e sessenta e três centigramas) de maconha] obsta a concessão da minorante prevista no §4º do ad. 33 da Lei nº 11.343/06, porquanto evidencia que eles, ao menos, se dedicavam a essa atividade criminosa.

Pela leitura do trecho transcrito, noto que o Tribunal de origem afastou a incidência da minorante diante da expressiva quantidade de drogas apreendidas.

Registro que, em sessão realizada no dia 9/6/2021, por ocasião do julgamento do REsp n. 1.887.511/SP (Rel. Ministro João Otávio de Noronha, DJe 1º/7/2021), a Terceira Seção desta Corte Superior de Justiça decidiu que:

[...]

7. A utilização concomitante da natureza e da quantidade da droga apreendida na primeira e na terceira fases da dosimetria, nesta última para descaracterizar o tráfico privilegiado ou modular a fração de diminuição de pena, configura bis in idem, expressamente rechaçado no julgamento do Recurso Extraordinário n. 666.334/AM, submetido ao regime de repercussão geral pelo Supremo Tribunal Federal (Tese de Repercussão Geral n. 712).

8. A utilização supletiva desses elementos para afastamento do tráfico privilegiado somente pode ocorrer quando esse vetor seja conjugado com outras circunstâncias do caso concreto que, unidas, caracterizem a dedicação do agente à atividade criminosa ou à integração a organização criminosa.

Assim, uma vez que a quantidade da droga apreendida não pode ser sopesada para, isoladamente, levar à conclusão de que o réu seria dedicado

a atividades criminosas, reputo evidenciada a violação legal.

Destaco que, ao tempo do delito, o réu era tecnicamente primário e possuidor de bons antecedentes e que, no contexto da prisão em flagrante, não foram apreendidos outros apetrechos destinados à traficância, anotações relativas ao comércio reiterado de drogas, rádio transmissor ou balança de precisão.

Consequentemente, à ausência de fundamento suficiente o bastante para justificar o afastamento da causa especial de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, deve o recurso especial ser provido, a fim de aplicar, em favor do acusado, o referido benefício.

No que tange ao *quantum* de redução de pena, faço lembrar que tanto a Quinta quanto a Sexta Turmas deste Superior Tribunal firmaram o entendimento de que, considerando que o legislador não estabeleceu especificamente os parâmetros para a escolha da fração de redução de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, devem ser consideradas, para orientar o cálculo da minorante, as circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do Código Penal, especialmente o disposto no art. 42 da Lei de Drogas.

Na hipótese em exame, entendo que a redução em $2/3$ é a mais adequada ao caso, principalmente porque a quantidade de droga apreendida já foi utilizada para majorar a pena-base.

V. Nova dosimetria

Procedendo-se, pois, à nova dosimetria da pena, verifico que a reprimenda-base ficou estabelecida em 6 anos de reclusão e 600 dias-multa.

Na segunda fase, ausentes atenuantes e agravantes.

Na terceira etapa, reduzo a reprimenda em $2/3$, em decorrência da causa especial de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas, tornando a pena do acusado definitivamente estabelecida em **2 anos de reclusão e pagamento de 200 dias-multa.**

Como consectário da redução efetivada na pena do recorrente, deve ser procedido ao ajuste no regime inicial do seu cumprimento. Se, por um lado, o réu foi condenado a reprimenda inferior a 4 anos de reclusão, era tecnicamente primário ao tempo do delito e foi beneficiado com a minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, por outro, ele teve a pena-base estabelecida acima do mínimo legal e foi apreendido com razoável quantidade de drogas; assim, entendo que **deve ser fixado o regime inicial semiaberto**, nos termos do art. 33, § 2º, "c", e § 3º, do Código Penal, com observância também ao preconizado pelo art. 42 da Lei n. 11.343/2006.

Por fim, a desfavorabilidade das circunstâncias mencionadas acima evidencia que a substituição da pena não se mostra medida socialmente recomendável, nos termos do art. 44, III, do Código Penal.

VI. Dispositivo

À vista do exposto, **reconsidero** a decisão outrora proferida pela Presidência desta Corte Superior e **conheço** do agravo para **dar parcial provimento ao recurso especial**, a fim de, nos termos acima estabelecidos, aplicar a minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, no patamar de 2/3, e, conseqüentemente, reduzir a pena privativa de liberdade imposta ao réu para 2 anos de reclusão, em regime semiaberto, e pagamento de 200 dias-multa.

Comunique-se, com urgência, o inteiro teor desta decisão às instâncias ordinárias, para as providências cabíveis.

Publique-se e intimem-se.

Brasília (DF), 30 de novembro de 2022.

Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ
Relator