

RECURSO ESPECIAL Nº 1.779.880 - SP (2018/0303450-0)

RELATOR : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
RECORRENTE : **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO**
RECORRIDO : **J D DA S B DOS S**
ADVOGADO : **ANA CAROLINA DE OLIVEIRA CARON PASQUALE E**
OUTRO(S) - SP326458

DECISÃO

Trata-se de recurso especial interposto pelo MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO, fundado na alínea "c" do permissivo constitucional, contra acórdão do Tribunal de Justiça local, que deu provimento parcial ao apelo da defesa, para reduzir as reprimendas para 1 ano e 8 meses de reclusão, além do pagamento de 166 dias-multa, e substituir a pena privativa de liberdade por prestação de serviços à comunidade e multa, fixando o regime semiaberto, pela prática do delito previsto no art. 33, §4º, da Lei n. 11.343/2006.

Nas razões do recurso especial, a parte recorrente alega violação do art. 33, §4º, da Lei nº 11.343/06, sob o argumento de que *a existência de atos infracionais praticados pelo agente, embora não caracterizem reincidência ou maus antecedentes, podem denotar dedicação às atividades criminosas, de modo a justificar a negativa da minorante do §4º do artigo 33, da Lei 11.343/06, ante o não preenchimento dos requisitos legais* (e-STJ fls. 275). Busca apresentar dissídio jurisprudencial.

Apresentadas as contrarrazões (e-STJ fls. 303/307), o recurso foi admitido (e-STJ fls. 320), tendo o Ministério Público Federal opinado pelo não conhecimento do recurso especial (e-STJ fls. 344/349).

É o relatório. **Decido.**

O recurso merece acolhida.

O Tribunal de Justiça, ao aplicar o redutor do art. 33, §4º, da Lei nº 11.343/06, consignou que a existência de ato infracional anterior não

poderia ser levado em conta para o afastamento do referido benefício. Entretanto, esse fundamento, por si só, se revela inidôneo, nos termos da jurisprudência desta Corte Superior, impondo a aplicação §4º do artigo 33 da Lei n. 11.343/2006.

Nessa linha, os seguintes julgados:

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. [...]. CONDENAÇÃO ANTERIOR PELA PRÁTICA DE ATO INFRACIONAL EQUIPARADO A TRÁFICO DE DROGAS. CIRCUNSTÂNCIA QUE DENOTA A DEDICAÇÃO ÀS ATIVIDADES ILÍCITAS. [...] HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

[...]

- O ora paciente conta com condenação anterior à medida socioeducativa de internação, pela prática do ato infracional equiparado ao tráfico de entorpecentes. Dessa forma, sobeja essa razão, idônea nos termos da jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça, para afastar a redutora do art. 33, § 4.º, da Lei n.º 11.343/2006, pois atesta a dedicação do acusado à atividade criminosa.

[...]

Habeas corpus não conhecido. (HC 481.232/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 04/12/2018, DJe 13/12/2018)

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. INAPLICABILIDADE. RÉU QUE SE DEDICA A ATIVIDADES CRIMINOSAS. [...] WRIT NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

[...]

4. Conforme entendimento do Superior Tribunal de Justiça, o registro de atos infracionais é elemento idôneo para afastar a figura do tráfico privilegiado, quando evidenciar a propensão do agente a práticas criminosas. Precedentes.

[...]

8. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem, concedida, de ofício, para fixar regime inicial semiaberto. (HC 455.785/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 07/08/2018, DJe 15/08/2018)

REGIMENTAL. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO §4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006. ATO INFRACIONAL INDICANDO A RELAÇÃO COM ATIVIDADE CRIMINOSA. MOTIVAÇÃO INIDÔNEA. RECURSO IMPROVIDO.

1. Para a incidência do redutor previsto no §4º do art. 33 da Lei 11.343/06, é necessário o preenchimento dos requisitos legais: a) o agente seja primário; b) com bons antecedentes; c) não se dedique às atividades delituosas; e d) não integre organização criminosa.

2. In casu, a instância de origem afastou o tráfico privilegiado em razão da prática atos infracionais pelo acusado como forma de indicar a habitualidade criminosa. Entretanto, esse fundamento, por si só, se revela inidôneo, nos termos da jurisprudência desta Corte Superior, impondo a aplicação §4º do artigo 33 da Lei n. 11.343/06.

3. Agravo regimental desprovido. (AgRg no AgRg no AREsp 1172443/MS, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 24/04/2018, DJe 04/05/2018)

Assim, afastada a aplicação do §4º do artigo 33 da Lei n. 11.343/2006, mantidos os demais termos da condenação, fica a pena definitiva em 5 anos de reclusão e pagamento de 500 dias-multa.

No que tange ao regime, estabelecida a pena definitiva maior que 4 e menor que 8 anos (5 anos de reclusão), sendo favoráveis as circunstâncias do art. 59 do CP, primário o envolvido e sem antecedentes, e considerada a quantidade de entorpecente apreendido (18 porções de cocaína pesando 4g), o regime semiaberto é o adequado à prevenção e reparação dos delitos

Outrossim, fixada a condenação em patamar superior a 4 (quatro) anos, inviável a substituição da pena privativa de liberdade por

restritiva de direitos, ante o não preenchimento do requisito previsto no art. 44, I, do Código Penal.

Ante o exposto, com fundamento no art. 932, inciso VIII, no art. 255, § 4º, inciso III, do RISTJ e na Súmula n. 568/STJ, **dou provimento** ao recurso especial para afastar a aplicação do benefício do art. 33, §4º, da Lei n. 11.343/2006 e redimensionar a pena do acusado para 5 anos de reclusão e pagamento de 500 dias-multa, em regime semiaberto, mantidos os demais termos da condenação.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília (DF), 13 de fevereiro de 2019.

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator

